

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso:20367/2011

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 19/09/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial

Recurso N°: 20367/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil once.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo pasado se presentó en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador Sr. Peñalver Garcerán, en nombre y representación del SINDICATO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPIAS y de

las Asociaciones Civiles LIBERTAD E IDENTIDAD, HAZTEOIR. ORG, CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS TOMAS MORO, FUNDACION DENAES y ASOCIACION DE VICTIMAS DEL TERRORISMO VERDE ESPERANZA (VOCES CONTRA EL TERRORISMO) formulando querrela contra los Excmos. Sres. Don Pascual Sala Sánchez, Don Eugenio Gay Montalvo, Doña Elisa Pérez Vera, Don Pablo Pérez Tremps, Doña Adela Asua Batarrita y Don Luis Ignacio Ortega Álvarez, Magistrados del Tribunal Constitucional, por el presunto delito de prevaricación judicial.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20367/2011, por providencia de 30 de mayo se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Joaquín Gimenez García y se requirió por diez días a la Asociación Víctimas del Terrorismo Verde Esperanza a los efectos del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Cumplimentado el requerimiento anterior por medio de escrito presentado en el Registro General el 15 de Junio pasado y poder especial que acompaña, por providencia de 16 de Junio se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 12 de Julio de 2011 en el que DICE:

".....que en cuanto a la competencia para conocer de la presente querrela la misma viene atribuida a esa Excma. Sala en virtud de lo establecido en el art. 57.1.2 de la LOPJ y art. 26 del Tribunal Constitucional por cuanto éste último establece que la responsabilidad criminal de los Magistrados del Tribunal Constitucional sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.- Que igualmente interesa la INADMISION a trámite de la querrela formulada al entender que los hechos que en la misma se contienen no son constitutivos de delito alguno....".

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- La querrela presentada conjuntamente por el Sindicato colectivo de funcionarios públicos manos limpias, y las Asociaciones libertad e identidad, hazteori. org., centro de estudios jurídicos Tomás Moro y la Fundación para la defensa de la nación española -Denaes-, así como la Asociación de víctimas del terrorismo verde esperanza (voces contra el terrorismo) en el ejercicio conjunto de la acción popular formalizan querrela criminal por el presunto delito de Prevaricación Judicial contra los Excmos. Sres. Magistrados del Tribunal constitucional que con fecha 5 de Mayo de 2011 estimaron el recurso instado por la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna, contra la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ de 1 de Mayo de 2011, que declaró no conforme a Derecho los acuerdos de proclamación de las candidaturas de la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna, adoptada por las Juntas Electorales de zona citadas en el fallo de dicha sentencia.

La consecuencia de la concesión del amparo concedido por la sentencia del Tribunal Constitucional a los recurrentes en amparo fue la de declarar la nulidad de la sentencia de la Sala del art. 61 de la LOPJ, lo que, como es notorio, ha permitido que la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna pudiera presentarse a las elecciones.

Segundo.- Estiman los querellantes que esta sentencia del Tribunal Constitucional, firmada por los seis Magistrados querellados y con el Voto Particular adverso de los otros cuatro Magistrados es una resolución que integra un caso de prevaricación judicial dolosa del art. 446-3º Cpenal, tratándose de una resolución *"a todas luces injusta, a sabiendas de su injusticia"*, habiéndose hecho un *"uso deliberadamente torcido del derecho"* (pág. 22 de la querrela).

Esta gravísima afirmación la apoyan en tres argumentos:

1- Ha sido dictada con vulneración de las normas esenciales de competencia y jurisdicción, lesionando el sistema de división de poderes, ignorándose la facultad de valorar individualizadamente las pruebas del proceso previamente seguido por el Tribunal Supremo. (Ap. IV, hechos pág. 9).

2- Los Magistrados querellados efectúan una interpretación tendenciosa y absolutamente apartada de la doctrina constitucional y jurisprudencial frente a la prueba indiciaria. (Ap. IV, hechos pág. 11). Retenemos este párrafo *"...la*

incomprensible maniobra de los querellados descansa en desmembrar individualizadamente.....algunos indicios para desmontar su valor de prueba plena...." (pág. 18).

3- Los Magistrados dispusieron de un escaso margen de tiempo que pese a ello, no obstaculizó una valoración individualizada de los distintos documentos y elementos probatorios. (Ap. IV, hechos pág. 18). Retenemos este párrafo "*....mis representadas están en el convencimiento de que la respuesta a sus sospechas está en que presumiblemente la referida sentencia estuviera de alguna forma preconstituida...." (pág. 19).*

Los querellantes acompañan con el escrito de querrela testimonio de la sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de 1 de Mayo de 2011 y de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de Mayo de 2011, así como de sus cuatro Votos Particulares en los que encuentra las argumentaciones para justificar la querrela formalizada.

