

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 149/2013 de 26 febrero

[RJ\2013\2030](#)



ACCION PENAL: EJERCICIO: ACCION POPULAR: su ejercicio está vetado a las entidades públicas; apartamiento del proceso penal a Ayuntamiento y alcalde, quien ejercía como tutor de la después fallecida, por carecer de legitimación activa para ejercer la acción popular.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 907/2012

Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer

El TS **declara no haber lugar** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 15-11-2011 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida por delito de estafa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 907/2012, interpuesto por la acusación popular, **Ayuntamiento de Bellprat y D. Jose Pablo**, contra la Sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, correspondiente al Rollo PA. nº 42/2010, procedente de la DP 965/06, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Igualada, que absolvió a los recurridos, D. Pedro Francisco y Dª Mariana, como autores responsables de un **delito de estafa**; habiendo sido parte en el presente procedimiento, los recurridos anteriormente citados, representados por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz, y el Ministerio Fiscal; han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de **D. Francisco Monterde Ferrer** que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Igualada, incoó Diligencia Previa con el nº 965/2006, en cuya causa la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 15 de noviembre de 2011, que contenía el siguiente **Fallo: "QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pedro Francisco y Dª Mariana** del delito de estafa de los artículos 248.1º y 249 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), y que les venía siendo imputado por el Ministerio Fiscal con todos los pronunciamientos favorables, declarándose de oficio las costas

procesales."

2

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "**PRIMERO.-** Probado y así expresamente se declara que en fecha 28 de julio de 2006, D^a Teresa , nacida en fecha NUM000 .54 y actualmente fallecida, ingresó en la residencia de ancianos "Residencial Sant Crist, S.L.", sita en la C/ Folch i Torres, nº 48 de la localidad de Piera, propiedad de los acusados **Pedro Francisco y Mariana** , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, sin saber leer ni escribir y aquejada de un puntual y progresivo deterioramiento cognitivo con disminución de su grado de discernimiento que requería puntualmente de la asistencia de terceras personas, encontrándose en tramitación la elaboración de un informe médico forense para formular la declaración judicial de la incapacidad de la afectada.

SEGUNDO.- En fecha 29 de agosto de 2006 D^a Teresa en la propia residencia donde estaba ingresada suscribió en presencia del Notario de Igualada D. José Bauza Gaya, un contrato de compraventa, otorgando la nuda propiedad en favor de los acusados y reservándose el derecho de usufructo vitalicio, de su FINCA000 , consistente en una finca rústica de tres hectáreas y seis áreas (30.600 m2) con una masía, situada en el término de Bellprat, partida de Febrers y Plans, y por la cantidad de 36.061 euros; asimismo un poder otorgado por D^a Teresa en favor de los acusados, y un testamento emitido por la misma declarando a los acusados sus herederos testamentarios.

Posteriormente el acusado citado ingresó en una cuenta de La Caixa, abierta a nombre de la mentada vendedora, la cantidad de 36.000 euros.

TERCERO.- D^a Teresa , que a principios de septiembre de 2008 fue retirada de la residencia donde se encontraba, fue declarada incapaz para su autogobierno y administración de sus bienes mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valls en el Juicio Verbal de Incapacitación núm. 86/2007, declaración con efectos a partir de dicha resolución y sin perjuicio, según dicha resolución, de que desde el punto de vista clínico y médico la Sra. Teresa se encontrara ya privada de sus capacidades volitivas e intelectivas en el mes de agosto de 2006, nombrándose tutor de la declarada incapaz a D. Jose Pablo , alcalde del Ayuntamiento de Bellprat, quien presentó denuncia por los hechos de autos y ha venido reclamando lo que en derecho corresponda en nombre de su tutelada hasta que la misma ha fallecido, siendo apartado seguidamente del proceso por este Tribunal y no habiéndose personado heredero alguno en el mismo.

CUARTO.- No ha resultado suficientemente acreditado que Dña. Teresa a la hora de cumplimentar la venta de su finca, con reserva de usufructo vitalicio en su favor, otorgar poderes tan amplios y bastantes como en derecho fuere necesario, y otorgar testamento, todo ello en favor de los dos acusados, en fecha 29 de agosto de 2006, estuviera aquejada de un deterioro cognitivo de tal entidad que le supusiera una disminución en alto grado de su discernimiento y le impidiera conocer el alcance y la trascendencia de tales operaciones, y menos aún que, existiendo tal grado de demencia senil, de ello fueran conscientes los acusados y se aprovecharan de tal situación en su favor."

