

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA 54/2008, EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 408/2007.

_____ En este Voto Particular, que será muy breve, quiero manifestar, antes de nada, mi total acuerdo y conformidad con el criterio de la mayoría en cuanto a la condena de los acusados como autores de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, en este caso, a la Sala del Artículo 61 del Tribunal Supremo, en cuanto ordenó, sin palitativo alguno, la disolución de los grupos parlamentarios que se citan del Parlamento Autonómico Vasco, no cumpliéndose tal mandato, con meridiana infracción del art. 118 de nuestra Carta Magna (*“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*), y correlativa carga penal, que se disciplina en el art. 410.1 del Código penal.

Ahora bien, para llegar a dicha conclusión, antes habría de resolverse la cuestión previa, que había planteado la parte recurrida, y a la que prestó su total adhesión el Ministerio Fiscal.

En efecto, la cuestión debatida, que soportaba dicha cuestión previa, era la aplicabilidad de la doctrina resultante en la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, dictada por el Pleno de esta Sala Penal del Tribunal Supremo, y en la que, aunque no estuve de acuerdo con lo allí pronunciado y formalicé entonces un Voto Particular Discrepante, la considero doctrina de la Sala a todos los efectos, sea cualquiera el caso posterior en que haya de aplicarse. Me refiero a la interpretación realizada en tal Sentencia del art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (modificado por Ley 38/2002, de 24 de octubre).

Esto mismo opinan también los magistrados ahora de la mayoría, y buena prueba de ello es que comienzan exponiendo lo siguiente: *“Es cierto que la aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada en anteriores precedentes resulta obligada. Así lo imponen elementales exigencias ligadas al principio constitucional de seguridad jurídica (art- 9.3 CE)”*.

Y mi criterio es que no cambia el sentido de la ley, una vez llevada a cabo la interpretación del citado art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque exista o deje de existir acusación particular personada en una causa penal. Y no varía tal sentido, con mayor significación, si cabe, en los casos en que tal acusación particular, dada la índole del delito enjuiciado, no pueda personarse en la causa, sencillamente porque no es posible concebir su existencia (como aquí ocurre).

De modo que no comprendo esa especie de modificación de su rango jurídico (me refiero a la acusación popular), cuando no exista en la causa (por la razón que fuere), acusación particular personada. El precepto aplicable sería el mismo, y no veo *cambien las cosas* porque exista o deje de existir, acusación particular personada.

Que de “*lege ferenda*” sea comprensible esta nueva posición, puedo admitirlo. Pero, en todo caso, nos lleva a una especie de patrimonialización del derecho penal por parte de la víctima del delito, que de modo alguno resulta del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando tajantemente nos dice que la acción penal es pública, y tiene su correlativo corolario constitucional, muchos años más tarde, en el art. 125 de la Constitución española.

De manera que expreso mi desacuerdo con lo también razonado en la Sentencia a la que formulo esta discrepancia cuando declara que 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. Y se añade: “*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*”.

Y para fundamentar el cambio de interpretación, se argumenta que distinto de tales casos lo es cuando, no existiendo acusación particular, la sola presencia del Ministerio Fiscal “*no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico*”.

En mi criterio, tanto exista acusación particular como si no, la acusación popular ostenta, por ley, tal interés en la reparación de dicha ofensa, tratándose, como es obvio, de un delito público.

De modo que esta nueva interpretación, si bien es conforme con mi tesis del Voto Particular a la Sentencia 1045/2007, no es la resultante de la misma, que por sentar un reciente precedente de esta Sala, debiera haberse aplicado también en este caso, sin que la diferencia interpretativa sea de mi aceptación jurídica. He de repetir, una vez más, como ya lo hice entonces, que la clave del problema no está en cercenar derechos de acusar, sino en justificar judicial y motivadamente, si tales derechos encuentran acomodo en el proceso en particular en donde se ejercitan. Ya dirán, en consecuencia, los tribunales si la pretensión es justa o descabellada, legítima o abusiva.

Dicho esto, entiendo que la cuestión previa debió ser estimada, en aplicación del criterio anterior, del que no encuentro diferencias en éste, aunque no fuera en el originario caso mi particular punto de vista, sobre el contenido y estatuto de la acusación popular en nuestro derecho procesal penal. Por ello, mi postura es el resultado

sencillamente de que debe mantenerse un mismo criterio o doctrina legal, una vez dictada ésta, o en palabras de la resolución judicial con la que discrepo: porque así lo impone “*la aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada en anteriores precedentes [que] resulta obligada*” (Fundamento Jurídico Primero, apartado II).

Si se tomara, en cambio, como reinterpretación o nueva consideración de la doctrina anterior, no cabe duda entonces de mi asentimiento. Es más, con la doctrina resultante de esta Sentencia, sobre la que llevo a cabo estas reflexiones, la acusación popular queda más robustecida, si cabe, pues el campo natural de la misma se acomoda más propiamente en aquellos delitos que no agreden un interés privado (diríamos particular, por seguir con la misma terminología), sino el de la misma colectividad, y por consiguiente, de la sociedad en su conjunto.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA: 08/04/2008

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO respecto a la sentencia nº 54/2008 (Recurso de Casación nº 408/07).

Emito este voto particular porque disiento del parecer de la mayoría del Tribunal en tres aspectos:

I.- Porque estimo que la mayoría establece un criterio contrapuesto al que fijó en la Sentencia 1045/2007 de 17 de diciembre, también dictada por el Pleno jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto a la cuestión de *si puede abrirse el juicio oral cuando la única parte que lo solicita es la acusación popular*, y esa variación de criterio no puede ampararse en una variación de supuesto que sea *sustancial*, por lo que puede lesionar el derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos en las resoluciones jurisdiccionales que aplican las leyes.

II.- Porque, para justificar la condena de los acusados, procede a una revisión de los presupuestos fácticos, incluido el elemento subjetivo del tipo -voluntad de incumplir el requerimiento recibido- que puede suponer una quiebra del derecho al proceso con las garantías de inmediación, publicidad y contradicción, excede el ámbito de control atribuido al recurso de casación y

III.- Porque el establecimiento del presupuesto fáctico de la condena conculca la garantía de presunción de inocencia.

I.- PRINCIPIO DE IGUALDAD

1.- La doctrina sobre la adopción de criterios contra *precedente*.

Una pauta de comportamiento exigible a todo participante en un discurso práctico general es el que algún teórico de la argumentación como Alexy refleja en el siguiente paradigma: *“todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”*.

Este principio de universalización constituye el fundamento de la técnica del precedente como fórmula de **justificación** de las decisiones jurídicas en general y de las resoluciones jurisdiccionales en concreto. Más, si cabe, cuando se trata de **"autoprecedentes"**.

Y ello en un doble frente. El primero relacionado con el derecho a la **igualdad**, el que está recogido en el art 14 de nuestra Constitución Española. El segundo relaciona el respecto al precedente con la exigencia de motivación de su abandono, por lo que su alcance es el exigencia de un plus de **racionalidad** para tales decisiones innovadoras o abrogantes.

Con dos aspectos dignos de advertencia: **a)** que lo que vincula del precedente es la ***ratio decidendi*** de la decisión anterior, sin que tenga esa fuerza lo que en ella se contiene como *obiter dicta*, y **b)** que de aquella *ratio* debe excluirse las vagas referencias a principios cuya formulación abierta puede ser coartada para justificar tanto el precedente como un divergente *subsequens*.

El Tribunal Constitucional, como órgano sin superior en lo que atañe a la definición del las garantías constitucionales ya dijo en su sentencia 240/1998 que *como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 200/1990, tal derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos» Sentencia Tribunal Constitucional 42/1993, F. 2.º Y, por otro lado), en reiteradas*

sentencias ha establecido como elementos de referencia para determinar si existe una inaceptable variación de criterio aplicativo: **a)** la existencia de dos sentencias que resuelvan dos supuestos *sustancialmente iguales*, con decisiones que sean *contradictorias* b) la existencia de *alteridad* en los supuestos contrastados, es decir, la “referencia a otro”, lo que excluye la comparación consigo mismo; c), la identidad de órgano judicial, **d) ausencia de toda motivación que justifique** en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (entre las últimas, Sentencias Tribunal Constitucional 201/2007 que cita las 5/2006, de 16 de enero, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FFJJ 3 y 5; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 115/2006, de 24 de abril, FJ 3; y 246/2006, de 24 de julio, FJ 3).

Lo que resumía también el Tribunal Constitucional en la Sentencia 39/2007 diciendo: *"...Se trata, por tanto, de una actuación jurisdiccional en la que un mismo órgano judicial mantiene simultáneamente dos criterios diferentes para resolver casos sustancialmente iguales, sin que pueda apreciarse ninguna razón que justifique este trato diferente, pues las resoluciones que lo aplican no explicitan las razones por las que, en ese caso concreto, siguen un determinado criterio y no el otro, que también aplica esa misma Sección y que da lugar a resultados contrapuestos (a la estimación del recurso en unos casos y a la desestimación en otros), ni de los elementos externos puede inferirse ninguna razón que justifique el diferente trato.*

2.- Insuficiencia de la motivación expresada por la mayoría para variar de criterio en este caso ya que es sustancialmente idéntico al de la precedente sentencia 1045/2007

A) La situación decidida y el criterio utilizado en la precedente Sentencia

En la anterior Sentencia de esta misma Sala en Pleno Jurisdiccional nº 1045/2007 de 17 de diciembre se ratificó la tesis del auto recurrido cuyo enunciado en discusión decía: **"en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular"**.

_____, Y, si esa era la cuestión, el criterio era la **literalidad del art. 782.1**, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la cual se destacaba el sintagma **"acusación particular"**, al que se atribuía un significado específico de equiparación a **"perjudicados por el delito"**.

Precisamente desde tal premisa se concluía que, aún cuando el acusador popular instase la apertura del juicio oral, **si tal petición no era formulada por los demás acusadores (Ministerio Fiscal y acusador particular) el Juez quedaba vinculado debiendo acordar el sobreseimiento.**

Y aún se añadió expresamente que **también el apartado 2 del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realizaba la misma identificación entre acusador particular y perjudicado por el delito.**

No cabe desconocer que en aquella sentencia el Pleno hizo profusa elucubración sobre otros aspectos. Sobre el fundamento de la acción popular, sobre su carácter de derecho constitucional pero no fundamental, o sobre la legitimidad constitucional de la limitación a su ejercicio. Decisiones cuya naturaleza *obiter dicta* no cabe dudar. Amén de referidas a principios cuya generalidad hacía la cita gratuita por intrascendente para la concreta cuestión que se debatía.

Rechazó el Tribunal Supremo que la acción popular se fundase en *la "desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal"*. Y añadió que: *"...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.*

Tras ello volcó su exposición la sentencia citada en lo que era su única tarea: **la interpretación del precepto**, que era de lo que se trataba en el recurso y cuya respuesta habría de erigirse en el único fundamento o *ratio decidendi*.

Tras una exposición sobre el método interpretativo y la consideración sobre el sistema valorativo de la Constitución Española, de dudosa necesidad por las mismas razones ya dichas, concluye : *"...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.*

Conclusión que estimó ratificada desde la perspectiva de una **interpretación subjetiva o histórica**.

Y la mayoría del Pleno Jurisdiccional remachó la *ratio decidendi* afirmando: *" Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. Ley de*

Enjuiciamiento Criminal 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...". Esa afirmación cobra especial interés para el caso que ahora decidimos porque los recurrentes, en la causa en que recayó la sentencia del Pleno que venimos examinando, hicieron protesta de la autonomía de la acción popular y expresamente invocaron el apartado 2 del art. 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para negar que el mismo cercenara dicha autonomía.

A ello se respondió por la mayoría de aquel Pleno que “...no contradice la ley haber entendido que en el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el concepto “acusador particular” no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue.

Es decir que, divagaciones aparte, lo que la sentencia precedente dijo es que:

Tanto en el caso del artículo. 782.1 Ministerio Fiscal concurriendo con acusador particular) como en el del 782.2, (Ministerio Fiscal sin concurrencia de acusador particular) la expresión “particular” no incluye “popular” y, por ello, en el caso 782.1 debe acordarse el archivo, aunque pida la apertura del juicio oral el acusador popular, y, en el caso del 782.2, debe salirse a buscar un acusador y, si no comparece procede archivar, implícitamente, aunque un acusador popular inste la apertura del juicio oral.

B) Identidad sustancial de situación y variación insuficientemente injustificada de criterio.

En el supuesto que ahora juzgamos el Ministerio Fiscal y las defensas nos suscitan la misma cuestión de si “en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular”,

Ciertamente existe un dato procesal diferente: en esta causa no existió personada, ni podía haberla, ninguna acusación particular ejercitada por ofendido o perjudicado.

Pero ni eso desvanece la identidad sustancial derivada del común dato de que, **solamente existió petición de apertura del juicio oral por acusador popular**. Ni, lo que es más relevante, puede justificarse que esa circunstancia reciba un tratamiento diferente pro parte del legislador.

No es relevante porque la *ratio decidendi* del precedente era que el legislador había excluido, tanto en el 782.1 como en el 782.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal extender la referencia de acusador particular a acusador popular y, por ello, la petición de éste, sin el acompañamiento de la del Fiscal o la del perjudicado no podría obstar la búsqueda, si no se había personado, del perjudicado para que acusase o la invitación al superior del Fiscal para que lo hiciese, en cuyo defecto el archivo se tornaría ineludible.

Y no cabe apresurarse a buscar el abrigo de citas de principios, más o menos oportunas, cuando se viene de enfatizar el aspecto gramatical de una norma como único fundamento de una decisión.