Retenemos al respecto los siguientes particulares de la pág. 21 de la querrela:

"....En el Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas se pone de manifiesto que la sentencia invoca determinada doctrina del Tribunal Constitucional que luego los querellados no la aplican...."

"....En el Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Aragón (último párrafo del ap. 4) se pone de manifiesto como la sentencia trae a colación un supuesto equivalente (contenido en la STC 126/2009) cuando en realidad se trata de un supuesto distinto, a la vez que dicha sentencia no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al supuesto de la impugnación de candidaturas en el marco del art. 44 LOREG..."

"....En el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago (último párrafo del ap. 2 en el que se pone de manifiesto la falta de esfuerzo de los Magistrados, aquí querellados, en la elaboración de la sentencia en cuestión...."

Asimismo, en las págs. 46 a 50 del escrito de querrela, se vuelve a asumir argumentos de los Votos Particulares en relación a la delimitación de la jurisdicción del Tribunal Constitucional y de la prueba de indicios --Sr. Pérez de los Cobos Orihuel y Sr. Aragón Reyes--, sobre el ámbito del análisis de la prueba en su conjunto --Sr. Rodríguez Arribas y Sr. Delgado Barrio--.

Todo ello les lleva a los querellantes a estimar que la sentencia no es sino *"un acto voluntarista de los Magistrados querellados.....quienes en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, y con absoluto desprecio a las reglas de funcionamiento y atribuciones que le son inherentes al cargo con su voto favorable se ha dictado una sentencia manifiestamente injusta, utilizando como medio el torcimiento del derecho...."* --págs. 50 y 51--.

Ya desde ahora debemos dejar constancia del significativo y sorprendente silencio que guardan los querellantes sobre la existencia de Votos Particulares en la sentencia dictada por la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, que fue la dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional en la sentencia tachada de prevaricadora por los querellantes.

Hay que recordar que el Tribunal del art. 61 de la LOPJ estaba compuesto por el Presidente del Tribunal Supremo y quince Magistrados. Pues bien, la sentencia que representaba la opinión mayoritaria del Tribunal estaba compuesta por nueve Magistrados, en tanto que seis emitieron un Voto Particular conjunto en contra de las tesis del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado existiendo otro voto particular parcialmente coincidente con la opinión minoritaria.

Tercero.- En relación al primero de los argumentos que efectúan los querellantes, debe recordarse con el art. 161 de la Constitución tiene jurisdicción en todo el territorio, y que como guardián de la Constitución es competente para resolver el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades del art. 53.2 y en los casos y formas que la Ley establezca y enlazado con ello que el art. 61 LOPJ en su apartado 6º introducido por la L.O. 6/2002 de 27 de Junio de Partidos Políticos asignó a esta Sala el conocimiento de *"...los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la L.O. 6/2002 de 27 de Junio de Partidos Políticos...."* existiendo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional según establece el art. 49 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General --LOREG--.

Es obvio que esta competencia del Tribunal Constitucional para conocer de lo resuelto por la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo alcanza a la consecuencia de verificar el ajuste a la Constitución de lo decidido por ese Tribunal

ya que en otro caso tal recurso carecería de toda efectividad del control a efectuar lo que convertiría al Tribunal Constitucional en un mero apéndice acríptico de lo resuelto por la Sala del art. 61 LOPJ.

Enlazado con ello, hay que tener en cuenta que entre los valores superiores del ordenamiento jurídico se encuentra el pluralismo político que requiere una mayor --si cabe-- protección como consecuencia de su naturaleza de valor superior, por lo que toda decisión que suponga su cercenamiento en palabras de la sentencia tachada de prevaricadora precisa "*...de la acreditación judicial --razonable, suficiente y conforme a un proceso con todas las garantías-- de un designio defraudador dirigido a la continuación de un partido ilegalizado...*" --pág. 34, f.jdco. de la sentencia--, que debe arribar a un juicio de certeza sobre tal designio defraudador "*...más allá de toda duda razonable...*", canon que es el exigido tanto por el TEDH, como por el Tribunal Constitucional y esta Sala II del Tribunal Supremo en el ámbito de su propia competencia.

También se dice en la sentencia, en el f.jdco. tercero --págs. 35 y 36-- que se ha ido consolidando con distintos pronunciamientos dictados por este Tribunal Constitucional en relación con la proclamación de candidaturas electorales instrumentalizadas al servicio de la continuidad material de partidos políticos disueltos por su vinculación con organización terrorista que "*la constancia de la intención de defraudar no es sin embargo suficiente para tener por cierta la continuidad siendo preciso por tanto que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esa intención ha llegado a materializarse*", con cita de otra sentencia del Tribunal, en concreto la STC 68/2005 de 31 de Marzo.