3

Notificada la sentencia a las partes, la representación de los recurrentes, Ayuntamiento de Bellprat y D. Jose Pablo , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 23 de enero de 2012, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4

Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 8 de mayo de 2012, la representación del Ayuntamiento de Bellprat y de D. Jose Pablo interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos** :

Primero. - Porquebrantamiento de forma , al amparo del art 852,2º [LECr \(LEG 1882, 16 \)](#) . por

no haberse permitido ejercitar la acción popular, infringiéndose los arts 19 [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , 101 y 761.1 LECr .

Segundo. - **Porquebrantamiento de forma** , al amparo del art 81.3º LECr . por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de acusación.

Tercero .- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho **al acceso a la jurisdicción** de los arts 24 y 125 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) .

5

El procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz, en nombre de los recurridos D. Pedro Francisco , y Dña. Mariana , por medio de escrito fechado el 25 de mayo de 2012, evacuando el trámite que se les confirió, y por la razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso de contrario que, subsidiariamente, impugnaron. Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante escrito de 19 de junio de 2012, apoyando el recurso, instó la estimación del motivo tercero.

6

Por providencia de 1 de febrero de 2013, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **19 de febrero de 2013** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El **tercer motivo** se articula por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al **acceso a la jurisdicción** de los arts 24 y 125 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) . Lo trataremos con preferencia en cuanto condiciona a los otros dos motivos formulados.

1. Los recurrentes ponen de manifiesto que, habiendo el Ayuntamiento y su Alcalde, comparecido en autos en defensa de los intereses de Dña. Teresa , y como tutor de la misma, el último, e intervenido a lo largo de la causa, llegando a efectuar escrito de acusación, es en el comienzo de la vista del juicio oral de 17-11-2010, cuando la sala de instancia les reconoce su condición de acusación popular , ni de acusación particular , apartándoles del procedimiento, cuando los acusados habían consentido hasta tal momento todas las actuaciones, de modo que discuten su **legitimación**, contradiciendo la doctrina sobre los actos propios y sus consecuencias.

2. El examen de las actuaciones evidencia que, en el inicio de la vista del juicio oral, en su primera sesión de 17-11-2010 , la Defensa de los acusados planteó, como cuestión previa, la falta de **legitimación** del Ayuntamiento de Bellprat y de su Alcalde, por fallecimiento de la interesada tutelada, y por no haberse prestado fianza en calidad de acusación popular.

Acto seguido el tribunal de instancia resolvió que no podía actuar el Ayuntamiento como acusación popular , por no ser persona directamente ofendida o perjudicada por el delito, ni representar interés público en el caso, y ello conforme a las [SSTC 129/2001, de 4-6 \(RTC 2001, 129\)](#) ; [175/2001, de 26-7 \(RTC 2001, 175\)](#) ; [11/2006, de 23-10 \(RTC 2006, 11\)](#) ; [9/2008, de 21-1 \(RTC 2006, 11\)](#) ; y [ATS 13-3-2007 \(PROV 2007, 98191\)](#) . Y que tampoco podía actuar el Sr. Jose Pablo en nombre propio, y no en representación de la fallecida, como acusador particular , no siendo momento procesal oportuno, por existir ya apertura del juicio oral. Y que, en cuanto a la fallecida, conforme al art 276 de la [LECr \(LEG 1882, 16 \)](#) , se debía dar plazo de 30 días a los herederos (ab intestato, podría serlo la Generalidad de Cataluña), para lo que deberían ser citados, suspendiéndose la vista a tal efecto.

Y como la vista del Plenario comenzó de nuevo en 24-10-2011 , llevándose a cabo hasta su conclusión el mismo día (fº 640 a 653), con la comparecencia como parte solamente de los acusados y su Defensa y del Ministerio Fiscal, preciso es analizar que es lo que sucedió en el periodo entre una y otra vista.