Lo que no impide que salude la advenediza coincidencia con el criterio que, frente a aquella mayoría, este magistrado tuvo el honor de defender en su voto particular en compañía de otros que, sin duda con más atinada exposición, expusieron su oposición a lo que valoramos como trastrueque de una tradicional y conteste interpretación del sistema de estatuto de partes públicas y privadas del proceso penal español.

La nueva doctrina de la mayoría reduce casi al exotismo estadístico el supuesto (perjudicado que tras dispendio de intervención en el proceso resigna su pretensión al asumir que su imputación era errónea) a que se dedicó el, a mi modesto entender, desproporcionado –y, como se acaba de ver, equívoco- discurso sobre principios constitucionales y hermenéutica en la tarea de aplicación de la norma.

Si nuevamente particularizo mi voto no lo es, así pues, por discrepar de la consecuencia para la generalidad de los casos, sino por entender que a los aquí juzgados se les ha tributado una diversidad de criterio por circunstancias que no tienen la envergadura necesaria para determinar la diferencia de trato. Lo que, y no es poco, acaba en lo que pude llegar a valorarse como lesión de un derecho fundamental de la Constitución.

II.- QUIEBRA DEL DERECHO AL PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN LA REVISION DEL HECHO ESTABLECIDO EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA

1.- La motivación de la absolución por la sentencia recurrida

_____Respecto a la sentencia recurrida deben subrayarse dos datos esenciales:

a) que la *exclusión de la voluntad de no atender* el requerimiento del Tribunal Supremo se realiza como *fruto de un razonamiento no arbitrario*, sino que es

lógico, por lo menos en la misma medida que la inferencia que la mayoría de esta Sala extrae desde la parcial consideración de aquellas premisas básicas de hecho.

b) no justificó su decisión solamente desde los actos documentados, sino atendiendo a *medios de prueba personales* que oyó con publicidad y bajo contradicción en el juicio oral, sobre lo que construyó el dato básico esencial para las posteriores inferencias: que cuando la Mesa se remite a la Junta de Portavoces no lo hace desde el sobreentendido y pronosticable resultado de la decisión de ésta.

La exclusión de la voluntad de desatención al requerimiento la funda el Presidente del Parlamento Vasco convocó a la Mesa de la Cámara legislativa y, además, recabó informe de los servicios jurídicos siquiera esto a los solos efectos ya de ilustrar sobre la **forma** de dar el cumplimiento a aquella conminación.

La Mesa asume la propuesta de uno de sus componentes, no encausado y ajeno a toda sospecha de voluntad de incumplir, que es idéntica a la vía elegida por el parlamento Vasco ante idéntico requerimiento: someter a la Junta de Portavoces una *Resolución general de la Presidencia que establecía el cauce adecuado para dar cumplimiento al requerimiento judicial*, y para los demás casos que pudieran surgir, consistente en pasar los parlamentarios del grupo disuelto al grupo mixto, dando a tal resolución retroactividad para poder cumplir el requerimiento anterior a su aprobación.

La Junta de Portavoces del Parlamento Vasco, a diferencia de sus homólogos del Parlamento Navarro, decidió el día 6 de junio no aprobar dicha propuesta.

Ello llevó a la Mesa del Parlamento a comunicar al Tribunal Supremo la convicción de que la situación creada por ese acuerdo implicaba **imposibilidad jurídica** de cumplimiento del requerimiento jurisdiccional.

Causa estupor que observando igual comportamiento los requeridos navarros que los vascos, sea la decisión de personas expresamente excluidas de responsabilidad penal (los integrantes de la Junta de Portavoces) y ajenas a aquel comportamiento las que determinen que el de los aquí recurrentes, pese a ser idéntico al de los parlamentarios navarros, sean delictivos y los de éstos no.

Solamente podría explicarse esa paradoja si se afirma un dato empírico : la existencia de un pacto previo entre los acusados y los componentes de la Junta de Portavoces, que permita acudir a la conclusión de que la propuesta aprobada en la Mesa era un artificio disimulador de la artimaña o apariencia que buscaba ocultar el verdadero elemento subjetivo del tipo: el doloso propósito de no atender al requerimiento.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco afronta la cuestión del **elemento subjetivo** del tipo penal imputado, debiendo advertirse que el conjunto de

datos constituido por los anteriores **actos documentados** de que se da abundante cuenta, **no son el único soporte fáctico** que se erige en base desde la que formular la necesaria inferencia.

El propio Tribunal de instancia da cuenta de los **otros datos de hecho también** erigidos en **base de tal inferencia**.

1º) el primero y más trascendente, la **inexistencia de un pacto defraudatorio entre la Mesa y los componentes de la Junta de Portavoces**.

2º) En segundo lugar integraba el complejo fáctico, base de inferencias sobre la existencia de dolo o voluntad de incumplir, la afirmación del Tribunal como hecho probado de que **los miembros de la Mesa desconocían cual iba a ser el resultado de a votación en la Junta de Portavoces**.

3º) Partiendo de las declaraciones de testigos, incluso de testigos propuestos por la acusación, en el acto del juicio oral, y de lo dicho por los acusados, el Tribunal afirma su convicción de que la **fórmula de cumplimiento** se planteaba como polémica y, **solamente por ello, se decidió interesar el parecer de los servicios jurídicos**.

4º) El TSJ concluye con su plena convicción de que **todos** los miembros de la Mesa **asumían** que, *a pesar de estar en **disconformidad con lo requerido, debía cumplirse aquello***.

En consecuencia **niega la voluntad de incumplir el requerimiento** y, por ello, la ausencia del dolo que exige el tipo imputado.

Y tales conclusiones fácticas las justifican de manera harto razonable y atendiendo *también* a elementos de prueba: de índole personal:

1º.- No cabe afirmar connivencia con la Junta de Portavoces ya que los miembros de la **Junta de Portavoces han sido exonerados expresamente** de cualquier responsabilidad penal por estos hechos.

2º.- No menos relevante para justificar la inexistencia de ese pacto es la indicación de que el **autor de la propuesta** de adopción de la Resolución general de la Presidencia fue un componente de la mesa, técnico, el cual no solamente no ha sido objeto de encausamiento alguno, sino que nadie duda que actuaba animado con el propósito y esperanza de encontrar el cauce que diera viabilidad al cumplimiento del requerimiento.

3º.- Tal esperanza estaba **avalada por la suerte seguida por dicho procedimiento en el caso del Parlamento Navarro**, donde siguiendo exactamente el

mismo método que adoptó el Parlamento Vasco, pudo efectivamente cumplirse el requerimiento, según da cuenta la sentencia recurrida.

4º.- Además invoca las declaraciones de testigos sobre la existencia y contenido de **conversaciones de los componentes de la Mesa con responsables políticos sobre el eventual resultado de la deliberación de la Junta de Portavoces**. Son tales testigos D. Pedro Francisco y D. Carlos Manuel.

5º.- En cuanto a la ausencia o falta de acuerdo previo a la reunión de la Mesa, o posterior a ésta y previa a la Junta de Portavoces, de los señores Matías y Eloy, portavoz de EA en tal Junta, el Tribunal manifiesta estar a la declaración de éstos y en términos similares, por lo que hace a su **falta de contacto con el representante de EB-IU en tal Junta**, a lo declarado por la señora Estela, no existiendo prueba directa que acredite lo contrario.

6º.- Por ello no cabe estimar que el informe se recababa para cuestionar la *exigibilidad* de aquello a lo que el Parlamento era requerido, sino para establecer la *fórmula de cumplimiento*, ante la **novedad de la situación** creada y la **inexistencia de precedentes**.

2.- El derecho al proceso con todas las garantías

_____Es verdad que en su reciente Sentencia nº 256/2007 de 17 de diciembre el Tribunal Constitucional dijo que la exigencia derivada de los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas: "*...no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar...*" Así, además de los casos "... en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria de instancia y la condenatoria dictada en la segunda es una cuestión concerniente a la **estricta calificación jurídica de los hechos...**" "...Igualmente, este Tribunal ha declarado que **la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de estricta valoración jurídica que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso Sentencias Tribunal Constitucional 170/2005, de 20 de junio, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2).**

Ahora bien, no parece necesario advertir la **diferencia entre valorar la inferencia desde un hecho base y el establecimiento del mismo hecho base**.

La mayoría del Tribunal, y por ello exteriorizo mi discrepancia, no se ha limitado a desautorizar, desde la lógica, la inferencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con lo que justificó su conclusión de negar la voluntad de incumplir en los acusados.

Lo que la mayoría del Tribunal de casación hace, a mi modesto entender, es **fragmentar el global soporte fáctico que el Tribunal de instancia erige en base de su discurso de inferencia**. Y, prescindiendo de parte de aquél, realiza una nueva y **divergente valoración implícita de los medios de prueba, de naturaleza personal**, por los que el Tribunal de instancia había establecido esa otra parte de hechos base. Nueva valoración que implica negar su existencia como hecho probado.

En la medida que esa parte fáctica dada por probada es tributaria de medios probatorios que exigen inmediación, publicidad y contradicción, para su adecuada valoración, la mayoría del Tribunal, fuera ya de la excepción a que se refería la doctrina del Tribunal Constitucional que acabo de citar, conculca el derecho a un proceso con todas las garantías.

En efecto, la mayoría reconoce, no podría ser de otra manera, que las afirmaciones que se contienen en la sentencia de instancia acerca de la ausencia de un *ánimo defraudatorio* o de un *previo concierto simulador* (FJ 5º), obligan a recordar que **el tipo subjetivo** del delito de desobediencia, cuando se refiere a la negativa abierta a dar cumplimiento a una resolución judicial, ***sólo requiere el dolo***, sin que sea preciso ningún elemento tendencial añadido. ***Pero***, añadido, y obvio es decirlo, ***requiere el dolo***. Es decir la voluntad, de inequívoca constancia, de no cumplir. Así lo había dicho el TS en las sentencias 263/2001 de 24 de febrero en la que reclama ***el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas*** citando la STS de 18-4-1997, entre otras.

Y para ello la mayoría opone a las conclusiones de la instancia dos conclusiones:

a) que los tres imputados **descartaron de forma consciente y deliberada**, en la reunión de la Mesa celebrada el día 5 de junio de 2003, el acatamiento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. **Camuflaron su contumaz rechazo** a los efectos jurídicos derivados del proceso de ilegalización de *Batasuna*, y

b) que la reclamación de informe a los servicios jurídicos no tenía otra finalidad que **suscitar una aparente controversia jurídica** con el Tribunal Supremo acerca de los límites del deber general de acatamiento de las resoluciones judiciales.

Pero tales incriminadoras conclusiones tienen como soporte una fragmentación y correlativa parcial exclusión, del resultado probatorio.

_____ Mientras la mayoría atiende exclusivamente a la serie de decisiones y correlativos oficios adoptados y emitidos por el Tribunal Supremo y los órganos del Parlamento del País Vasco acreditados por la documentación obrante en los autos, el Tribunal de Instancia amplió el hecho base de su inferencia con múltiples declaraciones, no solamente de los acusados, sino de testigos. Incluso de testigos propuestos por la acusación. Y resultado de esa prueba directa, que no indirecta o de presunciones, como era la testifical antes indicada, junto a las declaraciones de los acusados, es la esencial afirmación: **no existieron conversaciones que permitan establecer el acuerdo fraudulento de voluntades.**

Y, sobre la solicitud de informe de los servicios jurídicos el Tribunal de instancia asegura que **nadie -en la Mesa del Parlamento- discutía la necesidad de cumplir el requerimiento ni se proponía incumplirlo.**

Constituye una tergiversación del resultado probatorio afirmar que lo que se pedía era un informe sobre SI CUMPLIR O NO CUMPLIR el requerimiento. El Tribunal afirma, por mor de las pruebas testificales ante él practicadas que lo que se solicitaba de los servicios jurídicos era un mero informe LIMITADO A LA FORMA O CAUCE PARA EL CUMPLIMIENTO. Así deriva de la consideración de las cuatro propuestas que se declara probado que fueron todas las que se barajaron en la reunión de la Mesa.

Nuevamente la mayoría prescinde de parte del acervo fáctico cuya consideración unitaria, y no fragmentada, ha llevado a la conclusión del Tribunal de instancia y que era tributario de medios probatorios de índole personal.

Esa valoración -siquiera de *privación de valor*- del resultado de prueba tributario de medios personales, (testigos y declaración de acusados) sin que este Tribunal de casación pudiera recibir pública y contradictoriamente ante sí tal medio probatorio, infringe a mi modo de ver la garantía constitucional que vengo examinando en este apartado.

3.- Alcance del control casacional respecto a los elementos subjetivos del injusto.

_____ Estimo que no cabe proclamar sin matices la doctrina establecida al respecto en sentencias de este Tribunal. Como la de la nº 1377/2004 de 29 de noviembre que recoge otras muchas cuando afirma *que el cauce casacional apropiado cuando se trata de impugnar un elemento subjetivo del tipo es el del artículo 849.1 LECrim (SSTS, entre muchas, 278/00 , 1648/02, 218 o 1469/03 o 593/04).* O la 19/2007 de 22 de enero.

El enunciado que afirma que concurre un elemento subjetivo del tipo -el ánimo de matar, en unos casos, el de desatender el requerimiento, en el presente- es susceptible de ser calificado como *verdadero o falso*. Por eso debe ser *probado*. De modo directo, o a medio de inferencias, si éstas no son en todo caso siempre presentes por ineludibles. En uno y otro caso puede someterse a crítica la racionalidad de la atribución de credibilidad al medio directo de prueba, o la racionalidad de la inferencia del método indirecto de acreditación desde un hecho base.

