



Roj: **STS 2198/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2198**

Id Cendoj: **28079120012018100278**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2018**

Nº de Recurso: **1912/2017**

Nº de Resolución: **288/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1912/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 288/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 14 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. Apolonio , D.^a Palmira y por la representación procesal de la **acción popular** ostentada por la **ASOCIACIÓN DE AMBULANCIAS DEL PAÍS VASCO**, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de mayo de 2017 , que condenó a los acusados por un delito de estafa agravada por la circunstancia de especial gravedad y les absolvió de un delito de falsedad documental e igualmente absolvió a Florencio y Melchor y a la entidad AMBUIBÉRICA de los mismos delitos por los que habían sido acusados por la acusación popular. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes D. Apolonio y D.^a Palmira representados por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de D. Gabriel Castro Salillas; la ASOCIACIÓN DE AMBULANCIAS DEL PAÍS VASCO representada por la procuradora D.^a Blanca del Pilar Alamán Fornies y asistida de Letrado D. Alexander Azpitarte Peña y, como parte recurrida D. Florencio ; D. Melchor y AMBUIBÉRICA, SL representados por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira bajo asistencia letrada de D.^a Marta Sánchez Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 11 de Zaragoza incoó diligencias previas, procedimiento abreviado 1295/2014 contra Apolonio ; Palmira ; Florencio ; Melchor y la entidad AMBUIBÉRICA y, una vez conclusas,



las remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta) Rollo de Sala (PA) nº 6/2017-MT que, con fecha 26 de mayo de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :

<< **PRIMERO** .- La acusada AMBUIBERICA S.L., entidad con sede en Valladolid dedicada en el tráfico mercantil al transporte sanitario no urgente, suscribió en fecha 1 de septiembre de 2008 un Contrato de Gestión de Servicios de Transporte Sanitario Terrestre no urgente en los sectores Sanitarios de Zaragoza I, II y III y Calatayud con el Gobierno de Aragón, con plazo de ejecución de cuatro años (*sic*) prorrogables y un precio por la prestación del servicio variable en función de los servicios efectuados según tramos de facturación: hasta 10.000 servicios mensuales, 420.164,86 ? mensuales; de 10.001 a 13.500 servicios mensuales, 465.788,60 ? mensuales; y de 13.501 servicios mensuales en adelante, 513.497,04 ?.

El sistema informático del que disponía AMBUIBERICA en la zona de Zaragoza integraba elementos informáticos y de comunicaciones críticos en la arquitectura de la solución cuya parada total o parcial del servicio llevaba a la parada total del sistema cuyas caídas del sistema podían afectar a la integridad y corrección de los datos almacenados por la base de datos, ya que no existían medios de corrección de errores o alta disponibilidad en la base de datos. El hecho de que por caídas de sistema algunos servicios quedaran almacenados como servicios con estados inválidos obligaba a una corrección manual por parte de los operarios para corregir las situaciones erróneas. El intento de corrección automática de inconsistencias en los datos que ha desarrollado AMBUIBERICA a lo largo del ciclo de vida de la aplicación de gestión de ambulancias era un mecanismo basado en "scripts" de ejecución automática en segundo plano. Sin embargo, errores derivados de la propia ejecución de estos "scripts" pasarían desapercibidos para los operarios y su corrección implicaría nuevamente una revisión manual de cada servicio. Por su diseño y a pesar de los parches con que se trataron de mitigar los riesgos del sistema de la aplicación de gestión de Ambulancias, se trataba de un sistema sin ningún tipo de mecanismo de detección de errores o inconsistencias de manera automática. En consecuencia para asegurar el correcto registro de los servicios en la base de datos no parecía existir una alternativa que la revisión manual, uno a uno, de los servicios introducidos. Incluso en los casos en que se detectaron datos erróneos en los servicios, sería necesario disponer de la aplicación operativa para rectificar esos errores. Consecuentemente en los casos en que los fallos se produjeran a nivel de red de comunicaciones (por caída del servicio inalámbrico, telefónico o de red de datos por cable (*sic*)) no cabría otra alternativa que esperar a que el sistema volviera a estar operativo para revisar los servicios.

Así las cosas, en los meses de agosto, septiembre y diciembre de 2012 comenzaron a producirse una serie de puntuales caídas del sistema informático en la zona de Zaragoza, lo que hizo que el acusado Florencio en su condición de Director General de AMBUIBERICA y que ostentaba funciones genéricas tales como marcar objetivos y coordinar al resto de Directores del Departamento propusiera el traslado a Zaragoza a los también acusados y pareja sentimental Apolonio como Coordinador de Servicio o Jefe de Tráfico en la Comunidad de Aragón para justificar el trabajo realizado porque la aplicación informática daba errores y a Palmira quien se encontraba en el área de Administración como administrativa bajo la dependencia directa de Apolonio y cuya función esencial se circunscribía a la introducción de datos en el sistema informático sobre servicios.

Una vez en Zaragoza, Apolonio e Palmira con finalidad de conseguir facturar al Gobierno de Aragón, Departamento de Sanidad, cantidades superiores a las realmente correspondientes a la prestación de servicios verdaderamente realizados y movidos por el ánimo de beneficiar a la empresa a consta (*sic*) de la entidad pública urdieron y pusieron en marcha un plan que básicamente consistía, con la excusa de que el sistema informático había borrado la realización de servicios realmente prestados, en la masiva inserción de datos falsos a través de la siguiente dinámica:

- 1º).- La modificación de servicios facturados realizados en algunos casos hasta transcurridos cuatro años del fallecimiento del paciente.
- 2º).- La realización de servicios efectuados en fecha anterior a la fecha de su contratación.
- 3º).- La realización de servicios efectuados sin expresar el motivo de los mismos.
- 4º).- La ausencia de justificación de la repetición de un servicio con datos manuales cuando la imposibilidad de acceder a las bases de datos impedía cobrar conocimiento de su no realización, de tal suerte que se repetían determinados servicios sin tener constancia de la no realización del primero.

La masiva inserción de datos falsos solo se produjo en la zona de Zaragoza donde habían sido destinados los acusados Sr. Apolonio y Sra. Palmira . Ello no pudo deberse al fallo de un algoritmo, pues de haber sido así la aplicación informática habría fallado en todos aquellos lugares en que AMBUIBERICA prestaba sus servicios y no solo en las zonas de Zaragoza y Calatayud.



Las únicas fechas incorrectas de servicios lo fueron en el año 2012 y no en el 2008. Asimismo, tales irregularidades fueran detectadas por el SALUD sin que AMBUIBERICA las hubiera puesto previamente en conocimiento de aquélla.

La corrección de la facturación de los servicios "a la alta" solo se produjo por ambos acusados en aquellos meses en que se podía alcanzar el siguiente tramo de facturación, que fueron los meses de agosto septiembre y diciembre de 2012. El antedicho sistema de tramos de facturación solo se había implantado en la Comunidad de Aragón.

Para llevar a cabo el desarrollo de antedicha actividad los acusados Palmira y Apolonio eran quien cursaban directamente las órdenes para la masiva inserción de datos falsos, siendo que la primera debido a su categoría profesional carecía de facultades para cursar órdenes al personal. La actividad material de tal introducción de datos era llevada a cabo por telefonistas de la empresa siguiendo las instrucciones cursadas por Palmira y Apolonio .

En un momento determinado las expresadas irregularidades fueron detectadas por el SALUD sin que AMBUIBERICA las hubiera puesto previamente en conocimiento de aquélla. El también acusado Melchor y Director de Coordinación fue quien transmitió en el curso de una comida informal la existencia de error en la administración de datos a Florencio .

La acusada Florencia , ostentaba el cargo de Directora Adjunta

Como consecuencia de la ejecución del citado plan, en los meses de diciembre de 2008 y de agosto, septiembre y diciembre de 2012 AMBUIBERICA S.L. realizó una facturación en un tramo superior al que realmente correspondía en función de los servicios de transporte sanitario efectuados, siendo la diferencia económica existente entre el tramo de facturación realizado por AMBUIBERICA S.L y el que realmente correspondía haber realizado en cada uno de los meses que deben regularizarse de 41.365,64 ? en diciembre de 2008 y de 45.606,74 ? en los meses de agosto, septiembre y diciembre de 2012, lo que hace un total de 178.176,86 ?.