Y ello fue que, por proveído de la sala de instancia de 18-11-2010 (fº 365) se ordenó, conforme a lo acordado en la vista del 17 de noviembre, y con carácter previo a llamar a los herederos: 1º) Se oficiara al Registro Civil de Valls para que se aportara certificación literal de defunción de Dña. Teresa . 2º) Se requiriera al Procurador del Ayuntamiento y del Alcalde para informar en 10 días sobre los herederos de Dña. Teresa o de familiares que pidieran serlo. 3º) Se averiguara lo mismo a través de los Mossos D#Esquadra .4º) Se comunicara a la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat de Catalunya la existencia de este procedimiento para que en el plazo de 30 días informara sobre sus posibles derechos sucesorios. Y que una vez practicado todo ello, como máximo en el plazo de 30 días, con objeto de no dilatar el procedimiento, se citara a los herederos que comparecieran o a los ignorados en el DOG de Catalunya para sostener la acción en los 30 días siguientes, bajo apercibimiento de tenerles apartados del ejercicio de las acciones correspondientes como acusación particular.

Y al efecto, por oficio de 14-12-2010, contestó la DGP de la Generalitat, informado no tener constancia del hecho, no seguirse hasta el momento expediente alguno, y solicitar colaboración respecto de obtener datos de la causante y de su defunción.

Por su parte, la representación del Ayuntamiento y de D. Jose Pablo por escrito de 20-12-2010 (fº 395) aportó los datos de que dispuso, insistiendo en su legitimación activa para ejercitar la acción popular .

La Sección Quinta de la AP de Barcelona proveyó en 23-12-2010 (fº 402), unir a autos la documentación remitida por el Registro Civil, Dirección General del Patrimonio de la Generalitat y Dirección General de la Policía, poniéndola a disposición de la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat; así como dar traslado del escrito del Ayuntamiento y de su Alcalde a los acusados y Ministerio Fiscal para informe, por diez días.

La representación de los acusados, por escrito de 14-1-2011, (fº 416) entendiendo que no se habían desvirtuado los argumentos de la sala, instó que se acordara no haber lugar a la solicitud de contrario efectuada.

La sala de instancia por providencia de 18-1-2011 (fº 420), acordó tener por presentado el anterior escrito y, a la vista de las alegaciones formuladas, y "no habiendo fundamento distinto a los que fueron vertidos en la sesión de juicio de fecha 17-11-2010, estarse a lo acordado en el mismo". Ello fue notificado al Procurador Sr. Pérez de Olaguer Moreno en 21-1-2011(fº 421).

El Ministerio Fiscal por medio de escrito, presentado en 10-2-2011 (fº 425) informó que no se oponía a la pretensión, ya que consideraba que se daban los requisitos legales para tener como acusación popular y parte, al Ayuntamiento de Bellprat y a D. Jose Pablo , habiendo sido admitida tal designación por providencia de 27-10-2006.

La sala, por proveído de 1-3-2011 , ordenó unir al rollo los anteriores escritos y "estarse a lo acordado por resolución de fecha 18- 1-2011 y en la sesión de juicio de fecha 17-11-2010; así como dado el tiempo transcurrido enviar oficio recordatorio a la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat. Tal resolución fue notificada al Ministerio Fiscal en 2-3-2011(fº 427).

Habiendo contestado en 29-3-2011 la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat sobre que no había recibido los datos que en su momento solicitó (fº 432), la sala en 30-3-2011 reprodujo la documentación procediendo a remitírsela vía fax; procediendo a reiterar la respuesta mediante oficio de 3-5-2011; el cual fue finalmente respondido por la DGP de la Generalitat en 19-5-2011, dando cuenta de lo actuado y de que quedaba a la espera de recibir información para poder determinar si la Generalitat podía ostentar algún derecho sucesorio.

Por diligencia de ordenación de 20-5-2011 se señaló , para la celebración de la vista del juicio oral pendiente, el 24-10-2011 , con citación de los acusados testigos y peritos, notificándose al Ministerio Fiscal al día siguiente (fº 449-450).

Como, mediante escrito de 24-5-2011, la DGP de la Generalitat puso en conocimiento de la sala que le había llegado información complementaria relativa a la existencia de una sobrina-nieta de la

causante, llamada Eva , de la que aportaba copias de su documentación, la sala por proveído de 1-6-2011, acordó unir a los autos lo recibido y dar traslado de ello al Ministerio Fiscal y Defensa de los acusados, para que en el término de cinco días alegaran lo que a su derecho conviniera. A lo que el Ministerio Fiscal en 7-6-2011 contestó que "nada tenía que oponer al ofrecimiento de acciones a Eva , si resultaba efectivamente acreditada su condición de heredera de la finada".