Pero esa crítica es siempre diversa de la que ha de merecer la *subsunción* del resultado probatorio -directo o inferido- en la norma.

El principal matiz estriba en la identificación de la **ley que debe ser invocada como infringida**.

Mal puede mantenerse que el precepto conculcado sea la norma penal que tipifica el hecho imputado como delictivo. Tal infracción concierne a la decisión respecto a la *subsunción de los elementos constatados* en la descripción típica por lo que no puede confundirse con la infracción, ineludiblemente precedente, eventualmente acaecida en la labor de fijación de la concurrencia de dichos elementos.

Ha de tratarse de otra norma "que debe ser observada en la aplicación de la ley penal" substantiva, carácter que también ha de tener esa norma infringida.

Y ello tanto si se trata de sentencia absolutoria -que excluyó la aplicación del tipo penal- como si se trata de sentencia condenatoria.

En este último caso se ha venido dando acogida en este motivo de casación a la alegación de la quiebra de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Bajo tal invocación se asumido en la casación el control de la racionalidad de las inferencias que permiten afirmar los elementos subjetivos del tipo. Decidiendo la casación con subsiguiente absolución si aquella se evalúan por el Tribunal Supremo como arbitrarias.

Paralelamente, cuando la sentencia es absolutoria -lo que obsta la invocación de aquella garantía del artículo 24.2 de la Constitución Española, la puesta en cuestión de la exclusión de esos elementos subjetivos, pretendiendo su afirmación contra lo dicho en al instancia, la acusación recurrente solamente puede invocar una *ley* como infringida: el artículo. 24 .1 de la Constitución Española en cuanto garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

Y ello porque constituye su contenido el **derecho a una resolución razonable y no arbitraria**.

Pero, de la misma manera que en cuanto no rebase el canon de arbitrariedad la inferencia que llevó en la instancia a la condena, la decisión es irrevocable en casación, con mayor razón, si cabe, debemos admitir que, si la inferencia que excluyó elemento subjetivo no es arbitraria, no cabe casar la sentencia imponiendo la condena que aquella excluyó.

Solamente de tal guisa se evitará la inaceptable confusión entre la casación y la apelación. En la apelación se admite como motivos, en los procedimientos que la prevén, la alegación de *error en la apreciación de las pruebas*, además de la alegación de infracción de normas o error de subsunción. Y ello puede hacerlo el tribunal *ad quem* de una manera abierta y sin prácticamente límites. Es en el ámbito de la apelación, por esa amplitud de la revisión del resultado probatorio, donde ha tenido que ser establecida la doctrina constitucional antes citada, a partir de la Sentencia nº 167/2002 del Tribunal Constitucional.

Sin embargo en la casación el control de las valoraciones de pruebas debe canalizarse por el estrecho cauce del artículo. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fuera de éste, por el cauce del art. 849.1º solamente puede someterse al Tribunal *ad quem*, la infracción de garantías constitucionales. Lo que, una vez reformado en el año 2000, es más atinado hacerlo por el cauce del artículo 852 en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

La diferencia del canon de control, según se trate de sentencias absolutorias o condenatorias, ya ha sido subrayada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia de su Pleno 169/2004 de 2 de octubre, en el que, no obstante, recuerda que *No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad.*

Siquiera sea importante matizar, como hace el voto particular emitido en tal sentencia que *exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de **pruebas suficientes para declarar la inocencia** supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia.*

La misma diferenciación en cuanto a la exigencia de justificación se encuentra en la doctrina de este Tribunal Supremo, entre otras en la nº 3/2007 de 16 de enero que transcribe lo antes dicho en la nº 1513/2005 de 13 de diciembre que también diferencian la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas: *La motivación*

sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquélla por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediación derivada de la práctica de la prueba. De otra parte, su exigencia será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución)], en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia.

También declarábamos en la STS 186/1998, en línea con la **585/1997**, que **no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario.**

La doctrina es constante: SSTS núms. 1232/2004; ,2051/2002; 1258/2001; 1045/1998; 186/1998.

La cuestión, pues, es **cual ha de ser el canon** que permita casar la sentencia por conculcación del derecho a la tutela judicial **en los casos de sentencias absolutorias**.

En la Sentencia 403/2005 de 23 de marzo ya dijimos que *Basta, a los efectos de su control casacional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una correcta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos».*

Y la sentencia del Tribunal Supremo 1547/2005 de 7 de diciembre decía: *no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos. ...El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la*

participación del acusado. Lo que no es óbice para que en la misma resolución se matice que *Hay que tener en cuenta que la absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda.* Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia **absolutoria** es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

Y así, sigue diciendo, *cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación.* Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad.

Resume esta doctrina la Sentencia del TS nº 487/1999 de 27 de marzo en la que se dijo: *"...Tratándose de una prueba indirecta para determinar el «animus» del agente, la competencia de esta Sala Segunda se reduce a constatar si la inferencia obtenida por el juzgador se ajusta a las reglas de la razón, de la experiencia común y del criterio humano, y solamente podrá alterarse el juicio inferido cuando éste, por no respetar dichas normas, se revele arbitrario, irracional o absurdo, pues que la apreciación y valoración de esos elementos fácticos circunstanciales a que nos hemos referido «...es propia de la instancia, en la que el Tribunal sentenciador ha dispuesto del conjunto de observaciones inherentes al principio de inmediación».."* (STS de 19 de junio de 1997, entre otras muchas)

Como conclusión, si, como antes se expuso, la sentencia ante nosotros recurrida realiza una argumentación que no impide que pueda calificarse de arbitraria la inferencia sobre la voluntad de incumplir, y, además, toma en consideración, para establecer el global soporte fáctico de tal inferencia, elementos de juicio ajenos los de la mera documentación de acuerdos y oficios, es decir múltiples declaraciones testificales y de los acusados, ante ellos vertidas con publicidad y bajo contradicción, en el juicio oral, la revisión que efectúa la mayoría es ajena al contenido del único motivo alegable a tal efecto que es el ya citado derecho a un juicio con garantías de inmediación, publicidad y contradicción.

III.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Finalmente discrepo del parecer mayoritario al estimar que con su decisión conculcan la garantía de presunción de inocencia en relación con el delito de desobediencia que le imputa a los recurrentes.

1.- Previamente hemos de establecer los elementos del delito de desobediencia

_____La Jurisprudencia ha venido caracterizando el delito como de mera actividad (o inactividad), lo que excluye la exigencia de un resultado. (TS n° 263/2001 (Sala de lo Penal), de 24 febrero 1037/200 de 13 de junio)

La regulación de los delitos de desobediencia a resoluciones judiciales (art. 410.1 del Código Penal) o denegación de auxilio por Autoridades o agentes de la misma (art. 4112 1 y 2 del Código Penal) exige que concurren los siguientes elementos.

a) una resolución judicial que deriva en la **exigencia de un comportamiento** determinado en el destinatario. Por órgano competente, y con las formalidades legales, que prescriba un comportamiento o lo proscriba.

b) que el destinatario sea Autoridad o funcionario o agente de aquella, que se encuentre *sometido jerárquicamente*, caso de la desobediencia, o tenga la **obligación de colaborar**, caso de delito de denegación de auxilio. Tal elemento implica, además, que la obediencia o colaboración vincule al destinatario porque el objeto del requerimiento incumba al requerido por razón de los deberes propios de su cargo. Si el deber de obedecer o colaborar no concurrese la acción de desatención sería **atípica**.

c) que ese destinatario **desobedezca o desatienda** el correspondiente requerimiento, realizando lo proscrito o no actuando lo prescrito, cuando se trata de desobediencia, o simplemente no preste el auxilio recabado cuando se trata de la denegación de auxilio.

d) que, cuando se desobedece, se haga *abiertamente*, es decir que la oposición se exprese de manera clara y terminante, a lo que se equipara la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora.

e) El **elemento subjetivo**, que requiere, en primer lugar, el *conocimiento* del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal o del superior administrativo. Tal conocimiento de la existencia del deber no es equiparable al conocimiento del significado de su incumplimiento y, por ello, ese dato corresponde al injusto y no al ámbito de la culpabilidad. Y, en segundo lugar, requiere el **propósito de incumplir**, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que se admita la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia o denegación de auxilio.

f) Pero, enmarcado el delito en las relaciones entre poderes, ha de considerarse, no tanto un conflicto entre los mismos, como la eventualidad de un **conflicto entre los deberes, a los que requirente y requerido puedan estar sometidos**. Lo que, junto a otras razones, ha llevado al legislador a establecer la posibilidad de la “*remonstración*” del apartado 2 del art. 410 (que la doctrina, con buen tino, extiende a los

casos de denegación de auxilio, pese al silencio legislativo), la cual, adviértase, no se excluye por razón de la naturaleza de la orden o de la Autoridad del requirente.

Y esa posibilidad de examen del requerimiento no depende del rango de la Autoridad Judicial requirente. ¿Acaso no la tiene el Registrador de la Propiedad en el ámbito de su función de calificación? ¿Cómo negar al Presidente de un Parlamento, refrendado además por la Junta de Portavoces lo que un simple funcionario registral puede hacer?

Por ello se ha podido decir que el derecho a requerir obediencia o auxilio no es omnímodo sino que está **limitado por el respeto a las competencias y misiones constitucionales de los órganos requeridos de colaboración**.

En definitiva la **posibilidad, material, pero también la jurídica**, de acatar el requerimiento integra un presupuesto típico. Por ello es erróneo estimar que su inadecuada valoración por el destinatario constituye un error de prohibición. Que solamente afecte a la culpabilidad. Afectaría, antes, al tipo del injusto, excluyendo el dolo, y con él la antijuridicidad de un tipo que no admite la modalidad imprudente.

El examen de tal posibilidad -por otra parte absolutamente diverso del examen de la legalidad de la orden- no solamente no cabe vetársele al destinatario del requerimiento, sino que se le debe exigir en cuanto ejercita una función pública.

Tal como indica algún sector doctrina, el delito que examinamos tiene como **presupuesto lógico**, -dentro del tipo- lo que *en términos jurídico penales denominaríamos «exigibilidad de la conducta esperada»*.

2.- Alcance de la presunción de inocencia en relación con los precedentes elementos

_____ La garantía constitucional de presunción de inocencia obliga a que la totalidad de tales elementos consten de manera que no concurra respecto de ellos duda razonable.

Por eso, nada menos compatible con tal derecho fundamental que adular el razonamiento de manera que, fracturando el soporte de los enunciados fácticos, y asumiendo solamente los que constan en la documentación que recoge acuerdos y oficios de los órganos requirente y requerido, exigir a la defensa que consiga **descartar la existencia del delito que, a su entender deriva de los hechos relatados como probados por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**.

Muy al contrario, la sintonía con los valores constitucionales, los que establecen la presunción de inocencia como regla de juicio, demanda otro método: demostrar que aquella declaración de hechos probados puede establecerse sin **dudas**

razonables. Y aún más, que **tampoco existen tales dudas en que esos hechos probados permiten afirmar que todos los precedentes elementos del delito concurren.**

a) Ciertamente no es cuestionable la **existencia** de la resolución judicial. Lo que no impide que debiera más calificarse como de requerimiento de colaboración que de orden, pues la Autoridad requerida, el Parlamento vasco, no está ni subordinada orgánicamente ni sometida procesalmente -no fue parte en el proceso del que emana la orden- al Tribunal Supremo.

b) Pero la garantía de presunción de inocencia proyecta su amparo sobre el segundo elemento, del que depende la **tipicidad** del comportamiento observado por los acusados. La **existencia del deber de acatamiento** del requerimiento, dada su génesis y su conflicto con los deberes que el destinatario no podía eludir, exige un **juicio** cuya decisión, por razón de aquella garantía, también debe estar **exenta de dudas razonables.**

La génesis de la orden *-melius* debería haber sido solicitud de colaboración- no excluye aquellas dudas razonables. El requerimiento no puede anclarse directamente en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. Muy al contrario, la decisión es adoptada en su ejecución no obstante afectar directamente a sujetos -los parlamentarios que integran el grupo a disolver- que no solamente no han sido parte, sino que la misma sentencia les excluye como directamente afectados por la misma.

Pero, además, el Presidente, y también la Mesa, del Parlamento Vasco tienen el deber de no adoptar decisiones que minoren los derechos de los integrantes del Parlamento individualmente, y del Parlamento mismo como residencia de la soberanía de la que deriva, sin un amparo normativo **inequívoco** que legitime el cercenamiento de los derechos de los diputados y de la autonomía organizativa de la Cámara.

No comparto la decisión de la mayoría sobre la indiscutibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El mismo tipo penal de la desobediencia exige la desobediencia a las órdenes que constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Incluso cuando se reitere el mandato. Por eso el art. 411 del Código Penal no se aplica cuando el rechazo tiene tal fundamento. Y todo ello sin distinguir que el origen del mandato sea jurisdiccional. Incluida la más alta instancia jurisdiccional del Estado.

Pero ello, debe advertirse, con más razón, cuando, como en este caso, el requerimiento **no** puede autorizarse desde la **superioridad jerárquica del requirente.** Esta no existe entre el Tribunal Supremo y órganos de otro Poder. La prolija cita, que hace la mayoría, de doctrina del Tribunal Constitucional resulta de oportunidad discutible. Porque los casos resueltos en las sentencias, que se invocan por la mayoría de la que discrepo, hacen referencia a la superioridad jerárquica que existe cuando la orden jurisdiccional tienen como destinatario las partes que han quedado ***sometidas*** al proceso en que se dictan, en

cuanto fueron *parte* en el mismo. Tal sumisión es la que determina el deber de *obedecer* y no solamente el deber de *colaborar*; siendo además de subrayar que tales sentencias se dictan por el Tribunal Constitucional en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de ciudadanos que litigaban con la Administración. Hipótesis nítidamente diferenciadas de la que nos ocupa.

