ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Causa Especial 20048/2009

AL EXCMO. SR. INSTRUCTOR

EL **FISCAL**, despachando el traslado, al amparo del art. 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del auto de 7 de Abril de 2010, por el que se acuerda dar a las actuaciones el trámite del procedimiento Abreviado, comparece y dice:

1° que, al amparo del art. 782.1 del mismo Cuerpo legal, reitera su petición de **SOBRESEIMIENTO**, que deberá acordarse de acuerdo son el art. **637.2** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al "no ser constitutivos de delito" los hechos contenidos en las sucesivas querellas que dieron lugar a la apertura del procedimiento.

2° que, asimismo, y al amparo de la doctrina sostenida por la Excma. Sala II del Tribunal Supremo, a través de su sentencia 1045/2007, de 17 de Diciembre de 2007 (recurso de casación 315/2007), **SE OPONE A LA APERTURA DEL JUICIO ORAL** aun cuando lo solicitaran las demás partes personadas (acusaciones populares), al estimar, por las razones que más tarde se dirán, que las mismas <u>carecen de legitimación procesal</u> para instarla.

3° no desconoce el Ministerio Fiscal que la cuestión que ahora se suscita es, doctrinal y jurisprudencialmente, discutida, y que del seno de la propia Sala II del Tribunal Supremo se ha proyecto alguna otra resolución, específicamente, la sentencia 54/2008, de 21 de Enero, sobre la que más tarde volveremos, que apunta en dirección distinta a la que ahora se postula, sin embargo, la trascendencia de la cuestión de fondo, y del mismo procedimiento en el que estamos inmersos, nos obliga y aconseja, a un mismo

tiempo, volver a plantearla para que la Sala II pueda nuevamente pronunciarse sobre la cuestión con referencia, precisamente al caso que nos ocupa.

4° que de la mencionada sentencia 1045/2007 se extraen, a modo de corolario, una serie de conclusiones que ahora hacemos nuestras:

a) que el fundamento jurídico de la "acción popular", no puede buscarse, ni encontrarse en un principio de "desconfianza hacia el Ministerio Fiscal" a la hora de ejercer la trascendentales funciones que el art. 124 de la Constitución le encomienda con exclusividad ("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"), lo que demuestra la confianza del legislador constitucional tiene hacia dicha Institución, sino como una manifestación del principio democrático y como una forma más de participación de ciudadana en la Administración de Justicia.

b) que el sentido y significación de la expresión "*acusación particular*", que literalmente aparece en el art. 782.2 LECriminal, debe asimilarse al de "perjudicados por el delito", de manera que siendo fácilmente constatable la ausencia de "acusador particular" en las actuaciones y manteniendo el Ministerio Fiscal una postura contraria a la consideración de los hechos de las querellas como constitutivos del delito de "prevaricación", el Magistrado Instructor debió acordar el Sobreseimiento en la que forma en que, reiteradamente, se le ha pedido o, en todo caso, y a partir de este momento, abstenerse de proceder a la apertura del juicio oral en el supuesto de que la misma le fuese solicitada por las acusaciones populares.

c) que el reconocimiento que el art. 125 de la Constitución hace del derecho a la "acción popular" ("los ciudadanos podrán ejercer la acción popular"), así como los arts. 19 de la LO del Poder Judicial ("en los casos y

formas establecidos en la ley) y 101 de la LE Criminal, lo es, en forma de "derecho de configuración legal", es decir, que el derecho es reconocido en tanto en cuanto el legislador lo regule por ley, en relación a la forma y en qué tipo de procesos va a caber su ejercicio, siendo por ello, muy factible que el legislador pueda someterlo a restricciones, al ponderar los intereses y bienes en conflicto.

d) un supuesto evidente y necesario de tal "restricción" lo encontramos, precisamente, en el art. 782.2 de la LECriminal porque, a diferencia de lo que sucede con el Ministerio Fiscal, como órgano constitucional y parte esencial de todo proceso penal, la "acción popular" no reúne tales atributos, de modo que sólo podrá ejercitarse en los procesos que la ley determine y en la forma determinada por la ley, y parece claro que el legislador, al redactar el art. 782.2 del Código procesal ha querido excluirla de la capacidad de provocar, por sí misma, y en solitario, la apertura del juicio oral en un procedimiento de las características del Abreviado, que tiene por objeto delitos que, considerados en abstracto, constituyen infracciones de menor gravedad que los que son objeto de procedimiento ordinario y es ello, precisamente, lo que justifica su consideración de "abreviado" y la previsión de una serie de medidas para agilizarlo, entre las que se incluyen las previstas en el art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5° por tanto, este diferente trato y significación que hay que otorgar a la "acusación popular", frente a la "particular", no es caprichoso, ni implica atentado alguno contra el principio de "igualdad" (14 CE) ya que, mientras en la 2ª, el ejercicio de la acción penal por el "ofendido o perjudicado" comporta por sí misma el ejercicio de un derecho fundamental: la petición de la tutela judicial (24.1 CE) de derechos e intereses legítimos que han sido vulnerados por el delito, la "acusación popular", reconocida por el art. 125 de

la CE, persigue simplemente la protección de un interés social, legítimo sí, pero también difuso, y que no puede merecer la consideración de derecho fundamental, pero cuya defensa, en todo caso, está también encomendada por el art. 124.1 de la Constitución al Ministerio Fiscal, y no a la acusación popular, mediante la misión de promover la acción de la justicia en defensa del interés público y del interés social, lo que permite sustentar la tesis, como hace la STS 1045/2007, a favor de la imposibilidad de proceder a la apertura del juicio oral en el procedimiento Abreviado si no es solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular.