Ante ello, la sala, por providencia de 16-6-2011 ordenó requerir a Eva , para que en el término de cinco días acreditara su condición de heredera de Teresa , para hacerle ofrecimiento de acciones y, si fuera de su interés, comparecer en el Juicio Oral asistida de Procurador y Letrado. Ello fue notificado al Ministerio Fiscal en 17-6-2011 (fº 469).

Efectuado el requerimiento mediante exhorto al Juzgado de Paz de Vilanova de Escornalbou (Tarragona) en 8-7-2011 (fº 537), Dña. Eva compareció en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Reus en 29-7-2011 (fº 538), siendo enterada de sus derechos y manifestando que, teniendo su Letrado todos los documentos relativos a su condición de heredera, reclamaba lo que en derecho le correspondiera.

Por su parte, la sala de instancia declaró probado en la sentencia recurrida, (fº 3) "que D. Jose Pablo , alcalde del Ayuntamiento de Bellprat, fue apartado seguidamente del proceso por este Tribunal, yno habiéndose personado heredero alguno en el mismo".

3. Por lo que se refiere a la actividad desplegada por las partes , de lo antes relacionado resulta que, el Ministerio Fiscal , ante la providencia de 18-1-2011 (fº 420), acordando "no habiendo fundamento distinto a los que fueron vertidos en la sesión dejuicio de fecha 17-11-2010, estarse a lo acordado en el mismo ", por medio de escrito, presentado en 10-2-2011 (fº 425) informó que no se oponía a la pretensión, ya que consideraba que se daban los requisitos legales para tener como acusación popular y parte , al Ayuntamiento de Bellprat y a D. Jose Pablo , habiendo asido admitida tal designación por providencia de 27-10-2006.

No obstante, cuando al Ministerio Fiscal le fue notificado en 2-3-2011 (fº 427) el proveído de 1-3-2011 , que ordenaba "estarse a lo acordado por resolución de fecha 18-1-2011 y en la sesión de juicio de fecha 17-11-2010", es decir excluir de su condición de acusadores populares al Ayuntamiento y a su Alcalde, procedió a informar, en 7-6-2011, que "nada tenía que oponer al ofrecimiento de acciones a Eva , si resultaba efectivamente acreditada su condición de heredera de la finada". Y sin que nada más alegara al respecto en adelante, incluso cuando se iniciaron la sesiones de la nueva vista del Juicio Oral en 24-10- 2011, ni en el transcurso de la misma, que concluyó en el mismo día.

Por su parte, el Procurador Sr. Perez de Olaguer en nombre del **Ayuntamiento** de Bellprat y de D. Jose Pablo , desde la sesión de vista del Juicio Oral de 17-11-2010, solamente en escrito de 17-12-2010, presentado en 20-12-2010 (fº 395), aportando los datos de que dispuso, insistió en su legitimación activa para ejercitar la acción popular, **no reaccionando** cuando el tribunal de instancia, por providencia de 18-1-2011 (fº 420), notificada al Procurador Sr. Pérez de Olaguer Moreno en 21-1-2011 (fº 421), acordó tener por presentado el anterior escrito y, a la vista de las alegaciones formuladas, y "no habiendo fundamento distinto a los que fueron vertidos en la sesión dejuicio de fecha 17-11-2010, estarse a lo acordado en el mismo ". Lo que fue reiterado por proveído de 1-3-2011.

Solamente, el referido Procurador en la representación dicha, en 26-10-2010, tras la conclusión del juicio oral, interesó le fuera notificada la sentencia que recayera, al objeto de poder reproducir en el recurso contra la misma, que, en su caso, se reservaba presentar, la cuestión de no haberseles permitido actuar como acusación popular, a pesar de lo expuesto en el acto de 17/11/2010 y en el otro sí de su escrito de 17/12/2010.