En el caso de la Sentencia Tribunal Constitucional 32/1982 la Administración había sido parte y condenada en el proceso contencioso, haciendo además referencia a plazos bien dilatados en cuanto a la diligencia exigible a la Administración, conforme al artículo 110 de la LJC. Y aún advierte que *El derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia, pues -como dijo ya la sentencia del Tribunal 58/1983, de junio, fundamento jurídico 2, «Boletín oficial del Estado» de 15 de julio (RTC 1983\58)- tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación.*

En la 155/1985 también la Administración fue previamente sometida al proceso en calidad de parte demandada. Y lo mismo ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 240/1998

El caso de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 73/2000 de 14 de marzo resulta de especial interés. No se trata ahí de discutir sobre el derecho de un ciudadano a la tutela judicial efectiva en trance de ejecución. La Jurisdicción cuestiona ante el Tribunal Constitucional una actuación del Parlamento Navarro que, según estima, fue dictada como consecuencia de una sentencia a cuya imposibilidad de ejecución se dirige la actuación del legislativo navarro mudando en ley posterior el régimen anterior del acto objeto de pleito. Se trataría de un comportamiento contrario a lo que algún sector doctrina denomina *reserva jurisdiccional* por una ley *ad casum* contra lo previamente resuelto jurisdiccionalmente. Pero en el que lo esencial era la determinación de que el acto legislativo tenía como objeto precisamente *impedir la ejecución de lo jurisdiccionalmente decidido*. Y la sentencia del Tribunal Constitucional concluyó con declaración de la **validez de la decisión del legislativo navarro que hizo inejecutable la sentencia.**

No son más atinadas las invocaciones que la mayoría hace de las decisiones del Tribunal Constitucional en relación con recursos interpuestos con ocasión de la misma solicitud de requerimiento origen de esta causa. Particularmente la sentencia del Tribunal Constitucional 251/2007, de 17 de diciembre pasado, lejos de revalidar la doctrina de la inexcusabilidad del deber de colaborar, se circunscribió a la validez de la negativa judicial de la calidad de parte al grupo parlamentario a disolver por decisión de la Sala del artículo 61 de la Ley orgánica del Poder Judicial. Lo que no impidió que afirmase expresamente el Tribunal Constitucional que **Es notorio que la disolución de**

un grupo parlamentario puede entrañar graves lesiones de los derechos de participación y representación política garantizados por el art. 23 CE.

_____ Y se cuida de advertir el Tribunal Constitucional que la denegación de amparo tiene otros fundamentos por lo que falla *sin entrar a abordar ahora, por no suscitarse en la demanda ni ser necesario para su resolución, la facultad de un órgano judicial y, en su caso, el alcance de ésta, para declarar la disolución de un grupo parlamentario.*

_____ En el ATC nº 520/2005 de 20 de diciembre el Tribunal Constitucional se limitó a concluir que *la disolución del partido político tiene como efecto principal la extinción de su personalidad jurídica, de modo que carece de capacidad jurídica para defender jurídicamente cualquier pretensión”.*

_____ En el ATC 515/2005 de 19 de diciembre el Tribunal Constitucional da respuesta a una pretensión de la Mesa del Parlamento Vasco en la que lejos de ratificar la legitimidad de la decisión de la sala del artículo 61 de la Ley orgánica del Poder Judicial , tras recordar que rechaza la admisión a trámite de la demanda porque las instituciones públicas no están legitimadas para acudir en amparo, y de declarar inadmisibles la demanda porque *lo que verdaderamente se intenta en este caso es la articulación de un conflicto de atribuciones entre un órgano intraparlamentario y otro judicial. Añade el recordatorio de que la cuestión suscitada también en este recurso de amparo relativa a la disolución del Grupo Parlamentario Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak en el Parlamento Vasco, como consecuencia de la ejecución de la Sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, no desaparece del conocimiento de este Tribunal porque este proceso se extinga, ya que están admitidos a trámite distintos recursos de amparo en los que en el fondo se plantea idéntica cuestión (rr.aa. núms. 6458, 6462, 6494, 6496, 6498 y 6500/2003).*

Lo que, dicho sea de paso, se erige en cuestión prejudicial cuya previa decisión sería hartamente oportuno haberse hecho preceder a la de esta causa penal.

c) Pero, además, la cuestión no es, en esta sede penal, dilucidar si la posibilidad, y subsiguiente exigibilidad, de atender el requerimiento concurría o no. La cuestión es la **indudable razonabilidad de la duda** que a los destinatarios del requerimiento jurisdiccional les asaltaba. Tan razonable que a nadie se le antojó el encausamiento penal de quien participó en la selección del método para su clarificación. Ni nadie osó tildar de delictivo el comportamiento absolutamente paralelo de los destinatarios de la orden en el Parlamento Navarro.

Si la única diferencia, en lo que respecta a los aquí acusados, radica en la decisión, por soberana inviolable, de los parlamentarios que se integraban en la Junta de

Portavoces del Parlamento Vasco, la condena de aquellos deriva de un hecho absolutamente fuera de su control. Y esto no cabe aceptarlo.

d) La garantía constitucional de presunción de inocencia tampoco autoriza a proclamar que concurre el dolo -es decir la voluntad de incumplir un deber cuya existencia se conoce- del tipo delictivo imputado. Por lo que concierne a la existencia del deber de acatar, sin siquiera *rechistar*, no es menor la duda de este magistrado para quien se antoja justificable la existencia de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya previa resolución habría sido esclarecedora. Pero, en cualquier caso, la razonabilidad del cuestionamiento, a que el requerimiento se somete por los parlamentarios vascos, se deriva de los argumentos puestos de manifiesto en la sentencia recurrida ante nosotros. Que asumo y a los que me remito.

Ciertamente el Tribunal Supremo en alguna ocasión, como en la sentencia nº 990/2004 de 15 de septiembre llegó a decir que "*...el ámbito de la **presunción de inocencia no alcanza a los elementos internos o subjetivos del delito,***..." los cuales, en cuanto no son de naturaleza física, no se constatan por una prueba propiamente dicha, sino a medio de juicios de valor, limitándose aquella a los datos fácticos objeto de dicha valoración. También en la 1036/2003 se parte de que la afirmación del elemento subjetivo debe erradicarse de los enunciados a incluir entre los hechos probados.

Sin embargo, de manera casi constante, la Jurisprudencia de este Tribunal concibe la afirmación sobre el dolo dentro del ámbito de la exigencias de prueba (indirecta), como la conclusión de una inferencia y, sin negarle la calidad de hecho, de manera que el ámbito de control, que corresponde al recurso de casación, lo refiere a la **razonabilidad de dicha inferencia**, a dilucidar, como dejamos dicho, dentro del motivo infracción de ley del apartado primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La especificidad de ese control en el recurso de casación no supone elusión de las **exigencias de la garantía constitucional**. Así nos lo recuerda también el Tribunal Constitucional en su sentencia 340/2006 de 11 de diciembre recuerda que el contenido de la garantía significa que: "*...ha de quedar asimismo suficientemente **probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado** SS Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio , F. 4; 87/2001, de 2 de abril , F. 9; 233/2005, de 26 de septiembre, F. 11; 267/2005, de 24 de octubre, F. 4; 8/2006, de 16 de enero, F. 2 y 92/2006, de 27 de marzo, F. 2). En relación específicamente con los elementos subjetivos, debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si **el enlace** entre los hechos probados de modo directo y la intención*

perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial..." (SS Tribunal Constitucional 91/1999, de 26 de mayo, F. 4; 267/2005, de 24 de octubre, F. 4; 8/2006, de 16 de enero, F. 2).

En el mismo sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 522/2007 de 2 de noviembre.

De las premisas expuestas derivan a mi entender las siguientes

CONCLUSIONES

Que me llevan a discrepar, con pleno respeto a su criterio, de la decisión de la mayoría:

A) La sentencia aprobada por mayoría implica una no compartida variación de criterio respecto a la doctrina precedente sobre inaceptabilidad de apertura del juicio oral a la sola instancia de la acusación popular, con **quiebra del derecho a la igualdad** de trato de los aquí juzgados en relación con quien lo fue en el precedente.

B) So pretexto de discrepar únicamente de las inferencias efectuadas en la instancia, se desautoriza parte de las conclusiones probatorias allí obtenidas a partir de medios de prueba personales, y de las que se prescinde para elaborar nuevas inferencias. Tal *des-valoración* de medios probatorios personales implica una quiebra del **derecho al proceso con todas las garantías** que incluye la de intermediación, publicidad y contradicción en relación con la producción de las pruebas que se valoran o, cabe añadir, se *des-valoran*, derecho que impide revocar una sentencia absolutoria sustituyéndola por una condenatoria cuando los medios aceptados ó rechazados solamente pueden ser practicados bajo esas garantías.

C) Cuando la recurrida es una **sentencia absolutoria**, la tacha de **arbitrariedad** alegada frente a la valoración probatoria de la instancia es la única que puede justificar la pretensión de que se declare conculcado el **derecho a la tutela judicial efectiva mediante resolución motivada**. Y ésta es también la **única infracción que cabe denunciar como motivo de casación** fundada en aquella tacha. Excluida esa arbitrariedad no cabe substituir el criterio de la recurrida por otro.

D) La revocación de la sentencia absolutoria y la promulgación de una condenatoria, **infringe el derecho a la presunción de inocencia** en cuanto condena no obstante concurrir **dudas razonables** sobre los elementos del delito que se imputa a los recurrentes

a) sobre la **existencia de jerarquía** entre el Tribunal Supremo y el Parlamento Vasco y el supuesto de **deber de acatamiento** incondicionado.

b) sobre el propósito de los acusados de desatender el requerimiento, no ya por estimarlo ilícito, sino por estimar que era prioritario su deber de aceptar la decisión de los parlamentarios en uso de sus facultades como tales integrados en la Junta de Portavoces. **La inferencia de un contumaz artificio en el comportamiento de los acusados adolece de objetiva arbitrariedad** incompatible con aquella garantía constitucional.

c) Sobre la existencia de una prohibición de **valoración de la posibilidad jurídica de cumplimentar de lo requerido**, ya que ésta es **siempre un deber del Poder requerido** por el Jurisdiccional para la efectividad de las decisiones de éste.

Fdo.- Luciano Varela Castro

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:08/04/2008

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. CARLOS GRANADOS PÉREZ, D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA y D. ANDRÉS MÁRTÍNEZ ARRIETA, respecto de la Sentencia nº 54/2008. Recurso de Casación nº 408/2007.

Con todo respeto para la opinión de la mayoría de la Sala, los Magistrados que suscriben, se sienten obligados a formular voto particular por no participar de los razonamientos expresados para rechazar la cuestión previa planteada tanto por el Ministerio Fiscal como por la parte recurrida, que debió ser estimada.

Tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la parte recurrida plantean, como cuestión previa, si el ejercicio de la acusación ha sido correcto en el presente procedimiento, concretamente si existió en el caso legitimación para pedir, de acuerdo a la ley procesal, la apertura del juicio oral, extremo conectado con la vigencia del principio acusatorio.

Se alega que llegado el momento procesal oportuno, se solicitó la apertura del juicio oral exclusivamente por la acusación popular personada, el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, por el contrario, el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento libre de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, de conformidad con lo previsto en el artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Atendiendo esa petición exclusiva de la acusación popular, se acordó la apertura del juicio oral, éste se celebró y se dictó sentencia absolutoria el 19 de Diciembre de 2006. Notificada la sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ésta fue recurrida en casación únicamente por la acusación popular, que solicitó se casase la sentencia de instancia y se dictase una sentencia condenatoria.

Procede examinar, en primer lugar, si esta Sala está habilitada para revisar en casación la cuestión de si la acusación fue ejercida adecuadamente por quien tenía legitimación para ello, cuestión que tiene un carácter previo al estudio del fondo del asunto.

Desde una perspectiva constitucional, una consecuencia ineludible del principio acusatorio es la necesidad, para continuar el procedimiento, de una acusación contra el imputado, que sostenga contra él una pretensión de condena. Si tal acusación no existe no cabe la continuación del procedimiento ni, por supuesto, la imposición de una pena. Y esa misma situación se produciría si el ejercicio de la acusación se hubiese efectuado incorrectamente por quien carece de legitimación, ya que la acusación incorrectamente admitida equivale a la ausencia de acusación. Por tanto, si se continúa la tramitación del procedimiento, pese a la ausencia de acusación o a la existencia de una acusación cuyo ejercicio no procedía, se vulnera el principio acusatorio y, en tal medida, se infringe el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo 24 de la Constitución.

Desde una perspectiva procesal, nos estamos refiriendo al ejercicio de la acusación por quien carece de legitimación para ello, por lo que nos movemos en el ámbito de la legitimación de las partes, lo que supone un presupuesto procesal determinante de la válida constitución de la relación jurídica-procesal. Se convierte, así, en un presupuesto de orden público, cuyas normas reguladoras son de carácter imperativo y que obligan, en primer lugar, al órgano jurisdiccional que conoce de la causa, que debe comprobar la existencia y validez de los presupuestos procesales.

En ese mismo sentido se ha pronunciado jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 938/98, de 8 de julio, que al examinar un supuesto de prescripción, declara la viabilidad legal de la apreciación de la prescripción en cualquier estado del procedimiento incluso aunque se alegare como cuestión nueva en el marco de un recurso de casación.