Con fecha 28 de agosto de 2013 el Director del Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y familia de Zaragoza acordó iniciar procedimiento administrativo proponiendo la regularización de la facturación realizada por la citada entidad durante el mes de diciembre de 2008 y los meses de agosto, noviembre y diciembre de 2012, y en fecha 4 de octubre de ese mismo año el Departamento de Seguridad, Bienestar Social y familia del Gobierno de Aragón dictó Orden por la que se acordaba regularizar la facturación realizada por la entidad mercantil AMBUIBERICA, S.L. como concesionaria del Servicio de Transporte Sanitario de Zaragoza I, II y III y Calatayud por la realización de los servicios durante el mes de diciembre de 2008 y septiembre y diciembre de 2012 por realización de los servicios de Transporte Sanitario Terrestre no urgente en los sectores Sanitarios. La entidad AMBUIBERICA devolvió al Gobierno de Aragón las cantidades sobrefacturadas, desistiendo el Gobierno de Aragón del ejercicio de la acusación particular.

Regularizada la situación, el precitado contrato de gestión fue prorrogado dos veces, la primera mediante prórroga de fecha 13 de agosto de 2012 y la segunda en fecha 13 de agosto de 2013, pero afectando exclusivamente a los servicios sanitarios urgentes (sic)>>.

SEGUNDO .- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, dictó sentencia núm. 165/2017 de fecha 26 de mayo de 2017 con la **parte dispositiva** siguiente:

<< **FALLAMOS:** DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Apolonio y a Palmira como autores responsables del delito de estafa agravada del que resultan acusados por la Acción Popular ostentada por la ASOCIACION DE AMBULANCIAS DEL PAIS VASCO y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN y SEIS MESES DE MULTA con una cuota diaria de DIEZ EUROS a cada uno de ellos y abono de UNA DECIMA PARTE de las costas causadas por cada uno de ellos.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Apolonio y a Palmira del delito de falsedad del que son acusados.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Florencio , a Melchor y a la entidad AMBUIBERICA de los delitos de falsedad documental y estafa de los que son acusados por la Acción Popular ostentada por la ASOCIACIÓN DE AMBULANCIAS DEL PAIS VASCO.

Declaramos de oficio la parte restante de las costas.

La presente resolución no es firme cabiendo interponer frente a la misma recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debiendo anunciarse ante esta Sección Primera de esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de su última notificación y de la que se llevará certificación al Rollo de Sala>>.



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación legal de los recurrentes D. Apolonio y D.^a Palmira, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

Motivo primero .- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en relación con el art. 782.1 de la citada Ley.

Motivo segundo .- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el art. 851.1º de la LECrim, por existir manifiesta contradicción entre los hechos considerados probados.

Motivo tercero .- Infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.2 de la LECrim, por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba.

Motivo cuarto .- Infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación de los arts. 248.1 y 250.1.5º del CP.

QUINTO.- Recurso de casación interpuesto por la ASOCIACIÓN AMBULANCIAS DEL PAÍS VASCO.

Motivo primero .- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim, por incurrir la sentencia recurrida en infracción de ley, toda vez que ha existido error en la valoración de la prueba a tenor de la prueba testifical practicada en el acto del Juicio Oral en la persona de D. Julio, D. Simón, D. Fernando, D.^a Piedad y D.^a Aurelia, todo ello en relación con la aplicación de lo dispuesto en los arts. 390.1.1º y 392 del CP y 248 y 251.1.5º del mismo texto legal.

Motivo segundo y séptimo .- Al amparo en un caso del art. 855.3 (sic) de la LECrim, en un caso, y arts. 852 LECrim, y 5.4º de la LOPJ por la denegación, mediante Providencia de 10 de mayo de 2017, de la citación solicitada por esta representación procesal en orden a practicar la prueba testifical.

Motivo tercero y cuarto .- Al amparo del art. 851, apartado 1.º, inciso 1, de la LECrim se recurre en casación con motivo de la falta cometida por la Sentencia recurrida al no expresar de manera terminante como probada la participación del Sr. Florencio en los hechos objeto de enjuiciamiento, al considerar que no queda acreditado de forma directa que Florencio ordenara la generación masiva de servicios falsos a Palmira y Apolonio para incrementar la facturación al SALUD, en un caso y al no considerar probada la participación del SR. Melchor, en otro.

Motivo quinto .- Al amparo del art. 851, no se funda en la posible contradicción interna de los hechos, sino de estos con lo que el recurrente considera el resultado de la prueba practicada (sic).

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 10 de octubre de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, **apoyó el primer motivo** del recurso de casación instado por D. Apolonio y D.^a Palmira e interesó la inadmisión y, subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 19 de marzo de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 18 de abril de 2018 prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 165/2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el marco del procedimiento abreviado núm. 6/2017, declaró a Apolonio e Palmira autores responsables de un delito de estafa agravada del que resultaron acusados por la acción popular ejercida por la Asociación de Ambulancias del País Vasco. Ambos fueron condenados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión y 6 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros a cada uno de ellos. Asimismo, les absolvió del delito de falsedad por el que venían siendo acusados.

Se interpone recurso de casación por las respectivas representaciones legales de la defensa y de la acusación popular. La defensa hace valer cuatro motivos. La acusación formaliza cinco. Se impone, por tanto, un análisis diferenciado de ambas impugnaciones, sin perjuicio de anticipar desde ahora que la estimación del primero de los motivos interpuestos por Apolonio e Palmira, hará innecesario el examen del resto de las alegaciones hechas valer respecto de su condena.



RECURSO DE Apolonio E Palmira

1.1.- El primero de los motivos, por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim , sostiene infracción de ley, por indebida aplicación del art. 782.1 de la LECrim . Entiende la defensa que se vulneró ese precepto al permitir la Audiencia que una acusación popular, tras la petición de archivo formulada por el Fiscal y la acusación particular, determinara la apertura del juicio oral y la acusación por el delito de estafa, contraviniendo así la literalidad de aquel precepto, según el cual, « *si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa (...) lo acordará el Juez*».

Conviene hacer una precisión inicial.

En efecto, si bien con arreglo a una concepción histórica del recurso de casación la cita de preceptos penales de naturaleza procesal desbordaría los límites de la vía impugnativa que ofrece el art. 849.1 de la LECrim - que se refiere a « *precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal*»-, lo cierto es que esta Sala ha flexibilizado al máximo esta exigencia, hasta el punto de admitir, por la vía del error de derecho, la invocación de preceptos procesales que actúen como presupuestos determinantes de la aplicación de la norma penal. Y el art. 782.1 de la LECrim es uno de ellos, en la medida en que su correcta interpretación es garantía de que el proceso penal se habrá delimitado objetiva y subjetivamente con arreglo a los dictados impuestos por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Ninguna objeción podría formularse tampoco para el caso en que la defensa hubiera acomodado sus alegaciones al marco impugnativo que le proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim .

1 . 2 . - El examen de lo actuado pone de manifiesto lo siguiente: a) la presente causa se inició mediante auto de fecha 5 de mayo de 2014, dictado por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Zaragoza , mediante el que se acordó la incoación de diligencias previas, acusando recibo de unas diligencias de investigación incoadas por el Ministerio Fiscal; b) en escrito presentado el 17 de julio de 2014, el Gobierno de Aragón interesó su personación como perjudicado en las referidas diligencias, a la vista de la posible comisión de un delito de estafa. La personación fue acordada con fecha 24 de julio de 2014, teniendo al Letrado de la Comunidad de Aragón como parte; c) con fecha 2 de julio de 2015, ese mismo Letrado, en el ejercicio de la acusación particular, tras una participación activa en la instrucción llevada a cabo por el juzgado, presentó escrito apartándose del procedimiento penal y anunciando que desistía de la posibilidad de presentar escrito de acusación, al tiempo que dejaba en manos del Fiscal el ejercicio de las acciones que se estimasen oportunas; d) mediante escrito fechado el 28 de agosto de 2015, la Asociación de Ambulancias del País Vasco solicitó ser admitida como acusación popular en la presente causa, petición atendida por el Juzgado de instrucción núm. 11, cuyo titular impuso el pago, en concepto de fianza, de 3.000 euros; e) admitida como acusación popular, la Asociación de Ambulancias del País Vasco formuló escrito de conclusiones calificando los hechos investigados como constitutivos de sendos delitos de estafa y falsedad documental. El Ministerio Fiscal, por el contrario, instó el sobreseimiento provisional de la causa mediante escrito datado el 22 de julio de 2016; f) el Juzgado de instrucción núm. 11 dictó auto de apertura del juicio oral, que fue señalado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, señalamiento del que trae causa la resolución impugnada.

La apertura del juicio oral por el delito de estafa llevó a la defensa, en el trámite de las cuestiones previas regulado en el art. 786.2 de la LECrim , a alegar que se había vulnerado el art. 782.1 de la LECrim , que obliga a acordar el sobreseimiento de la causa, por lo menos, en lo que al delito de estafa se refiere, toda vez que esa acusación no podía ser sostenida únicamente por la acusación popular tras la retirada de la acusación del Fiscal y de la única acusación particular posible. La decisión de cierre -se alega ahora en apoyo del motivo- era obligada para no contravenir el contenido del citado precepto y, lo que es decisivo, su interpretación conforme a la jurisprudencia de esta Sala, expresada en la STS 1045/2007, 17 de diciembre .

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante auto fechado el día 17 de abril de 2017 , rechazó las alegaciones de la defensa, al estimar que el criterio proclamado en aquel precedente -al que no faltó un número significativo de votos particulares- proponía una interpretación rigorista y literal del art. 782.1 de la LECrim , entendimiento que había sido debilitado por resoluciones posteriores que realizaron una interpretación más integradora del precepto en cuestión (cfr. SSTS 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero). En el caso que nos ocupa, al tratarse de una supuesta estafa en la que quien resulta verdaderamente perjudicado es el erario público, la Asociación de Ambulancias del País Vasco estaría legitimada -concluyen los Jueces de instancia- para el ejercicio de la acción popular, sin que el hecho de que el Gobierno de Aragón se hubiese apartado del procedimiento como organismo público afecte al desvalor de la acción.

Tiene razón la defensa cuando discrepa del discurso de la Audiencia Provincial. Su discrepancia cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal.

El motivo ha de ser estimado.



1 . 3 .- No es cierto que la doctrina sentada por la STS 1045/2017, 17 de diciembre (*Caso Botín*) haya sido flexibilizada, hasta el punto de perder sus notas definitorias, por la sentencia STS 54/2008, 20 de enero (*caso Atucha*). De entrada, la primera de esas resoluciones no es susceptible de censura por el hecho de que propugne una interpretación literal del art. 780.2 de la LECrim . Quien así razona olvida que la interpretación de las normas « *según el sentido propio de sus palabras* » constituye la primera de las pautas hermenéuticas impuestas por el art. 3.1 del Código Civil . Tampoco es aceptable una línea de razonamiento que debilite el valor de una resolución del Tribunal Supremo -luego confirmada, como veremos, por precedentes posteriores- por el hecho de que incorpore votos particulares discrepantes con el criterio de la mayoría.

La doctrina proclamada por las doctrinas *Botín* y *Atucha* no puede entenderse sin la singularidad de cada uno de los supuestos de hecho a los que esta Sala tuvo que dar respuesta. En el primero de ellos - STS 1045/2017 -, el Ministerio Fiscal y la acusación particular representada por la Abogacía del Estado instaron el sobreseimiento de la causa, al estimar que no estaba justificada la perpetración del delito contra la hacienda pública que había determinado la inicial incoación de las diligencias. Frente a esta petición de cierre, una acusación popular solicitó la apertura del juicio oral, al entender que sí se había acreditado una conducta defraudatoria para el fisco, con grave perjuicio para el erario público. En el segundo - STS 54/2008 -, el Ministerio Fiscal pidió el sobreseimiento de la causa que se había seguido contra una autoridad autonómica, considerando que el delito de desobediencia por el que el propio Fiscal había formulado inicialmente querrela criminal, no había quedado debidamente justificado. Frente a esta petición, una acusación popular hizo valer su voluntad de ejercicio de la acción penal, obteniendo la apertura del juicio oral y recurriendo en casación el inicial pronunciamiento absolutorio.

Como puede apreciarse, existe un dato que diferencia conceptualmente ambos precedentes. Mientras que en uno de ellos coinciden en la petición de cierre el Ministerio Fiscal y la acusación particular, en el segundo está ausente cualquier acusación que invoque la defensa del interés particular del perjudicado. Y sólo está presente la acusación pública porque el delito por el que se iniciaron las diligencias -desobediencia- es un delito que, por definición, no admite un perjudicado que pueda monopolizar las consecuencias negativas que, para una u otra persona, haya traído consigo la comisión del ilícito penal. Es, por tanto, una exigencia conceptual, ligada a la naturaleza del delito investigado, la que impide la presencia de un perjudicado directo que, invocando su voluntad de mostrarse parte, pueda asumir el ejercicio de la acusación particular.

Esta diferencia, por sí sola, ya podría resultar suficiente para justificar un diferente tratamiento jurídico de situaciones que, en modo alguno, pueden resultar identificadas. El art. 782.1 de la LECrim cierra la puerta del juicio oral -y así sucedía en la STS 1045/2007 - en aquellos casos en los que se manifiesta una doble y convergente petición de sobreseimiento, a saber, la que interesa el Fiscal, órgano promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y la que solicita la acusación particular, esto es, la representación legal del perjudicado por el delito. En el supuesto de hecho que contemplaba la STS 54/2008 , nada de esto acontecía. Era el Ministerio Fiscal -por cierto, el mismo que había formalizado inicialmente una querrela criminal por la posible comisión de un delito de desobediencia- quien interesaba de forma exclusiva el sobreseimiento de la causa. Ninguna similitud existía entre ambos supuestos. De hecho, en la segunda de las sentencias - *caso Atucha* - ni siquiera se dibujaba el presupuesto fáctico al que el art. 782.1 de la LECrim asocia el efecto vinculante en la petición de sobreseimiento, que no es otro que la concurrencia de esa doble voluntad de archivo en ambas acusaciones, la pública y la particular. De ahí que no pudiera aplicarse, en ausencia de acusación particular, un precepto concebido de forma exclusiva para la hipótesis en que el ejercicio de la acción penal, en la fase intermedia, se diversifica con una doble representación de los intereses que pueden llegar a converger en el proceso penal, la de los intereses públicos, a cargo del Fiscal, y la de los intereses particulares, hechos valer por la acusación particular.

La jurisprudencia, por tanto, no avala un entendimiento de la acción popular construido a partir de la imaginaria contradicción entre dos supuestos que no pueden ser equiparados. El cierre representado por la doctrina *Botín*, resultado de la coincidente voluntad de archivo asumida por los defensores de los intereses que latían en el proceso penal, no se tornó en frívola decisión de apertura en la doctrina *Atucha*. En el primero de los casos, la celebración del juicio oral para reparar un daño que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado declaraban inexistente, habría implicado un retroceso en la evolución histórica que explica los fines del proceso penal. Habríamos contribuido a resucitar una concepción trasnochada del orden jurisdiccional penal, ocasionalmente convertido en un artificial y frívolo campo de batalla en el que una asociación se arroga la defensa de intereses que ni el Fiscal ni el defensor institucional del patrimonio público reputan dañados. En el segundo de los casos, por el contrario, admitir la posibilidad de que, mediando una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma enriquecido de una asociación, permite reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto del proceso.



La línea argumental que late en ambas resoluciones no puede ser abordada con el reduccionismo que se aferra a la obviedad de que un delito contra la hacienda pública, por ejemplo, no puede ser indiferente al interés colectivo. Desde luego, no lo es. Tienen razón quienes reivindican la dimensión social de aquel delito, ligada al deber constitucional que alcanza a todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (cfr. art. 31 CE). Sin embargo, ese mandato constitucional no agota el bien jurídico protegido en los delitos contra la hacienda pública. Antes al contrario, se aproxima más a la razón de política criminal que justifica el castigo con penas privativas de libertad a todo aquel que, mediante la elusión fraudulenta del pago de los impuestos, menoscabe el patrimonio y las expectativas de ingreso en el erario público. Con todos los matices sugeridos por su tratamiento sistemático, estamos ante un delito de naturaleza patrimonial, por más que su existencia entronque de una manera tan directa con la llamada constitucional a la irrenunciable vigencia del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas. Dicho en palabras de la STS 952/2006, 6 de octubre, se trataría de algo más que un delito patrimonial, pues presenta una clara relación con «... la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del patrimonio estatal, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas ».

Pero más allá del resbaladizo debate ligado a la determinación del bien jurídico y a sus efectos en el ámbito de la persecución penal de un delito, lo cierto es que la representación procesal del Estado y la defensa del erario público corresponden a la Abogacía del Estado o al funcionario que asuma la defensa oficial de cualquier otro órgano de la Administración Pública. Es evidente, por tanto, que la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, con todos los añadidos con los que quiera enriquecerse el bien jurídico, es una defensa profesionalizada, que se hace recaer en la Abogacía del Estado o en aquellos funcionarios que en el ámbito autonómico asumen legalmente ese cometido. Y, como tal, no admite su delegación a cualquier ciudadano que quiera suplir lo que interpreta como censurable inacción de los poderes públicos. Así lo establece la Ley 52/1997, 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. En su art. 1º determina que « la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado ». En el presente caso el art. 1º. del Real Decreto 2134/1984, 26 de septiembre y la disposición segunda, apartado A. 3 de su Anexo, prestan cobertura jurídica a la profesionalización de la defensa en juicio de los intereses patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

No cabe, en consecuencia, oponer a la defensa profesional del erario público una entusiasta defensa *amateur*, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado. La lectura constitucional del proceso penal no es conciliable con la admisión de un *amicus fisci* dispuesto a asumir, sin más apoderamiento que su personal iniciativa, la representación y defensa del erario público en aquellos casos en los que su defensor institucional considera que no ha existido un daño penalmente reclamable. Admitir lo contrario puede conducir a situaciones paradójicas, tanto en lo afectante a la declaración de responsabilidades civiles, incompatibles con el ejercicio de la acción popular, como al efectivo reintegro de esos importes en las arcas públicas sin que ni siquiera exista un acto administrativo de requerimiento de pago al finalmente condenado.

Cuanto antecede hace explicable la conclusión alcanzada por esta Sala en los precedentes citados por la defensa en su recurso. En efecto, cuando el Ministerio Fiscal y el defensor del patrimonio -privado o público- menoscabado por el delito interesan el sobreseimiento de la causa, el Juez debe acordarlo. Así lo impone el art. 782.1 de la LECrim, en congruente mandato con la cobertura constitucional de la acción popular -que admite limitaciones legales a su ejercicio- y con el actual estado del proceso penal, entre cuyos fines no se encuentra la simple persecución de un hecho que ni el Fiscal ni la acusación particular consideran delictivo. El daño o la puesta en peligro de un bien jurídico -sin adentrarnos en los matices funcionalistas que esta afirmación sugiere- está en la base de todo hecho susceptible de dar lugar a la incoación de un proceso penal. Y así ha quedado expuesto en nuestra jurisprudencia.

1 .4.- En la STS 1045/2007, 17 de diciembre (caso *Botín*), razonábamos la constitucionalidad de un enunciado legal - art. 782.1 LECrim - llamado a restringir la capacidad de ejercicio de la acción popular. Justificábamos entonces una decisión de cierre a partir de la convergente petición de sobreseimiento del defensor de los intereses públicos y del acusador particular. Decíamos entonces que «... es perfectamente plausible que cuando el 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" (art. 124 CE) 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 conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE , y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando



satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado. (...) Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción mediante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma» .

En el FJ 14 añadíamos: *«... 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 n.º 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el n.º 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. (...) Por otra parte, desde la perspectiva de una interpretación subjetiva o histórica se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían «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 acusador popular» (B. O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda N.º 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito. Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1. LECrim . 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» .*

La STS 54/2008, 8 de abril , abordó un supuesto que -como hemos razonado en el FJ 1.3-, presentaba una singularidad bien distante de la presencia de esa doble y reforzada petición de cierre. Ahora era el Ministerio Fiscal, en ausencia de toda representación particular, a la vista del delito por el que se entabló la querrela, quien instaba el sobreseimiento de la causa. Y así lo razonábamos: *«... la doctrina que inspira la sentencia 1045/2007 , 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 (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. 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 este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la LECrim ».*

Añadíamos entonces que *«... la solicitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007 , exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico ».* En similar línea a lo ya expuesto, concluimos que *«... esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim , sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una 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».*

En consecuencia, es perfectamente entendible que *«... tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, (...) el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público» .*

Y concluimos en los siguientes términos: *«... en definitiva, satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva. El proceso penal justifica su existencia, entre otros fines, por su carácter de institución pública para la adecuada reparación de los efectos del delito. De ahí que se aproximará más a su ideal cuando*



la interpretación de las reglas que disciplinan sus distintas fases, se acomode al criterio de que, en ausencia de un interés público y de un interés particular del ofendido por el delito, el juicio oral ve quebrada su idea fundamentadora. El poder estatal ejercido a través del proceso, sólo se concibe si está puesto al servicio de una llamada de protección del perjudicado por el delito o de la acción del Ministerio Fiscal o el acusador popular en defensa de los intereses públicos. De ahí que, agotada la investigación del hecho aparentemente delictivo, si durante el juicio de acusación, el Fiscal y el perjudicado renuncian expresamente a la formalización de su pretensión punitiva, la exclusión del actor popular que arbitra el art. 782.1 de la LECrim es perfectamente ajustada a una concepción constitucional del proceso penal. El ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a la apertura del juicio oral, incluso, en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito».

También dábamos respuesta a la tesis defendida por quienes sostienen que el control jurisdiccional del juicio de acusación es garantía suficiente para evitar acusaciones populares infundadas o contrarias a los principios fundamentadores del proceso penal: « no es obstáculo para este entendimiento, la idea de que el control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), siempre permitirá al Juez discernir entre aquellas acusaciones populares fundadas y aquellas otras que no lo son. Cuando el art. 782.1 de la LECrim proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado. (...) Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim , no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre , esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal».

La STS 8/2010, 20 de enero , no se distanció de la doctrina proclamada en los precedentes transcritos. Antes al contrario, recordó la compatibilidad entre ambos pronunciamientos y apuntó, con voluntad de síntesis, que « la doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008). Añadíamos entonces que «...el Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007 , sin mención alguna a la STS 54/2008 , que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008 , en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva". Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral».

1 . 5 .- Es, por tanto, a la vista del contenido del art 782.1 de la LECrim , interpretado por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS 1045/2007, 17 de diciembre , 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero), como ha de ser interpretada la decisión de la Audiencia Provincial de Zaragoza de acordar la apertura del juicio oral sólo a instancia de la acusación popular ejercida por la Asociación de Ambulancias del País Vasco. Como hemos apuntado *supra*, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento provisional de la causa incoada por un



delito de estafa contra los ahora recurrentes y la acusación particular ejercida por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, después de una activa participación en el proceso había desistido del ejercicio de la acusación particular. En este contexto, pues, la posibilidad de apertura del juicio oral para el enjuiciamiento de un delito de estafa respecto del que ni el Fiscal ni la acusación particular habían interesado su castigo, vulneró la literalidad del art. 782.1 de la LECrim y se apartó del entendimiento jurisprudencial de su mandato.