4. La pretensión de nulidad que se deriva del motivo formulado por la parte ahora recurrente- y de incidentes del mismo orden-, solo puede ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadas de indefensión en las que se evidencie que se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales e indispensables del procedimiento establecidas por la Ley. Y, según criterio jurisprudencial, no es estimable la producción de indefensión, cuando la no utilización de las

posibilidades ofrecidas es debida a la propia actuación de la parte ([STC 217/93, de 30 de junio \(RTC 1993, 217 \)](#) ; [SSTS 14-10-2002 \(RJ 2002, 9572\)](#) , [25-11-2002 \(RJ 2002, 10941\)](#)).

A la vista de la pasividad desplegada en la actuaciones, la invocada indefensión debería ser rechazada y el motivo desestimado.

5. No obstante, a mayor abundamiento, no puede olvidarse que en los últimos tiempos se ha visto en la Doctrina, con preocupación, que las personas jurídico públicas parecen haber desarrollado una creciente vocación participativa en los procesos penales, o en puntuales procedimientos de la rama criminal en los que no tienen la condición de ofendidos ni perjudicados. Ello ha ocurrido especialmente con relación a la violencia contra la mujer y respecto a la corrupción urbanística. En el primer caso la personación para ejercitar la acción popular goza de un respaldo legal, a través de diversas leyes autonómicas, y después, por medio de la -doctrinalmente así calificada- "confusa " legitimación otorgada en la LO. 1/23004 al Delegado Especial del Gobierno para la Violencia de Género. En el segundo caso, aun no existiendo previsión normativa alguna, las administraciones territoriales y, en concreto, la comunidad autónoma correspondiente, se han ido personando, por ejemplo, en investigaciones muy conocidas por cohechos y prevaricaciones.

Sin embargo, esta hipertrofia acusatoria se considera que tiene su importancia. No sólo porque puede afectar al derecho de defensa, sino porque puede convertir el proceso en aún más lento y crear una pluralidad de acusaciones públicas que, en cuanto no son ofendidas por el delito, no pueden tener en el proceso penal un interés diferente al representado por el Ministerio Fiscal. Y es que, en estos casos, la acción "pública"-que pertenece a la sociedad en general, y no a ninguna administración territorial- se ve representada por el Ministerio Fiscal, constitucionalmente regido por los principios de legalidad e imparcialidad y llamado a ejercer la acción de la Justicia, conforme al [art. 124 CE](#) .

En efecto, como supuesto esencial de "interés público tutelado por la Ley", la acción pública penal pertenece en exclusiva al Ministerio Fiscal, conforme al [artículo 124 CE](#) . Esto arrastra una consecuencia: ninguna administración puede arrogarse una acción pública penal con la excusa de su posible conexión con alguna de sus competencias. El Gobierno de una Comunidad Autónoma puede ser competente, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente, pero eso no le legitima para ejercer acciones públicas penales por delito ecológico. Cuando en el ejercicio de sus competencias, observa la posible comisión de un tipo penal, conforme a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, con suspensión del expediente sancionador. Una persona jurídica pública puede, en principio, ejercer la acusación particular en cuanto "ofendido", o "perjudicado" por el delito, en los mismos términos que un particular, pero no puede invocar sus atribuciones y competencias como elemento que le atribuya un interés suficiente para la personación como acusador "público". Ni puede enmascarar esa condición, bajo la fórmula de una acusación popular reservada a los ciudadanos, pero no a las Administraciones. La acción popular, es una concesión a la participación del pueblo en la Justicia; no a la participación de más poderes en la Justicia.

6. Este trascendente tema ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional (Cfr [SSTC 129/2001 \(RTC 2001, 129\)](#) ; 311/2006 ; [8/2008 \(RTC 2008, 8\)](#) y [38/2008 \(RTC 2008, 38\)](#)), así como por el Tribunal Supremo (Cfr [ATS de 13 de marzo de 2007 \(PROV 2007, 98191\)](#)), tal como -con acierto- recogió el propio tribunal de instancia en su sesión de 17-11-2010.

En efecto, la [STC 129/2001, de 4 de junio \(RTC 2001, 129 \)](#) en su fundamento jurídico quinto excluye con carácter general la personación como acusación popular de personas jurídicas públicas, al señalar que: "es claro, en todo caso, que, dados los términos del [art. 125 CE](#) , no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a <<los ciudadanos>>, que es concepto atinente en exclusiva a personas "privadas", sean las físicas, sena también las jurídicas...tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política".