En el f.jdco. cuarto se dice que el control a efectuar por el Tribunal Constitucional está constituido por "*examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos*".

Habrà de convenirse que esa función del examen de la convicción del Tribunal y de su andamiaje probatorio constituye la esencia del control constitucional y este control no supone ni invasión competencial ni sustitución del criterio valorativo, ni por tanto atentar contra la separación de poderes como enfatizan los recurrentes.

Con lo dicho hasta aquí basta y sobra para rechazar el primero de los argumentos de los querellantes.

Cuarto.- En relación al segundo argumento, relativo a la valoración de la prueba indiciaria, no encontramos en la resolución tachada de prevaricadora que se comenta una desestructuración del análisis que debe efectuarse de dicha prueba.

Se dice en la resolución que *"la apreciación de la prueba ha de basarse en elementos que por sí mismos puedan merecer el valor de indicios válidos",* bien porque *"directamente lo sean, bien porque en unión de otros elementos de prueba puedan llegar a alcanzar ese valor"* --f.jdco. cuarto, pág. 36--.

Y se previene que *"...la suma de elementos carentes de esa virtualidad no podría atribuir al conjunto un valor probatorio..."*.

Difícilmente se puede discrepar de esta conclusión, que en lenguaje llano equivale a decir que la suma de nada es igual a nada, o lo que es lo mismo, que de la suma de inferencias débiles y abiertas no se puede llegar a ninguna certeza, porque en el mejor de los casos se estaría en una conclusión incriminatoria tan abierta que también cabría cualquier otra conclusión extramuros de toda ilegalidad.

Este tipo de control no solo no es nuevo y diferente a lo que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional. Es la metodología correcta para verificar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con el resultado fáctico que de él resulta, o dicho de otro modo debe verificar la solidez del juicio de inferencia que desde los indicios acreditados arriba al hecho que se quiere acreditar, verificando si tal conclusión, en este caso defraudatoria, supera los cánones de la lógica y de la suficiencia.

Se supera el canon de la lógica o de la cohesión, cuando la conclusión fluye y se alcanza de modo natural a la vista de las evidencias tenidas en cuenta.

Se supera el canon de la suficiencia cuando la conclusión es fuerte y no débil o imprecisa y no puede coexistir con otras de signo adverso.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia tachada de prevaricadora a partir del f.jdco. sexto, pág. 42, pasa a examinar *"...si los elementos de prueba tenidos en consideración en la mencionada resolución pueden tener, en términos constitucionales el valor indiciario que se les ha dado, esto es si tienen la entidad necesaria para sustentar una convicción de la que se derive tan grave perjuicio para el derecho de participación política garantizado en el art. 23-21 de la C.E. y, con él, el valor del pluralismo..."* y añade *"...es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probada la realidad del fraude..."*.

Pasa a continuación al estudio de todas las pruebas tenidas en cuenta por la Sala del art. 61 LOPJ --f.jdco. 7 a 11--, páginas 43 a 51, y lo hace de forma minuciosa, detallada e individualizada.

En el f.jdco. 12, pág. 51, se concluye:

"...Desde la perspectiva constitucional que nos corresponde, las precedentes consideraciones ponen de relieve la insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo para poder justificar en este caso el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política...".

Al actuar así, ni ha invadido la esfera competencias de la Sala del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ ni ha sustituido por su valoración, la que efectúa la sentencia objeto de control, simplemente ha verificado que no se alcanzó el canon exigible de certeza para estimar constitucional la realidad del fraude.

Al actuar así, el Tribunal Constitucional se ha conducido como lo ha hecho en otras muchas ocasiones que en relación a la prueba indiciaria en procesos penales ha estimado que las inferencias no eran concluyentes ni por tanto podría provocarse el decaimiento de la presunción de inocencia.

A modo de ejemplo y sin ninguna intención exhaustiva se pueden citar las SSTs 105/1988; 24/1997; 45/1997; 157/1998 ó 108/2009.

A ello se añade en la sentencia la novedad de la existencia de los instrumentos de control "a posteriori" de que se ha dotado nuestro ordenamiento en virtud de la L.O. 3/2011 de 28 de Enero. En efecto, en dicha Ley --BOE de 29 de Enero 2011-- se establece una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida, que

concurrirá en los representantes electos de candidaturas presentadas por partidos, o federaciones o coaliciones de partidos declarados posteriormente ilegales por sentencia judicial firme, salvo que voluntariamente y de modo expreso e indubitado rechacen las causas que motivaron la ilegalización de la formación bajo cuya lista concurrieron a las elecciones.