Así las cosas, hay que afirmar, y en eso se coincide con la mayoría de la Sala, la posibilidad de que esta Sala revise en casación si la acusación se ha ejercido adecuadamente por quien tenía legitimación para ello, especialmente en el presente caso, al haberse dictado sentencia absolutoria en la instancia y el Tribunal Supremo para condenar necesita ineludiblemente –principio acusatorio- de una acusación y ésta ha de estar planteada por quien está legitimado para ello.

Una vez establecido lo anterior, hemos de examinar la cuestión previa planteada a la luz de la reciente Sentencia, del Pleno jurisdiccional de esta Sala, número 1045/2007, de 17 de diciembre --asunto cesiones de crédito del Banco de Santander--, en la que se afirma que en el ámbito del Procedimiento Abreviado la apertura del juicio oral no puede llevarse a cabo a instancia exclusivamente de la acusación popular. Es decir, esta Sentencia declara la imposibilidad de que el juicio oral se abra exclusivamente a instancia de la acusación popular si no se formula acusación también por parte del Ministerio Fiscal y/o la acusación particular.

Los argumentos en síntesis, de esta Sentencia, son los siguientes: Parte del hecho de que el legislador tiene facultades expresamente acordadas por la Constitución para regular el ejercicio de la acción popular. Ciertamente, la Constitución, en su artículo 125, establece que el derecho de la acción popular, al que se considera derecho constitucional, aunque no fundamental, es de configuración legal, es decir, que el derecho es reconocido en tanto en cuanto el legislador lo regule por ley en lo concerniente a la forma y a los procesos en los que cabe su ejercicio. En el mismo sentido, como no podía ser de otra manera, el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello supone, en primer lugar, que el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar en qué procesos puede ser ejercida la acción popular, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las clases de procesos. En consecuencia, puede prever una regulación especial de la acción popular en el Procedimiento Abreviado, estableciendo límites a la acción popular en tal procedimiento que pueden no haber sido establecidos para otras clases de procesos penales. En segundo lugar, el legislador está habilitado para establecer la forma del ejercicio allí donde la acción popular sea legitimada. De este modo, la ley puede 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. Es perfectamente plausible que el Ministerio Fiscal en cuanto 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"* (artículo 124 de la Constitución), 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.

Considerando la voluntad expresada 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. El número 1º del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo hace referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el número 2º del mismo artículo identifica al acusador particular con los *"directamente ofendidos o perjudicados"*. Por dos veces, por lo tanto, no menciona a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos --la acusación popular--. La Sentencia que comentamos señala que, de acuerdo con el Auto de la Audiencia nacional en el asunto de las cesiones de crédito, la doctrina expuesta se debe extraer de la Ley 38/2002 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que fue introducida la actual redacción del artículo 782 de esta Ley en el sentido de que la expresión "acusación particular se identifica con la de los "perjudicados por el delito". Desde la perspectiva de los antecedentes legislativos se llegaría a igual conclusión examinando el debate parlamentario.

Ciertamente, no es ocioso recordar que la actual redacción del art. 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es resultado de la enmienda 133 del Grupo Parlamentario Catalán, que la justifica señalando que *"la finalidad de la enmienda es la de 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 actor o acusador popular..."*. Con la misma finalidad también se pueden citar otras enmiendas de los Grupos Parlamentarios PNV y del PSOE.

Sigue diciendo nuestra Sentencia 1047/2007, de 17 de diciembre, que la exclusión de la acción popular en el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 sobre todo equilibra la relación entre el derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Y no estará de más recordar, que la figura de la acusación popular, institución típicamente española, es desconocida en los sistemas penales de la Unión Europea sin que por ello padezca el deber de perseguir los delitos.

Discrepando de la opinión de la mayoría de la Sala, en este voto particular se sostiene que la doctrina que se recoge en la citada Sentencia número 1045/2007, de 17 de diciembre, debió ser aplicada al supuesto que examinamos en el presente recurso, por lo que hemos de afirmar que la apertura del juicio oral no procedía, ya que sólo había sido solicitada por la acusación popular.

La solución que mantenemos, debe aplicarse con carácter general para todos los casos en los que sólo la acusación popular solicita dicha apertura, con independencia de que exista o no la posibilidad de personación de una acusación particular y de que ésta, en su caso, actúe o no de manera efectiva. Otra solución distinta, esto es, que cuando no hay acusación particular si es posible abrir el juicio oral exclusivamente a instancia de la acusación popular no puede ser asumida por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la ley no dice nada al respecto. No existe esa excepción en los artículos 782 y 783, ni en ningún otro artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permita entender que debamos aplicar un criterio distinto al antes señalado. El régimen de la acusación popular se diseña con carácter general y no se le reconoce un mayor nivel de facultades cuando no concurre la acusación particular. Es decir, ya concurra o no acusación particular. La Ley es clara cuando dice en el Procedimiento Abreviado, que la acusación popular no es bastante, por sí sola, para acordar la apertura del juicio oral.

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

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

Por todo lo dicho, declaramos que en el procedimiento que examinamos en el presente recurso el ejercicio de la acusación fue incorrecto desde el momento en el que se abrió el juicio oral y se celebró éste, cuando no procedía dicha apertura y tampoco la celebración del juicio.

Esta lesión a las exigencias del principio acusatorio lesiona, asimismo, el derecho de defensa del imputado que es enjuiciado como consecuencia de la intervención

de una parte que no tiene derecho a solicitar, por sí sola, la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado.

La sentencia de la que discrepamos propicia una acusación popular al mismo nivel de actuación del Ministerio Fiscal, olvidando que el Ministerio Fiscal es un órgano constitucional cuyo Estatuto Orgánico, recientemente reformado, contiene diversos mecanismos internos de control para asegurar el cumplimiento de los fines de la institución, entre ellos la defensa de la legalidad. La acción popular, por el contrario, surge como un derecho de participación de los ciudadanos en la administración de justicia, sin exigencias de control alguno sobre los intereses que pueda defender ni de sus competencias. Esta distinción justifica la distinta configuración legal de ambas acusaciones.

Situar en plano de igualdad la Acusación Popular con el Ministerio Fiscal, con el implícito argumento de que ésta actuaría como remedio para la inactividad --cuando no desconfianza-- hacia el Ministerio Fiscal, parece un argumento fundado en un apriorismo o pre-juicio que es incompatible con el deber de respeto al propio campo de actuación y colaboración debidos entre los distintos poderes e instituciones del Estado. Más bien puede afirmarse que la derivación al sistema de justicia penal de conflictos escasamente jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su propio cometido, parece vehicularse, actualmente, a través del ejercicio de la acción popular en no pocas ocasiones. No se trata de un juicio de valor o intuición de los firmantes de este Voto, por lo que se refiere a esta Sala II, competente para la instrucción de causas penales dirigidas contra las personas aforadas, sino que se sustenta en datos reales, en cuanto en los últimos cinco años se han contabilizado un total de 24 denuncias y querellas, formalizadas por Acusaciones Populares contra diversas personas aforadas, sin que prosperase ninguna de ellas.

En consecuencia, se sostiene en este voto particular que debió declararse la nulidad de actuaciones en este procedimiento, reponiendo las mismas al estado procesal inmediatamente anterior al dictado de apertura de juicio oral, con devolución de la causa al órgano de instancia para que procediese a dictar auto de sobreseimiento libre, en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal.

Es decir, postulamos la misma solución que la dada en la citada sentencia, del Pleno de esta Sala, de las cesiones de crédito del Banco de Santander.

Al haberse apartado la sentencia de la mayoría del criterio mantenido en dicha sentencia, consideramos que se ha producido una quiebra del derecho a la igualdad ante la Ley, ya que estimamos que la distinta naturaleza del delito imputado no debe permitir un tratamiento diferente.

Asimismo, la solución dada, pone en cuestionamiento la seguridad jurídica --art. 9-3º de la Constitución-- por la que debe velar muy especialmente esta Sala, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria y cuestiona la aconsejable previsibilidad de las resoluciones judiciales.

En esta situación, estimamos conveniente que el Poder Legislativo regule de modo sistemático la acción popular en el proceso penal.

Carlos Granados Pérez

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:08/04/2008

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, respecto de la Sentencia nº 54/2008, de fecha 08/04/2008, recaída en el Recurso de Casación nº 408/2007.

Con independencia del anterior voto conjunto en el que defendía la aplicación de la doctrina de la sentencia 1045/2003 de 17 de Diciembre a los presentes autos, estimo que, además, tampoco existió el delito de desobediencia por el que han sido condenados los Sres. Juan María Atutxa Mendiola, Gorka Körr Borrás y María de la Concepción Bilbao Cuevas.

Primero.- La crónica de los hechos.

La relación circunstanciada de las actuaciones llevadas a cabo es como sigue:

1- La sentencia de la Sala del art. 61 LOPJ de 27 de Marzo de 2003, declaró la ilegalidad y consiguiente disolución de los partidos políticos demandados en la causa, Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna.

2- Posteriormente, el 7 de Abril de 2003 por parte del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, se solicitó la ejecución de dicha sentencia, y, entre otras peticiones, se solicitó la disolución de los Grupos Parlamentarios.

3- El 24 de Abril de 2003, el Tribunal sentenciador se dirigió a la Presidencia del Parlamento Vasco a fin de que se remitiera certificación comprensiva de los integrantes del Grupo Parlamentario Araba, Bizkaia eta Guipuzkoa Socialista Abertzaleak -en adelante ABGSA-.

4- El 6 de Mayo de 2003 se expidió la certificación solicitada en el sentido de que durante la VII Legislatura el Grupo Parlamentario Batasuna (así llamado hasta el 16 de Abril de 2002) y el Grupo Parlamentario ABGSA (desde dicha fecha hasta la de la certificación) tenían idéntica composición personal.

5- El 7 de Mayo de 2003, la Mesa del Parlamento Vasco adoptó un acuerdo --otros dos votos en contra-- que, en síntesis decía que los partidos políticos y los grupos parlamentarios son realidades diferentes, y que las resoluciones que afectan a los primeros no se extienden automáticamente a los segundos, añadiendo que la creación, funcionamiento y disolución de los Grupos Parlamentarios es cuestión atinente a la autonomía de organización y funcionamiento de la Cámara, por lo que la resolución judicial que disolviera un Grupo Parlamentario supondría una invasión del marco autónomo del Parlamento. Dicho Acuerdo fue comunicado por el Presidente del Parlamento al Presidente del Tribunal Supremo.

6- Recibidos la certificación y el acuerdo, el Tribunal Supremo estimando que concurría abuso de personalidad --con cita del 6-4º Código Civil-- y que el Grupo ABGSA era un artificio para obstaculizar la ilegalización del partido político Batasuna, acordó en el auto de 20 de Mayo de 2003 la disolución del Grupo Parlamentario ABGSA, remitiéndose copia certificada al Parlamento para dar cumplimiento a dicha disolución con la consecuencia de que los parlamentarios pasarían a formar parte del Grupo Mixto.

7- El 4 de Junio de 2003, ante la ausencia de respuesta del Parlamento, se remitió por el Presidente del Tribunal Supremo nuevo oficio recordando el cumplimiento de lo anteriormente acordado, con expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

8- El 9 de Junio el Presidente del Parlamento remite oficio al Presidente del Tribunal Supremo en el que le da cuenta de las actuaciones desarrolladas para

cumplimiento de lo interesado, los problemas que ello plantea por falta de previsión de ese supuesto en el Reglamento de la Cámara y de la propuesta de Resolución General de la Presidencia del País Vasco acordada por la Mesa del Parlamento el 5 de Junio de 2003 en el sentido interesado por el Tribunal Supremo. También se advertía que esta Resolución General requería el parecer favorable de la Junta de Portavoces, la que en reunión de 6 de Junio --día siguiente-- rechazó la propuesta de Resolución General, y concluía el escrito poniendo en conocimiento del Presidente del Tribunal Supremo, la imposibilidad de dar cumplimiento a lo resuelto judicialmente.

Con lo dicho hasta aquí, puede convenirse que en fase de ejecución de la sentencia que había declarado la ilegalidad y disolución, entre otros, del partido Batasuna, se extendió dicha disolución al grupo parlamentario ABGSA --antes Batasuna-- que no había sido demandado.

Basta al respecto leer el fallo de la citada sentencia en el que se acuerda: a) la ilegalidad de los partidos políticos demandados, b) su disolución, c) la cancelación de las inscripciones en el Registro de Partidos Políticos y d) el cese de todas sus actividades.

¿Existe una identidad total entre el partido político y el grupo parlamentario que permita *sic et simpliciter* extender al Grupo Parlamentario los pronunciamientos relativos a los partidos ilegales?.

Segundo.- Relaciones entre el Partido Político y el Grupo Parlamentario.

Abordaremos esta cuestión desde las cuatro perspectivas: la doctrina científica, el panorama legislativo, la posición de la Fiscalía General del Estado, y, finalmente desde la jurisprudencia constitucional.

I- Desde el punto de vista doctrinal, y partiendo de la obviedad de que este voto particular sólo trata de justificar mi opinión contraria a la existencia del delito de desobediencia, sin que pueda convertirse en una reflexión académica sobre esta cuestión, es lo cierto que en la doctrina constitucional, si bien con matices, puede estimarse opinión mayoritaria la que considera que no existe una identificación jurídica y entre el grupo parlamentario y el partido político. En este sentido, y sin ningún ánimo exhaustivo, para Saiz Araniz "*...no se da para el derecho una relación de dependencia de los primeros (el Grupo) respecto de los segundos....la creación, la extinción y el funcionamiento de los Grupos parlamentarios son, en derecho español, totalmente independientes....*". En el mismo sentido Presno Liner estima que se está ante "*....realidades distintas....*", Alonso de Antonio considera que "*....los Grupos Parlamentarios.....(son) entes colegiados de origen constitucional, regulación parlamentaria y formación imperativa para organizar la actividad personal de las Cámaras, dirigida al cumplimiento de las funciones parlamentarias....*". García Pelayo considera que "*....con independencia de su naturaleza*

jurídica, los Grupos Parlamentarios son, a la vez, componentes orgánicos del parlamento y subunidades de la organización de los partidos....".

Si las opiniones expuestas, pueden considerarse como el mínimo común denominador de las complejas relaciones entre Partido Político y Grupo Parlamentario, en el concreto aspecto de la extensión automática de los efectos de la ilegalización de un partido a su correspondiente grupo parlamentario se pueden contabilizar dos corrientes, de las que pueden ser exponente las opiniones que siguen.

En favor de mayor vinculación entre el Grupo Parlamentario y el Partido Político se pronuncia Solozábal en base al art. 9-4º de la Ley de Partidos 6/2002 en la medida que en dicho apartado se prescribe la imputación de conductas al partido, deducidas de las actuaciones de sus órganos y Grupos Parlamentarios, pero también añade el autor citado *"...que no tenga dudas sobre la extensión de la disolución de un partido a la del grupo parlamentario, no quiere decir que no deje de apreciar dificultades institucionales de la aplicación de dicha disolución que se hubiera ayudado a resolver con una previsión al respecto más explícita de la propia Ley de Partidos....".*

Tesis contraria es la sostenida por Carrasco Durán o Virgula Foruria quienes partiendo de la misma referencia al art. 9-4º de la Ley de Partidos, ya citada, estiman que dicha referencia se efectúa como constatación de la realidad sociológica que se deriva del hecho de que los parlamentarios integrantes de los Grupos Parlamentarios, son normalmente afiliados a los partidos correspondientes, si bien concluyen que ello no significa ni identificación jurídica ni extensión a los Grupos de la ilegalidad declarada de los partidos.

II- En relación a la situación legislativa y con incidencia en este caso, me referiré a dos textos al art. 78-1º de la Constitución, según el cual *"...en cada Cámara habrá una Diputación Permanente compuesta por un mínimo de veintiún miembros que representarían a los grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica....".*

No existe otro precepto constitucional que se refiera explícitamente a los Grupos Parlamentarios. Existen otras referencias más inconcretas y difusas en el art. 20-3º al referirse al control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado, cuando se refiere a *"grupos sociales o políticos"*, repitiéndose el término *"grupo político"* en el art. 99-1º. Este parco reconocimiento de los Grupos Parlamentarios no impide su reconocimiento constitucional en base al citado art. 78-1º.

Como segundo referente legislativo me referiré a la ya citada L.O. de Partidos Políticos 6/2002 de 27 de Junio. En ello sólo se contiene una mención a los Grupos Parlamentarios, es en su art. 9-4º al señalarles como uno de los elementos que se

pueden tener en cuenta para apreciar y valorar las actividades que pueden motivar la ilegalización de un partido político.

Textualmente, se dice en dicho apartado:

"...para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos Parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos Parlamentarios y municipales....". Ya se ha visto que la doctrina constitucionalista le otorga un distinto alcance a esta previsión.

En su artículo 10 relativo a la disolución o suspensión judicial no se contiene la menor referencia a la extensión de los efectos de la ilegalización del Partido a los Grupos Parlamentarios, y lo mismo puede decirse del art. 12 relativo a los efectos de la disolución judicial del partido político.

III- Como tercera perspectiva, citaré dos escritos. Uno de la Fiscalía General del Estado, y el segundo, de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

El primer escrito es el Informe de 28 de Noviembre de 2002 de la Fiscalía General del Estado enviado al Juzgado Central de Instrucción nº 5 en relación al Auto de 26 de Agosto de 2002 recaído en el Sumario 35/2002 en el que se acordó por dicho Juzgado la suspensión de actividades de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, y muy singularmente se reitera al posterior auto de 6 de Septiembre del mismo Juzgado en el que además se acordó la suspensión de actividades del Grupo Parlamentario.

El 17 de Septiembre de 2002, la Mesa del Parlamento Vasco en relación al auto del Juzgado adopta el acuerdo de no proceder a la suspensión cautelar del Grupo Parlamentario por estimarlo invasivo del ámbito de auto-organización del Parlamento apoyándose en el art. 26 del Estatuto de Autonomía y 14 del Reglamento de la Cámara.

Es en esta situación y escenario que la Fiscalía General del Estado remite al Juzgado Central nº 5 su Informe de 28 de Noviembre de 2002 en el que se concluye que no es necesaria la incoación de las correspondientes acciones penales por la negativa parlamentaria a la suspensión del Grupo Parlamentario ABGSA, por entender que el Grupo Parlamentario y el partido político son realidades jurídicas distintas.

Del Informe obrante en el Tomo IV de las actuaciones, retengo los siguientes párrafos:

a) *"...El contenido de tales acuerdos (del Parlamento) revela que la razón del no cumplimiento de las citadas resoluciones judiciales radica, desde el entendimiento de las instituciones parlamentarias afectadas, en la imposibilidad, a tenor de la respectiva normativa interna que rige su actividad y funcionamiento, de ejecutar la medida de suspensión de un Grupo Juntero o de un Grupo Parlamentario...."*

b) *"....Sin entrar a estudiar el acierto o desacierto de los razonamientos recogidos tanto en los acuerdos de las Mesas como en los respectivos informes de los correspondientes servicios jurídicos, sí resulta de interés al objeto de dilucidar si existe o no palpable y reiterada negativa al cumplimiento de los autos judiciales, destacar la complejidad de la cuestión planteada. A este respecto conviene traer a colación la falta de identidad jurídica entre partido político y Grupo Parlamentario (al que habría que asimilar Grupo Juntero), pues, sin perjuicio de reconocer la estrecha relación que media entre ambos, lo cierto es que se trata de dos entidades jurídicamente diferentes. En este sentido se pronuncia la STC 36/1990 de 1 de Marzo...."*

"...En definitiva la suspensión judicialmente decretada de los partidos políticos HB- EH-Batasuna, no implica automáticamente la de los Grupos Parlamentarios o Junteros relacionados con tales partidos, pues esta última exige una decisión propia de cada Cámara, tal y como se reconocen ,además, en los autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5...."

"...Los obstáculos expuestos para la concurrencia del elemento objetivo del tipo del art. 410 Cpenal son igualmente predicables cuando se trata de perfilar el elemento subjetivo de dicho precepto penal, ésto es, la intencionalidad o dolo de los presuntos responsables...."

El segundo Informe es el de 23 de Marzo de 2005, procede de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y en él, la Sra. Fiscal Jefe en el marco del recurso de apelación interpuesto por la Acusación Popular contra el auto de 27 de Diciembre de 2004 de la Sra. Instructora de la causa abierta contra el entonces Sr. Presidente del Parlamento Vasco y otras personas, en un extenso escrito, reitera y ratifica su conformidad con el sobreseimiento y archivo de las actuaciones acordado en el citado auto de 27 de Diciembre de 2004.

De dicho informe, retengo solamente dos párrafos del apartado quinto:

*"...No hay, en suma datos objetivos que con una base probatoria suficiente, permitan estimar que la iniciativa parlamentaria adoptada (la propuesta de Resolución General que debía ser aceptada por la Junta de Portavoces) fuera una mera coartada al servicio de la voluntad de incumplir las decisiones judiciales, **evidentemente** reveladora --como exige la Jurisprudencia-- de una actitud obstructiva. Y tampoco se acreditan, por igual motivo, elementos de juicio que permitan considerar cumplida la otra exigencia jurisprudencial, ésto es, que la actuación llevada a cabo (la propuesta de Resolución General **necesariamente** comportase el fracaso de las medidas de ejecución adoptadas...."*

*"...Lo cierto es que el propio Tribunal (la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco) **exculpó** a los miembros de la Junta de Portavoces por su presunta participación en esa supuesta simulación fraudulenta, decretando respecto de ellos el sobreseimiento --libre además-- de la causa. Lo que fuerza a convertir la confabulación en mero y unilateral cálculo de probabilidades....".*

IV- El panorama de la Jurisprudencia Constitucional en relación a los Grupos Parlamentarios es como sigue:

a) STC 36/1990 de 1 de Marzo --Sala I--. Reconoce con claridad la disociación conceptual entre Grupo Parlamentario y Partido Político. Se trata de una sentencia de gran importancia por ser la que efectúa un estudio más completo de las relaciones entre las dos realidades. Parte del principio de que ambos, Grupo Parlamentario y Partido Político tienen una personalidad jurídica propia y una independencia de voluntad. Retengo el párrafo que sigue:

"...De este modo, sin necesidad de ahondar ahora --pues no es imprescindible para nuestros fines-- en la difícil naturaleza jurídica, tanto de los Partidos Políticos como de los Grupos Parlamentarios, resulta indudable la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presente en ambos, de forma que no tiene por qué coincidir sus voluntades....".

b) STC 125/1990 de 5 de Julio --Sala I--. Reconoce legitimación al Grupo Parlamentario para recurrir resoluciones de la Mesa de la Cámara.

c) STC 81/1991 de 22 de Abril --Sala II-- reconoce legitimación al Grupo Parlamentario para promover recurso de amparo para defender vulneraciones de derechos fundamentales de sus miembros.

"...Sin necesidad de entrar en una cuestión ampliamente discutida por la doctrina, como la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios....en aplicación del principio del favor actionis, que los grupos parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga la capacidad procesal ante este Tribunal para defender....".

La sentencia de la mayoría de la que discrepo en el f.jdco. tercero, apartado III --pág. 40-- se refiere a los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a los diversos recursos de amparo promovidos tanto por Batasuna como por el Grupo Parlamentario ABGSA y del propio Parlamento Vasco, todos ellos relativos al Auto del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 2003 en el que se acordó la disolución del Grupo Parlamentario. Respecto de tales resoluciones --STC 251/2007 y ATC 520/2005 y 515/2005 se dice en la sentencia que *"...todos ellos han sido sin excepción desestimados por el Tribunal Constitucional...."*

Estimo que es preciso concretar las causas de tal rechazo para verificar si el mismo puede servir de argumento a la tesis que parece sostenerse en la sentencia de extensión automática de la ilegalización de Partidos Políticos a los Grupos Parlamentarios.

Me detendré en la última sentencia que ha abordado esta cuestión. Es la STC 251/2007 de 17 de Diciembre de 2007, que se cita en la sentencia de la mayoría en la pág. 50.

Se trata de un recurso de amparo promovido por ABGSA contra los proveídos de la Sala del art. 61 LOPJ que les denegó su personación en el proceso de ejecución de la sentencia que ilegalizó Batasuna y otros partidos.

Se dice en el f.jdco. séptimo de la STC citada que en relación al auto de 20 de Mayo de 2003 que declaró disuelto el grupo parlamentario ABGSA *"...no intentó ningún remedio procesal en la vía judicial ordinaria, como el incidente de nulidad de actuaciones como consecuencia de la supuesta indefensión por no haber sido llamado al procedimiento de ejecución.... ni, en su caso, el recurso de amparo constitucional contra aquella decisión judicial por vulneración de derechos fundamentales de la actora. Por el contrario el grupo demandante de amparo dejó transcurrir con creces los plazos para atacar la decisión judicial de disolución por una o por otra vía, o en su caso, por ambas sucesivamente, para, una vez transcurridos éstos, firme e inatacable ya la resolución judicial que acordó su disolución, solicitar tardíamente su personación en calidad de parte...."*.

Añade el Tribunal Constitucional que en esa situación la decisión de la Sala del art. 61 de no aceptar su personación fue correcta porque el Grupo Parlamentario ya había extinguido su personalidad, había sido disuelto y como tal había perdido su capacidad para ser procesal, pero ello, recuérdese operaba no por la disolución del Partido Político sino por el aquietamiento del Grupo Parlamentario ABGSA con lo acordado en el Auto de 20 de Mayo de 2003.

_____Desde este presupuesto debe ser entendida la frase que aparece en el antepenúltimo párrafo de la Sentencia que se comenta y a la que le da especial énfasis la sentencia de la mayoría en la citada pág. 50.

El párrafo concernido es el siguiente:

"...La extinción de la personalidad jurídico-civil del partido político comporta la desaparición de su círculo jurídico, ésto es, del haz de derechos y facultades que configuran la propia existencia jurídica de la entidad disuelta...."

La interpretación de esta frase en el sentido de que la disolución de un Partido Político arrastra *sic et simpliciter* la del correspondiente Grupo Parlamentario no puede sostenerse por dos razones.

Primero porque va en contra de la reiterada doctrina jurisprudencial que le reconoce al Grupo Parlamentario una personalidad propia, aunque sea una emanación del Partido Político.

Segundo porque la propia sentencia que se comenta 251/2007 achaca la disolución del Grupo Parlamentario a la propia inactividad de dicho Grupo que dejó pasar los plazos para impugnar por vía constitucional u ordinaria el contenido del auto de la Sala del art. 61 de 20 de Mayo de 2003, lo que no sería posible si la disolución del partido se extendiera automáticamente a la desaparición de "*su círculo jurídico*".

De la Jurisprudencia citada, puede concluirse que el núcleo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a los Grupos Parlamentarios, se encuentra en la consideración del Grupo como eje central de la organización y funcionamiento de la Cámara. Por eso se le reconoce la titularidad de derechos, y en concreto queda legitimado para interponer recurso de amparo, se reconoce la complejidad y difícil abordaje que tiene su naturaleza jurídica, pero, estima que queda descartada la identidad entre Grupo Parlamentario y Partido Político, si bien, justo es reconocerlo, no existe un pronunciamiento expreso sobre el alcance que pueda tener la ilegalización del Partido Político en el Grupo Parlamentario correspondiente.