Ninguna objeción puede formular esta Sala a la apertura del juicio oral para el enjuiciamiento de un delito de falsedad, en los términos en los que fue también promovida la acusación por la Asociación de Ambulancias del País Vasco. Como ya hemos expresado en los fundamentos jurídicos precedentes, el delito de falsedad protege bienes jurídicos colectivos, metaindividuales, difusos, cuya defensa no puede ser monopolizada ni por el Ministerio Fiscal ni por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo y la consiguiente absolución de ambos recurrentes, que fueron declarados inocentes del delito de falsedad y condenados por un delito de estafa respecto del que, en ningún caso, debió haber sido abierto el juicio oral. La estimación del motivo hace innecesario el examen del resto de las alegaciones.

RECURSO DE LA ASOCIACIÓN DE AMBULANCIAS DEL PAÍS VASCO

SEGUNDO .- El primero de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.2 de la LECrim . Estima el Letrado de la acusación popular que ha existido error en la valoración de la prueba, a la vista del contenido de la prueba testifical practicada en el juicio oral respecto de los testigos Julio , Simón , Fernando , Piedad y Aurelia , todo ello en relación con la aplicación de lo dispuesto en los arts. 390.1.1 y 392 , 248 y 251.1.5 del CP .

La defensa emprende un camino estéril para llevar a la convicción de esta Sala la necesidad de estimar el motivo. Así, mediante una laboriosa glosa de las declaraciones de los testigos que depusieron en la fase sumarial y en el plenario, se pretende justificar la comisión de un delito de falsedad que habría quedado, sin embargo, impune en la instancia, así como de un delito continuado de estafa que alcanzaría también a los acusados absueltos.

El motivo, tal y como ha sido formalizado, ha de ser rechazado.

2 . 1 .- Respecto de la declaración de los testigos, su insuficiencia para integrar el concepto casacional de documento ha sido tantas veces proclamada por esta Sala, que resulta ahora innecesario justificar su rechazo con grandes esfuerzos argumentales. Se trata, como es sabido, de pruebas personales que han sido documentadas en la causa, careciendo en casación del significado probatorio que pretende atribuírsele. Su valoración es inseparable de la proximidad del órgano de instancia a la fuente de prueba. De ahí que la tenacidad del recurrente pretendiendo acreditar el supuesto error decisorio del Tribunal a quo, resulta manifiestamente estéril (cfr. SSTS 767/2013, 25 de septiembre ; 76/2013, 31 de enero ; 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre).

Esta Sala hace suyas las palabras del Fiscal cuando precisa que el largo desarrollo del motivo se centra en valorar la prueba practicada en el juicio, llegando a sus propias conclusiones, distintas de la sentencia, pero sin que contenga alegación alguna sobre aquellos documentos en los que pueda fundarse el error padecido por el Tribunal a quo al valorar la prueba.

2 . 2 .- A este insalvable obstáculo para la estimación del motivo, derivado de la falta de significado casacional de las declaraciones testificales, se añaden los límites impuestos por la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional a la revocación de sentencias absolutorias por un órgano jurisdiccional que no ha tomado contacto con las fuentes de prueba.

En la STS 645/2014, 6 de octubre , con cita de las SSTC 157/2013, 23 de septiembre ; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3 ; 170/2002, 30 de septiembre , recordábamos que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.



Ahora bien, la STC 157/2013, 23 de septiembre -con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4- puntualiza que «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», siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita la sentencia, (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España* , §§ 46 a 49 ; y de 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España* , §§37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido (SSTEDH de 20 marzo 2012, caso *Serrano Contreras c. España* , §§ 37 a 39 ; y de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España* , § 35). Esos límites derivados de la revisión de sentencias absolutorias a partir de los elementos subjetivos valorados en la instancia, han sido definidos por el TEDH en su reciente sentencia 13 de junio de 2017 (*Atuxa Mendiola y otros c. España*). En el párrafo 43 puede leerse lo siguiente: «... es preciso constatar que, cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, (como, en este caso, la existencia de una voluntad rebelde) es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados (*Lacadena Calero v. España*)».

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 884.4 LECrim).

TERCERO .- Con el mismo contenido, pero valiéndose de diferente cobertura, se formalizan los motivos segundo y séptimo. En ambos casos - arts. 885.3 de la LECrim , incongruencia omisiva, y 852, vulneración del derecho a la prueba del art. 24.2 de la CE - se reacciona frente a la falta de motivación de la providencia de 10 de mayo de 2017, mediante la que se denegó la citación del testigo Alexander , haciendo así imposible la declaración de un testigo de especial relevancia para el esclarecimiento de los hechos.

El motivo es inviable.

Como apunta el Fiscal, la petición de citación de ese testigo mediante un escrito en el que se instaba a la Audiencia a hacer uso de la facultad que le confiere el art. 729.3 de la LECrim , carece de relevancia. De entrada, la decisión reflejada en esa providencia -por cierto, irrecurrible en casación- no suponía un rechazo a la propuesta probatoria, sino la advertencia de su extemporaneidad y, lo que es más importante, la indicación de que ese testigo fuera aportado por el Letrado de la acusación popular al inicio de las sesiones del juicio oral, conforme autoriza el art. 786.2 de la LECrim .

La falta de presentación de ese testigo, que no fue incluido en el escrito de acusación, como exigen los arts. 781.1 y 656 de la LECrim , y cuya ausencia no provocó la oportuna protesta por la acusación, no implicó una vulneración del derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

CUARTO .- Los motivos tercero y cuarto, con cita del art. 851.1 de la LECrim , pretenden acreditar que la sentencia objeto de recurso no expresa de forma terminante en los hechos probados la participación delictiva de los acusados absueltos Florencio y Melchor .

El motivo carece de consistencia.

La vía casacional que ofrece el art. 851.1 de la LECrim ha sido históricamente concebida con una funcionalidad distinta de la que pretende valerse la acusación. En nuestra STS 233/2008, 5 de mayo , con cita de la STS 1419/1998, 19 de noviembre , recordábamos que el motivo denunciado fue introducido por la reforma de la casación operada por la Ley 28 junio 1933, para modificar el camino seguido por la doctrina del Tribunal Supremo -« *ad exemplum* », sentencias de 17 diciembre 1917 y 8 mayo 1920 - que había mantenido la innecesariedad de la declaración de hechos probados en las sentencias absolutorias, pero, a partir de la expresada normativa la doctrina de esta Sala ha mantenido el requisito del relato de hechos probados para toda clase de sentencias penales, incluidas las absolutorias - Sentencias de 17 mayo 1941 , 11 diciembre 1953 , 25 noviembre 1968 , 28 junio 1969 , 25 mayo 1976 , 31 enero y 10 diciembre 1986 , 10 octubre 1988 , 21 junio 1989 y 19 abril 1990 - estimando como una inadmisibles corruptela las sentencias sin resultancia probatoria, que constituye el « *sustratum* » o soporte fáctico, añadiendo que no se pueden suplir tales omisiones con los datos de carácter fáctico ubicados en los fundamentos jurídicos, porque es imposible completar lo que no existe, y sin hechos probados falta el imprescindible asiento para la aplicación y doctrina jurídica correspondiente (Sentencias de 8 diciembre 1960 , 9 febrero 1976 , 10 marzo 1991 , 21 junio 1989 y 19 abril 1990) - Sentencia 1601/1993 , de 24 junio (RJ 1993\5373)-.

En definitiva, el fundamento del presente motivo legal de casación por quebrantamiento de forma no es otro que evitar una solución formularia que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva y que incumpla el deber de motivación, haciendo imposible la impugnación de la sentencia absolutoria. Nada de ello acontece en el presente caso, en el que la acusación popular, desbordando los límites a la revisión de ese tipo de sentencias



absolutorias, busca extender el pronunciamiento de condena respecto de quienes resultaron absueltos en la instancia, límites a los que ya nos hemos referido *supra* (cfr. FJ 2.2).