El Tribunal Constitucional en el f.jdco. quinto --págs. 40 y 41--, razona que la existencia de instrumentos de control a posteriori, de los que se ha dotado nuestro ordenamiento jurídico en la indicada L.O. 3/2011 --art. 6-4º LOREG--, impone, en su opinión, una suficiente solidez y calidad de los elementos probatorios en los casos del control *ex ante* del riesgo de defraudación, y ello precisamente por la posibilidad del control a posteriori.

Quinto.- En cuanto a la tercera argumentación, referida al escaso margen de tiempo para estudiar el asunto y la conclusión que a ello anudan los querellantes de que "*...la referida sentencia estuviera de alguna forma preconstituida...*" tal afirmación constituye un inaceptable juicio de valor incompatible con el mínimo rigor intelectual exigible.

Es decir se censura el cumplimiento de unos plazos muy cortos pero que son los previstos en la Ley. Retenemos del f.jdco. segundo de la sentencia, pág. 83 "*...sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal que aunara las garantías procesales del art. 24 con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y pruebas propias del referido proceso...*". La censura de los querellantes de que como los plazos legales eran muy cortos --lo que critica la propia sentencia--, no tuvieron tiempo de estudiar el asunto, es un verdadero desatino, porque lo mismo pudiera decirse de los Magistrados que emitieron su voto particular contrario a la decisión de la mayoría.

Sexto.- Llegados a este punto de nuestro examen, es claro que queda extramuros de nuestro conocimiento coincidir o no con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, el control a efectuar se centra única y exclusivamente en verificar si la sentencia exterioriza la denunciada resolución injusta por abuso de jurisdicción y por desviación en la doctrina aplicable sobre la prueba indiciaria y sobre si esa resolución tachada de injusta, lo fue a sabiendas de su injusticia.

La decisión no puede ser más clara.

Ni se está en presencia de una decisión injusta, ni ha existido abuso de jurisdicción ni invasión competencial en relación a lo decidido por la Sala del art. 61 LOPJ, ni ha existido apartamiento de lo que ha sido la doctrina usual del Tribunal Constitucional en lo referente a la valoración de la prueba indiciaria, coincidente con la de esta Sala II en su propia ámbito del recurso de casación penal.

No se está en presencia de una resolución objetivamente injusta. Ello solo puede ocurrir cuando la resolución cuestionada no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles --STS 2338/2001, entre otras--. Por decirlo en palabras del propio Tribunal Constitucional, solo puede haber resolución judicial manifiestamente injusta cuando se sostenga una decisión en argumentos que no sean aceptados por la Comunidad Jurídica, es decir, que claramente se sitúan extramuros del conjunto de opiniones defendibles por la Comunidad Jurídica en relación al tema concernido, y que por tanto sean ilógicas, indiscutiblemente extravagantes y como tal imprevisibles tanto para sus destinatarios como para la propia Sociedad en la que el Juez está inserto.

En tal sentido, SSTC 9/2006; 262/2006 de 11 de Septiembre y STC 129/2008 de 27 de Octubre.

Es obvio que la resolución que se estudia se encuentra extramuros de tal planteamiento. Para agotar el tema basta un solo dato tan concluyente que nos ahorra mayores argumentaciones.

La sentencia de la Sala del art. 61 LOPJ que estimó el recurso instado por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado, tuvo, como ya se ha dicho, dos votos particulares, uno firmado por seis Magistrados, y otro por un solo Magistrado. El voto disidente colectivo postulaba la desestimación de los recursos formalizados por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, y el voto disidente individual, también de manera parcial, postulaba tal desestimación. Esta situación patentiza clamorosamente la complejidad jurídica del tema, sus matices y la legitimidad de defender opciones distintas, hasta tal punto esto es claro que la decisión mayoritaria lo fue solo por dos votos de diferencia en relación con los votos disidentes y todo ello de un colegio de magistrados formado por 16 miembros.

Sobran más argumentaciones.
Procede el rechazo de la querella.

Séptimo.- La patente voracidad litigiosa de las asociaciones querellantes constituye un argumento adicional, junto con el rechazo de la querella, para imponer las costas que se hubiesen causado por la formalización de esta querella a los querellantes.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º- Declararse competente para el conocimiento de la querella formalizada contra los Excmos. Sres. Presidente del Tribunal Constitucional, D. Pascual Sala Sánchez y los Magistrados de dicho Tribunal D. Eugenio Gay Montalvo, D^a Elisa Pérez Vera, D. Pablo Pérez Tremps, D^a Adela Asua Batarrita y D. Luis Ignacio Ortega Alvarez.

2º- Acordar el archivo de la misma por no ser los hechos constitutivos de delito.

3º- Imponer las costas a los querellantes.

Así lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. Magistrados que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que, como Secretaria, certifico.

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro