

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

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

#### FALLO

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

Ha decidido

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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