Procede la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim) y por haber sido formulado contraviniendo lo dispuesto en la LECrim (art. 884.4 LECrim).

QUINTO .- El último de los motivos se hace valer, también por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim . Denuncia manifiesta contradicción en los hechos probados.

La esencia de la contradicción -decíamos en las SSTS 967/2013, 30 de diciembre ; 248/2014, 26 de marzo y 232/2014, 25 de marzo - consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno reste eficacia a la del otro, por resultar incompatibles entre sí al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos, esto es, debe ser interna entre el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica (cfr. STS 1030/2010, 2 de diciembre). Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "i *udicium* ", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas (cfr. STS 981/2010, 16 de noviembre).

Para la desestimación del motivo basta recordar -como hace el Fiscal en su escrito de impugnación- que el desarrollo argumental de la queja no busca reflejar la contradicción interna de los hechos probados, sino la discrepancia entre lo que éstos proclaman y lo que el Letrado recurrente estima que deberían haber proclamado.

La desestimación es consecuencia de lo proveniente en los arts. 884.4 y 885.1 de la LECrim .

SEXTO .- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales respecto del recurso promovido por la defensa y la condena en las costas generadas en este recurso por la acusación popular.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1 °.- Declarar HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de D. Apolonio y D.ª Palmira contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza , en causa seguida contra los mismos por los delitos de falsedad y estafa, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia.

2 °.- Declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación promovido contra la misma sentencia por la representación de la **acusación popular** ejercida por la Asociación de Ambulancias del País Vasco.

3 °.- Declarar de oficio las costas procesales respecto del recurso promovido por la defensa y la condena en las costas generadas en este recurso por la acusación popular.

4 °.- Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1912/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.



D. Manuel Marchena Gomez, presidente
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 14 de junio de 2018.

Esta sala ha visto por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el procedimiento abreviado núm. 6/2017, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Zaragoza, sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho. Los hechos probados de la sentencia recurrida condicionan su admisión a su compatibilidad con la doctrina que se proclama en nuestra primera sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 1º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados por la representación legal de los acusados Apolonio e Palmira, absolviéndoles del delito de estafa por el que fueron condenados.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **Absolver** a los acusados D. Apolonio y D.ª Palmira del delito de estafa por el que habían sido condenados. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro

Antonio del Moral Garcia Vicente Magro Servet

VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1912/2017, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Antonio del Moral Garcia.

I.- La decisión de la mayoría parte de la doctrina jurisprudencial - SSTS 1045/2007, 17 de diciembre, 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero - que se asienta sobre una afirmación básica que, cuando menos, precede a toda toma en consideración de su eventual plasmación en un texto legal: *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 (arts. 124 CE y 1 Ley 50/1981, 30 de diciembre) o un interés privado, hecho valer por el perjudicado.*

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 este es el supuesto de hecho que, a nuestro juicio, contempla el art. 782.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal ».

Y a tal tesis se añade un corolario, con pretensiones de exégesis, ahora sí, del texto legal: *Cuando el art. 782.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal proclama el efecto de cierre en los casos de ausencia de interés público o privado en la celebración del juicio oral, no está fijando una regla valorativa condicionada a la fundabilidad de la*



pretensión, sino un criterio legislativo íntimamente ligado al concepto mismo de proceso, idea previa a cualquier examen del mayor o menor fundamento con el que se pretenda acusar al inicialmente imputado. (...)

Luego, en la hipótesis del denominado caso Botín, -el delito ofende a un titular privado del bien atacado- el juez debe limitarse a constatar la concurrente decisión del Ministerio Fiscal concorde con la de los perjudicados. En tal caso **el juez estaría privado de la potestad de valorar si la actuación de la acción popular está revestida o no de fundamentos** de modo que, **cualquiera que sea la evidencia de que ha sido cometida una infracción penal y la correlativa consecuencia exigida por el principio de legalidad, necesariamente habrá de clausurar el cauce jurisdiccional de garantía de efectiva vigencia de lo que el Código Penal dispone**.

Frente a tan insólita, y desde luego sorprendente en no pocos aspectos, construcción inaugurada por el Tribunal Supremo de España en el caso en que era enjuiciado el Sr. Silvio, que se vio así intensamente beneficiado, tuve ocasión de formular uno de los numerosos votos particulares a la decisión de la mayoría en tal sentencia, emitidos con más autorizada opinión por varios compañeros del Tribunal. A aquél mío y al de éstos me remito ahora.

1.- En mi voto particular, que emití en relación con la decisión de la mayoría que dictó la sentencia 1045/2007, discrepé de la tesis de ésta que excluía del término «acusación particular» del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la denominada acusación popular. Y, por ello, de la conclusión de aquella sentencia mayoritaria por la que se impondría la clausura del procedimiento ante la conteste petición en tal sentido del Ministerio Fiscal y la acusación particular, prescindiendo de lo que al efecto pudiera solicitar la acusación popular.

Sigo, como entonces, manteniendo que, desde la perspectiva de la *fundamentación de la acción popular* en el principio democrático, en el aspecto de participación en la administración de justicia la acción popular no se subordina en ningún momento o trance del procedimiento a la estrategia y decisiones de la institución responsable de decidir sobre la acusación, es decir del Ministerio Fiscal. Tampoco de las de la acusación que puede ejercitar el ofendido o perjudicado.

Y desde la *consideración de su naturaleza*, configurada por nuestro Tribunal Constitucional, como manifestación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) por más que no exenta de matizaciones acerca del acceso al amparo en función de que el ciudadano que la ejerce sea o no titular de un interés legítimo. (SS 62/1983, 147/1985, 241/1992, 34/1994, 50/1998, 79/1999).

También, ya en el ámbito legislativo ordinario de la regulación procesal estimo que aquel fundamento de su reconocimiento justifica que se configure con **legitimación propia**. De esa manera, incluso cuando el proceso ya se ha iniciado antes de su intervención, ésta implica ejercicio de acción penal, que le constituye en parte, y parte principal y no coadyuvante del Ministerio Fiscal, por más que no sea parte necesaria. Además, con igualdad de estatuto procesal que el acusador que lo es alegando ser ofendido por el delito.

Estimo que, por ello, independientemente de que el legislador podría diversificar dicho estatuto de parte del acusador popular, ni es posible citar un ejemplo de disposición en que lo hiciera, ni se encuentra en la doctrina procesal afirmación alguna de supuestos de diferencia entre el trato legal dado al acusador particular en relación con el popular, a salvo las aquí intrascendentes como en lo relativo al perdón, a las costas o al derecho a la justicia gratuita.

Fue la citada STS 1045/2007, la que supuso un punto de inflexión abrupto en el cercenamiento de facultades al acusador no oficial, no ofendido ni perjudicado, para el ejercicio de esa acusación con autonomía en relación al acusador público o perjudicado u ofendido por el delito.

Y desde luego, a tal invocación jurisprudencial, no le avala ningún cambio legislativo.

Entiendo que, por un lado, que cuando el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que a la petición de sobreseer del Ministerio Fiscal se una al del acusador particular, para vincular al instructor de la fase intermedia del procedimiento abreviado, reclama la de todos los acusadores no oficiales, sean o no ofendidos o perjudicados por el delito

No comparto que no se justifique el sometimiento de cualquier ciudadano al proceso penal, cuando expresan ausencia de voluntad de perseguir tanto quien defiende el interés público -Ministerio Fiscal- cuanto quien defiende el interés privado del perjudicado por el delito -para quien se restringe la denominación de acusador particular-, y menos que ello suponga resucitar una *concepción trasnochada del orden jurisdiccional penal, ocasionalmente convertido en un artificial y frívolo campo de batalla* a en el que un ciudadano se arroge la defensa de intereses que ni el Fiscal ni el perjudicado por el delito.