Opinar lo contrario sería tanto como afirmar que la "acusación popular" cuenta con mayores facultades procesales, como lo es sin duda instar de forma autónoma la apertura del juicio oral por el mero hecho de no personarse una acusación particular, que representa unos intereses cualitativamente distintos de los que pretende tutela la primera, cuando además, el Ministerio Fiscal, en cuanto órgano constitucionalmente encargado de velar por el "interés público y social", mantiene una posición contraria a la apertura del juicio oral.

Lo cuál tiene una consecuencia inmediata, a la que alude la STS 1045/2007: el reconocimiento de derechos a la acción popular, para que actúe junto al Ministerio Fiscal y la acusación particular, implica un refuerzo de la parte acusadora y la consiguiente limitación del derecho fundamental de "defensa" (24 CE), lo que arrastra, como consecuencia que, la enumeración que el art. 782.2 LECriminal hace de las partes acusadoras capacitadas para interesar y lograr, en solitario, la apertura del juicio oral, haya de ser interpretada de manera "cerrada" y a modo de "numerus clausus", sin que en modo alguno quepa una interpretación extensiva de la norma procesal restrictiva de un derecho fundamental.

6° en definitiva, y por tanto, se **OPONE A LA APERTURA DEL JUICIO ORAL** al estimar que las "acusaciones populares" CARECEN DE LEGITIMACIÓN para instarla, conforme a lo dispuesto en el art. 782.2° de la L.E.Criminal y lo afirmado por la tan repetida sentencia 1045/2007, de 17 de Diciembre, y ello, con independencia del apartamiento que de esta tesis se sostuvo por la STS 54/2008, de 08 de Abril (caso Atutxa), tesis en contra del reo y que pudiera por ello vulnerar derechos fundamentales, específicamente, el principio de Igualdad del art. 14 de la Constitución.

En este punto, resulta muy conveniente traer a colación la acertada postura que el Excmo. Magistrado Instructor de esta causa especial mantuvo entonces a través de su razonado "**voto particular**" contra lo decidido mayoritariamente por la Sala II del Tribunal Supremo a través de la sentencia 54/2008 (recurso de casación 408/2007).

Mostraba entonces el Magistrado Instructor, en referencia concreta al "cambio de criterio" experimentado por la Sala II, respecto a la cuestión de si puede o no abrirse el juicio oral, cuando la única parte que lo solicita es la acusación popular, su completo acuerdo con la afirmación contenida en la STS 1045/2007 al señalar que "*esa exclusión de la acción popular en el art. 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 u equilibra la relación entre el derecho de defensa y las múltiples acusaciones. Es correcto, en consecuencia concluir que la enumeración* (del art. 782.1 LECr) *es cerrada y no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal*".

Culminaba el voto particular con la consideración de que "*la variación de criterio que la mayoría establece al que se fijó en la sentencia*

1045/2007, de 17 de Diciembre, respecto a la cuestión de si puede abrirse el juicio oral cuando la única parte que lo solicita es la acusación popular, 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".

Era muy consciente el Excmo. Magistrado Instructor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en torno al principio de igualdad (art. 14 CE), especialmente en su sentencia 240/1998, mencionada también por el voto particular, cuando se afirma que "*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*".

7º) tampoco puede desconocerse que en estos momentos la Sentencia 54/2008, de 8 de Abril (recurso de casación 408/2007) está pendiente de **RECURSO DE AMPARO**, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional y apoyado en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, siendo, precisamente, la vulneración del principio de igualdad uno de los motivos formulados.

Argumenta el demandante de amparo, y hacemos nuestra la afirmación, como ya lo hizo la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, de que "*el cambio de criterio que se opera en la sentencia objeto de impugnación, carece de la dosis de justificación objetiva razonable constitucionalmente y conlleva, por tanto, la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. La diferencia de supuestos fáctico-procesales, como elemento argumental básico de la discrepancia interpretativa, carece de la relevancia necesaria a los efectos de justificar un cambio de criterio, y no puede ser utilizado como argumento*

para alterar las bases teórico-jurídicas sobre las que se fundamenta la establecida en la STS 1045/2007".

En base a las anteriores consideraciones, el FISCAL interesa se resuelva con arreglo a lo interesado, acordando el **SOBRESEIMIENTO** al amparo del art. **637.2º** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y **OPONIÉNDOSE** en todo caso a la **APERTURA DEL JUICIO ORAL** prevista en el art. **782.2º** del mismo Cuerpo legal en el supuesto de que fuera solicitada por las acusaciones populares personadas.

Madrid, a 22 de Abril de 2010