La [STC 311/2006, de 23 de octubre \(RTC 2006, 311 \)](#) al tratar la personación -rechazada en vía ordinaria- de la administración autonómica valenciana en un caso de violencia de género, matiza las

afirmaciones de su sentencia 129/2001 . El Tribunal Constitucional estima que la personación debió admitirse, aunque recalca la falta de cuestionamiento de la constitucionalidad de la concreta norma atributiva de **legitimación** . El Tribunal realiza dos consideraciones. Por una parte, da por buena la doctrina de la STC 129/2001 , pero, no tanto porque quepa interpretar restrictivamente el término "ciudadanos" utilizado en el [artículo 125](#) de la Constitución Española , sino, más bien, porque siendo la acción popular un derecho de configuración legal, su extensión subjetiva depende de la normativa de desarrollo, habiendo reservado legítimamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal el acceso a este mecanismo participativo a las personas -físicas y jurídicas- privadas. No obstante, existiendo un precepto con rango de Ley que prevé la concreta **legitimación** de una persona jurídica pública en ciertos delitos de violencia contra la mujer, el juez no puede desconocerlo. Si estima que no es acorde a la Constitución, debe, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. No obrando así, el deber del juez es aplicar el precepto postconstitucional con rango de Ley.

En definitiva, se sostiene sencillamente que no hay habilitación legislativa general para que las personas jurídicas públicas ejerzan la acción popular, por lo que ha de ser un concreto precepto de Ley el que recoja esa opción.

7. Esta nueva doctrina constitucional ha sido acogida por [esta Sala Segunda del Tribunal Supremo \(auto de 13 de marzo de 2007 \(PROV 2007, 98191\) \)](#), que, al contrastar el contenido de las [sentencias 129/2001 \(RTC 2001, 129\)](#) y [311/2006 \(RTC 2006, 311\)](#) , apartándose expresamente de la posición sostenida en el auto de 20 de junio de 2003 , ha realizado interesantes apreciaciones. Según esta resolución: "...se constata que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución que, sin embargo, debemos entender como inacabada. Y decimos esto porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídicas públicas sean titulares de la acción popular. Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de inconstitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, decíamos antes que la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que <<lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de la Ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal>>. Es decir, la sentencia núm. 311/2006, de 23 de octubre , no niega con la rotundidad que lo hace la sentencia núm 129.2001, de 3 de julio, que las entidades jurídico públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que si una entidad jurídico pública ejerce una acción popular porque así lo reconoce, un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se pronuncia) y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad".

En esta situación, el auto del Tribunal Supremo aludido llega a las siguientes conclusiones:

1) Ante todo, siendo lo relevante conforme a la nueva doctrina constitucional la concreta regulación del derecho de acción popular, considera que el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permite inferir que sea posible su ejercicio por entidades públicas. Y esto por dos motivos. Primero, "por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal". Segundo, "porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados", pues "el acusado debería defenderse frente a dos entidades públicas, el Ministerio Fiscal y la persona jurídico pública, que no son ofendidas por el delito y defienden intereses similares. En definitiva, mediante el uso generalizado de la acción popular se llegaría a generar una <<acción pública alternativa>>".

2) En segundo lugar, no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular "por silencio de la Ley", al no resultar de aplicación directa el [artículo 125 CE](#) . Es preciso que la Ley "regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción" conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa.

La interpretación efectuada por la STC 311/2006 se ha visto confirmada y ampliada en dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional del año 2008. En primer lugar, la [STC 18/2008, de 31 de enero \(RTC 2008, 18 \)](#) que reitera los argumentos referidos. Un tribunal penal no puede rechazar la aplicación de la Ley Autonómica que contempla la **legitimación** del Gobierno de la Comunidad en un proceso de violencia de género -en este caso, el artículo 18 de la [Ley cántabra 1/2004, de 1 de abril \(LCTB 2004, 118\)](#) - ya que no le corresponde la fiscalización de las normas postconstitucionales con rango de Ley. En su escueto fundamento jurídico, el Tribunal se remite a la [sentencia 8/2008, de 21 de enero \(RTC 2008, 8\)](#) . Esta supone un paso cualitativo, pues admite más claramente la constitucionalidad de las normas autonómicas atributivas de **legitimación** en concepto de acción popular, amparándose en que, conforme a la doctrina sentada en la [STC 175/2001, de 26 de julio \(RTC 2001, 175 \)](#) , la norma es expresa y ha de interpretarse conforme al principio "pro actione", sin referencia alguna al hecho de que la Ley autonómica no haya sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad..