En primer lugar, no es ese el debate empeñado ante nosotros como órgano jurisdiccional. Se trata de una reflexión doctrinal sin duda de interés para que el legislador decida cual deba ser la configuración del estatuto



del acusador particular. Pero no para que el juzgador prescinda de la que, según constantemente la doctrina mantiene de manera generalizada como voluntad expresada por la ley vigente sin modificaciones en el tiempo.

En segundo lugar, de adentrarnos en ese excurso ajeno a la función de aplicar la ley vigente, sería de advertir que el riesgo de frivolidad es fácilmente conjurable por la siempre presente potestad de control jurisdiccional que, razonadamente, puede, no solamente erigir serios obstáculos imponiendo fianzas proporcionadas para querellarse, sino además vetar el sometimiento a juicio cuando no lo avalan razones suficientes. Más frívolo puede ser el resultado si se camina hacia un cierto *oligopolio* de la potestad de acusar recocida en exclusiva al Ministerio Fiscal y al ofendido o perjudicado por el delito.

Tampoco puedo compartir que el reconocimiento de la doctrina jurisprudencial constante, hasta las por ahora aisladas sentencias del Tribunal Supremo implique una especie de retrógrado atavismo o concepción trasnochada del proceso penal, descalificación poco comprensible dada la constancia de aquella jurisprudencia y más aún que ha sido el propio constituyente quien estimó oportuno constitucionalizar el ejercicio de la acción penal por los ciudadanos no perjudicados ni ofendidos por el delito (artículo 125 de la Constitución).

Más retrógrado parece, a mi entender, sostener monopolios de la potestad de acusar que abrirla a quien, como manifestación de soberanía, es titular de aquella: el *ciudadano por el hecho de serlo*, aunque la ofensa o perjuicio del delito no le alcance directamente. Y poco compatible con la intensificación de principios democráticos es destruir mecanismos como el de la pluralidad posible de acusadores que conllevan multiplicación de controles entre ellos.

No alcanzo a comprender que esa autonomía de la acusación popular pueda traducirse en resultados paradójicos y, menos aún, ilegítimamente perjudiciales para quien sí sufre el perjuicio o la ofensa directa del delito. En nada limita los derechos del ofendido o perjudicado. Y desde luego en lo relativo a su derecho a la reparación civil que queda al margen de la posibilidad de gestión por el acusador popular.

2.- Respecto a *la letra de la ley* es conocido el escaso rigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el uso indistinto de la voz «querellante particular» para referirse a todo tipo de acusador no oficial, e incluso el indebido uso del término «privado» en algún precepto, siquiera en ese término haya sido más exacta. (STS nº 61/1996 de 2 de febrero). La Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina al *acusador querellante* (arts. 240.3 , 274 , 275 , 276 , 277 , 278, etc.) con una designación ambigua, porque confunde al acusador que no es el fiscal en los juicios por delitos públicos. También utiliza el legislador la denominación de *acusador particular* (arts. 19.5.º , 37 , 53 , 132, 651, 734 y 993) haciendo referencia al acusador privado en los arts. 54.5.º , 649, 659 y 875. Pero, pese a las contradicciones de llamar « *acusador privado*» al litisconsorte del Fiscal en este último precepto, refiriéndose a delitos que pueden perseguirse de oficio, en otros preceptos parece remitirse a los delitos genuinamente privados.

Nunca esa ley utiliza la expresión acusador popular. Pese a que la figura venga del artículo 2 de la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal (la de 1872). La de 1882 nunca utiliza tal término. Este aparece en el panorama legislativo con mucha posterioridad. Principalmente a partir de su utilización por el artículo 125 de la Constitución .

Existen muestras inequívocas de que, para la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la expresión particular incluye inequívocamente al doctrinalmente conocido como acusador popular.

Tal es el caso del artículo 280. Se denomina ahí particular al querellante que no está exento de la obligación de prestar fianza. Es decir al acusador popular.

Y, aún más significativo de esa indiscriminación en el uso de los términos particular y popular en el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el artículo 270 de la misma donde se llama popular a la acción ejercitada por quien no es acusador público institucional, haya sido ofendido o no por el delito

La contumaz inteligencia por el legislador de la voz particular como género que incluye las dos especies, doctrinalmente diferenciadas, de acusador popular y acusador particular, se refleja en el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dentro ya del marco del procedimiento abreviado, cuando llama particulares a los que ejercen la acción sean o no ofendidos por el delito

Como decía el compañero Sr. Braulio en uno de aquellos votos particulares: *no puede dejar de tenerse en cuenta que cuando la ley ha optado por la expresión el Fiscal y el acusador particular en el artículo 782.1 , lo hace manteniendo al tiempo otros preceptos que, empleando los mismos términos, no admiten esa interpretación literal. Y no se aprecia la concurrencia de razones que justifiquen suficientemente la interpretación divergente en unos u otros casos. No estaría justificado entender que en el artículo 782 se excluye a la acusación popular y en el 783.2 no se hace, cuando el texto de la ley es idéntico y se emplea en el mismo contexto.* En esa línea



se cita en tal voto los artículos 800, apartados 2 y 4 (en la redacción entonces vigente) y el 801.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal .

Si el contexto determina el sentido del texto, lo que no cabe es insertar los textos de la doctrina en el contexto del lenguaje legal para adular el prístino e inequívoco significado que éste atribuye a las palabras que usa.

3.- La *Jurisprudencia* había sido constante en proclamar que el acusador popular puede ser el único mantenedor de acusación que justifique la apertura del juicio oral, cualquiera que sea la posición adoptada por las demás partes (SSTS nº 595/1992 de 12 de marzo , nº 817/1997 de 4 de junio , nº 702/2003 de 30 de mayo).

Esa doctrina proclamaba que «... queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto para los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 274 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -presentación de querrela y prestación de fianza- exigencia esta última que fue oportunamente moderada en el artículo 20-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial para evitar que por la vía de solicitar fianzas muy elevadas, se impidiese el ejercicio de la acción popular.. .».

Y aún con más contundencia, si cabe, reiteró: «.. En todo caso, y esto es lo relevante, debemos insistir en que su ejercicio lo es en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquél, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular (sic, como adelantando que «particular» incluía a la «popular» de la que en tal sentencia se hablaba) y no por el Ministerio Fiscal, si éste estima que no procede su ejercicio...».

Desde luego en la sentencia nº 168/2006 de 30 de enero se reiteró esa doctrina jurisprudencial, en tal particular mantenida sin que jamás presentase una sola fisura. Así se rechaza el recurso que se fundaba en «...haberse permitido el ejercicio de la acción popular contra Justino tras la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal; y haberse acordado la apertura del juicio oral a instancia únicamente de la acusación popular...», estimando entonces que ello, permitido por la ley procesal, no conculcaba ni el derecho a la tutela judicial, ni a un proceso con todas las garantías.

En igual sentido la sentencia de nº 1276/2006 de 20 de diciembre, aunque en ocasiones la autonomía se condicionara, pero entonces con fundamento ajeno al aquí establecido por la mayoría, como en el caso de la sentencia nº 1/1997 de 28 de octubre (caso Filesa) en el que la acusación popular -mantenida por el Partido Popular- vio limitado su estatuto en función de su tardía personación (cuando el procedimiento ya se encontraba en fase de juicio oral).

4.- En cuanto a la doctrina del *Tribunal Constitucional* es constante la que proclama que el derecho de acceso a la jurisdicción es una de las vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE cuya titularidad cabe reconocer también a las personas jurídico-públicas. (STC 67/2011 de 16 de mayo , que cita la nº 175/2001), y cuya protección se garantiza frente a los tribunales, sin perjuicio de la competencia atribuida al legislador para configurar tal derecho. Pro incurso respecto de éste recordando que debe actuar con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que **impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso** .

Y respecto de la interpretación judicial advierte el Tribunal Constitucional que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el **principio pro actione** (cuando se trate de acceso a la jurisdicción) o por el canon constitucional de **interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad** y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales (FJ 8).

Este Tribunal tiene declarado que «entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (SSTS 62/1983 , 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE » (STC 326/1994, de 12 de diciembre , FJ 2).