Lejos de lo que se dice en la sentencia de la mayoría --pág. 50-- "*...el debate acerca de la diferencia esencial entre partido político y grupo parlamentario es totalmente ajeno al objeto del recurso de casación que nos ocupa...*", afirmo que este tema es relevante para comprender y valorar todas las actuaciones de los miembros de la Mesa del Parlamento como consecuencia de la acordada disolución del Grupo Parlamentario ABGSA.

Tercero.- La actividad de la Mesa del Parlamento Vasco.

En la actuación del Presidente y Mesa del Parlamento Vasco en relación al cumplimiento de lo interesado por el Tribunal del art. 61 se pueden diferenciar dos momentos de forma clara.

El primer momento, lo concreto en el Acuerdo de la Mesa de 7 de Mayo de 2003 en el que exponen, en síntesis, al Tribunal su consideración de que no es posible la disolución de un Grupo Parlamentario como acto derivado de la ilegalización de un Partido Político, y que esta decisión supone una invasión en las competencias organizativas del Parlamento. De alguna manera se venía a cuestionar la competencia del Tribunal para adoptar un acuerdo de esa naturaleza.

Esta opinión podrá ser o no compartida, pero es lo cierto, a la vista del cuádruple abordaje efectuado en el anterior fundamento que dicho parecer tenía argumentos poderosos que le alejaban de una posición de simple e inmotivada rebeldía, ni mucho menos puede estimarse, sin más, como el inicio de una conducta desobediente que culminaría más tarde.

Particularmente creo que se estaba en una situación de conflicto entre lo acordado por la Sala del art. 61, en fase de ejecución de plano e inaudita parte, y la propia autonomía funcional y organizativa del Parlamento Vasco, respecto del que me parece obvio que tiene legitimidad suficiente para actuar como garante de su propia autonomía. A mi juicio se trata de una situación de Conflicto entre Poderes, situación agravada por el hecho de no estar reconocido el mismo ni en el art. 59 LOTC ni en el art. 2 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales 2/1987 de 18 de Mayo.

Que la Mesa del Parlamento, en su escrito de 7 de Mayo manifestara de forma inequívoca su disconformidad con lo acordado por el Tribunal, me parece claro, ahora bien, que esa disconformidad suponga sin más una exteriorización de la voluntad de no cumplir dicha decisión o el primer eslabón de una preconcebida decisión de desobediencia, me parece la exteriorización de un pre-juicio o toma de posición apriorística del intérprete, que puede contaminar todo el razonamiento posterior. Insisto es esta idea.

El segundo momento se sitúa cuando, a raíz de un nuevo oficio del Presidente del Tribunal Supremo de 4 de Junio, recordándole la ilegalización del Grupo Parlamentario llevada a cabo por el Tribuna y le exigía la efectividad de tal disolución.

A dicho escrito se contesta por el Presidente del Parlamento el de 9 de Junio dándole cuenta de las gestiones llevadas a cabo para dar cumplimiento a lo interesado y su inejecución por las razones que allí se explicaban al estar en presencia de en una laguna del reglamento, que la solución prevista pasaría por el dictado de una Resolución General de la Presidencia, que la misma se adoptó el día 5 de Junio, que dicha Resolución requería el parecer favorable de la Junta de Portavoces y que ésta, en reunión del 6 de Junio rechazó la propuesta, con lo que la resolución judicial era de imposible cumplimiento.

Hay que añadir, que la actividad de la Mesa del Parlamento no quedó pasiva ante las nuevas resoluciones del Tribunal del art. 61, y así tras el auto de 18 de Junio, se contestó con el escrito de 3 de Julio seguido del planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones, que fue rechazado, y frente al auto de 1 de Octubre de 2003 que declaraba la nulidad de diversos acuerdos de la Mesa del Parlamento y de la Junta de Portavoces, se planteó nuevo incidente de nulidad el 30 de Octubre de 2003 que también fue rechazado.

Toda esta actividad conforman, a mi juicio, y con respeto a la opinión de la mayoría, una actitud que no puede ser calificada de mera estrategia obstruccionista porque se fue dando puntual cuenta de todos los pasos para dar cumplimiento a la resolución judicial, por ello no puede identificarse incumplimiento con desobediencia en una materia, creo que inédita en las relaciones entre el Tribunal Supremo y una Cámara Parlamentaria que ofrece unas complejas implicaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Parlamentario, y, todo ello, incrementado por el desconocimiento legal de la verdadera naturaleza de conflicto entre poderes que tiene la situación.

Por ello no puedo compartir la reflexión que se contiene en la pág. 37 *"...cuando la diligente respuesta de todos y cada uno de los requerimientos del Tribunal Supremo, no va acompañada de la aceptación del mandato que de ellos emana, la réplica se convierte en una camuflada retórica al servicio del incumplimiento..."* y se concluye: *"...la ejecución de lo resuelto es sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumentos con los que enmascarar la conducta desobediente..."*.

Estimo que la vía de la Resolución General del Presidente pudo ser una vía válida para dar cumplimiento a lo interesado por el Tribunal del art. 61. Que esta vía quedara cortocircuitada por la negativa de la Junta de Portavoces no autoriza sin más, a declarar la existencia de un previo acuerdo o pacto entre unos y otros para *"vestir"* o maquillar la desobediencia ni por tanto, a que la vía de la Resolución General, llevese necesariamente al fracaso de la ejecución de lo interesado por el Tribunal. Elemento relevante en contra de la existencia de ese *"pacto"* es que, estando imputados en la querrela miembros de la Mesa del Parlamento y de la Junta de Portavoces, respecto de estos últimos se acordó el sobreseimiento libre en el auto de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con el argumento que en ningún momento se ha dirigido algún tipo de mandato, orden o requerimiento por el Tribunal del art. 61. La consecuencia de ello es que la tesis de la confabulación queda debilitada, y siendo el dolo de desobedecer, hecho subjetivo de la mayor importancia para la existencia del delito de desobediencia, sólo aprehensible, normalmente por vías indirectas o indiciarias, será preciso justificar de forma sólida los datos y evidencias que pueden permitir alcanzar un juicio de certeza sobre tal confabulación *ex ante* que, a mi juicio, no sólo no encuentro, sino que está convincentemente rechazada en la sentencia casada.

No estará de más recordar con detenimiento que la gestación de la *"salida"* a la situación a través de una Resolución General del Presidente del Parlamento no fue propuesta del Sr. Atutxa. En la Mesa del Parlamento, se propusieron tres soluciones, por otros tantos miembros de la Mesa:

a) La de dar cumplimiento directo e inmediato a la solución del Tribunal, postura del Sr. Vicepresidente Segundo.

b) La de una Reforma del Reglamento, postura defendida por el Presidente del Parlamento y Vicepresidente Primero y

c) La de cubrir la laguna con una Resolución General de la Presidencia.

Fue precisamente esta última solución --propuesta por el Sr. Secretario Primero la que tuvo mayor respaldo en la votación llevada a cabo el día 5 --cuatro de los cinco votos--.

En concreto, votaron a favor de la propuesta c) las tres personas ahora condenadas y el Secretario Primero, que, como se ha dicho, fue el autor de la propuesta inspirándose, y esto es relevante, en el precedente seguido en el Parlamento Foral de Navarra.

El texto de la Resolución aprobada por la Mesa del Parlamento fue como sigue:

"...Los parlamentarios integrados en un Grupo Parlamentario, pasaran a formar parte del Grupo Mixto, cuando el Partido Político en cuyas candidaturas fueron elegidos sea disuelto o suspendido por sentencia o resolución judicial firme...."

Asimismo se acordaba del análisis retroactivo a dicha Resolución.

Era inherente al éxito de la Resolución General de la Presidencia aprobada por la Mesa, que fuese favorablemente aceptada por la Junta de Portavoces del País Vasco según el art. 24-2º del Reglamento de la Cámara, lo que es obvio, era conocido ex ante por todos, y singularmente por el autor de la propuesta, insisto, persona no imputada ni condenada.

Lo ocurrido a partir de ese momento está fielmente recogido en los hechos probados de la sentencia de instancia concretamente en sus apartados Décimo, Undécimo y Decimosegundo. Hechos probados expresamente aceptados íntegramente en la sentencia de la mayoría.

Retengo el apartado Décimo:

"...Con posterioridad a tal reunión (la de la Mesa) el Sr. Atutxa comunicó al representante en la Junta de Portavoces de su partido lo acordado y éste, luego de consultar con los parlamentarios más cercanos, le manifestó que iban a votar en contra del acuerdo de la Mesa...."

"...No consta comunicación posterior a tal reunión y previa a la indicada Junta entre los otros dos imputados y los representantes de sus partidos en la Junta de Portavoces...."

Cuarto.- Ambito del control casacional en relación a las inferencias alcanzadas por el Tribunal de instancia.

Llegados a este punto, y antes de entrar a estudiar tanto los argumentos de la sentencia recurrida y casada y los de la sentencia de la mayoría, es oportuno recordar la doctrina de esta Sala en relación al ámbito y extensión del examen que en casación debe efectuarse en relación a los juicios de valor e inferencias obtenidas en la instancia en general, y muy especialmente tratándose, como es el caso, de sentencias absolutorias.

Esta Sala, tiene declarado que los juicios sobre las intenciones, y en general sobre los elementos subjetivos del tipo, ésto es, la aprehensión del dolo en su doble acepción de juicio sobre el conocimiento de los hechos y juicio sobre la intención, como hechos subjetivos que quedan asentados en la esfera íntima de la persona, y salvo confesión, sólo pueden ser acreditados, más bien aprehendidos que comprobados, a través de un juicio lógico-inductivo que partiendo de unos hechos acreditados conjuntamente valorados y no desvirtuados por elementos de descargo, permiten al Tribunal sentenciador a través de un juicio de inferencia arribar a una conclusión, que será inculpativa si se trata de sentencia condenatoria.

Evidentemente, el espacio propio para la consignación de dicha conclusión a la que haya llegado el Tribunal sentenciador, es el relato fáctico o *factum*, pues en él, deben consignarse todos los datos esenciales del juicio de certeza al que haya llegado el Tribunal y cuya conclusión será el fallo de la sentencia. En definitiva los "*conocimientos e intenciones*", son hechos, y su carácter subjetivo no les priva de aquella naturaleza.

Pues bien, en relación a estos juicios de inferencia o hechos subjetivos, el control casacional debe limitarse a verificar que partiendo del presupuesto de contar con prueba válida, legalmente introducida en el Plenario y suficiente la conclusión sea conforme a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, es decir, el ámbito del control casacional se agota con la verificación de que la conclusión del Tribunal sentenciador sea en sí misma razonable, aunque puedan existir otras posibilidades, porque la garantía de la interdicción de decisión arbitraria queda satisfecha en tales términos, sin que a pretexto de dicho control se pueda sustituir la conclusión del juzgador de instancia por la de la Sala Casacional.

Dicho de otro modo, lo que puede y debe ser revisado en el ámbito del control casacional, es la estructura racional del discurso valorativo para comprobar que las argumentaciones que soportan la decisión final no sean ilógicas, irracionales, absurdas, en definitiva arbitrarias.

Son tantas y coincidentes las sentencias de la Sala que contienen esta doctrina que me eximo de la oportuna cita.

En relación a las sentencias absolutorias dictadas en la instancia, hay que convenir que partiendo del principio de que la parte acusadora no tiene derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, ni por tanto puede reclamar el derecho a obtener una

sentencia condenatoria, (no existe una especie de presunción de inocencia invertida, de titularidad del acusador), --STS 689/2007 de 28 de Junio ó STC 141/2006 de 8 de Mayo--, exigiría que el Tribunal sentenciador declarara --y razonara-- que las pruebas de cargo no le han convencido de la culpabilidad del acusado, que, recuérdese, entra inocente en el juicio. Esta supone que el Tribunal que no haya alcanzado un juicio sobre la culpabilidad, debe fundamentarlo con la oportuna explicación de los porqués, bastando para la absolución que no se traspase el umbral de la duda, y ello porque la interdicción de toda decisión judicial arbitraria también opera, respecto de las sentencias absolutorias, garantía de interdicción de la arbitrariedad por la que debe velar esta Sala.

Quinto.- Examen de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Pues bien, desde la doctrina acabada de explicar, compruebo con la lectura de la fundamentación de la sentencia de instancia, singularmente con los f.jdcos. cuarto, quinto y sexto que el Tribunal sentenciador no utilizó la inmediatez como coartada para no motivar, antes bien explicitó suficientemente su decisión y las razones que la amparaban.

La absolución se cimenta en cuatro puntos:

a) La fórmula de la Resolución General de la Presidencia no era una vía arbitraria, incorrecta o simplemente artificiosa y abocada necesariamente al fracaso y no lo era por las siguientes razones:

-Era vía prevista en el Reglamento de la Cámara.

-Fue propuesta por el Primer Secretario del Parlamento, perteneciente al PSOE quien la propuso sirviéndose del precedente del Parlamento Foral Navarro.

-No era inicialmente la propuesta preferida por el Sr. Atutxa, éste se inclinaba por la vía de la reforma del Reglamento de la Cámara.

-Fue una propuesta votada en la Mesa y fue la que más adhesiones obtuvo --cuatro de cinco--.

Se dice al respecto en la sentencia casada, pág. 21:

"...Interesa destacar que, al inicio de la reunión (de la Mesa del Parlamento) ninguno de los tres imputados proponía la vía de la Resolución General de Presidencia como medio de articular el incumplimiento aludido, sino que fue el Sr. Secretario Primero de la Mesa quien lo propuso. Lo razonable sería suponer que si mediaba pacto como el imputado, quien lo propusiera fuera uno de los tres acusados...."

b) El Tribunal sentenciador no consideró probada la comunicación o pacto a los miembros de la Junta de Portavoces antes del acuerdo de la Mesa, y después de dicho acuerdo, sólo estimó probado --Hecho Décimo--, que el Sr. Atutxa comunicó lo acordado al representante en la Junta de Portavoces, y éste *"luego de consultar con los*

parlamentarios más cercanos", es decir después de formar opinión con las opiniones de otros miembros del partido, comunicó que votaría en contra del acuerdo de la Mesa.

Tampoco estimó probado el Tribunal que existieran otras reuniones de las otras dos personas con los representantes de sus partidos en la Junta de Portavoces.

En relación a este extremo, la sentencia casada --en la pág. 24-- se remite a las propias declaraciones tanto del Sr. Atutxa como a las de los Sres. Eguibar Artola, Knörr Borrás y Larreina Valderrama, así como al representante de EB-IU, y añade:

"...En orden a la idea de que había un previo acuerdo de aparentar cumplir con el Tribunal Supremo y definitivamente no hacerlo, sí es cierto que algún testigo lo declaró en juicio pero aparte de que hubo otros testimonios que afirmaron radical y de forma igualmente rotunda lo contrario, se expuso por aquellos testigos que ello era una impresión personal de lo que el interrogado percibía, no sobre datos...."

Y en la página 22 puede leerse:

"...También debe resaltarse que lo que se pudo percibir en el acto del juicio oral es que cuantos parlamentarios vascos intervinieron en el juicio, con un sentido u otro de sus declaraciones, incluso los testigos propuestos por la acusación, transmitían la idea de que entonces se planteaba la fórmula de cumplimiento como una cuestión polémica, sin que hubiera precedentes distintos de los ya apuntados y que la nueva situación requería una valoración jurídica...." expresivo de que el Tribunal sentenciador no encontró ningún anclaje fáctico en que apoyar la tesis de la confabulación.

c) El hecho del rechazo del acuerdo de la Mesa no puede considerarse insólito, porque se acreditaron precedentes *"...en los que los pareceres de la Mesa del Parlamento y la Junta de Portavoces del Parlamento Vasco han sido distintos...."*

Y se añade en la sentencia casada:

"...Por lo que tampoco este caso fue el primero en que hubo distinta opinión entre ambos órganos, supuesto que sí hubiese operado como indicio, no definitivo, desde luego, del pacto omisivo que se indica...."

d) En relación a la posibilidad de acordar directa e inmediatamente el pase de todos los miembros que componían el Grupo de ABGSA al Grupo Mixto, como proponía el Vicepresidente Segundo, a partir del *"tan manido y citado en el juicio art. 20 punto 3"* --sic, pág. 23 de la sentencia casada--, también ofrecía dificultades según se dice en la sentencia porque su previsión no era la del pase en bloque de todo un Grupo Parlamentario al Grupo Mixto *"...sino sólo el caso de separación de alguno o algunos de los miembros del Grupo Parlamentario del mismo, previendo su pase al Grupo Mixto...."*

Del detalle con el que el Tribunal de instancia valora la prueba es exponente el dato obrante al folio 25 relativo al hecho de que en la propuesta de Resolución General de la Presidencia no se expresase en su texto nominatim al Grupo ABGSA como dato acreditativo de la realidad del fraude. Se dice al respecto "*....se ha de considerar que se trata de fijar una reglamentación genérica....*" rechazando el anclaje del fraude en esta omisión, y en relación a que el representante del Grupo ABGSA participase en la Junta de Portavoces, se argumenta que era legítima tal presencia para defender los derechos del Grupo Parlamentario, con independencia de que por la mecánica del voto ponderado "*....sería inane su voto para la decisión que finalmente se adoptó....*".

En fin se concluye en la sentencia casada que la Propuesta de la Mesa no obtuvo el parecer de la Junta de Portavoces, que era preceptivo, pero ello ha de reprochársele a los miembros de dicha Junta "*....cuyos miembros, ya se ha dicho que han sido exculpados de forma firme por la Jurisdicción....*".

¿Qué valoración debe efectuarse de todas las argumentaciones efectuadas por el Tribunal sentenciador que justifican, explican y soportan la tesis absolutoria?

A mi juicio, y sin duda, se está ante un proceso valorativo cuya estructura racional es clara, coherente y situada extramuros de toda arbitrariedad. Dicho de otro modo, el Tribunal sentenciador ofreció una cumplida justificación racional de su decisión.

Ciertamente existió una inejecución de lo acordado por la Sala del art. 61, comparto lo que se dice en la pág. 35 de la sentencia de la mayoría "*....no todo incumplimiento de una resolución judicial integra el delito de desobediencia. La responsabilidad penal sólo puede afirmarse, como es obvio, de aquella actitud renuente al acatamiento de la resolución judicial que, además contiene los elementos de tipo objetivo y subjetivo del art. 410-1º Cpenal....*".

Mi coincidencia con la sentencia termina en esta declaración, porque, la valoración de todo el proceso argumentativo efectuada por el Tribunal de instancia colma totalmente las exigencias de razonabilidad y ausencia de toda arbitrariedad con lo que la conclusión debió ser la de mantener la absolución.

_____ Que pudieran existir otras vías, no es argumento para considerar fraudulenta la utilizada, máxime si se tiene en cuenta el proceso de gestación de la Resolución General de la Presidencia, antes estudiado, y tampoco puede pretender acreditarse la confabulación entre miembros de la Mesa y de la Junta de Portavoces porque nada se ha probado ni por prueba directa ni indiciaria, ni existen datos que pudieran ser sugerentes de tal confabulación, y es evidente que sin riesgo de caer en la circularidad argumental, esta no puede acreditarse en un juicio a posteriori derivado y fundado exclusivamente en la propia realidad del colapso de la propuesta de Resolución y subsiguiente

incumplimiento porque entonces convertiríamos en desobediente todo incumplimiento, fundado en una intuición o pre-juicio.

Si la inexecución de lo acordado por el Tribunal no es imputable a una conducta comprobadamente dolosa y esencialmente intencional, se estaría --se está-- extramuros del sistema de justicia penal.

Esto es lo que a mi juicio determinó el Tribunal de instancia de forma motivada, decisión que debió haber sido mantenida en la sentencia de la mayoría.

¿Qué decir del mandato constitucional del art. 118 de la Constitución según el cual "*...Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto....*"?

Dicho artículo sólo quedaría lesionado cuando el incumplimiento de la resolución judicial es la consecuencia de una conducta desobediente --desobediencia abierta, ya de forma directa o indirecta-- pero faltando la acreditación de este presupuesto, aunque exista inexecución, ni se resiente ni padece aquella obligación.

Sexto.- La argumentación de la sentencia de la mayoría.

Por lo que se refiere a la argumentación de la sentencia de la mayoría que ha acordado la condena de los recurridos absueltos en la instancia, estimo que lo efectuado ha sido dar un nuevo enfoque, una nueva valoración al mismo soporte fáctico tenido en cuenta en la sentencia del Tribunal de instancia y ello se comprueba, con la lectura del f.jdco. tercero. En él se rechazan los argumentos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y, en síntesis, se afirma que la respuesta diligente a los requerimientos judiciales cuando no va encaminada al cumplimiento se convierte en "*una camuflada retórica al servicio del incumplimiento*" --pág. 37--, se considera que dicha desobediencia es abierta lo que no es incompatible con la naturaleza pasiva adoptada por el requerido --pág. 38--, se hace referencia al rechazo de todos los recursos formalizados ante el Tribunal Constitucional y se dice "*...todos ellos sin excepción fueron desestimados por el Tribunal Constitucional....*" --pág. 40--, y se cita con especial énfasis la STC 251/2007 de 17 de Diciembre con la cita de que "*...la extinción de la personalidad jurídico-civil del partido político comporta la desaparición de su círculo jurídico....*" --pág. 50-- como argumento implícito para abonar la teoría del automatismo de la extinción del Grupo Parlamentario a consecuencia de la disolución del correspondiente Partido Político. Al respecto me remito a lo expresado en el f.jdco. quinto de este voto particular del que extraigo una conclusión diferente, así como a la propia motivación de la STC 251/2007, estudiada en el f.jdco. segundo de este voto.

En definitiva si bien como p[ó]rtico de la argumentaci[ó]n de la sentencia de la mayor[í]a se acepta la distinción entre inejecuci[ó]n imposible y desobediencia es lo cierto que, tal diferencia queda eliminada en la medida que se concluye que no existi[ó] imposibilidad sino exclusiva voluntad del requerido de incumplir lo que se deriva de la propia inejecuci[ó]n --p[á]g. 42--. Es decir se incurre en el vicio de "hacer supuesto de la cuesti[ó]n", lo que equivale a afirmar que la decisi[ó]n condenatoria es la exteriorizaci[ó]n de la convicci[ó]n de la Sala de que fue as[í], íntima convicci[ó]n que es fruto de una persuasi[ó]n interna y por tanto subjetiva frente a la cumplida justificaci[ó]n racional ofrecida en la sentencia de instancia, detallada y soportada en cada uno de los datos a que ya se ha hecho referencia y que le permiti[ó] arribar a la tesis absolutoria.

Con la sentencia de la mayor[í]a se ha hecho recaer en los ahora condenados, las consecuencias de una negativa que no surgi[ó] en ellos, sino en otras personas diferentes, sin que el hecho de que unos y otros pertenecieran a los mismos partidos pol[í]ticos, permitiera a mi juicio, esa "comuni[ó]n" en la negativa de aquéllos que acaba en convertirles en autores de un hecho ajeno en el que no tuvieron ning[ún] dominio.

En definitiva, debió haberse rechazado el recurso formalizado por el Sindicato recurrente.

Séptimo.- Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las sentencias absolutorias y en relaci[ó]n a las pruebas personales.

Desde otra perspectiva diferente, estimo que la desestimaci[ó]n del recurso debió haberse impuesto, y al no haber sido as[í], se ha producido en la sentencia de la que discrepo una violaci[ó]n del derecho a un proceso con todas las garant[í]as que arrastra la quiebra del derecho a la presunci[ó]n de inocencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional a la que me refiero seguidamente.

La sentencia 167/2002 de 18 de Septiembre anunci[ó] una rectificaci[ó]n de la anterior doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ámbito del recurso de apelaci[ó]n de sentencias absolutorias al declarar que el Tribunal ad quem no puede revisar la valoraci[ó]n de las pruebas practicadas en la primera instancia de índole personal, para en una nueva re-valoraci[ó]n arribar a una decisi[ó]n condenatoria y por tanto contraria a la sostenida por el Tribunal de instancia. Eso s[ó]lo será posible si tales pruebas de índole personal, son de nuevo, practicadas en sede apelaci[ó]n, con posibilidad de intervenci[ó]n del recurrido/absuelto y de contradecir tales pruebas de índole personal, es decir son sometidas, nuevamente a los principios de inmediaci[ó]n y contradicci[ó]n.

Concretamente retengo el siguiente párrafo de la motivaci[ó]n de dicha sentencia:

"...sin embargo, cuando el Tribunal de apelaci[ó]n ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su

conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado, exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas...." y con cita de diversas STEDH, continúa la sentencia "...tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debió haber sido oído por el Tribunal de apelación especialmente y habida cuenta de que fue el primero en condenarle....".

Huelga decir que esta doctrina está totalmente consolidada, siendo innumerables las sentencias del Tribunal Constitucional que la siguen, entre las últimas, se puede citar la 11/2007 de 15 de Enero.

La transposición de esta doctrina al recurso de casación debe efectuarse con mayor rigor, si cabe, habida cuenta de la naturaleza excepcional de la casación y que no es una nueva instancia, como ocurre con el recurso de apelación.

Ahora bien, en el caso de autos, la sentencia de instancia fue absolutoria, y en esta sede casacional, se ha efectuado una nueva valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia, todas ellas de naturaleza personal, como ya se ha dicho ya sean declaraciones o acuerdos o escritos comunicados al Tribunal del art. 61 LOPJ, y se ha arribado a una conclusión contraria a la que llegó el Tribunal de instancia que gozó de la plena jurisdicción.

En el caso de autos la doble vulneración de los derechos fundamentales más arriba citados, es tanto más patente, a mi juicio, y reiterando desde mi discrepancia el respeto a la opinión mayoritaria, porque el tema a decidir no es una cuestión de derecho sino una cuestión de hecho: saber si existió intención de desobedecer. Es decir la concurrencia del dolo sin el que no puede existir el delito de desobediencia del art. 410 Cpenal, elemento subjetivo del injusto que como tal sólo es objetivable por vía indirecta, a través de datos o indicios reveladores de la intención delictiva. Pues bien, el Tribunal sentenciador que gozó de la plena jurisdicción como Tribunal ante el que se practicó toda la prueba llegó a la conclusión de no haber existido desobediencia.

La sentencia de la mayoría, manteniendo en su integridad los hechos probados efectúa una re-valorización de los mismos elementos probatorios que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador, y efectúa una nueva valoración que le lleva a una sentencia condenatoria, sustituyendo de esta manera la valoración efectuada en la instancia sin que previamente se hubiese acreditado la irracionalidad de la conclusión absolutoria o su apartamiento de las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos.

Esta actividad, según la doctrina del Tribunal Constitucional citada integra la doble vulneración de los derechos fundamentales de un proceso con todas las garantías, que arrastra la quiebra del derecho a la presunción de inocencia de las tres personas ahora condenadas.

Este es el contenido de mi Voto Particular en relación a la inexistencia del delito de desobediencia.

Fdo.: Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.