8. Resulta evidente que el supuesto de hecho de estas sentencias nada tiene que ver con el aquí examinado en que no existe tal norma expresa habilitante. Fuera de las concretas hipótesis legales de delitos de violencia contra la mujer, rige la normativa general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para la interpretación de las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impera la doctrina de la [STC 129/2001, de 4 de julio \(RTC 2001, 129\)](#) , no porque el [artículo 125](#) de la Constitución Española restrinja necesariamente la acción popular a personas privadas, sino porque siendo un derecho de configuración legal, el desarrollo general del precepto contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así lo hace.

Puede pues concluirse -con un destacado sector de la Doctrina- que de la lectura conjunta de los arts 124 y 125 CE se desprende, sin mayor dificultad, que un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y que la acción pública penal sólo corresponde al Ministerio Fiscal. Y, más aún, que la interpretación de la titularidad de un derecho constitucional tiene que depender de la propia naturaleza de ese derecho. De modo que, considerar que un ente público es titular de un derecho de participación ciudadana, es poco sostenible y puede llevar a conclusiones absurdas, tales como encontrarse participando, con la máscara de simple ciudadano, en el ejercicio de funciones que no le corresponden, como es -entre otras imaginables (como votar en unas elecciones o participar en un jurado popular)- la persecución penal de los delitos atribuida al Ministerio Fiscal, en representación de toda la sociedad.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO

- El primero de los motivos se articula por **quebrantamiento de forma** , al amparo del art 852,2º [LECr \(LEG 1882, 16 \)](#) , por no haberse permitido ejercitar la acción popular, infringiéndose los arts 19 [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , 101 y 76 1. 1 LECr .

1. Reseña la parte recurrente que el Ayuntamiento de Bellprat compareció en autos de las Dil. Prev. 956/2006 del Juzgado de Instrucción número 2 de Igualada mediante escrito de 16/10/2006 (folio 16 de autos) en el que literalmente se decía que era: "Al objeto de ejercitar la acción popular prevista en el [art. 19.1](#) LOPJ , y en el [art. 101](#) LECr ., en relación con el párrafo primero del art. 270 de este último texto, en aseguramiento de los intereses de la vecina de dicho municipio Doña Teresa , motivo por el cual, el Sr. Alcalde de Bellprat formuló la denuncia inicial de este procedimiento ante la Comisaría de los Mossos d'Esquadra en esta ciudad -de Igualada-."

Igualmente se señala que dicho escrito fue unido a los autos por providencia de 27/10/2006 (folio 26), teniéndose por designado a la Procuradora Dª Concepción Gabarró para defender y representar al Ajuntament de Bellprat.

En la propia fecha el Juzgado dictó auto acordando el archivo de las diligencias "porque el hecho denunciado no constituye infracción penal (queda la reclamación en vía civil)". Así resulta del folio 15 de dichas Diligencias Previas.

Contra este auto, el Ajuntament de Bellprat, interpuso recurso de reforma en 06/11/2006 (folios 31

y 32), al que se adhirió el Ministerio Fiscal en 24/11/2006 (folio 47) y presentó asimismo recurso de reforma (folios 48 y 49). Ambos recursos fueron resueltos por auto del Juzgado de 30/11/2006 (folios 118 y 119), estimándolos e iniciando la instrucción de la causa por un presunto delito de estafa contra el D. Pedro Francisco y Doña. Mariana .

Los acusados, prestaron declaración ante el Juzgado el 5/02/2007 (folios 178 a 185) y comparecieron en autos (ver providencia de 26/02/2007 al folio 224) y, a lo largo de la dilatada instrucción, hubo múltiples intervenciones del Ajuntament y del Sr. Jose Pablo , actuando como tutor de Dña. Teresa , quien compareció en autos en tal calidad en 18/11/2008, (folio 504) por escrito unido a las actuaciones por providencia de 21/11/2008 (folio 508); habiéndose interesado la práctica de diligencia ante el Juzgado de Instrucción que se han practicado. Se han opuesto a recursos de los acusados (folios 524 y 525 y 592 a 595), formulando escrito de conclusiones provisionales en 24/02/2010, cuya documental ha sido practicada por la Sala, y otras múltiples actuaciones, a ciencia y paciencia y con el pleno conocimiento de los acusados, quienes han consentido todas estas actuaciones hasta el momento del Juicio Oral de 17/11/2010, en que han discutido la **legitimación** de los recurrentes para actuar como acusación particular, contradiciendo con su conducta la doctrina sobre los actos propios y sus consecuencias.

2. Según consta en las presentes actuaciones -y en su momento vimos- se señaló para el juicio oral de la presenta causa el día 17 de Noviembre de 2010, siendo convocadas todas las partes, entre ellas la aquí recurrente. Iniciado el turno de cuestiones previas, la defensa **esgrimió que carecía de legitimación** activa tanto el Ayuntamiento de Bellprat para ejercer la acción popular como D. Jose Pablo , quien hasta el momento del fallecimiento de su tutelada D^a Teresa había venido ejercitando en representación de ésta la acusación particular. La cuestión previa fue estimada por la Sala, dejando por lo tanto sin efecto la personación de los aquí recurrentes y suspendiendo el juicio al objeto de averiguar si existían herederos de la Sra. Teresa a los que pudiera interesar el ejercicio de la acusación particular.

No es por lo tanto cierto que se omitiera la citación de los aquí recurrentes: fueron citados al acto del Juicio Oral y **dejada sin efecto su personación** , al estimarse la cuestión previa planteada por la representación procesal de los acusados, del correcto modo que tuvimos ocasión de ver más arriba, conforme en la doctrina del TC y de esta Sala.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO

El **segundo** motivo se formula por **quebrantamiento de forma** , al amparo del art 851.3º **LECr (LEG 1882, 16)** . por no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de acusación.

1. Para los recurrentes, al no poder intervenir esta parte como acusación en el acto del juicio Oral de 24/10/2011, **no se practicaron las pruebas propuestas** en el Otrosí de su escrito de conclusiones provisionales de 24/02/2010, singularmente las cuatro periciales, a través de las cuales se hubiera acreditado que el valor de la finca de la fallecida era de 179.986,61#, que resulta del folio 43, y no otro inferior; y que la Sra. Teresa presentaba demencia con deterioro cognitivo importante desde meses antes de su ingreso en el Hospital de Igualada en 15/07/2006 y por descuento del otorgamiento del poder, la compraventa y el testamento de 29/08/2006.

2. Esta Sala ha dicho que "el derecho a utilizar los medios de prueba tiene rango constitucional en nuestro derecho al venir consagrado en el art. 24 **CE (RCL 1978, 2836)** , pero no es un derecho absoluto. Y la Constitución se refiere a los medios de prueba pertinentes de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando las demás (**arts. 659 y 792.1 LECrim**). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el art. 24.2CE . no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes (**STC 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70)**). Por ello, el motivo podría prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su practica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de practica de la prueba propuesta haya podido tener una

influencia decisiva en la resolución del pleito ([SSTC 50/88 de 22.3 \(RTC 1988, 50\)](#) , [357/93 de 29.11 \(RTC 1993, 357\)](#)) , 131/95 de 11.9 , [1/96 de 15.2 \(RTC 1996, 1\)](#) , [37/2000 de 14.2 \(RTC 2000, 37\)](#)).

3. El motivo carece igualmente de contenido, toda vez que en la Sentencia se resuelve sobre las cuestiones sometidas a debate tanto por el Ministerio Fiscal, única parte que ejerció la acusación, al haberse dejado sin efecto la personación de quien pretendió ostentar la acusación particular; y la defensa.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO

La desestimación del recurso supondrá, conforme a lo previsto en el art 903 de la [LECr \(LEG 1882, 16 \)](#) , que sus **costas** deban ser impuestas a la parte recurrente.

III. FALLO

Debemos declarar y **declaramos no haber lugar** al recurso de casación por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación del **Ayuntamiento de Bellprat y D. Jose Pablo** , contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15 de noviembre de 2011 , en causa seguida por delito de **estafa**.

Se imponen a los recurrentes las **costas** del recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Andres Martinez Arrieta D. Francisco Monderde Ferrer **D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION

.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monderde Ferrer , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.