Al legislador, que no al juez, corresponde en qué procesos se establece la acción popular pero si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción «para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción» (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre , FJ 3).



En cuanto a la titularidad de la acción popular el Tribunal Constitucional afirmó en la STC 129/2001 , de 4 de junio , que el artículo 125 de la Constitución Española , se refiere explícitamente a 'los ciudadanos', que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994 , de 31 de enero , 50/1998 , de 2 de marzo , 79/1999 , de 26 de abril , entre otras).

Y es de resaltar el rechazo que el Tribunal Constitucional hace del argumento dado para privar de legitimación, en el caso a una persona jurídico pública, consistente en que ya estaba actuando la acusación el Ministerio Fiscal (STC 311/2006).

II.- Tras la STS 54/2008 (caso Atutxa) se introduce una diferencia en la línea argumental de la 1045/2007 que se pretende, sin embargo, que no hace perder a la primera sus notas definitorias. La diferencia de hipótesis de ambas radicaría en que mientras que en el caso Botín coinciden en la petición de cierre el Ministerio Fiscal y la acusación particular, esto es, la representación legal del perjudicado por el delito, en el caso Atutxa está ausente cualquier acusación que invoque la defensa del interés particular de un perjudicado.

1.- Para la mayoría, según expone la actual ponencia, que lo fue también en el citado asunto 54/2008, la diversa naturaleza de los delitos objeto de sendas causas, determina que en el segundo de los casos -que versa sobre un delito de desobediencia- resulta impedida la presencia de un perjudicado directo que, invocando su voluntad de mostrarse parte, pueda asumir el ejercicio de la acusación particular.

Por ello, se dice, *admitir la posibilidad de que, mediando una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma enriquecido de una asociación, permite reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto del proceso.*

En esa línea el delito contra la Hacienda Pública -caso Botín- debe recibir trato diverso pues sería reduccionismo no tolerable aferrarse a la obviedad de que un delito contra la hacienda pública, por ejemplo, no puede ser indiferente al interés colectivo, en no aceptado intento de predicar de éste una inexistente diferencia esencial con cómo afecta a tal interés colectivo el de desobediencia.

Se quiere pues subrayar como consecuencia de tal diferencia de naturaleza entre uno y otro supuesto, que, en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, con todos los añadidos con los que quiera enriquecerse el bien jurídico, es una defensa profesionalizada, a la que no cabe oponer la que se tilda de entusiasta defensa *amateur*, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado.

Y desde ahí se llega a la tan axiomática como dudosamente atinada conclusión siguiente: *Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado. Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción mediante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma»*

2.- Obviamente lo que no cabe es descalificar como *amateur* una defensa, la del acusador popular, que ha de actuarse con la postulación de asistencia letrada. Menos aún si se repara en que este acusador está ejercitando una potestad derivada de la soberanía de los ciudadanos que, frente a tacañas argumentaciones economicistas o utilitaristas garantiza por el debate que suscita dentro del proceso el enriquecimiento democrático de éste.

La aceptabilidad constitucional de esta diferenciación dio lugar a otro voto particular de quien emite éste en relación con la decisión de la mayoría en el caso de la STS 54/2008 . Entre otros motivos estimé entonces que se producía un **apartamiento del precedente representado por la STS 1045/2007** con una **inaceptable argumentación y del que se derivaba la consecuyente quiebra del principio de igualdad** en la medida que, arbitrariamente, se daba respuesta diversa a un acusado, el banquero Silvio , respecto del otro, el representante político Sr. Artemio . La arbitrariedad se centraba en que, la *ratio decidendi* de la primera sentencia -la palabra «particular» del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye la consideración de la «popular» en cuanto a las partes con poder de clausurar el proceso- no podía abogarse so pretexto de diferencias ajenas a aquella en la segunda, como lo serían la existencia o no de perjudicados directos del delito enjuiciado.

El Sr. Silvio se vio liberado de la persecución penal, según se dijo en la 105/2007: «...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». 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.. ..».

Entendí entonces, como ahora, que concurría en ambos casos una identidad sustancial de situación y una variación insuficientemente injustificada de criterio. 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 por parte del legislador.

Pero también advertía que, al menos, la sobrevenida matización (si es tal y no franca diversidad) ensanchaba un ámbito de poder al ciudadano como acusador popular que la sentencia del banquero amenazaba destruir de manera más absoluta.

3.- Sobre la admisibilidad de esa diversidad de soluciones dadas por las sentencias 1045/2007 y 54/2008 también tuvo ocasión de pronunciarse el *Tribunal Constitucional en la STC nº 205/2013* que rechazó el amparo del penado.

Examinó el recurso de manera general desde la perspectiva de la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo Órgano Judicial para determinar si, en casos sustancialmente iguales, han sido resueltos de forma contradictoria. Atiende como criterio a la comprobación de la existencia de *alteridad* en los supuestos contrastados, y de un tratamiento desigual que se concrete en la *quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado* y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició.

Estimó el Tribunal Constitucional que se vulnera aquella igualdad solamente cuando la resolución innovadora responde a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad. El fundamento del amparo sería excluir la arbitrariedad o la inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009 , de 4 de mayo , FJ 4).

Ya en relación con el caso concreto denegó el amparo por **no estimar vulneración de la exigible igualdad** invocada por el penado que lo pedía. Justificó la denegación por apreciar que la sentencia impugnada ante el Tribunal Constitucional exponía las *razones en virtud de las cuales se justificaba una conclusión diferente a la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2007 , sobre la interpretación del art. 782 LECrim respecto de la improcedencia de la apertura del juicio oral con la sola solicitud de la acusación popular.*

Subraya que la razón de la nueva doctrina expresada en la STS 54/2008 (la llevada a examen ante el Tribunal Constitucional) ya no se apoya en la interpretación del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . La razón dada por el Tribunal Supremo radicaba, como en la sentencia de la que ahora discrepo a medio de este voto, en una encunando de filosofía jurídica o propuesta de política criminal resumida así: *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 amplitud de estas razones y la exposición de supuestas diferencias entre el objeto de sendos procesos *por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad*. Además, el criterio sentado en la sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010. Por tanto, no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una *ratio decidendi* sólo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales, por lo que este concreto motivo de amparo también debe ser desestimado.

Ahora bien, pese a tal razonamiento para desechar el amparo se erige un voto particular que, al margen de esa motivación formal sobre la queja fundada en el principio de igualdad, estima que debió examinarse el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo 54/2008 desde otra perspectiva.

Los autores del voto particular a la STC reclamaban en efecto **enjuiciar si**, desde la **perspectiva del principio acusatorio**, los motivos manejados por el Tribunal Supremo 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.

Esa cuestión permanece a día de hoy **sin respuesta** del Tribunal Constitucional en espera quizás de que otro recurrente en amparo acuda al mismo planteándola como los autores del citado voto particular. Porque en tal caso habrá de decidir dicho Tribunal si aquel razonamiento asumido en la STS 54/2008 tiene legitimidad constitucional o si es incompatible con el derecho a la tutela judicial en la manifestación de ésta que constituye el contenido del principio acusatorio.

4.- Mi criterio es que la línea argumental expuesta en la STS nº 54/2008 y en la presente sentencia de la que discrepo se aparta de manera notoria de los parámetros constitucionales llevando a una solución que, por ello, se me presenta como injusta por constitucionalmente ilegítima.

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.

La sentencia impugnada exponía las razones en virtud de las que alcanzaba una conclusión diferente a la que se dio en la de 17 de diciembre de 2007, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sobre la interpretación del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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 de la mayoría, dicho en otras palabras, se sustrae al hecho de que el artículo 14 CE aparece en la formulación de la queja vinculado al artículo 24.2 de la Constitución Española. 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.

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 artículo 24.2 de la Constitución Española, el diverso trato judicial estaría fundado y resultaría constitucionalmente admisible al amparo del artículo 14 de la Constitución Española.

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 artículo 14 en relación con el 24.2 de la Constitución Española. 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.

Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia