

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 1193/2010

Fecha Sentencia: 24/02/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°:805/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 22/12/2010

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: ARB

**Acusación y denuncia falta.- Estafa procesal.- Estimatoria parcial.-
Derecho a igualdad ante la Ley.- Presunción de inocencia.-
Prueba testifical de referencia.- Naturaleza circunstancial del engaño.-
Jurisprudencia.- Error en la apreciación de la prueba.- Documental.-
Jurisprudencia.- Tutela judicial efectiva.- Doctrina del T. Constitucional.-
Estafa procesal.- Atenuación por dilaciones indebidas.- Jurisprudencia T.**

Supremo.-

Nº: 805/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 22/12/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1193/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil once.

En los recursos de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL, RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA, ALFREDO SÁENZ ABAD**, la entidad mercantil "**BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.**", **PEDRO M^a OLABARRIA DELCLAUX, LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA y JOSE IGNACIO ROMERO GARCÍA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, con fecha dieciocho de Diciembre de dos mil nueve, en causa seguida contra Alfredo Sáenz Abad, José Angel Merodio Zubiarrain, Miguel Angel Calama Texeira, Rafael Jiménez de Parga Cabrera y el Banco Español de Crédito (BANESTO), por delitos continuado de acusación y denuncia falsa, 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, habiéndose encargado de redactar la sentencia el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, **al no estar el Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín conforme con el voto de la mayoría**; siendo partes recurrentes el **MINISTERIO FISCAL**, los acusados **RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA**, representado por la Procuradora Doña M^a Victoria Pérez Mulet; **MIGUEL ANGEL CALAMA TEIXEIRA**, representado por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén; **ALFREDO SAENZ ABAD**, representado por la Procuradora Doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere y el **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (BANESTO)**, representado por la Procuradora Doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere; y la acusación particular **PEDRO OLABARRIA DECLAUX, LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA y JOSÉ IGNACIO ROMERO GARCÍA**, representados por la Procuradora Doña Esperanza Azpeitia Calvin. En calidad de parte

recurrida, **MODESTO-JOAQUIN GONZÁLEZ MESTRE**, representado por el Procurador Don Anibal Bordallo Huidobro y **JOSÉ ANGEL MERODIO ZUBIARRAIN**, representado por la Procuradora Doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 20 de Barcelona, instruyó el Procedimiento Abreviado con el número 21/08-I, contra Alfredo Sáenz Abad, José Angel Merodio Zubiarrain, Miguel Angel Calama Texeira, Rafael Jiménez de Parga Cabrera y el Banco Español de Crédito (BANESTO), y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª, rollo 21/2.008) que, con fecha dieciocho de diciembre de dos mil nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

“PRIMERO.- Se declara probado que en el año 1994 el acusado ALFREDO SÁENZ ABAD, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el presidente del Consejo de Administración de BANESTO, tras la intervención el 28 de diciembre de 1993 de dicha entidad por el Banco de España; el acusado JOSÉ ÁNGEL MERODIO ZUBIARRAÍN, mayor de edad y sin antecedentes penales, era Consejero y Director General del Área Comercial, habiendo comenzado a trabajar en dicha entidad a mediados de mayo de 1994; el acusado MIGUEL ÁNGEL CALAM TEIXEIRA, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde septiembre de 1992 era el Director Regional para Cataluña y Baleares; y el acusado RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA, mayor de edad y sin antecedentes penales, era letrado externo de dicha entidad bancaria.

SEGUNDO.- A través de la Oficina Principal de Barcelona, BANESTO había venido concediendo, durante años, líneas de crédito a las sociedades del grupo HARRY WALKER, que desde mediados de 1993 presentaba una situación de crisis y una preocupante falta de solvencia. Los servicios centrales del Banco constataron el riesgo de impago de las deudas contraídas por dicho Grupo, que en la segunda mitad de ese año se cifraba por la Mesa Central Calificadora de riesgos en 639.616.165 ptas, pasándose tal "riesgo incidentado" a "gestión tutelada", situación que implicaba estar al corriente y dar a la Dirección Territorial las correspondientes indicaciones a fin de obtener el cobro de la deuda.

El acusado MIGUEL ÁNGEL CALAMA, del que dependía la Asesoría Jurídica, ante la magnitud de la deuda, en enero de 1994 mantuvo una reunión con Pedro Olabarria Delclaux, quien junto con Luis Fernando y José Ignacio Romero García eran accionistas minoritarios del grupo HARRY WALKER, solicitándole al primero de ellos que ayudara al Banco a mitigar los riesgos contraídos por HARRY WALKER y, más abiertamente, que constituyera un aval en garantía de los créditos contraídos por dicho Grupo. Con la misma finalidad, otros empleados del Banco también habían mantenido contactos. No obstante ni Pedro Olabarria, ni los hermanos Romero García, accedieron a garantizar personalmente los citados créditos, sin perjuicio de hacer las gestiones que estuvieran en su mano para resolver el problema.

Tras su intervención por el Banco de España, BANESTO, presidido por el acusado ALFREDO SÁENZ, con la finalidad de reflotar las complicadas circunstancias de gestión y solvencia del Banco, impulsó la recuperación de los "créditos dificultados" que en enero de 1994 suponían, aproximadamente, el treinta por ciento de la totalidad de los

soportados por dicha entidad. Ante esta tesitura y transmitidas o conocidas tales directrices desde la presidencia del Banco, fueron agilizadas las reclamaciones en vía contenciosa, lo que generó la necesidad de acudir a abogados externos ante el aluvión de acciones judiciales en las que el Banco se veía inmerso o que debía emprender.

El acusado MIGUEL ÁNGEL CALAMA, conociendo que Pedro Olabarría, los hermanos Romero García y Modesto González Mestre (éste último accionista infimo del grupo HARRY WALKER y presidente de su Consejo de Administración) no podían ser reputados deudores responsables de los créditos contraídos por las correspondientes sociedades del Grupo, siguiendo las indicaciones dadas desde la Presidencia del Banco, y con el conocimiento y beneplácito del acusado ALFREDO SÁENZ, para recuperar como fuera dichos créditos, interesó del acusado JIMÉNEZ DE PRAGA la interposición de una querrela criminal contra aquéllos, como medida de presión para el cobro de las deudas, proporcionándole directamente y también a través del responsable de la asesoría jurídica de BANESTO en Barcelona, Carlos Ruiz Rodríguez (cuya responsabilidad criminal en esta causa fue declarada prescrita) la información sobre el grupo HARRY WALKER.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 26 de julio de 1994, la entidad BANESTO presentó una querrela criminal, firmada como abogado por el acusado JIMÉNEZ DE PARGA, contra D. Pedro Olabarría Delclaux, D. Luis Fernando y D. José Ignacio García Romero, D. Modesto González Mestre y otros, por la comisión de delitos de estafa y alzamiento de bienes. En la relación circunstanciada de hechos se dice, entre otros extremos, lo siguiente: "Mi representada, la compañía mercantil BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. es acreedora de distintas sociedades que forman parte del GRUPO OLABARRÍA por un

importe total de 639.616.165 ptas. Dichas operaciones crediticias fueron concedidas, pues los querellados D. Pedro Olavaria y D. Juan Ignacio y D. Luis Fernando Romero García, accionistas indirectos de las mismas (en referencia a las sociedades beneficiarias de los créditos llamadas del "Grupo Olabarría"), se comprometieron a responder personalmente de las posibles insolvencias que se fueron produciendo".

"Sin embargo, la realidad ha sido bien distinta, ya que la totalidad del riesgo asumido por mi representada frente a dicho Grupo societario (que en la querella se le llama GRUPO OLABARRÍA) ha resultado impagado, quebrándose de ese modo, la confianza que crearon los referidos querellados en mi representada, ya que es precisamente en la confianza donde descansa la razón de ser y existencia del crédito bancario, como sucedió en el presente caso. (...). Pues bien, la apariencia para obtener esta confianza es precisamente el engaño que ha sufrido mi representada, ya que ésta nunca hubiera concedido dichos créditos a diferentes sociedades del GRUPO OLABARRIA de no responder finalmente los citados querellados".

De otro lado, en la calificación jurídica que se hace de los hechos en la citada querella, apartado A), en relación al delito de estafa objeto de imputación, se contienen las siguientes afirmaciones:

"Los querellados han creado una apariencia de crédito y solvencia de forma tan ostensible que indujeron a mi representada a que concedieran a distintas sociedades del grupo créditos por importe de 400 millones de ptas. creando la confianza de que los querellados, Pedro Olavaria y los hermanos Romero García, daban respaldo final a la amortización de dicha obligación".

"Mi representada nunca hubiera concedido dichos créditos a las distintas sociedades del GRUPO OLABARRÍA de no responder

finalmente los citados querellados, por cuanto insistimos eran conocedores de su incapacidad económica para atender la amortización de los mismos".

"A los efectos de calificación penal de la conducta de los querellados, hay que consignar que la cantidad, superior a los 700 millones de pesetas, que por parte de mi representada se destinaron a operaciones con sociedades manejadas por los querellados, dicha cantidad fue utilizada en beneficio exclusivo de los mismos, pues hemos sabido que, ingresadas las cantidades en las sociedades, pasaban posteriormente al patrimonio de los querellados. La prueba es que dichas empresas, en su mayor parte, están en situación de suspensión de pagos o de quiebra, lo cual pone de manifiesto de forma rotunda la apropiación indebida que realizaron los querellados en su exclusivo beneficio".

Y en la calificación jurídica que se hace de los referidos hechos en la querrela, en su apartado B), en relación al delito de alzamiento de bienes, se dice también lo siguiente:

"Además, hay que consignar que los saldos que las empresas manejadas por los querellados disponían en otras ocasiones eran transferidos a sociedades que encubren actividades personales de los querellados, por lo que este desvío de fondos refuerza en nuestro criterio la actuación claramente delictiva de los querellados. Por si ello no fuera suficiente, esta parte tiene constancia de que además del manejo de los fondos procedentes de mi representada, los querellados también realizaron venta de activos de las sociedades antes indicadas, todo ello en su propio y exclusivo beneficio y en perjuicio de mi representada que se ha visto claramente estafada por la conducta de los querellados".

Los acusados ALFREDO SÁENZ, MIGUEL ÁNGEL CALAMA y JIMÉNEZ DE PARGA tenían conocimiento de que los hechos

imputados no eran ciertos, así como tampoco los de los escritos posteriores de ampliación de la querrela a los que seguidamente haremos referencia. Sin embargo, no consta fehacientemente acreditado que el acusado MIGUEL ÁNGEL MERODIO interviniera en la decisión de interponer dicha querrela, ni en los hechos anteriormente descritos, o que se narran a continuación.

CUARTO.- El conocimiento de dicha querrela correspondió, conforme a las normas de reparto, al Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, cuyo titular, antes de marcharse de vacaciones, por auto de 3 de agosto de 1994 incoó Diligencias Previas, citando para el 13 de septiembre de 1994 a la parte querellante para su ratificación; y para el día 19 de septiembre siguiente a los querellados.

Durante el período de vacaciones del magistrado titular de ese Órgano, correspondió hacerse cargo del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, al entonces magistrado Luis Pascual Estevill.

Por razones que se desconocen, el representante legal de la entidad querellante, Carlos Ruiz, compareció el 7 de septiembre de 1994 para ratificarse en la querrela ante el entonces juez Pascual Estevill, quien, en esa misma fecha, dictó auto admitiendo a trámite la querrela, citando a declarar a los querellados para el día 9 de septiembre siguiente, a las 8 de la mañana en el juzgado de guardia, la que se llevó a cabo con tres de los querellados sin que estuviera presente el Ministerio Fiscal. Y ese mismo día, el ex-juez Estevill dictó auto de detención e ingreso en la cárcel Modelo, contra Pedro Olabarría, Luis Fernando Romero y Modesto González. Y con fecha 14 de septiembre de ese mismo año, el ex-juez Estevill dictó auto de responsabilidad civil, acordando el embargo de los bienes de los Srs. Olabarría, Romero y González por importe de 750.000.000 ptas., cantidad que éstos se vieron obligados a

avalar.

Por estos hechos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de julio de 1996 condeno a Pascual Estevill como autor de un delito continuado de prevaricación, en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal.

QUINTO.- El acusado JIMÉNEZ DE PARGA, con fecha 16 de septiembre de 1994, actuando como abogado de BANESTO, con el conocimiento y la aprobación del acusado CALAMA, presentó un nuevo escrito al Juzgado ampliatorio de la querella en el que, con conocimiento de su falsedad, se ponía en conocimiento del Juzgado "nuevos hechos" o "ampliación de prueba" incidiendo de nuevo en que los créditos concedidos al denominado Grupo "OLABARRÍA-ROMERO" se obtuvieron mediando un engaño urdido por los aquí querellantes, y que éstos trasvasaban los fondos obtenidos de BANESTO, simulando operaciones con el exterior, a sociedades por ellos controladas y situadas en el extranjero, desde las que se apropiaban de las cantidades remitidas. En concreto, se decía lo siguiente:

"La operativa llevada a cabo entre la sociedad inactiva, que podemos denominar sociedad holding, "Harry Walker, S.A." en la que son accionistas mayoritarios y casi exclusivamente, los querellados Olabarría / hermanos Romero García, a través de sociedades interpuestas como ha quedado perfectamente probado, y las sociedades filiales dependientes de la sociedad matriz, ha consistido en la fórmula ya conocida como instrumento de comisión de delito de la caja única, como lo prueba las constantes transferencias, pagos cruzados, traspaso de fondos, etc. de una sociedad a otra, en beneficio de los querellados que actualmente se encuentran en prisión bajo fianza (...)"

Y mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 1994, entre otros, se

presenta nuevo escrito ampliatorio al Juzgado, insistiéndose textualmente en lo siguiente:

"A) En el ejercicio de 1991, la sociedad Harry Walter Náutica, S.A. pagó o traspasó a Harry Walter, S.A. la cantidad de 172.578 millones sin justificación ni explicación alguna (...)"

"B) En ese mismo ejercicio social de 1991 la sociedad Harry Walter, S.A. pagó a una sociedad constituida en el extranjero, sin causa ni justificación alguna, la cantidad de 125.184 millones de pesetas, siendo recepcionaria de ese pago la compañía de nacionalidad holandesa Out Woard Marine Europe N.V. (...)"

"C) En el ejercicio de 1992 la sociedad Harry Walter Náutica, S.A. pagó a Harry Walter, S.A. la cantidad de 312.287.000 ptas. (declarado) equivalente a 228.692.000 ptas. (imputado), sin causa ni justificación alguna".

"D) En el mismo ejercicio de 1992 la sociedad Harry Walter, S.A. pagó a Woard Marine Europe N.V. con sede en Holanda la cantidad de 250.113.000 ptas., sin causa ni justificación alguna (...)"

"Que las sociedades relacionadas con el escrito de querrela, vinculadas al Grupo Olabarria-Romero, obtuvieron con engaño créditos de BANESTO en los años 1991 y 1992 por encima de los 600 millones de pesetas".

"Esta parte está en condiciones de poner en conocimiento del Juzgado al que tenemos el honor de dirigirnos de los siguientes hechos íntimamente relacionados con los anteriores y que pueden constituir conducta delictiva imputable a los querrellados (...)"

"Es fácil comprobar como el mecanismo delictivo seguido ha consistido en un circuito que (A) empieza por obtener créditos o préstamos de mi representada "Banco Español de Crédito, S.A."; (B)

créditos y préstamos a favor de sociedades controladas y dominadas por los inculpados, que posteriormente son "situadas" en suspensión de pagos; (C) que utilizando el procedimiento de caja única transferían antes de la suspensión de pagos a "Harry Walker, S.A." o "Harry Walker Náutica, S.A." sumas de dinero sin justificación; (D) las cuales al amparo de supuestas operaciones con el exterior transfirieron fondos al extranjero por importe superior a 600 millones de pesetas; (E) cantidad coincidente con la extraída ilícitamente de mi representada; (F) y situados los fondos en el extranjero los transferían a la sociedad Gestor, S.A., controlada y dominada, al menos, por Pedro Olabarría, la cual servía como máquina para lavar el dinero; (G) remitiendo una parte a España, concretamente, a la sociedad "Diseño de Contenedores y Embalajes, S.A. controlada, dominada y propiedad de los inculpados; y (H) naturalmente, no existe viaje de vuelta de todo el dinero que ha salido, ya que parte importante queda allí, y otra parte se retorna al extranjero en forma de devolución de préstamos supuestos". (...)

"También esta caja única entre sociedades y personas vinculadas a ellas, algunas de las cuales son querelladas e inculpadas, era utilizada en su propio beneficio, como son los casos que a continuación citamos: a) Con fecha 12 de diciembre de 1992, Modesto Joaquín González Mestre retira de Harry Walker, S.A. 40 millones de pesetas mediante un talón ingresado en su propia cuenta de La Caixa, Agencia Padua. b) Con fecha 26 de noviembre de 1992, utilizando la caja de Harry Walker, S.A, se transfiere a la cuenta antes indicada de La Caixa, y a favor de persona que posiblemente sea Modesto González Mestre, la cantidad de 25 millones de pesetas".

SEXTO.- La citada querrela criminal interpuesta por BANESTO contra D. Pedro Olabarría Delclaux, D. Luis Fernando y D. José

Ignacio García Romero, D. Modesto González Mestre y otros, por la comisión de delitos de estafa y alzamiento de bienes, fue sobreseída libremente y archivada por auto del Juzgado de Instrucción de 9 de enero de 1995, que fue confirmado por auto de 25 de abril de 1995 dictado por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial”(sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Barcelona en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“FALLAMOS: CONDENAMOS a los acusados D. ALFREDO SÁENZ ABAD, D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEXEIRA y D. RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA, como autores de un solo delito continuado de acusación y denuncia falsa, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno de ellos, de SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN y MULTA de TRES MESES a razón de una CUOTA DIARIA de TRESCIENTOS EUROS al primero de ellos, y de DOSCIENTOS EUROS a los otros dos, con la responsabilidad personal subsidiaria legalmente establecida para todos ellos en caso de impago, así como la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de tres cuartas partes de las costas procesales, con inclusión de las de las Acusaciones particulares.

ABSOLVEMOS a los acusados D. ALFREDO SÁENZ ABAD, D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEXEIRA y D. RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA, del delito (o delitos) de estafa procesal, en grado de tentativa, que les venían siendo imputados por el Ministerio Fiscal y las

Acusaciones particulares.

ABSOLVEMOS al acusado D. MIGUEL ÁNGEL MERODIO ZUBIARRAÍN, de los delitos continuados de acusación y denuncia falsa, y continuados de estafa procesal, en grado de tentativa, que le venían siendo imputados por el Ministerio Fiscal y las Acusaciones particulares; declarando de oficio una cuarta parte de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil los tres acusados condenados indemnizarán a D. Pedro Olavaria Delclaux, D. Luis Fernando Romero García y D. José Ignacio Romero García, a cada uno de ellos, con UN EURO; y al perjudicado Modesto González Mestre con la cantidad de CIEN MIL EUROS, más los intereses legales del art. 576 de la LEC; declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Español de Crédito, S.A. “(sic).

Tercero.- La Audiencia Provincial de Barcelona en la citada causa, dictó Auto de aclaración de la sentencia de fecha 12 de enero de 2010, con la siguiente Parte Dispositiva:

“En relación a la sentencia de fecha de 18 de diciembre de 2009, dictada por este Tribunal, en este procedimiento:

DESESTIMAMOS la petición de aclaración de la misma interesada por el Ministerio Fiscal en su escrito de 30 de diciembre de 2009 (Entrada de 4 de enero de 2010).

ESTIMAMOS la petición de rectificación de dicha sentencia, por ERROR MATERIAL, formulada por la procuradora D^a Gloria Ferrer Massanas, en nombre y representación del acusado D. Alfredo Sáenz Abad, en su escrito de 29 diciembre de 2009 (Entrada el 30-12-09), en

el sentido siguiente:

a) En el primer párrafo del Antecedente de Hecho Cuarto (Calificación de la Acusación particular de D. Modesto González Mestre), en el particular relativo a la autoría, debe decir: “considerando autores de dichos delitos a los acusados Miguel Ángel Calama y Rafael Jiménez de Parga”.

b) En el cuarto párrafo de la Parte Dispositiva de dicha sentencia (relativo a la responsabilidad civil), donde dice “los tres acusados condenados”, debe decir “...los acusados condenados D. Miguel Ángel Calama y D. Rafael Jiménez de Parga...”(sic).

Cuarto.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Quinto.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Único.- Infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim por inaplicación indebida del art. 250.11.2º en relación con los arts. 24, 249, 16 y 162 CP.-

Sexto.- El recurso interpuesto por **RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuado el principio de presunción de inocencia, ya que, lo que la propia sentencia llama “Valoración de las Pruebas” y que pro ende debiera conducir a la acreditación de la pretendida participación objetiva y subjetiva del Sr. Jiménez de Parga en el delito de acusación y denuncia falsa, en realidad no ha valorado racionalmente absolutamente nada, tratándose i) la mayoría de las veces de un mero resumen de la prueba practicada –no de una valoración de la misma-, y ii) otras veces de una valoración arbitraria, errónea y no sujeta a máximas de la experiencia reconocidas como tales.-

2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley al haberse producido condena por acusación y denuncia falsa (aplicación indebida del art. 456 CP) a pasar de que los hechos relatados en la querrela no eran “falsos” en el sentido de la tipicidad del delito (no cualquier error fáctico en una querrela es suficiente).-

3.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del tipo doloso de la acusación y denuncia falsa a pesar de que no es posible racionalmente subsumir en dicho tipo doloso la conducta del Sr. Jiménez de Parga, pues en modo alguno se afirman los presupuestos para un conocimiento de la falsedad de lo imputado en la querrela –más allá de la mera afirmación nominal que hace la sentencia, sin

explicación alguna.-

4.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, al haberse producido condena a pesar de que no había sido desvirtuado el principio de presunción de inocencia, ya que, lo que se quiere hacer como pretendida acreditación de la participación dolosa subjetiva del Sr. Jiménez de Parga en el delito de acusación y denuncia falsa, en realidad no ha constituye una valoración probatoria racional tratándose de una valoración arbitraria o errónea.-

5.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, al haberse producido quebranto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante sobre el conocimiento del Sr. Jiménez de Parga respecto del delito de acusación y denuncia falsa, en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo ni se ha otorgado tutela judicial efectiva.-

6.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de la autoría en un delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP), al haberse producido condena a pesar de que desde la teoría de la imputación objetiva, el resultado de acusación falsa producido no era imputable al Sr. Jiménez de Parga (tipo objetivo), por cuanto i) es aplicable la teoría del principio de confianza respecto de sus clientes (Banesto), ii) su actuación fue un puro “acto neutral” de Letrado, y iii) el grave resultado producido (prisión de los querellados) es concreción de

otro riesgo: la prevaricación del exjuez Estevil –prohibición de regreso.-

Sétimo.- El recurso interpuesto por **MIGUEL ANGEL CALAMA TEIXEIRA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de precepto penal sustantivo.-

2.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.-

3.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Precepto Penal Sustantivo.-

4.- Al amparo de lo dispuesto pro el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado por el artículo 24.2 de la Constitución Española.-

5.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador.-

Octavo.- El recurso interpuesto por **ALFREDO SAENZ ABAD**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 de la Constitución Española (CE) y de los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 CE, al no contener la Sentencia recurrida referencia alguna a un hecho de gran importancia que fue objeto de prueba en el juicio oral, la presentación por los Sres. Olabarría y Romero de una falsa querrela por cohecho.-

2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías contemplado en el art. 24 CE, al haberse dictado la Sentencia siete meses después de que se celebrara el juicio oral.-

3.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 CE, al incurrir la Sentencia en una absoluta ausencia de prueba en lo que se refiere a la intervención en los hechos de D. Alfredo Sáenz Abad.-

4.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 CE, ya que la prueba practicada en la instancia acredita que la imputación que figuraba en la querrela de Banesto no era falsa.-

5.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de los art. 130 a 132 del Código Penal.-

6.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 456 CP, así como del art. 325 del Código Penal de 1973 vigente en la fecha de los hechos, y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE.-

7.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 456 CP, y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 de LECr, por vulneración del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE.-

8.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 74 CP, y por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE.-

Noveno.- El recurso interpuesto por **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (BANESTO)**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECR y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE al haberse estimado por el Tribunal elementos de prueba que habían sido incorporados al proceso de forma

irregular.-

2.- Al amparo del art. 852 LECr y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al derecho fundamental de igual reconocido en el art. 14 CE.-

3.- Por infracción de ley al amparo del núm. 1 del art. 849 LECr por infracción de los preceptos contenidos en los arts. 130 a 132 del Código Penal en relación con el art. 33 del mismo Código (prescripción).-

4.- Se articula al amparo del núm. 2 del art. 849 LECr, por infracción de ley al haber existido error por parte del Tribunal en apreciar la prueba, según resulta de documentos obrantes en las actuaciones.-

5.- Por infracción de ley al amparo del núm. 1 del art. 849 LECr por infracción de ley del art. 456 CP en relación con el art. 28 CP al haberse condenado a los acusado por un delito de acusación y denuncia falsa.-

6.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción del art. 74 CP, por indebida aplicación al no existir continuidad delictiva.-

Décimo.- El recurso interpuesto por **PEDRO OLABARRIA DECLAUX, LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA y JOSÉ IGNACIO ROMERO GARCÍA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Se fundamenta este motivo en el art. 849.1º de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del art. 250.2 del Código Penal.-

2.- Se fundamenta este motivo en el art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del art. 56.1 del Código Penal.-

3.- Se fundamenta este motivo en el art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida consideración de la atenuante analógica, prevista en el art. 21.6 del Código Penal, como muy cualificada.-

4.- Se fundamenta este motivo en el art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación del art. 456 del Código Penal, en relación con los arts. 74, apartado 1 y 3 del Código Penal.-

5.- Se fundamenta este motivo en el art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la indebida aplicación del art. 456 del Código penal en relación con el art. 28 del Código Penal.

Undécimo.- Instruidas las partes recurridas, se oponen a los motivos de los recursos interpuestos, que subsidiariamente se impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Duodécimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se inició la deliberación el día veintidós de Diciembre de dos mil diez, continuándose en días posteriores

hasta la votación. En la tramitación y resolución de este recurso se han cumplido todas las formalidades exigidas legalmente excepto la del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece el plazo para dictar sentencia. Dicho plazo legal de diez días fue prorrogado por treinta días hábiles más mediante auto de fecha 14 de Enero de 2011, que fue debidamente notificado a las partes.-

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Alfredo Saenz Abad

PRIMERO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración de sus derechos a la igualdad ante la ley, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, al no contener la sentencia impugnada ninguna referencia a un hecho, de gran importancia a su juicio, que fue objeto de prueba, como fue la presentación por los Sres. Olabarría y Romero de una falsa querrela por cohecho. Sostiene que los querellantes presentaron en este mismo proceso una querrela contra el recurrente y los demás acusados en la que se imputaba un falso cohecho de Banesto al exjuez Luis Pascual Estevill, que dio lugar a una investigación que duró más de cuatro años quedando acreditado que la imputación de cohecho era falsa, concluyendo con el archivo. Afirma que los querellantes presentaron unos recibos falsificados. A pesar de la trascendencia de estos hechos, la sentencia guarda silencio sobre los mismos. Entiende que se vulnera la presunción de inocencia porque se omiten en la valoración pruebas fundamentales, ya que de lo actuado resulta que la intervención del ex magistrado corrupto ha trastocado por completo lo que habría sido una valoración ponderada de los hechos y de las pruebas sobre los mismos. No es posible, alega, valorar las declaraciones testificales sin tener en cuenta que

presentaron una querrela en la que se hacían imputaciones inveraces y se aportaron en su apoyo documentos falsificados. Al tiempo, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al omitir en la sentencia cualquier consideración sobre esta cuestión; el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de armas al dejar en manos de la acusación la determinación del objeto del proceso, y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley al suponer su actuación una diferencia de trato entre los querellantes y los imputados al abrir el instructor el juicio oral denegando la deducción de testimonio contra los querellantes, y al condenar la Sala a los acusados y no hacer mención de la actuación de los querellantes en el proceso.

1. En la sentencia impugnada se resuelve respecto de una acusación formalizada, entre otros, contra el recurrente por unos hechos determinados que se consideraron por las acusaciones constitutivos de un delito de acusación y denuncia falsa y de un delito de estafa procesal en grado de tentativa, tal como resulta de la sentencia y del Auto de aclaración. No existía en el marco del juicio oral celebrado ninguna pretensión acusatoria contra otras personas, sobre la que tuviera que pronunciarse el Tribunal. En ese sentido, el objeto del proceso, ya en el momento de la celebración del plenario, viene determinado por las pretensiones de las acusaciones respecto de las que se acordó la apertura del juicio oral. Las defensas no pueden introducir en el debate otros hechos que aquellos que se dirijan a contrarrestar la acusación; concretamente, no pueden formular nuevas acusaciones contra los acusadores ni contra terceros si antes no se acordó la apertura del juicio en relación con las mismas. Por otra parte, aunque esta Sala se ha referido a la necesidad de valorar tanto la prueba de cargo como la de descargo, no todas las alegaciones o argumentaciones de las partes requieren una respuesta precisa y pormenorizada, siendo en ocasiones aceptada la contestación

implícita, aunque la jurisprudencia recomiende cautela y prudencia al emplear este método. Concretamente, en lo que respecta a la valoración de la prueba testifical, es conveniente que el Tribunal examine las alegaciones de la defensa relativas a la credibilidad de los testigos. Pero la omisión de la consideración expresa de alguna de aquellas no constituye un vicio de nulidad que conduzca inexorablemente a negar la existencia de prueba, si de la sentencia se desprenden con claridad las razones que asisten al Tribunal para reconocer credibilidad a un testigo. Con carácter general puede ser suficiente la existencia de corroboraciones a la versión que sostiene, que pueden venir constituidas por la coincidencia con las manifestaciones realizadas por otros testigos, o bien por la constatación de datos objetivos que, por su significado, refuerzan aquella versión. Aunque no puede negarse la virtualidad de la declaración de un testigo, sea o no víctima del hecho, cuando se trata de la única prueba, es clara la conveniencia de disponer de elementos de corroboración que la avalen.

En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, no es posible exigir un trato igual en situación de ilegalidad, de manera que quien ha sido condenado por la comisión de un hecho delictivo no puede obtener su absolución mediante la alegación de que otros, presuntamente culpables, no han sido igualmente condenados.

2. En el caso, efectivamente se investigó durante un largo periodo de tiempo la posible comisión de un delito de cohecho ligado a la acusación de la comisión de otros hechos constitutivos de un delito de acusación falsa. La investigación estaba justificada, pues, existiendo indicios, no puede negarse la gravedad que presenta la corrupción de un juez, que finalmente resultó condenado por prevaricación por la comisión de los hechos que se le imputaban, aunque concretamente los hechos sobre los que se construía la

imputación por cohecho no pudieron ser demostrados. Viene a sostener el recurrente que esa investigación, o con otras palabras, esa posibilidad, ha condicionado, incluso, la misma existencia de esta causa y desde luego su resolución. Sin embargo, esa afirmación se basa en una suposición, que, en cualquier caso, no desvirtúa el carácter delictivo de la conducta imputada a los acusados en esta causa y por lo tanto no puede impedir su persecución. En la sentencia se valoran unas determinadas pruebas, se declaran probados unos concretos hechos, con las circunstancias que los acompañan, y se fundamenta la calificación jurídica de los mismos, imponiendo, en consecuencia, las penas que se entienden procedentes. El recurso de casación se orienta a realizar el control constitucional y legal sobre dicha sentencia, pero no se extiende a examinar la consistencia de otras imputaciones, previamente descartadas en el curso del proceso, ni a la pertinencia de haberlo hecho.

Sostiene que no se le ha permitido intervenir en la determinación del objeto del proceso. El objeto del proceso es un hecho al que se atribuye carácter delictivo que se precisa a lo largo de las diligencias mediante sucesivas actuaciones procesales que, concretamente en el marco del procedimiento abreviado pueden ser la imputación inicial, el posible Auto de imputación, el Auto de transformación en procedimiento abreviado, las conclusiones provisionales de las acusaciones, el auto de apertura del juicio oral y los escritos de defensa. Una vez celebrado el juicio oral, son decisivas a estos efectos las conclusiones definitivas de las partes. En ese sentido, no se aprecia la infracción que se denuncia, pues la defensa ha alegado unos hechos y se ha practicado prueba sobre los mismos, como reconoce. No siendo posible el examen de imputaciones ya descartadas, la prueba a la que se refiere el motivo puede considerarse orientada a establecer la credibilidad de los testigos. En ese sentido, en la sentencia se valoran expresamente las pruebas testificales recogiendo elementos que permiten apreciar las razones

del Tribunal para reconocerles credibilidad, aunque no se valoren expresamente los extremos a los que el recurrente atribuye más relevancia.

En lo que se refiere a la diferencia de trato, además de que no es posible, como se ha dicho, examinar aquí las imputaciones que pudieran realizarse o ya realizadas en su momento contra los aquí querellantes, el principio de igualdad no ampara la pretensión de absolucón de quien ha sido considerado culpable por un Tribunal, cuando alega como base de su solicitud el sobreseimiento o la absolucón acordada respecto de otros presuntos culpables de los mismos o de otros hechos, sean o no similares a los que motivan la condena.

Por lo tanto el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el motivo segundo denuncia la existencia de dilaciones indebidas y del derecho a un proceso con todas las garantías al dictarse la sentencia siete meses después del juicio oral. La primera vulneración se añade a la ya apreciada por el Tribunal. La relativa al derecho a un proceso con todas las garantías se origina en la imposibilidad de que después de tantos meses el Tribunal tenga un recuerdo mínimamente preciso de lo que ocurrió en el juicio oral.

1. En cuanto a las dilaciones indebidas, el Tribunal las ha apreciado como muy cualificadas. El Código requiere que las dilaciones sean indebidas, por lo que no cualquier retraso da lugar a la atenuación. Sin perjuicio de reconocer la conveniencia de que la sentencia sea dictada en fechas próximas a la finalización del juicio oral, debe aceptarse que, en ocasiones, como ha podido ocurrir en el caso, la complejidad de las cuestiones a resolver puede justificar un retraso en su redacción final.

2. En cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías, la alegación del recurrente se basa en una suposición según la cual el Tribunal habría abandonado cualquier consulta, estudio, consideración o deliberación sobre lo actuado en el proceso tras la finalización del juicio oral. Es claro que tratándose de cuestiones complejas nada impide que el Tribunal, ayudándose de las notas tomadas, del acta y, en su caso, de la grabación realizada conforme a medios técnicos más avanzados, prolongue la deliberación manteniendo vivo el recuerdo del juicio e incluso precise de un tiempo mayor del habitual para alcanzar una redacción de la sentencia que sea aceptada por todos los componentes de la Sala. Estas consideraciones no son contrarias a la constatación de la conveniencia de evitar el transcurso de un tiempo excesivo entre la finalización del juicio oral y el dictado de la sentencia. Pero, en cualquier caso, y sin perjuicio de la valoración de la racionalidad del proceso valorativo y de la consistencia del razonamiento que conduce desde la prueba al hecho probado, que se examinarán en otros motivos, la existencia del retraso que se denuncia no implica la nulidad de la sentencia, ni conduce a la modificación del fallo de la misma.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo tercero denuncia vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que se le ha condenado a pesar de la absoluta ausencia de pruebas. En síntesis, sostiene que el Tribunal de instancia incurre en una confusión evidente, con negativas consecuencias para el recurrente, al no distinguir entre el conocimiento de la existencia de la querrela, la decisión de presentarla y el conocimiento de la falsedad de los hechos cuya existencia se afirma en la misma. Alega igualmente que lo que el Tribunal pone en boca de los testigos no es exactamente lo que dijeron en sus declaraciones. Que se trata de testigos de referencia; que se trata de testigos

con evidente animadversión hacia el recurrente y que, en todo caso, serían insuficientes en orden al conocimiento de la falsedad de los hechos afirmados en la querrela.

En el séptimo motivo, por la misma vía de impugnación, nuevamente se queja de la infracción por aplicación indebida del artículo 456 del Código Penal, alegando ahora que no actuó de forma dolosa pues no tuvo ningún conocimiento preciso de la presentación de la querrela, ni menos aún de los hechos a los que la misma se refería. Afirma que se incorporó a Banesto a principios de 1994 y tuvo que ocuparse de una complejísima labor, de manera que no es racional afirmar que se ocupara personalmente de la recuperación de un crédito de 600 millones de pesetas.

Ambos motivos pueden examinarse conjuntamente.

1. Como hemos reiterado ya en muy numerosas ocasiones, el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado, bajo la iniciativa de la acusación, una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria

racionalidad.

El control procedente en casación relativo a la existencia de prueba de cargo bastante requiere generalmente una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

En consecuencia, el Tribunal de casación podrá rechazar las conclusiones alcanzadas por el de instancia cuando su discurso valorativo desde las pruebas hasta el hecho probado carezca de la necesaria consistencia como consecuencia de su falta de respeto por la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, debiendo mantenerlas, sin embargo, en caso contrario.

Este control casacional no supone la posibilidad de valorar de nuevo en su integridad pruebas personales, cuya práctica no se ha presenciado, para llegar a conclusiones fácticas, especialmente si son de cargo, distintas de las que el Tribunal declara probadas. Tiene dicho esta Sala en la STS nº 951/99, de 14 de junio de 1.999, que "...el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación

aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia”. En este sentido, como recuerda la STS nº 455/1999, de 29 de abril, “...se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTS de 22-9-1992 y 30-3-1993)”. También en la STS nº 625/2009, de 17 de junio, se advertía que “Como señalan las SS. 272/95 de 13.2 ó 515/96 de 12.7, "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo) o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia". Es decir que queda fuera del ámbito casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano”.

Estas afirmaciones han sido matizadas con posterioridad en el sentido de que no pueden entenderse de manera que el Tribunal de casación,

operando con criterios objetivos basados en datos debidamente acreditados, no pueda en ningún caso revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia. Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorada, resulta inconsistente (STS nº 677/2009). Así, entre otras, en la STS nº 1302/2009, de 9 de diciembre, se decía que “este Tribunal tiene declarado de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 31-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9 ; y 960/2009, de 16-10 , entre otras).

En consecuencia, la valoración del Tribunal respecto de pruebas personales practicadas bajo el principio de inmediación no puede ser sustituida, simplemente, por la que pueda efectuar otro Tribunal que no las haya presenciado. Ello no impide, como se ha dicho, descartar la valoración realizada desde la perspectiva de su falta de adecuación a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos cuando

se haya acudido a ellos. Pero para llegar a esa conclusión es preciso acreditar tal falta de adecuación, y no solo a través de una apreciación carente de bases objetivas.

2. En cuanto a los elementos propios del tipo subjetivo, con independencia de la vía correcta para la impugnación de la sentencia en la que se afirma su concurrencia, la doctrina del Tribunal Constitucional, seguida en numerosas sentencias por esta Sala, entiende que se trata de elementos del delito que deben estar probados como cualquier otro y que quedan, en ese sentido, protegidos bajo el ámbito del derecho a la presunción de inocencia.

Para su acreditación como hechos probados se acude ordinariamente a elementos de tipo indiciario, siendo aplicables las exigencias jurisdiccionales relativas a esa clase de prueba. En síntesis, que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados por prueba directa; que sean concomitantes al hecho principal; que se relacionen reforzándose entre sí, y que de su valoración conjunta fluya de modo natural la conclusión relativa a la existencia del hecho que se pretende acreditar, con respeto al recto criterio humano racional. Desde el punto de vista formal, es necesario que la sentencia exprese con claridad y precisión el juicio de inferencia, cuya corrección puede ser controlada a través del recurso de casación.

3. Respecto del testimonio de referencia ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba

testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al Convenio, artículo 6, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991).

El artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Esta clase de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). Concurriendo las circunstancias anteriores el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurren las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral, pero por sí sola no será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

4. En el caso, es cierto, como argumenta el recurrente, que es preciso

acreditar no solo el conocimiento de la interposición de la querella sino también el de la falsedad de los elementos fácticos que constituían su base. Tiene razón cuando se queja de la argumentación contenida en el último inciso del párrafo tercero del fundamento jurídico tercero apartado 1. Afirma el Tribunal que acreditada la fluida comunicación entre el recurrente y Miguel Angel Calama, no tiene duda alguna el Tribunal “de que entre ellos debieron comentar el tema”. Efectivamente, la convicción del Tribunal, así expresada, no puede sustentar una declaración fáctica. No es irregular que el Tribunal, tras el examen de las pruebas, alcance una convicción subjetiva sobre la realidad de determinados hechos. Pero lo que importa es que pueda expresarse la certeza objetiva acerca de los mismos, y para verificar la racionalidad de la conclusión es imprescindible que se expresen suficientemente las bases en las que tal convicción se sustenta. No obstante, aun prescindiendo de esta afirmación, el Tribunal expone otras pruebas que considera de cargo.

El Tribunal declara probado que la querella se presentó siguiendo las indicaciones dadas desde la Presidencia del Banco y con el conocimiento y el beneplácito del recurrente para recuperar como fuera los créditos. En la fundamentación jurídica, luego de exponer detalladamente las pruebas disponibles y su contenido incriminatorio, concluye que el recurrente tuvo perfecto conocimiento de los hechos y el dominio o poder de disposición sobre los mismos. Se basa para declarar probada la intervención del recurrente, en primer lugar, en parte de su propia declaración, en la que reconoce que conocía que el grupo les debía más de 600 millones de pesetas, si bien niega haber intervenido en nada relacionado con la querella, pues no se ocupaba de esa clase de asuntos debido a las responsabilidades de su cargo como Presidente. Es claro, pues, que el recurrente estaba al tanto de esa deuda, a pesar de que la cuantía adeudada por los querellados revestía, a su

juicio, escasa importancia, tal como se argumenta relacionándola con la situación total del Banco.

En cuanto a su conocimiento respecto de la existencia de la querrela, que en el recurso no se niega, el Tribunal cita la declaración de José Angel Merodio, acusado luego absuelto, según la cual comentó con el recurrente la existencia de la querrela, sin que aquel le dijera nada. En el motivo se argumenta que el citado Merodio no dijo exactamente lo que consta en la sentencia, sino que aclaró que en su opinión cuando hizo ese comentario el recurrente no conocía la interposición de la querrela. Pero, en realidad, partiendo de que se trata de una mera impresión o apreciación del testigo sobre bases que no se conocen, pues el silencio del recurrente puede indicar algo distinto del desconocimiento, no sería decisivo el hecho de que lo conociera o no con anterioridad a esa conversación, pues de ella resulta que, en uno u otro momento, tuvo conocimiento de su existencia, y tampoco se niega que desde entonces tuvo poder de disposición sobre el hecho, como se dice en la sentencia. Además, tal como en el propio motivo se recoge, Merodio aclaró, y ello no será luego irrelevante, que le hizo el comentario porque el recurrente conocía también a los querrellados de la época de Banca Catalana como clientes importantes de dicho Banco. También se alega que poco pudo comunicar Merodio, al que la sentencia absuelve. Sin embargo, debe precisarse que su absolución no se basa en la falta de conocimiento, sino en la ausencia de participación y de dominio del hecho, como resulta con claridad del fundamento jurídico tercero, apartado 1, párrafo sexto de la sentencia.

También, a estos efectos, tiene en cuenta el Tribunal la declaración del testigo Pedro Olabarria, según la cual mantuvo en aquella época conversaciones con Carlos Ruiz, entonces responsable de la asesoría jurídica de Banesto en Barcelona según la sentencia, y con el coacusado Jiménez de

Parga, quienes le manifestaron que el recurrente sabía que habían interpuesto la querrela, y con Merodio, Consejero y Director General según la sentencia impugnada y Director General de Banca Corporativa según el motivo, el cual le manifestó que el recurrente “lo sabía todo”.

En relación al conocimiento de lo que estaba ocurriendo, además de la anterior manifestación de Merodio al testigo Pedro Olabarría, el Tribunal tiene en cuenta la declaración del testigo Luis Fernando Romero, quien afirmó, tal como se recoge en la sentencia impugnada, “que cuando salió de la cárcel llamó a Merodio diciéndole que se tenían que ver, y que éste le dijo que había sido el peor fin de semana de su vida; que le dijo de verse los dos con Alfredo Sáenz, y al contestarme de hacerlo en Zaragoza le dijo que no. Que nada se movía que no supiera ni estuviera de acuerdo el acusado Alfredo Sáenz, el cual este caso se lo sabía al dedillo”. El recurrente sostiene que esta última afirmación se trata de una mera apreciación del testigo. De la sentencia no resulta que sea otra cosa distinta. Y al no expresar las razones que el testigo tiene para su convencimiento, esa afirmación no puede ser valorada más que como una mera apreciación subjetiva, tal como pretende el recurrente, aunque su sentido sea coincidente con el indicado por otras pruebas disponibles.

Sin embargo, también se tiene en cuenta en la sentencia impugnada la declaración del testigo José Ignacio Romero quien manifestó que conocía mucho al recurrente y a Merodio, sobre todo al primero, porque él era uno de los clientes importantes que había tenido ese acusado en la etapa de Banca Catalana, y que tenían mucha amistad. Que cuando su hermano estaba en la cárcel llamó a Merodio comentándole lo absurdo de la falsa querrela, contestándole Merodio que Alfredo Sáenz sabía perfectamente de que se trataba, que nada se hacía sin que él se enterara.

Y, finalmente, valora el Tribunal la declaración de Ramón Guardans,

introducida en el plenario por la vía del artículo 730 de la LECrim, en la que relata que sabía de la presentación de la querrela, que se puso en contacto con el acusado Calama, entonces Director Regional, y que éste le respondió “que no hacía más que obedecer instrucciones del Presidente del Banco que le había dicho que llegara hasta el final, fuera cual fuera, aunque fuera la cárcel”.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el Tribunal expresa cuáles son las pruebas que valora, su contenido incriminatorio respecto de los hechos cuestionados, y la conclusión fáctica a la que llega. Podría haber sido más explícito en cuanto al discurrir del proceso valorativo. Pero la conclusión que alcanza debe considerarse razonable, no solo por el contenido de la sentencia impugnada sino, además, por lo que se dirá a continuación, y en esa medida debe ser mantenida.

5. Todos estos testigos se refieren a conversaciones que tuvieron lugar en la época de los hechos, lo que puede explicar algunas inexactitudes en las fechas, que son puestas de relieve en el motivo. En parte, son testigos de referencia, en cuanto que relatan lo que otro les manifestó. Así considerados, no es posible como pretende el recurrente, privar de todo valor a sus declaraciones basándose en que al juicio oral compareció el testigo directo negando haber realizado tales manifestaciones, pues la confrontación se realiza con las declaraciones de quienes, al comparecer como acusados, no están obligados a decir verdad. Así lo entendió esta Sala en la STS nº 1179/2001, de 20 de julio. En la STC nº 155/2002, que resolvió el recurso de amparo, se decía: “En efecto, debe tenerse en cuenta que, por regla general, nuestros pronunciamientos relativos al testimonio de referencia se vinculan a supuestos en los que el testigo de referencia relata una conversación mantenida con un testigo presencial del hecho imputado y que, además, se refiere a casos en los que se cita al juicio únicamente al testigo de referencia.

Por el contrario, en el caso concreto que ahora nos ocupa, el testigo referido (señor D. V.) no es un testigo en sentido estricto, sino uno de aquellos a los que se atribuye la comisión del hecho, es decir, un coimputado que no tiene obligación de decir verdad; mientras que el testigo de referencia, que es un «testigo directo» respecto a lo declarado ante él por el supuesto partícipe, es un verdadero testigo, que declara con obligación de veracidad tutelada penalmente.”. Para concluir afirmando que “el hecho de que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo les otorguen credibilidad sobre las declaraciones de los imputados, tras la pertinente confrontación, ni resulta arbitrario ni puede ponerse en tela de juicio en esta sede”.

El que, en la confrontación entre las declaraciones, preferir al testigo directo sea la regla, no exenta de excepciones basadas en la relevancia de los demás elementos probatorios o de corroboración disponibles, se basa fundamentalmente en que ambos testigos, el directo y el de referencia, declaran en las mismas condiciones, sometidos a las mismas exigencias de veracidad y conminados con las mismas responsabilidades en caso de que falten a ella. No quiere decirse con ello que, en todo caso, deba otorgarse mayor valor a lo que dice el testigo que a lo manifestado por el acusado. Pero esa es una cuestión relacionada con la racionalidad de la valoración y no con la posibilidad de realizarla concluyendo en uno u otro sentido.

En el caso, ha sido posible oír a los testigos y a los acusados a los que se refieren en sus declaraciones, de manera que nada ha impedido la contradicción y la contrastación entre unas y otras manifestaciones ante el Tribunal.

También, en otra parte de sus manifestaciones, son testigos directos en cuanto describen las explicaciones que, fuera del proceso penal, les fueron proporcionadas extrajudicialmente por algunos de los posibles responsables acerca de lo que estaba sucediendo, cuando se quejaron ante una situación que

no les parecía justa. Y en ese sentido, es de resaltar que todas las declaraciones son coincidentes en su contenido básico y proceden de cuatro fuentes distintas, el testigo Carlos Ruiz y los acusados Jiménez de Parga, Merodio, y Calama en cuanto al conocimiento de la presentación de la querrela y de dos fuentes, los dos últimos respecto del conocimiento del fondo de lo que estaba ocurriendo, es decir del contenido de la querrela y de su finalidad. Es por ello que es razonable que el Tribunal se haya inclinado por concederles credibilidad y que pueda afirmarse que la conclusión alcanzada no se aparta de las reglas de la lógica.

Aunque no se dice en la sentencia de forma expresa, tampoco la conclusión se muestra contraria a las máximas de experiencia, en tanto no es posible reconocer razonabilidad a la versión alternativa, según la cual, presentada en nombre del Banco una querrela en la que se contienen hechos falsos, los que han intervenido desde el primer momento, como Carlos Ruiz que la ratifica, Miguel Angel Calama que interviene en su preparación, y José Angel Merodio que conocía lo que ocurría aunque no interviniera en ello y careciera de poder para evitarlo, cuando son preguntados por alguno de los querrelados o por un tercero, Ramón Guardans, que hasta hacía poco tiempo había sido miembro del Consejo Regional del Banco, sin que conste de alguna forma que previamente se hubieran puesto de acuerdo, todos ellos coincidan en trasladar la última responsabilidad al Presidente del Banco, corriendo además el riesgo de que tal imputación llegara a su conocimiento con las previsibles consecuencias negativas para ellos que tal conducta podría reportar, en caso de no responder a la verdad.

6. En lo que se refiere al conocimiento del contenido de la querrela, resulta de las declaraciones testificales, en cuanto que en ellas, al relatar las explicaciones de Merodio y de Calama al requerírselas en vista de lo que

estaba ocurriendo, refiriéndose a una querrela basada en hechos falsos, se dice, no solo que el recurrente conocía que se había presentado la querrela, sino “que lo sabía todo”, “que sabía perfectamente de qué se trataba”, o que el Presidente del Banco había dado instrucciones de llegar hasta el final, aunque fuera la cárcel. La conclusión del Tribunal, sobre la base de tales testimonios, es razonable, pues del conocimiento de la existencia de la querrela, a pesar de lo que se afirma en el motivo, se desprende el de su contenido. Hemos señalado en numerosas ocasiones que la valoración de las pruebas corresponde al Tribunal de instancia, especialmente cuando se trata de pruebas personales, y que el control casacional se extiende a verificar que el razonamiento y la conclusión han sido respetuosos con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. En el caso, ni la lógica ni las máximas de experiencia son contrarias a las conclusiones fácticas del Tribunal sobre la base de las pruebas que menciona en la sentencia, pues no resulta verosímil, como versión alternativa a la aceptada por el Tribunal, que el acusado ignorara los detalles esenciales de lo que estaba sucediendo, ni siquiera que decidiera ignorarlo, ya que se trataba de una decisión, desde luego no irrelevante ni para el Banco ni para los querrelados, a los que se acusaba de un delito grave que podía llevar aparejada una pena de prisión; que afectaba de forma importante a varios empresarios a los que nadie negaba un nivel profesional y social no desdeñable; que se trataba de empresarios que mantenían con el Banco desde hacía muchos años operaciones crediticias importantes, como lo demuestra el importe de la deuda reclamada de más de seiscientos millones de pesetas, lo que era conocido por el recurrente; que se trataba de empresarios respecto de los que no consta que el recurrente pudiera tener alguna sospecha basada en su comportamiento anterior respecto a que el impago se debiera a una actuación criminal; y que, además, a alguno de ellos los conocía personalmente de su anterior época de Banca Catalana, y no solo

personalmente sino también como clientes importantes de esa entidad. Tampoco resulta creíble que, en las anteriores circunstancias, ordenara llegar hasta el final, aunque fuera la cárcel, ignorando los detalles suficientes del asunto. En esas condiciones no es verosímil que no dispusiera de información acerca de las razones existentes para acudir a una querrela criminal en lugar de las vías civiles ordinarias, con las consecuencias de todo orden que ello implica. Y si fue así, sabiendo lo que ocurría, tampoco resulta verosímil que considerara ajustado a la verdad afirmar en la querrela, como base de la imputación, que se habían concedido a las sociedades deudoras de las que los querellados eran accionistas unos importantes créditos única y exclusivamente basándose en su compromiso verbal de responder ante las eventuales insolvencias de aquellas. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, si aquel compromiso hubiera existido como tal, más allá de la expresión de los accionistas respecto a su confianza en el futuro de la sociedad, tendría que haber venido acompañado de otras gestiones o de otros acuerdos respecto a la forma en que tal compromiso de pago se contraía y se haría efectivo, que, no constando en la querrela, tampoco han aparecido por parte alguna con posterioridad.

7. Ni en la sentencia, ni en el motivo, se realizan planteamientos teóricos expresos respecto a la responsabilidad como coautor o como autor mediato del directivo que, dentro de una estructura empresarial, más o menos jerarquizada, imparte órdenes o instrucciones antijurídicas a subordinados que están dispuestos a cumplirlas y que actúan con plena responsabilidad. Tampoco se ha examinado ni cuestionado expresamente la responsabilidad por omisión, y sus límites, en que pudiera incurrir el directivo respecto a conductas delictivas ejecutadas por quienes ocupan en la organización empresarial puestos subordinados, y su aplicación a distintos tipos de delitos,

aunque pudiera entenderse aludida en alguna medida en la sentencia, sin desarrollarla, al afirmar que el acusado tuvo conocimiento de los hechos y dominio o poder de disposición sobre los mismos. Pero, aunque no sea preciso pronunciarse ahora sobre estas cuestiones a los efectos de la resolución de lo planteado, cabe señalar, a título de obiter dictum, que si, a pesar de conocer la existencia de la conducta ilícita, es decir, de la presentación de la querrela en las circunstancias y con las características antes dichas, el acusado hubiera decidido desentenderse de la cuestión omitiendo el ejercicio de las facultades propias de su cargo, igualmente habría incurrido en responsabilidad por omisión, dada su posición como presidente del consejo de administración de la entidad.

El artículo 237 del Real Decreto Legislativo 1/2010, que aprueba la Ley de sociedades de capital, coincidente con el texto del artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece la responsabilidad de los miembros del consejo de administración de la sociedad por los acuerdos adoptados, excluyéndola solo en el caso de que desconocieran la existencia del acto lesivo o, conociéndola hubieran hecho todo lo conveniente para evitar el daño, o, en otro caso, se hubieran opuesto a él; se entiende, si carecieran de facultades para evitarlo.

En consonancia con esta previsión legal expresa, no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras, elige permanecer pasivo sin requerir más información y sin ejercer sus facultades superiores.

En la STS nº 234/2010, de 11 de marzo, en la que se citaba la STS nº

257/2009 sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, se advertía que “...las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido”. Es decir, que aun cuando se tratara de actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del jurídicamente permitido, no puede escudarse en la pasividad para salvar su responsabilidad.

Por lo tanto, el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirla.

Tal y como se alega en el motivo, debe aceptarse que el Presidente de una entidad bancaria no controla ordinariamente todas las querellas que se presentan en nombre de aquella. Pero si llegara a su conocimiento, especialmente, como ocurre en el caso, a través de quien ocupa en la organización de la empresa una posición subordinada a la suya, que se va a presentar o que se ha presentado en nombre de la sociedad una querella en las circunstancias y con las características antes expuestas o similares, no puede refugiarse en la inacción y salvar al mismo tiempo su responsabilidad por los hechos cometidos. Menos aún, cuando, como se argumenta en la sentencia, ordenó que se llegara hasta el final en la decisión adoptada.

Por otra parte, el ejercicio de aquellas facultades de control sobre la conducta del subordinado no son renunciables unilateralmente. Esta Sala ya advirtió en la STS de 23 de abril de 1992, que “los alcances del deber de garantía dependen de la Ley que los impone y no de la voluntad de aceptarlos limitadamente de aquel al que tales deberes incumben”.

8. En cuanto a la alegada animadversión de los testigos contra el recurrente, es natural que después de lo ocurrido su opinión sea negativa respecto de la persona que, según las noticias que relataron, consideraban culpable. Pero, de un lado, no hay ningún dato que avale que como consecuencia de ello estaban dispuestos a mentir ante un tribunal de justicia. De otro que tampoco puede acreditarse que para prestar sus declaraciones se pusieran previamente de acuerdo. Menos aún cuando lo que afirman coincide en sustancia con la declaración de otro testigo, Ramón Guardans, no afectado directamente por la conducta que se le imputa al recurrente. También respecto de este testigo alega el recurrente la existencia de animadversión y, aunque la atribuye a la desaparición, ordenada por el recurrente, del Consejo Regional del Banco del que formaba parte, nada permite afirmar que decidió mentir por esa razón, cuando, además, coincide con lo manifestado por otros testigos sin que conste el acuerdo previo entre ellos.

El recurrente argumenta que no se trata de verdaderos testigos, ya que no son terceros ajenos al proceso, sino que comparecen como víctimas. Esta Sala ha llamado la atención acerca de las cautelas que deben observarse al valorar las declaraciones de las víctimas, cautelas que tampoco deben descuidarse cuando se trata de simples testigos, dadas las observaciones realizadas por la psicología del testimonio. De ellas se desprende la conveniencia de disponer de alguna clase de corroboración cuando se dispone solo, o principalmente, de prueba testifical. En el caso, se trata de varios

testigos que pueden considerarse víctimas de los hechos imputados, que coinciden en lo que relatan con otro testigo que no ocupa la misma posición, respecto del que el recurrente se limita a alegar animadversión sin acreditarla. Sus fuentes de conocimiento son tres personas diferentes, como ya se ha expuesto, y todas ellas pertenecían al organigrama del Banco, eran jerárquicamente inferiores al Presidente, y sus declaraciones coinciden sustancialmente en cuanto a la responsabilidad de aquel respecto a la presentación de la querrela. No puede decirse, por lo tanto, que la decisión del Tribunal, desde esta perspectiva, sea arbitraria cuando considera más creíbles a los testigos que al recurrente.

9. Sostiene también el recurrente que la decisión de presentar la querrela fue adoptada por la Mesa Central Calificadora. Sin perjuicio de la trascendencia que esta afirmación pudiera tener, lo cierto es que al folio 1214 aparece un escrito de la Subdirección General de Riesgos de Banesto de 30 de agosto de 2004, titulado Asunto: Grupo Harry Walker, Sucursal de Barcelona, OP, en el que se hace constar que examinado el asunto por la Mesa Central Calificadora en su sesión de 29 de agosto de 1994 se ha adoptado el siguiente acuerdo, y en el texto del mismo se recoge que el Letrado Sr. Jiménez de Parga presentará el informe sobre el resultado de las investigaciones que está llevando a cabo, para decidir si se inician actuaciones penales contra el Sr. Olabarría y los hermanos Romero, concluyendo con que la próxima revisión se efectuará en el mes de Octubre. De lo cual no es irrazonable deducir que si en el mes de agosto en el nivel del referido acuerdo aún se esperaban datos para decidir si procedía presentar la querrela, el hecho de que ésta ya había sido presentada el mes anterior indica que la decisión necesariamente tuvo que originarse en un nivel superior. En todo caso, el documento no acredita que el Tribunal incurriera en error al establecer los hechos probados.

Por todo ello, ambos motivos se desestiman.

CUARTO.- En el cuarto motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia, ya que, a su juicio, la prueba practicada en la instancia acredita que la imputación que figuraba en la querrela de Banesto no era falsa. Señala que la sentencia prescinde del Auto del Juez de instrucción que acordó el sobreseimiento de la querrela de Banesto, en el que, según opinión del recurrente, quedaba claro que en la querrela no se había faltado a la verdad sino que los hechos, aun no siendo inciertos, no eran constitutivos de delito. En segundo lugar, que se prescinde de todo lo referido a la inadmisión de la primera querrela presentada por los querellantes, confirmada por la Audiencia. En tercer lugar, que se prescinde de la prueba documental. Y, finalmente, que la valoración de las pruebas testificales es totalmente sesgada.

1. Según el hecho probado, en la querrela se afirmaba que Banesto era acreedora de distintas sociedades que formaban parte del Grupo Olabarría por un importe total de 639.616.165 pesetas. Que dichas operaciones crediticias fueron concedidas pues los querellados, accionistas indirectos de las sociedades beneficiarias de los créditos, se comprometieron a responder personalmente de las posibles insolvencias que se fueran produciendo, sin hacerlo luego. Igualmente se dice que la apariencia para obtener esta confianza es precisamente el engaño que ha sufrido la querellante, ya que nunca hubiera concedido dichos créditos a diferentes sociedades del Grupo Olabarría de no responder finalmente los citados querellados. Son dos, pues, los aspectos fácticos cuya realidad se afirma para construir sobre ellos la posibilidad de atribuirles una calificación como delito de estafa: que los querellados se habían comprometido personalmente a responder de su importe

en caso de insolvencia de las sociedades ganándose la confianza del Banco; y que los créditos fueron concedidos solo por esta razón.

En lo que hace referencia al Auto del Juez de instrucción por el que se acordó el sobreseimiento de las actuaciones incoadas como consecuencia de esta querrela, debe precisarse, en primer lugar, que el carácter falso de los hechos en que la dicha querrela se sustenta es un elemento del tipo de acusación y denuncia falsa que, por lo tanto, debe establecerse, tras la oportuna práctica de pruebas, por el tribunal encargado del enjuiciamiento de esos hechos. En las resoluciones del juzgado de instrucción y, en su caso, de la audiencia, pueden hacerse constar los indicios que se aprecien en orden a dicha falsedad, pero, de un lado, no pueden establecerse de modo definitivo, ya que ello equivaldría a establecer, en otro procedimiento, un elemento del tipo objetivo sin contar con la intervención de quien luego resultará acusado de su comisión, y, de otro, en caso de que efectivamente consten en dichas resoluciones, no pueden ser valorados, por la misma razón, más que como indicios que justificarían la incoación del proceso penal, pero no como hechos definitivamente probados.

Pero, en segundo lugar, la afirmación del recurrente no es del todo exacta. En el mencionado Auto, de 9 de enero de 1995, en los fundamentos jurídicos, al lado de numerosas consideraciones, entre las cuales, tal como señala el recurrente, se afirma que, de ser ciertos los hechos, tal como resultan de la investigación realizada, no serían constitutivos de delito, se contienen otras de las que se desprende la duda de que sea cierto que los créditos se hubieran concedido sobre la base de un compromiso de los querrellados para responder de su importe personalmente. Es cierto que el Juez de instrucción acepta que haya podido existir una maniobra de amparo o soporte moral de los créditos solicitados a Banesto. Pero también se realizan otro tipo de consideraciones de las que se desprende que no se excluye la falsedad de los

elementos fácticos sobre los que se basa la querella.

Pues en el Auto se destaca que el máximo directivo de Banesto, Miguel Angel Calama, manifiesta que solamente ha visto a los hermanos Romero en dos ocasiones, mayo y julio de 1992 y que no se ha reunido en más de cuatro ocasiones con Olabarría. Igualmente se dice que el Sr. Pey, que al parecer evaluaba la capacidad de crédito de los querellados reconoce que el Grupo Olabarría no era una persona jurídica, y que nunca solicitó a Pedro Olabarría que respondiera de los créditos concedidos a Harry Walker. Y luego de reseñar estos dos datos, continúa, textualmente: “Viene, por todo ello, a resultar comercialmente inaceptable que un potente banco se vea engañado por una persona jurídica que ni siquiera existe y a la que le llega a otorgar créditos como los recogidos en las actuaciones. Y las concesiones de estos créditos, si se hicieron solamente en base a esta creencia de la existencia de un solvente grupo comercial y las consecuentes relaciones de confianza crediticia, resultan un tanto increíbles, habida cuenta del prestamista y de la cuantía”. Más adelante, FJ 5, se dice que si se acepta la versión de la querella, los querellados ejecutan “una inverosímil puesta en escena”. Y también que, si se acepta la existencia de aquella maniobra de amparo o soporte moral de los créditos, resulta “inconcebible” que un selecto grupo de economistas, juristas, banqueros y financieros se vean sorprendidos en sus creencias por un trío de personas, sin amparo legal alguno, que se les presentan como Grupo Olabarría y les desposeen de seiscientos millones de pesetas. En ningún momento del Auto se acepta como mínimamente acreditado que existiera un compromiso personal de los querellados prestado en forma que pudiera dar lugar a un acto de disposición por parte del Banco, y que fuera más allá de la expresión de su confianza en la marcha de las sociedades de las que eran accionistas, con independencia de la valoración que pudiera reconocerse después a la obligación de poner en marcha los mecanismos de

autoprotección a los efectos de considerar finalmente los hechos como no constitutivos de delito en ningún caso.

Por lo tanto, del Auto dictado, lo que se desprende es, precisamente, la imposibilidad de aceptar que los hechos hubieran ocurrido tal como se describe en la querella.

2. En cuanto a la querella inadmitida anteriormente, debe recordarse que el Auto de inadmisión no supone cosa juzgada. Así, en la STS nº 663/2005 se recordaba que “En lo que está de acuerdo reiterada jurisprudencia de esta Sala es que no producen eficacia preclusiva la resoluciones en las que se rechaza una querella o una denuncia por entenderse que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito conforme a los arts. 313 y 269 LECrim tampoco los autos de sobreseimiento provisional (arts. 641 y 689.5.1 LECrim, ni los llamados autos de archivo, previstos en el mismo art. 789.5.1 para los casos en que se estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que es el auto que fue dictado en las Diligencias en las que se apoya la invocada vulneración constitucional”. Nada impide, por lo tanto, la admisión de una nueva querella por los mismos hechos si se aportan elementos fácticos o valorativos que permitan una conclusión provisional diferente acerca de la posible consideración de los hechos narrados como constitutivos de delito.

3. Respecto a la prueba testifical, la sentencia recoge la declaración de los testigos, contra los que presentó la querella Banesto, que niegan la realidad de los hechos de la misma. Estas declaraciones encuentran corroboración en la prueba documental. La sentencia se refiere al Auto del Juez de instrucción de 9 de enero de 1995, del que resulta que de las investigaciones entonces realizadas se desprendía que el responsable de Banesto en la zona solo había visto a los hermanos Romero en dos ocasiones

y no se había reunido mas que en cuatro ocasiones con Pedro Olabarría y, que como también se acaba de decir, el Sr. Pey, que al parecer evaluaba la capacidad de crédito de los querellados reconoce que nunca solicitó a Pedro Olabarría que respondiera de los créditos concedidos a Harry Walker.

4. En cuanto al resto de la documental a la que se refiere el motivo, el recurrente no acude al error en la apreciación de la prueba, aunque en el motivo se refiere concretamente a distintos documentos. Con independencia de lo que se dirá más adelante al examinar el motivo por infracción del artículo 456 del Código Penal, ha de aceptarse la argumentación del recurrente respecto a que los hechos contenidos en la querella relativos a los movimientos de dinero, aunque se expusieran dentro de una argumentación falaz dando una imagen determinada, de carácter negativo, de la conducta que se imputaba a los querellados, lo cual no es irrelevante, no eran hechos que, como tales, puedan considerarse falsos en su aspecto más sustancial. Los movimientos de dinero existieron, tal como resulta de la propia sentencia, y su razón de ser se consideró legítima tras la investigación realizada, y aunque en la querella se afirmara que se realizaban sin causa alguna, no se ha establecido en la sentencia, como probado, que al hacer esa afirmación se faltara a la verdad porque se conocieran las razones reales de cada uno de aquellos movimientos. Otra cosa, a la que luego se aludirá, es que la forma en que se hace la presentación de estos hechos en la querella contribuyera a dar a los otros hechos, los que se han considerados falsos, tanto una mayor verosimilitud como una apariencia delictiva. Por lo tanto, aunque no se pueda afirmar que son irrelevantes, tampoco es posible declarar que se trataba de hechos, como tales, falsos.

Se argumenta en el motivo que en la querella nunca se afirmó que hubieran firmado un aval o fianza personal. Es obvio que tal cosa nunca se

dijo, pues de ser así, o bien se habría aparentado mediante una maniobra engañosa una solvencia inexistente para que el Banco aceptara tal aval o fianza, lo cual no se ha alegado, o bien el Banco procedería al ejercicio de las acciones civiles pertinentes, lo que no consta. Lo que se dice en la querrela es que las empresas del Grupo Olabarría han conseguido unos créditos por más de seiscientos millones de pesetas que solo se concedieron porque los querellados se comprometieron personalmente a su devolución en caso de que las empresas no los pagaran. Y eso es lo que no es cierto, según la sentencia de instancia y es a lo que se refiere en su fundamentación jurídica. Ni existió más compromiso que el propio del deudor, que no correspondía a los querellados sino a las sociedades, ni tal compromiso pudo ser la razón de la concesión de los créditos.

De los documentos que se citan en el motivo tampoco resulta la realidad de los hechos de la querrela, sino, al menos en algún caso, más bien lo contrario. Con independencia de que la mención al grupo Olabarría pudiera encontrar una justificación en el concepto que, a efectos meramente internos, tuviera el Banco respecto de las empresas de las que eran accionistas los querellados, se citan otros documentos en los que aparecen algunas razones que tuvo en cuenta la entidad bancaria para continuar con los créditos que venían concediéndose a esas empresas. Entre los documentos citados en el motivo, también mencionados en el recurso formalizado en nombre de Banesto, se encuentran algunos denominados Propuesta de riesgo/Ficha de clasificación. El de fecha 21 de enero de 1992, folios 1646-1650, referido a la sociedad Dicesa, incluye una página de observaciones entre las que se incluye la siguiente: “Como el balance actual no es presentable para las concesiones otorgadas, se han intentado obtener garantías de los componentes y virtuales propietarios (Pedro Olabarría Delclaux, Luis Fernando y José Ignacio Romero García) pero únicamente se nos ha informado que van a seguir invirtiendo en

la firma hasta hacerla rentable y para el primer trimestre del presente año ampliarán el capital en unos 100 millones de pesetas. No cabe duda de que existen razones para ponderar las relaciones que se mantienen con el Grupo Olabarria-Romero, las firmas vinculadas y los depósitos que a título personal mantienen con el Banco. Su promesa formal de que ampliarán el capital en 100 millones entre Enero-Febrero y que, en cualquier caso, respaldan moralmente a la Sociedad constituye hoy por hoy motivos suficientes para presentar estas propuestas con la importante reducción de riesgos en Papel Comercial (de 50 a 20 millones) y el plan de amortizaciones de la línea de crédito personal". A continuación, el recurrente deduce de este documento que aunque se negaron a avalar personalmente los créditos, se comprometieron a respaldar a Dicesa por medio de ampliaciones de capital y ese compromiso no escrito fue esencial para la concesión de la financiación. Y reconoce que los Sres. Olabarria y Romero suscribieron efectivamente varias ampliaciones de capital, una de ellas en abril de 1993 por importe de 240 millones de pesetas, con lo cual, en realidad no faltaron a lo que habían expresado como una intención, que además, según se recoge en la propia nota antes mencionada, coincidía con lo que ya venían haciendo, pues en el primer párrafo de la misma, antes no transcrito, se recogía que las pérdidas de la sociedad iban siendo neutralizadas por los accionistas con aportaciones dinerarias en sucesivas ampliaciones de capital. Este aspecto fáctico, relevante sin duda, no aparece en la querrela. Del contenido de la nota tampoco puede deducirse la realidad del compromiso personal al que se refiere la querrela de Banesto como razón de la concesión del crédito. Es cierto que en la nota referida se dice que existe una promesa formal de que respaldan moralmente a la sociedad. Es evidente que esa es la posición lógica que puede esperarse de cualquier accionista de una mínima importancia en la sociedad cuando se le pregunta por el futuro de la misma en el momento de

gestionar un préstamo o una línea de crédito, pues no es imaginable que exprese dudas acerca de la misma. Pero ese respaldo moral a la sociedad que solicita el dinero no puede confundirse, si no es interesadamente, con el compromiso, aunque sea solo verbal, de responder personalmente de las deudas en caso de insolvencia de la sociedad. Ambas cosas solo pueden identificarse si se pretende presentar como cierto algo que no ha sucedido.

Además, se citan otros documentos de los que tampoco resulta que la razón de la concesión de los créditos fuera ese compromiso personal que se relata en la querrela como elemento decisivo del acto de disposición patrimonial realizado por el Banco. Otra propuesta de 14 de marzo de 1991, folios 9021-9024, valora que la empresa que lo solicita “Forma parte de las empresas que controla D. Pedro de Olabarría, que goza de gran seriedad comercial, importante solvencia económica y excelente prestigio en la gestión empresarial”. Otra, de fecha 21 de mayo de 1991, folios 9026-9029, en la que consta: “Elevamos de conformidad la presente propuesta, en atención a las aplicaciones del Grupo, así como por sus saldos medios”. Otra de 13 de diciembre de 1990, folio 9056, en la que consta: “Se informa favorable en atención a las compensaciones que nos han ofrecido de negocio colateral; también con la importación de maquinaria de 20/30 millones y, especialmente por tratarse de firma del GRUPO OLABARRIA. En realidad la operación es puente y se cancelará con la formalización de leasing en la modalidad de lease back”. De los documentos mencionados en el motivo, entre ellos los aquí referidos, concluye el propio recurrente que no puede quedar ninguna duda de que el Grupo Olabarría existía “y de que su solvencia e inversiones en Banesto fueron determinantes para la decisión de los créditos”. Además, se menciona una nota de Carlos Ruiz de 30 de noviembre de 1993, de la que deduce el recurrente que los querrelados por Banesto respaldaban activamente con su solvencia a las sociedades del grupo, y que se refiere a gestiones

realizadas con Pedro Olabarria en relación los problemas surgidos con las suspensiones de pagos. Se recoge en esa nota una oferta realizada por el citado Pedro Olabarria en la que se incluía un compromiso de adquirir unas acciones como parte de una operación más compleja, y se añade, más adelante, que el mencionado Carlos Ruiz rechazó la propuesta porque era fraudulenta y por la “imposibilidad de asegurar el resultado, adquisición en la subasta por el Sr. Olabarria, por cuanto el mismo no está dispuesto a suscribir compromiso alguno”. A pesar de lo que argumenta el recurrente, de los documentos mencionados lo que resulta es que los créditos se concedieron en atención a la solvencia en esos momentos de las empresas del llamado por el Banco Grupo Olabarria, y, concretamente del último documento, lo que resulta con claridad es que el Banco no aceptó la realización de una operación basándose solamente en el compromiso verbal del luego querellado. Es decir, algo muy diferente de lo que se afirma en la querella.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 130 a 132 del Código Penal. Sostiene que el delito de acusación y denuncia falsa por el que ha sido condenado debe considerarse prescrito, ya que durante más de cuatro años la instrucción de la causa se dedicó únicamente a la investigación de los hechos relativos a la falsa imputación de cohecho, por lo que durante ese tiempo se produjo, a todos los efectos, una paralización del proceso respecto de aquel delito. Entre el 4 de junio de 1998 en que se presentó la querella y el 2 de diciembre de 2002 en que se acordó definitivamente el archivo respecto del delito de cohecho, la investigación estuvo centrada prácticamente, dice, en el supuesto cohecho. Siendo el plazo de prescripción del delito de acusación y denuncia falsa de tres años, el delito de acusación y denuncia falsa prescribió

más de un año y medio antes de que se retomara la instrucción por el mismo.

1. El transcurso del tiempo es un elemento decisivo en la legitimación del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. La ley reconoce generalmente, de forma proporcionada a la gravedad del delito, que una vez transcurrido cierto tiempo sin que se practiquen actuaciones materiales en averiguación y persecución de un hecho delictivo, no está justificado sancionar penalmente a su autor. Conforme al Código Penal vigente al tiempo de los hechos, no se habría producido en ningún caso la prescripción, en tanto el plazo previsto era de cinco años. El Código Penal vigente en la actualidad preveía en la redacción originaria del artículo 131, aplicable en todo caso como más favorable, que los delitos menos graves, es decir, los sancionados con penas menos graves, artículo 13, que en ese momento y tratándose de pena privativa de libertad, era pena de prisión de seis meses a tres años, prescribirían a los tres años.

2. Como el propio recurrente reconoce, la querrela se presentó con referencia a hechos que podrían constituir un delito de acusación y denuncia falsa y un delito de cohecho. Es claro que ambos hechos estaban íntimamente ligados, ya que los hechos que se calificaban como delito de cohecho encontrarían explicación precisamente en la falsedad de los hechos imputados. Y en este sentido, la prueba del conocimiento de la falsedad de la imputación tenía evidente relación con la prueba de la existencia de un concierto, previo o sobrevenido, con el entonces Juez Luis Pascual Estevill, que se había hecho cargo temporalmente del Juzgado por ausencia del titular y que había adoptado las primeras decisiones, muy gravosas para los allí querrelados. Dicho con otras palabras, lo que se denunciaba era la presentación de una querrela basada en hechos falsos y el soborno del Juez

para que acordara medidas que supusieran una fuerte presión sobre los querellados. Es por ello que la investigación se inicia y se continúa todo el tiempo respecto del conjunto de los hechos denunciados, aunque se centre en algunos aspectos del cohecho más que en los relativos a la acusación y denuncia falsas. Sin embargo, como también reconoce el recurrente, entre las fechas señaladas existen diligencias de instrucción consistentes en declaraciones y aportación de documentos directamente relacionados con los hechos que constituirían el delito de acusación y denuncia falsa, así como resoluciones judiciales de fecha 19 de febrero y 7 de julio de 1999 y de 17 de octubre de 2000, entre otras, en las que se desestima, previo el correspondiente debate entre las partes, la pretensión de los querellados relativa a la pertinencia de acordar el sobreseimiento de las actuaciones, señalando el órgano jurisdiccional la persistencia de los indicios de delitos, entre otros de acusación y denuncia falsa y la necesidad de continuar la instrucción, por lo que no puede entenderse que durante ese extenso período de tiempo se paralizaran las actuaciones penales respecto de este último delito dando lugar así a la prescripción.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el sexto motivo, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 456 del Código Penal vigente, 325 del Código Penal derogado, ya que, en todo caso, los hechos contenidos en la querrela presentada por Banesto nunca serían constitutivos de delito. Señala que la jurisprudencia ha exigido un especial cuidado en la aplicación de este delito, pues el ciudadano que acude a la jurisdicción penal lo hace siempre relatando probabilidades y no certezas, por lo que no basta la mera inveracidad objetiva del hecho imputado, sino que es preciso acreditar la llamada inveracidad subjetiva. En el desarrollo del

motivo distingue entre las imputaciones referidas al presunto engaño en la concesión de los créditos y las concretadas en presuntas disposiciones de fondos de las sociedades deudoras. Respecto de las primeras afirma que el engaño, en su caso, no sería bastante, como se desprende de los términos con los que lo califica la propia sentencia impugnada, por lo que los hechos serían atípicos. En cuanto a la segunda, señala que en los hechos de la querrela nada se dice sobre el particular, y que el contenido de la calificación jurídica que se hace en aquella debería ser irrelevante a los efectos de valorar la falsedad de una imputación a lo que hay que añadir que lo que se dice es notablemente inconcreto e impreciso (sic).

1. El artículo 456 del Código Penal vigente sanciona a quien imputare a alguna persona hechos que de ser ciertos constituirían infracción penal si lo hiciera con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio por la verdad ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. La redacción del artículo 325 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, año 1994, era similar, no conteniendo el inciso relativo al temerario desprecio por la verdad. Jurisprudencia y doctrina han señalado generalmente que el bien jurídico protegido en este delito es doble: de un lado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se perjudica al verse en la precisión de llevar a cabo actuaciones procesales penales basadas en hechos cuya falsedad consta desde el inicio a quien los pone en su conocimiento; y de otro el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos, que se ve afectado negativamente al aparecer como imputado en una causa penal. En el primer aspecto, la Justicia no solo sufre los efectos negativos de un esfuerzo injustificado, sino que también puede verse perjudicada en su prestigio en cuanto llega al conocimiento público que el Poder del Estado en ese ámbito ha sido engañado e incluso conducido a tomar

decisiones, aunque sean provisionales, que al basarse en hechos falsos, resultan injustas. En el segundo aspecto, la LECrim solo autoriza al Juez a rechazar una querrela, dejando a un lado el supuesto de incompetencia, en el caso de que los hechos no sean constitutivos de delito, artículo 313. De forma similar, el artículo 269 dispone que, formalizada la denuncia, el Juez o funcionario a quien se hiciere mandará proceder a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. Por imperativo del artículo 118 de la misma Ley, la admisión de una querrela o denuncia debe ponerse en conocimiento inmediato de los querrellados o denunciados al efecto de que puedan comenzar el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Desde ese momento, la posición procesal que ocupan es la de imputado, al no existir en nuestro derecho procesal una posición intermedia entre la imputación de parte, que atribuiría la posibilidad de defenderse con arreglo a la Constitución y a la ley, y la imputación judicial, que implica un grado mayor de sujeción al proceso.

El tipo objetivo requiere que sean falsos los hechos atribuidos al denunciado o querrellado, sin que a esos efectos tenga trascendencia la valoración jurídica que el querellante o denunciante pueda hacer de los mismos. Lo que se sanciona penalmente no es una errónea calificación de parte, sino la imputación de hechos falsos. Sería, pues, irrelevante la inexistencia de una calificación jurídica, lo que ordinariamente ocurre, por otra parte, cuando se trata de una denuncia. Tampoco es decisivo el lugar que ocupen en sus escritos, pues lo que importa es que se trate de hechos y que sean conocidamente falsos por quien los imputa. En segundo lugar, es necesario que, de ser ciertos, los hechos imputados fueran constitutivos de infracción penal. Y además, es preciso que la imputación se haga ante funcionario judicial o administrativo que deba proceder a su averiguación. Estas dos exigencias, aun siendo diferentes, tienen relación directa con los

bienes jurídicos protegidos, que precisamente se ven afectados cuando ese funcionario, en atención a la forma en que le son comunicados los hechos falsos que no autoriza a rechazar de plano su naturaleza delictiva, se ve en la obligación de proceder a su averiguación, y, por lo tanto, de abrir unas actuaciones o un procedimiento que, precisamente, causa la afectación negativa del bien jurídico, en los dos aspectos antes relacionados. En este sentido, lo que resulta relevante es que los hechos, tal como son presentados, tengan suficiente apariencia delictiva como para que no sea pertinente el rechazo de la querrela o de la denuncia. Es decir, no se trata de que al final del proceso pudiera establecerse o negarse su carácter delictivo, sino que lo que importa es que, en el momento en que se realiza la imputación falsa, su contenido obligue a admitirla a trámite e imponga la comprobación de los hechos denunciados como paso necesario para su valoración jurídica. Esto no impide excluir la existencia del delito del artículo 456 cuando posteriormente pueda afirmarse, sin duda alguna, y siempre en una valoración del contenido de la denuncia o querrela, que el procedimiento nunca debiera haberse incoado.

El tipo subjetivo exige que el autor conozca la falsedad de la imputación. De ahí las referencias a la inveracidad subjetiva. No basta, pues, con la falsedad de los hechos que se imputan sino que es preciso que quien hace la imputación tenga la conciencia de que esos hechos no se corresponden con la realidad.

2. En el caso, el querellante relató en su querrela que había concedido unos créditos a distintas sociedades del Grupo Olabarría por un importe superior a 600 millones de pesetas y que “dichas operaciones crediticias fueron concedidas porque los querellados D. Pedro Olabarría y D. Juan Ignacio y D. Luis Fernando Romero García, accionistas indirectos de las

mismas, se comprometieron a responder personalmente de las posibles insolvencias que se fueran produciendo”. Añadía que la totalidad del riesgo asumido por la entidad bancaria querellante frente a dicho grupo societario ha resultado impagado y que la apariencia para obtener esta confianza de la entidad es precisamente el engaño que ha sufrido, “ya que ésta nunca hubiera concedido dichos créditos a diferentes sociedades del Grupo Olabarría de no responder finalmente los citados querellados”. En la calificación jurídica insiste en que nunca se hubieran concedido los créditos “...a las distintas sociedades del Grupo Olabarría de no responder finalmente los citados querellados, por cuanto insistimos eran conocedores de su incapacidad económica para atender la amortización de los mismos”. Igualmente, explica en el apartado de la querrela destinado a consideraciones jurídicas, los querellados utilizaron las cantidades recibidas en su beneficio exclusivo, pues han sabido que ingresadas las cantidades en las sociedades pasaban posteriormente al patrimonio de los querellados. También afirma que los querellados realizaron ventas de activos de las sociedades antes indicadas, todo ello en su propio y exclusivo beneficio y en perjuicio de la entidad prestamista que se ha visto estafada por la conducta de los querellados.

Lo que debe resolverse ahora, de acuerdo con el planteamiento del recurrente, es si esos hechos eran delictivos, tal como eran presentados. La cuestión se centra especialmente en el carácter bastante del engaño, ya que de no concurrir ese elemento, los hechos serían atípicos. Bien entendido que, como se ha dicho, la tipicidad o atipicidad debe predicarse de los hechos tal como son denunciados, y no de los hechos tal como resultan de la investigación subsiguiente a la incoación. Lo que se denuncia, pues, es la existencia de un acto de disposición de la entidad bancaria basado en un engaño previo.

La jurisprudencia ha reiterado la naturaleza circunstancial del engaño,

pues para valorar su suficiencia a los efectos de causar el acto de disposición es preciso atender a las condiciones del autor, a las de la víctima y a las de todo orden que rodean la actuación engañosa.

En la STS nº 698/1994, de 26 de mayo, de la misma época en la que se presenta la querrela por Banesto, se decía que “Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante”.

Este engaño consistía, según la querrela, en el compromiso de responder personalmente de las deudas de unas sociedades de las que los querrelados eran accionistas, lo cual motivó, según se dice en la querrela, que el Banco concediera los créditos que luego resultaron impagados. Es cierto, como alega el recurrente y como se dice en alguno de los párrafos de la sentencia, que un mero compromiso verbal no suele motivar la concesión de un crédito por parte de una entidad bancaria, que, ordinariamente, acude a mecanismos legales que le aseguren, en una previsión razonable, la devolución de lo prestado. Sin embargo, también es difícil afirmar de forma absoluta que, en operaciones complejas con distintas sociedades que, como en el caso, se incluyen en un grupo con el que la entidad se relaciona, o en

supuestos de créditos otorgados a personas o entidades con las que el prestamista lleva operando con éxito durante largos periodos de tiempo, sea del todo irrelevante el compromiso personal del deudor o de los accionistas para atender posibles insolvencias. No puede descartarse que la concesión de créditos, incluso importantes en su cuantía, más aún en el marco de acuerdos y operaciones más amplias, temporal o económicamente consideradas, pueda verse influida de alguna forma por los acuerdos o compromisos alcanzados con el deudor personal o con los accionistas de la entidad prestataria. Es importante, en estos casos, antes de excluir la existencia de delito, dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva en la medida que corresponde al querellante, procediendo a la investigación respecto de todas las circunstancias que rodearon dicho compromiso y la concesión final del préstamo, pues solo así cabe realizar una valoración completa a los efectos de determinar su posible tipicidad. Por lo tanto, no puede excluirse desde el inicio que el compromiso personal de los querellados fuera lo que había inducido a la entidad prestamista a conceder los créditos a las sociedades de las que aquellos eran accionistas. Más aún cuando los hechos se presentan como se hace en la querrela, en la que junto a la afirmación de que el crédito solo se concedió por el compromiso de los querrellados de responder personalmente en caso de insolvencia, se añade que el dinero recibido por las sociedades pasaba luego al patrimonio de los querrellados, que incluso habían procedido a la venta de activos descapitalizando a las empresas. Dicho de otra forma, los hechos se presentan, sobre la base de dos afirmaciones falsas (la existencia de un compromiso verbal de responder personalmente y que eso fue lo que decidió la concesión del crédito), como una maniobra de los querrellados para, aprovechando las relaciones previas del Banco con el Grupo de sociedades, hacerle creer a la entidad bancaria que se comprometían a responder personalmente en caso de insolvencia, obtener créditos por un

importe de más de 600 millones de pesetas, y a renglón seguido hacer suyo el dinero descapitalizando a las empresas. Se configuraba así una actuación que presentaba caracteres iniciales de delito, haciendo imposible el rechazo liminar de la querrela y obligando al Juez a practicar diligencias de investigación. Tal como, por otra parte, se explica con claridad en el Auto del Juzgado de 9 de enero de 1995, especialmente cuando recoge textualmente el contenido de otro Auto anterior de 2 de octubre en el que se deniega el sobreseimiento solicitado por las defensas de los allí querrellados.

Practicadas las actuaciones de investigación que resultan de la causa, el Juez acordó el sobreseimiento. La existencia de un compromiso personal, verbal, de los querrellados, en el marco de unas relaciones y negociaciones complejas, más allá del evidente respaldo moral que los accionistas de una sociedad dan a ésta cuando intervienen de alguna forma en la obtención de créditos, que incluye, naturalmente, la expresión de la voluntad de devolverlos, no fue considerada posible cuando de las actuaciones resulta que los responsables del Banco declaran (Miguel Angel Calama) haber visto a los hermanos Romero en dos ocasiones, antes de acceder al puesto de responsabilidad que ahora ocupa y no haberse reunido más que en cuatro ocasiones con Pedro Olabarría y cuando el Sr. Pey, al que correspondía el examen de la capacidad crediticia de aquellos declaró que nunca se había pedido a Olabarría que respondiera personalmente de los créditos de Harry Walker. Pero, como se ha dicho no podía descartarse de antemano, y así lo entendió el Juez de instrucción, que tal compromiso hubiera existido e incluso que, en determinadas circunstancias, hubiera podido tener alguna influencia en la decisión de la entidad bancaria de acceder a la concesión de los créditos a las distintas sociedades.

La jurisprudencia no ha negado de forma absoluta la posibilidad de calificar como delictivos, supuestos en los que ha existido engaño a una

entidad bancaria sobre la base de una declaración o afirmación de quien luego se convierte en deudor, aun cuando deba tenerse en cuenta que las circunstancias en las que se desarrolla la operación hayan podido ser decisivas. Así, en la STS n° 668/1992, de 5 de mayo, en la que se confirmó la condena por estafa basándose en la falsificación de una relación de bienes presentada al Banco, se afirmaba que “aquella relación de muebles y maquinaria, fue bastante para mover la voluntad de la entidad bancaria”, a pesar de que, en realidad, la declaración de bienes no era otra cosa que una manifestación del deudor, o mejor, de quien aspiraba a serlo, realizada por escrito. O la STS n° 1517/1992, de 29 de junio, en la que se decía que “Cual sintetiza la S. 16-10-1991-en hipótesis semejante-, existe, pues, el elemento del engaño, en cuanto que la entidad crediticia confiaba en el buen fin de la letra de cambio (se trataba de letras simuladas, pero no consta que el Banco hiciera nada para comprobar la intervención de las empresas libradas)”, donde se aceptó, por lo tanto la regularidad de unas letras de cambio basándose en la afirmación de quien las presentaba, ya que el Banco nada hizo para comprobarlo. O la STS n° 1348/1993, de 11 de junio, en la que, refiriéndose a supuestos de descuento bancario, esta Sala decía que “El verdadero ardid, sobre el que se monta el engaño, lo constituye el hecho de que con mucha antelación, el mismo acusado había descontado letras en los mismos Bancos durante varios años, y tales entidades confiaban en que estas letras respondían a la realidad”. También en la STS n° 2363/1993, de 26 de octubre, en la que, a pesar de que la entidad bancaria defraudada había incumplido algunas normas relativas a la conformidad telefónica de talones superiores a un importe determinado, se mantuvo la consideración de estafa dado que los autores se habían ganado la confianza de la entidad. Del mismo modo, en la STS n° 788/1994, de 6 de setiembre, en la que, refiriéndose a supuestos de letras de favor, se decía que “...cuando se emiten o libran letras de cambio de los llamados

de «favor» y éstas son descontadas (aceptadas, se dice) por una entidad bancaria, no puede existir esa infracción penal. Pero ello no es cierto, pues si bien es costumbre en el tráfico mercantil y bancario emplear esos documentos de manera fiduciaria para obtener créditos o para favorecer a terceros que posean menos garantías dominicales o personales, lo que es impermisible, por ilegal, es simular su validez en el tráfico de los negocios para encubrir una auténtica defraudación en favor de quien los libra o los acepta y en perjuicio de quien hace el pago de ellas por vía de descuento u otro método similar. En estos casos estamos claramente ante los ilícitos penales de que se trata y que fueron acertadamente valorados jurídicamente por el Tribunal «a quo».

De acuerdo con el contenido de estas sentencias de esta Sala, puede afirmarse que, en la época en la que se presenta la querrela, y con independencia de los elementos circunstanciales que surgieran de la investigación, no podía excluirse el carácter delictivo de los hechos que se imputaban a los querrelados, de ser ciertos tal como se relataban en la querrela, es decir, en caso de responder a la realidad que los créditos se habían concedido exclusivamente sobre la base de una confianza construida sobre el compromiso verbal de responder personalmente de las deudas de las sociedades para luego, una vez obtenido el dinero, descapitalizarlas y hacer suyo el importe obtenido.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEPTIMO.- En el octavo motivo, por la misma vía, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal, pues en todo caso los hechos no serían constitutivos de un delito continuado.

1. El delito continuado, como se dice en la STS. 367/2006 de 22.3,

viene definido en el artículo 74 CP como aquél supuesto en el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, de lo que se desprende que se trata de una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva, (STS nº 97/2010). Por lo tanto, la primera exigencia de la figura es que se trate de varias acciones u omisiones.

2. La sentencia, como alega el recurrente, carece de una motivación suficiente en el aspecto jurídico, pues omite explicar las razones que haya podido tener el Tribunal para considerar que los hechos son constitutivos de un delito continuado. Puede entenderse, como se hace en el motivo, que se ha considerado que se realizan varias imputaciones fácticas y que serían constitutivas de un delito de estafa y de un delito de alzamiento de bienes. Sin embargo, lo que se relata en la querrela son unos hechos consistentes en la prestación de un compromiso verbal según el cual los querrelados responderían de las insolvencias de las sociedades prestatarias, que se presenta como el elemento engañoso decisivo para la concesión de los créditos por parte del Banco. No se expresa si ese compromiso se prestó en mas de una ocasión, por lo que, en principio, se referiría a un solo hecho. Los demás hechos, que, desvinculados de los anteriores, podrían considerarse constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, una vez que son valorados junto a los que se califican como estafa, solamente podrían valorarse como correspondientes a la fase del agotamiento del delito, ya que el dinero que se extrae del patrimonio de las sociedades deudoras es precisamente el obtenido con la maniobra engañosa. En definitiva, lo que se imputa es un solo delito de

estafa, aunque se presente de forma que se describe también su agotamiento por parte de sus autores, dándole así una mayor apariencia de veracidad, por lo que, en el sentido defendido en el motivo, no es procedente considerar que se trata de varias acusaciones falsas que darían lugar a un delito continuado.

El motivo se estima.

Recurso de Miguel Angel Calama Teixeira

OCTAVO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción de los artículos 456 y 74 del Código Penal, pues los hechos no constituyen delito continuado.

El motivo es sustancialmente coincidente con el motivo octavo del anterior recurso, por lo que debe ser estimado por las mismas razones por las que lo fue aquél.

NOVENO.- En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba y designa varios documentos de los que deduce que la decisión de presentar la querrela fue tomada por la Mesa Central Calificadora.

1. Como es bien sabido, los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o

material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. Entre los documentos designados cita uno que ya ha sido examinado con anterioridad, y que obra al folio 1.214 de la causa. En él se hace referencia a un acuerdo tomado por la Mesa Central Calificadora en su sesión de 28 de agosto de 1994. En el párrafo final se hace constar que “El Letrado Sr. Jiménez de Parga presentará el informe sobre el resultado de las

investigaciones que está llevando a cabo, para decidir si se inician acciones penales contra el Sr. Olavaria (sic) y los hermanos Romero. Próxima revisión: Octubre-94". Como ya se ha dicho, de este documento resulta que aún en el mes de agosto, a finales, la Mesa Central Calificadora estaba pendiente de recibir información para decidir si se iniciaban acciones penales contra Pedro Olabarría y los hermanos Romero, de forma que, si la querrela ya había sido presentada a finales del mes de julio, el documento indica no solo que la Mesa central no estaba informada, sino que la decisión de presentar la querrela fue adoptada por otros, presumiblemente y según una previsión razonable, de rango jerárquico superior. Por lo tanto, su contenido no evidencia un error del Tribunal al configurar la declaración de hechos probados. Los demás documentos designados no restan valor al que se acaba de examinar ni demuestran un error en el sentido pretendido en el motivo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DECIMO.- En el motivo tercero, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 456 del Código Penal, pues sostiene que los hechos que se declaran probados y que se le imputan no son constitutivos de delito de acusación y denuncia falsa.

1. En los hechos declarados probados se dice que el recurrente, conociendo que Pedro Olabarría, los hermanos Romero García y Modesto González Mestre no podían ser reputados deudores responsables de los créditos contraídos por las correspondientes sociedades del grupo, para recuperar como fuera dichos créditos, siguiendo instrucciones dadas desde la Presidencia del Banco, interesó del coacusado Jiménez de Parga la interposición de una querrela contra aquellos como medida de presión para el

cobro de las deudas, proporcionándole la documentación necesaria sobre el grupo Harry Walker. En la fundamentación jurídica se añade que de él dependía la asesoría jurídica, y aunque de él no partió la idea de interponer la querrela, la materializó con Jiménez de Parga en los términos en los que se formuló. También se declara probado que aprobó la presentación de un nuevo escrito en setiembre, en el que, con conocimiento de su falsedad, se insistía nuevamente en que los créditos al Grupo Olabarría se obtuvieron mediando un engaño urdido por los querellantes y que éstos trasvasaban los fondos obtenidos de Banesto simulando operaciones con el exterior, a sociedades por ellos controladas y situadas en el extranjero, desde las que se apropiaban de las cantidades remitidas.

2. Es claro que el recurrente participó en la presentación de la querrela, en cuanto transmitió al letrado las instrucciones pertinentes, y en su ampliación en tanto que la aprobó, según el hecho probado, y que concurren en su conducta los elementos del tipo objetivo y subjetivo desde el momento en que sabía que los querellados no podían ser considerados deudores, proporcionó a Jiménez de Parga la información necesaria y materializó la querrela en los términos en los que se formuló, haciendo constar en ésta que aquellos eran deudores a partir de un compromiso verbal de responder personalmente de las insolvencias de las sociedades prestatarias, lo que sabía que no había ocurrido. Por lo tanto, como Director Regional, y con independencia de que las instrucciones procedieran de otras personas de Banesto, se comunicó con el letrado para preparar la presentación de la querrela y de los escritos que la siguieron.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

UNDECIMO.- En el motivo cuarto, denuncia vulneración de su

derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que no está acreditado que supiera que los hechos afirmados en la querrella eran falsos, así como tampoco los contenidos en la ampliación de la querrella.

En su declaración, según se argumenta en la sentencia impugnada, reconoció que, como Director Regional Comercial para Cataluña y Baleares, se reunió con Jiménez de Parga para la preparación de la querrella. Además, como Director Regional le correspondía ocuparse de restablecer el equilibrio patrimonial de la entidad y recuperar todos los recursos. Reconoció, igualmente, que Jiménez de Parga le presentó un informe calificando los hechos como estafa. Conocía, por lo tanto, la existencia de la querrella y su contenido, y tenía que saber que los hechos que en la misma se relataban no se correspondían con la realidad, pues, además de lo que se razona en la sentencia, ya hemos señalado que en las diligencias practicadas por el Juez de instrucción al que correspondió la causa iniciada por la citada querrella, se comprobó que a los hermanos Romero los había visto solamente en dos ocasiones y que con Pedro Olabarría se había reunido en cuatro ocasiones, de lo que se deducía la imposibilidad de que los tres se hubieran comprometido verbalmente, de forma mínimamente creíble y convincente, a responder personalmente de las deudas de las sociedades, como se decía en la querrella. Sabía, por lo tanto, que no había existido ningún compromiso verbal por parte de los querrellados de responder de las insolvencias de las sociedades, y, por lo tanto, que lo que se afirmaba en la querrella no era cierto.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DUODECIMO.- En el motivo quinto, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, nuevamente denuncia error en la apreciación de la prueba. Se basa ahora en el Auto dictado por el Juzgado de instrucción nº 18 de

Barcelona, de 2 de noviembre de 1995, y en el dictado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de abril de 2006, en los que se inadmitió la querrela interpuesta por los aquí querellantes Pedro Olabarría, Luis Fernando y José Ignacio Romero García, entendiendo que no existió conciencia de la falsedad de lo imputado.

El motivo no puede ser estimado. Como ya se ha dicho más arriba, los Autos de inadmisión de querrela no producen cosa juzgada, por lo que no queda impedida una nueva consideración de los hechos contenidos en la querrela inicialmente inadmitida. La decisión jurisdiccional dictada en ese momento con ese sentido, valora los datos de los que dispone pero nada impide una nueva valoración de los hechos a la luz de otros datos.

Recurso de Rafael Jiménez de Parga y Cabrera

DECIMO TERCERO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Argumenta que el Tribunal de instancia se ha limitado a resumir la prueba practicada, transcribiendo lo dicho

1. Es cierto que sería deseable una valoración de la prueba más detallada que la contenida en la sentencia impugnada, que parece en algunos momentos limitarse a una descripción de la prueba practicada. También lo es, como reconoce el propio recurrente, que este defecto no da lugar por sí mismo a la anulación de la sentencia. Ello no impide reconocer que el Tribunal de instancia debe valorar expresamente la prueba y no limitarse a enumerarla. En la STS nº 1394/2009, de 25 de enero, citada por el recurrente,

aunque se criticaba la técnica que había inspirado la redacción de la sentencia, señalando que el “...copiado de los testimonios de las partes, ajeno a cualquier consideración analítica, se distancia de lo que debería ser el verdadero entendimiento de la apreciación probatoria”, se aceptaba que “...la sentencia en su conjunto ofrece los elementos de juicio indispensables para concluir, ahora en fase casacional, si el juicio de autoría se apoya o no en prueba bastante y si ésta ha sido valorada de forma racional”. Es decir, dando por reproducidas las consideraciones vertidas en aquella sentencia, el defecto considerado no conduce necesariamente a la absolución por falta de pruebas, siempre que sea posible obtener de su contenido la existencia de prueba y la racionalidad del resultado alcanzado tras su valoración.

2. A pesar de los defectos enunciados la resolución judicial es perfectamente inteligible, pues, como ya se ha puesto de relieve, expone las pruebas, su contenido incriminatorio y la conclusión a la que conduce su valoración. De la sentencia se desprende con suficiente claridad que el recurrente, como letrado, recibió de persona responsable en el Banco, que conocía lo sucedido, el encargo de preparar la querrela y la documentación necesaria para su elaboración. No consta en ningún documento obrante en las actuaciones, sino más bien lo contrario como ya se ha puesto de relieve, ninguna referencia concreta a la existencia de un compromiso verbal por parte de los entonces querrellados, prestado en forma mínimamente convincente, según el cual responderían personalmente, con sus propios bienes, de las posibles insolvencias de las sociedades prestatarias, más allá del respaldo moral que naturalmente es de esperar de accionistas importantes respecto a las sociedades en las que tienen participación cuando intervienen de cualquier forma en la gestión o en la obtención de créditos de una entidad bancaria o cuando son preguntados sobre el particular. Si el recurrente lo hizo constar así

en la querrela, es claro que sabía que faltaba a la verdad. Como ya se dijo antes, de los documentos que constan en la causa, que no son valorados expresamente en la sentencia pero que han sido traídos por las partes a su valoración en el recurso, no aparece ninguno del que pudiera resultar que la razón única como se decía en la querrela, que motivó la concesión de los créditos fuera el compromiso contraído por los querrellados de responder personalmente de las deudas de las sociedades, sino más bien todo lo contrario, ya que de los documentos expuestos resulta que las razones se cifraban más bien en las relaciones comerciales ya existentes y en la confianza que al Banco le merecía la solvencia de las empresas integradas en lo que llamaban el Grupo Olabarría.

Entre esos documentos están los que aparecen a los folios 1071-1073, según el cual, el Banco rechazó una propuesta porque solo se contemplaba un compromiso verbal; fs. 1646-1650, de la que resulta una propuesta basada en las relaciones anteriores con el Grupo, en la promesa formal de que ampliarán el capital, lo que luego cumplieron, en el respaldo moral a la sociedad; en la importante reducción de riesgos en papel comercial y en el plan de amortizaciones de la línea de crédito personal; la propuesta aprobada a los folios 2015-2018, basada en los saldos medios y en las aplicaciones “que nos vienen destinando el Grupo”, contemplando unos saldos en activos financieros y fondos de inversión de 268 y 217 millones de pesetas respectivamente; y otras propuestas a los folios 9021-9024, 9026-9029, 9056, o 9058, documento en el que consta a 23 de junio de 1992 una valoración de crédito referida a Movilmotors, S.A., que se basa en la confianza que merece al Banco el Grupo Olabarría.

En cualquier caso, el recurrente sabía que no existía ningún documento que avalara la existencia del citado compromiso personal y que, de haber existido sin aparecer rodeado de ninguna circunstancia que lo hiciera

creíble, no habría podido ser la razón única de la concesión de los créditos, como consta en la querella que redactó.

En cuanto a la declaración de quien compareció como testigo, el ex juez Pascual Estevill, argumenta el recurrente que su declaración es la de quien se estaba defendiendo y además no puede tenerse en cuenta más que lo que manifestó en el plenario. Sin embargo, de un lado, es reiterada la doctrina de esta Sala respecto de la posibilidad de valorar el contenido de las declaraciones sumariales prestadas ante el Juez con todas las garantías, cuando ante las contradicciones con las que se prestan en el juicio oral se incorporen aquellas a éste mediante su lectura o al menos a través del interrogatorio, dando a su autor la posibilidad de explicar la falta de coincidencia entre unas y otras. De todos modos, en la sentencia se recoge que, puesta de relieve la declaración sumarial, el citado manifestó que algo recordaba de aquello y que el recurrente le había dicho si se podía anticipar el interrogatorio. Asimismo se recoge que sin negar lo que había declarado, afirmó, en relación a algunas preguntas, que no recordaba.

De otro lado, aun cuando la declaración sumarial se prestara en un momento en el que se estaba defendiendo, por utilizar términos similares a los empleados en el motivo, no se alcanza a entender el beneficio que podría obtener de manifestarse en la forma en que lo hizo.

El motivo, pues, se desestima.

DECIMO CUARTO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción del artículo 456 del Código Penal y argumenta que los hechos contenidos en la querella no eran falsos en el sentido de la tipicidad del delito. Sostiene que el hecho de haber hablado en la querella del Grupo Olabarría y de que los querellados garantizarían los préstamos no es la imputación de hechos falsos a que se refiere el artículo 456

del Código Penal.

En el motivo tercero, al amparo nuevamente del artículo 849.1º de la LEcrim, se queja de la infracción del artículo 456 del Código Penal, pues sostiene que no concurre el elemento propio del tipo subjetivo, ya que el recurrente no tenía razones para saber que los hechos contenidos en al querella eran falsos.

En el motivo cuarto, de forma subsidiaria, al amparo del artículo 852 de la LECrim denuncia la vulneración de la presunción de inocencia ante lo que considera falta de pruebas respecto al elemento del tipo subjetivo.

1. En gran medida, la falsedad de los hechos contenidos en la querella ya ha sido examinada en el FJ 4º de esta misma sentencia, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones allí efectuadas.

2. Además, debe aclararse que, en contra de lo que señala el recurrente, lo que se consigna en la querella, dejando a un lado la mención del Grupo Olabarría, no es que los querellados “garantizarían” los créditos, sino que se afirma, como sustento de la maniobra engañosa a la que se hace referencia como elemento del delito de estafa, que los querellados, se comprometieron personalmente a responder de las posibles insolvencias que se fueran produciendo en las empresas o sociedades del Grupo Olabarría, respecto de los créditos que éstas obtenían de Banesto, y que la confianza creada con ese compromiso fue el engaño sufrido por la entidad bancaria, “...ya que ésta nunca hubiera concedido dichos créditos a diferentes sociedades del Grupo Olabarría de no responder finalmente los citados querellados”. A ello se añadía que una vez obtenido el dinero lo extraían de las sociedades para incorporarlo a su propio patrimonio utilizando las cantidades recibidas en su exclusivo beneficio. Como ya se ha dicho antes,

ningún dato avalaba la realidad de ese compromiso personal, cuya existencia fue supuesta con la finalidad de dar al impago producido, junto con los demás datos contenidos en la querella, la apariencia de una actuación delictiva.

Menciona el recurrente la declaración del testigo Emilio Núñez, para reforzar su consideración relativa a que se había estado discutiendo el asunto del impago de los créditos y que se había intentado, sin éxito, que avalaran las deudas. Pero de esa declaración resulta de forma clara que tales conversaciones, con independencia del valor y significación que quepa atribuirles, se produjeron con posterioridad al impago, por lo que en ningún caso lo que en ellas se hablara podría haber sido considerado por el recurrente como la única razón de la concesión de los créditos, tal como se describe en la querella. También menciona la declaración del testigo José Ignacio Romero en orden a que no es extraño que un socio avale préstamos realizados a sociedades, pero aunque tal cosa pueda ocurrir en el ámbito de las relaciones mercantiles, lo natural es que, si constituye la razón de la concesión de un crédito, se haga conforme a las formalidades que permitan exigirlo en caso de incumplimiento del deudor principal, y en el caso, resulta incierto que los querellados lo hubieran hecho verbalmente, pues no existen datos, ni siquiera antecedentes que avalen esa posibilidad. Igualmente se refiere a las denominadas cartas de patrocinio o comfort letters, instrumentos mediante los cuales los accionistas respaldan de forma más o menos explícita a la sociedad. Con independencia de que tal forma de proceder no implica un compromiso de responder personalmente de deudas ajenas, sino una expresión de confianza en el futuro o, incluso, la comunicación de propósitos de actuación, ni tampoco suele constituir la única razón de la concesión de un crédito de importancia, en el caso no existe en ningún lugar indicio alguno de la utilización de ese tipo de cartas que hubiera podido conducir al recurrente a afirmar la existencia de un compromiso verbal de los querellados en orden a

responder personalmente de las deudas de las sociedades, y que ese compromiso hubiera sido, precisamente, la razón de la concesión de los créditos, tal como se afirma en la querella.

En cuanto a la mención al Grupo Olabarría, aunque jurídicamente no existiera, no es en realidad un hecho falso, como la propia sentencia viene a reconocer implícitamente al aceptar que para el Banco sí existía, o podría existir, pero forma parte del conjunto de elementos con los que en la querella se presentan los hechos que relata para darles, como se ha dicho, una apariencia delictiva, de la que carecerían absolutamente si se hubiera limitado a narrar la concesión de créditos basados en la solvencia de las sociedades y en sus relaciones comerciales, anteriores y coetáneas a aquella concesión, el respaldo moral de algunos accionistas, y el impago sobrevenido con posterioridad, ya que en ese caso, con toda evidencia, quedaría claro que se trataba de una mera cuestión civil.

3. En lo que se refiere al tipo subjetivo, al que expresamente se refiere el motivo tercero, es claro que el recurrente redactó la querella sabiendo que no existía ningún elemento, ni documental ni de otra clase, que avalara la existencia de aquel compromiso; y si hubiera existido algo que pudiera llamarse respaldo moral, cuyo contenido y posible significado ya ha sido examinado más arriba, también es claro que tenía fuertes razones, en gran medida derivadas de máximas de experiencia, para entender que esa no hubiera podido nunca ser la única razón para que el Banco concediera los créditos a las sociedades, tal como se afirma de modo contundente y reiterado en la querella.

Además, la conducta del recurrente con posterioridad a la presentación de la querella, realizando gestiones ante el entonces Juez Pascual Estevill para adelantar ante éste la ratificación y las primeras declaraciones

antes de que retornara el Juez titular, en ese momento de permiso, revelan una implicación personal que se explica al ponerse en relación con la finalidad que en la sentencia se atribuye a la querrela, es decir, presionar a los accionistas para que aceptaran responder de las deudas de las sociedades una vez que se había producido el impago.

Por tanto, los motivos se desestiman.

DECIMO QUINTO.- En el motivo quinto, ad cautelam respecto de los motivos anteriores, denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues entiende que la prueba, de considerarla existente, habría sido valorada de forma irracional y arbitraria.

1. El Tribunal Constitucional ha venido afirmando, en una reiterada y consolidada doctrina, que “...el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (STC 218/2004, de 29 de noviembre, F. 2, por todas)”, (STC 264/2005). Igualmente ha señalado (STS nº 86/2000 y STC 23/2010, entre otras muchas), que “la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos”. Y, del mismo modo, ha precisado, (STC nº 160/2009), que “El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una

determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre)”.

2. Como se desprende del contenido de esta sentencia, en la que se han examinado las pruebas y su valor probatorio ante las alegaciones relativas a la vulneración de la presunción de inocencia, la de instancia es suficientemente inteligible en cuanto a las pruebas de las que dispuso, a su contenido incriminatorio y las conclusiones alcanzadas. Es cierto que sería deseable una mayor expresión del razonamiento, tanto referido a la valoración específica de cada prueba como sobre algunos aspectos jurídicos. Pero como se ha dicho, queda al alcance del justiciable el conocimiento de las razones que ha tenido el Tribunal para, basándose en las reglas de la lógica y de forma no contraria a las máximas de experiencia, declarar probados los hechos desde la valoración de las pruebas practicadas. Las posibles deficiencias alegadas por la parte, de otro lado, no han impedido el control sobre validez de las pruebas y sobre la racionalidad del proceso valorativo hasta llegar a las conclusiones expuestas.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DECIMO SEXTO.- En el motivo sexto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida de la autoría en un delito de acusación y denuncia falsa al haberse producido la condena a pesar

de que desde la teoría de la imputación objetiva el resultado de acusación falsa no era imputable al recurrente, por cuanto es aplicable el principio de confianza respecto de sus clientes; su actuación fue un puro acto neutral de letrado, y el grave resultado producido, prisión de los querellados, es concreción de otro riesgo: la prevaricación del Juez que la acordó.

1. El contenido sustancial de la cuestión planteada en el motivo ha encontrado respuesta en los anteriores fundamentos jurídicos. En ellos se ha establecido que el Tribunal de instancia no contradijo las reglas de la lógica ni las máximas de experiencia al declarar probado que el recurrente conocía que eran falsos los hechos que se describían en la querella que redactó, precisamente en los aspectos que determinaban la apariencia delictiva de lo que allí se relataba como realmente ocurrido. El recurrente elaboró la querella afirmando que los querellados se habían comprometido a responder personalmente de las deudas contraídas con Banesto por las sociedades de las que eran accionistas, en razón de los créditos que les había concedido la entidad bancaria, y que ese compromiso había sido la única razón de la concesión de tales créditos. Se añadía, como ya se ha puesto de relieve, que los querellados, tras recibir el dinero las sociedades, procedían a extraerlo y depositarlo en sus propias cuentas corrientes, lucrándose con ello e incumpliendo las sociedades sus obligaciones como deudoras. Como se ha puesto de relieve con anterioridad, el recurrente sabía que tal compromiso era inexistente, pues no había ningún dato relativo al mismo, sino más bien lo contrario, pues de los documentos que aparecen en la causa, que antes también fueron aludidos, resulta que las razones de la concesión se cifraban en la confianza en el futuro de las sociedades prestatarias, unido a la dilatada historia de sus relaciones comerciales con el Banco. Además, en todo caso, el recurrente sabía por sus conocimientos que un compromiso como el descrito

en la querella, si no viene unido a otros elementos que lo conviertan en mínimamente valorable, no puede explicar que una entidad bancaria proceda a la concesión de créditos a sociedades por un importe, como el del caso, superior a 600 millones de pesetas. El recurrente sabía que tales elementos circunstanciales eran igualmente inexistentes, pues no existía ningún rastro del compromiso ni, por lo tanto, de aquellos.

Conociendo estas circunstancias, la redacción de la querella en los términos en los que se concretó no puede obedecer sino a la aceptación por parte del recurrente, como letrado de la parte querellante, del empleo de la querella como medio de presión para obtener de los querellados lo que no se había logrado en las conversaciones motivadas por el impago de los créditos por parte de las sociedades deudoras. No se limitó, por lo tanto, a trasladar a la querella lo que su cliente le comunicó, sino que la redactó incluyendo hechos falsos para crear una apariencia delictiva que le permitiera alcanzar la finalidad que con ella se pretendía. Conclusión que se corresponde con la actuación del recurrente ante el entonces juez Pascual Estevill, temporalmente responsable del juzgado, pretendiendo del mismo, y obteniendo, un adelanto de la ratificación y de las declaraciones de algunos querellados, días antes del retorno del juez titular.

2. Es claro que tal conducta no puede ampararse en un principio de confianza en la veracidad de lo que comunica el cliente, cuando se dispone de elementos sobrados que la desmienten y de ninguno que la avale. Dicho de otra forma, de lo actuado resulta imposible materialmente que en la documentación que le remitiera Banesto para la redacción de la querella apareciera ningún documento que avalara de alguna forma la existencia de un compromiso personal de los accionistas querellados para responder con su patrimonio de las deudas sociales, ni que los créditos se habían concedido,

únicamente, sobre la base de aquel compromiso. No se trata solo de dar forma jurídica a los hechos que relata el cliente. Tampoco es necesaria una verificación completa de la realidad objetiva de esos hechos. Pero no se puede amparar en el principio de confianza la actuación consistente en dotar de apariencia delictiva a unos hechos que no la tienen introduciendo para ello, conscientemente, en el relato afirmaciones fácticas que no se corresponden con la realidad.

En esas condiciones, su conducta tampoco puede calificarse como un acto neutral. Entendemos por actos neutrales aquellos actos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por "típicos" penalmente, porque, con independencia del resultado, no representan un peligro socialmente inadecuado. Como se decía en la STS nº 34/2007, "...una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal".

La conducta del recurrente no puede considerarse un acto neutral, pues es evidente que no se limita, amparándose en su profesión como letrado, a realizar un traslado mecánico de una imputación, sino que conociendo la falsedad del hecho sobre el que se sustenta, realiza una aportación relevante consistente en darle la forma jurídica suficiente para esperar, el menos, la admisión de la querrela y una mínima tramitación, de forma que pudiera cumplir con la finalidad perseguida por la parte querellante. Como se ha dicho más arriba, era previsible que si en la querrela se hubiera descrito lo que resultaba de los documentos disponibles o de la mera consideración de los hechos, es decir, que la entidad bancaria había concedido unos créditos a unas sociedades, que habían resultado impagados y que requeridos algunos accionistas para que respondieran de las deudas se habían negado a ello, la querrela habría sido inadmitida, al no contener indicio alguno de conducta delictiva. La misma decisión sería altamente probable aunque se añadiera que

al tiempo de solicitar los créditos, los accionistas expresaron su respaldo moral a las sociedades y su confianza en su futuro. Fue precisamente la aportación del recurrente lo que dotó a los hechos de la querrela de la forma necesaria para que pudiera cumplir con su finalidad. No es por tanto un acto neutral, sino una aportación relevante a la intensidad del riesgo creado. Por el contrario, es claro que el Procurador, al que se cita expresamente en el motivo como elemento de contraste, en lo que consta en la causa, se limitó a cumplir con las obligaciones derivadas de su profesión, sin añadir nada a la entidad del riesgo creado. A diferencia del recurrente, su conducta puede ser considerada un acto neutral.

En cuanto a la relevancia de las decisiones del entonces juez Pascual Estevill, temporalmente a cargo del Juzgado de Instrucción al que correspondieron las actuaciones, su aparición en el relato fáctico se justifica en orden a la expresión de las incidencias de la tramitación de las diligencias a las que dio origen la querrela y en relación con la intervención del recurrente a través de su relación con el citado ex juez, tal como resulta de la sentencia. Pero en ella no se atribuye ninguna responsabilidad al recurrente en relación con los delitos de prevaricación o detención ilegal por los que ha sido condenado el ex juez.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Banesto

DECIMO SEPTIMO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues entiende que se han valorado elementos de prueba incorporados a la causa de forma irregular. Sostiene que la querrela por cohecho era falsa y que el registro se basó en la misma. Luego los documentos obtenidos en el registro de Banesto no podrán ser valorados.

1. El motivo debe ser desestimado. Como consecuencia de la querrela presentada por los hermanos Romero y Pedro Olabarría se iniciaron unas investigaciones judiciales orientadas al esclarecimiento de hechos que podrían ser constitutivos de un delito de acusación y denuncia falsa y de un delito de cohecho, íntimamente relacionados. Estaba acreditado el hecho de que, sobre la base de una querrela presentada en nombre de Banesto, el Juez investigado, que era temporalmente responsable del Juzgado de Instrucción, había dictado unas determinadas resoluciones sobre la situación personal y sobre fianzas económicas, que, en apariencia y en una valoración provisional, podrían constituir un delito de prevaricación, y se trataba de investigar si las había dictado por su propia decisión, sin intervención de terceros, o si a cambio había recibido algo, lo cual no resultaba del todo descartable ante la falta de relaciones acreditadas entre el Juez y los allí querrellados que ofrecieran una explicación acerca de su actitud.

2. Las diligencias no arrojaron resultados de los que se derivara la recepción de dádiva alguna, pero eso no quiere decir necesariamente que los querellantes afirmaran algo falso a sabiendas. Tales hechos, al igual que la aportación de recibos que se dicen falsos, no han sido enjuiciados en esta causa, por lo que no pueden realizarse afirmaciones que implicarían la culpabilidad de personas contra las que no se ha dirigido la acusación y que, en consecuencia, no han tenido oportunidad de defenderse. Por lo tanto, aunque el recurrente sostenga que los hechos de la querrela eran falsos, tal cosa no puede ser afirmada en esta sentencia con los efectos que pretende en el motivo, pues lo único que consta de forma fehaciente es que su existencia no pudo ser demostrada. Por ello, las diligencias de investigación realizadas no están afectadas por ninguna prohibición de valoración.

El motivo se desestima.

DECIMO OCTAVO.- En el segundo motivo, con el mismo apoyo, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la igualdad. Señala que es sorprendente que el Tribunal no mencione la falsedad de la querrela presentada por los querellantes, y que los hechos consistentes en una falsa acusación de cohecho y la aportación de documentos falsos no hayan sido perseguidas.

1. No consta en las actuaciones que el recurrente haya estado impedido o dificultado para el ejercicio de las acciones penales o civiles que entendiera procedentes. Lo que resulta de las actuaciones es que, en esta causa, la acusación se dirigió contra unas personas determinadas por unos hechos concretos, y solo sobre esos extremos se ha pronunciado el Tribunal por imperativos derivados de la vigencia del principio acusatorio. De otro lado, el Tribunal no está obligado a examinar hechos contenidos en las alegaciones de las partes que considere irrelevantes en relación con los hechos contenidos en las acusaciones.

2. Las partes pueden entender lícitamente que determinados hechos omitidos en la sentencia debieron haber sido expresamente considerados a los efectos de la valoración de la prueba. En el caso, podría entenderse que los hechos a los que se refiere el recurrente podrían influir en la credibilidad de algunos testigos. Sin embargo, el Tribunal, aunque omite su consideración expresa, examina la prueba testifical de la que resultan coincidencias y corroboraciones que refuerzan la versión aceptada, lo que permite entender que la credibilidad reconocida aparece suficientemente justificada.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DECIMO NOVENO.- En el motivo tercero, con amparo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación de los artículos 130 a 132 del Código Penal, y sostiene que los hechos por los que se ha condenado a los acusados estarían prescritos, pues el Tribunal Superior de Justicia, que investigaba la prevaricación y el cohecho, no realizó ningún acto de instrucción sobre el delito de acusación y denuncia falsas durante un periodo superior al de prescripción, de tres años.

En el quinto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida aplicación del artículo 456 del Código Penal, pues sostiene que los hechos contenidos en la querrela de Banesto no son falsos.

En el sexto motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la infracción del artículo 74 del Código Penal, pues entiende que los hechos no integran un delito continuado.

1. Los motivos tercero y quinto coinciden sustancialmente con otros ya resueltos formalizados por otros recurrentes, por lo que debe darse por reproducidas aquí las consideraciones contenidas en los anteriores Fundamentos Jurídicos 5º respecto de la prescripción y 4º respecto de la falsedad de los hechos contenidos en la querrela presentada por Banesto, por lo cual deben ser desestimados por las mismas razones allí expuestas.

2. El motivo sexto, referido al delito continuado, es igualmente coincidente de modo sustancial con otro ya formalizado por otro recurrente, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones efectuadas en el Fundamento Jurídico 7º de esta sentencia, debiendo ser estimado por las razones allí expuestas.

VIGÉSIMO.- En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba y designa una serie de documentos de los que pretende acreditar un error del Tribunal al omitir en la sentencia que los querellantes tenían vinculación con el Grupo Harry Walker, hablando y negociando en su nombre, y el concepto “Grupo Olabarría” es interno y de uso del Banco. Que los querellantes, bien moralmente o bien con ampliaciones de capital apoyaban financieramente a las sociedades del Grupo. Y que en todo caso, los riesgos concedidos por el Grupo Banesto fueron debidos a que detrás de todas las sociedades aparecía como apoyo financiero el denominado Grupo Olabarría. Al final del motivo pretende que se incorpore al hecho probado una redacción en la que constaría que el Grupo Banesto había concedido unos riesgos por importe superior a 600 millones de pesetas a sociedades del Grupo Harry Walker debido a la actuación de los querellantes quienes como responsables del Grupo aseguraron que en caso de impago atenderían ellos sus compromisos, lo que luego no llevaron a cabo, lo que dio lugar a la querrela de Banesto.

1. Los documentos designados ya han sido examinados en el Fundamento Jurídico cuarto de esta sentencia, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones contenidas en el mismo. Ya se ha dicho más arriba que, aunque el Grupo Olabarría no tenga personalidad jurídica, lo cual de otro lado parece evidente, la misma sentencia viene a reconocer que a efectos internos del Banco podría ser así conocido un grupo de empresas de las que los querellantes, querrelados en la presentada por Banesto, eran accionistas de importancia e intervenían de alguna forma, no del todo acreditada, en la gestión de aquellas.

2. Sin embargo, los documentos designados no acreditan que los querellados por Banesto se comprometieran a responder personalmente de las deudas sociales. De los documentos resulta, como el propio recurrente reconoce, que los créditos se fueron concediendo, principalmente, por la confianza que inspiraba el que las sociedades que lo solicitaban estuvieran integradas en lo que el Banco entendía que era el Grupo Olabarría, con menciones concretas a “los saldos medios y a las aplicaciones que nos vienen destinando el Grupo”, a que la sociedad solicitante pertenece al Grupo Olabarría “con saldos en esta O.P.”; a las compensaciones “que nos han ofrecido de negocio colateral”; “especialmente por tratarse de firma del Grupo Olabarría”. En una ocasión se hace mención a la voluntad o propósito de ampliar al capital, lo cual, como ya se ha visto, hicieron efectivamente. Solo en uno de los documentos se habla de un compromiso personal, en relación con una operación que, según se dijo más arriba, FJ 4º.4, no fue aceptado por el Banco precisamente porque solo era verbal. En una sola ocasión se menciona un respaldo moral. Se dice textualmente que “No cabe duda de que existen razones para ponderar las relaciones que se mantienen con el Grupo Olabarría-Romero, las firmas vinculadas y los depósitos que a título personal mantienen con el Banco. Su promesa formal de que ampliará el capital en 100 mill. entre enero y febrero y que, en cualquier caso, respaldan moralmente a la sociedad constituye hoy por hoy motivos suficientes para presentar estas propuestas....”. Con independencia de que en el documento no se expresa quienes son los que respaldan moralmente, y la querrela se dirigió contra varias personas, solo faltando a la verdad de forma interesada puede identificarse esta expresión de respaldo moral de los accionistas a sus propias sociedades con un auténtico compromiso de responder personalmente, con su propio patrimonio, de las deudas contraídas por la sociedad. Por otro lado, es

claro que lo que se decía en la querrela de Banesto nada tiene que ver con lo que resulta de los documentos, pues en aquella nada se dice respecto a que los créditos se concedieran sobre la base de la valoración positiva que merecía a los empleados del Banco los datos de los que disponían respecto de la solvencia de las sociedades del Grupo, que se manifestaban en los saldos y en las aplicaciones, sino que se afirma que el elemento decisivo fue un compromiso del que no existe ningún rastro.

Los documentos, pues, no demuestran lo que el recurrente pretende, sino más bien lo contrario, por lo que el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

VIGÉSIMO PRIMERO.- En un único motivo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 250.1.2º del Código Penal, en relación con los artículos 24, 249, 16 y 16.2 del mismo Código, pues considera que los hechos, además, constituyen un delito de estafa procesal en grado de tentativa.

1. Recordaba esta Sala en la STS nº 72/2010, de 9 de febrero, que la llamada estafa procesal “...se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el titular del órgano jurisdiccional a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia, en contra de parte de la doctrina, ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del

procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio)”. En sentido similar la STS nº 603/2008; y la STS nº 720/2008. De todos modos, deberán quedar excluidos de la estafa los casos en los que el acto de disposición no venga motivado por el engaño.

Por otra parte, la existencia de la estafa procesal como figura agravada no supone la posibilidad de prescindir de los requisitos generales de la estafa, entre ellos la concurrencia de un engaño que pueda calificarse como bastante. Se decía en la STS nº 572/2007 que “En el delito de estafa procesal, como en la estafa genérica, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos y conceptualmente no se diferencia del engaño del tipo básico”.

En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluya un acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induzca a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición. El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado.

2. La compatibilidad entre el delito de acusación o denuncia falsa y la estafa procesal ha sido aceptada en alguna ocasión por esta Sala, como ocurre en la STS nº 244/2009, citada en el motivo, o en la STS nº 214/2007 que se pronuncia en sentido similar. Existe una coincidencia parcial de bienes

jurídicos protegidos, pues en ambos casos es relevante el interés en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, pero al tiempo existen otros bienes diferentes, pues mientras en el delito de acusación falsa se protege el honor del falsamente acusado o denunciado, en la estafa procesal es relevante la protección del patrimonio de la víctima frente a ataques no justificados. Es perfectamente posible concebir un delito de acusación o denuncia falsa sin pretensiones de tipo económico a cargo del falsamente denunciado, al igual que es concebible una estafa procesal, acudiendo a la vía civil, en la que, aunque se afirmen hechos cuya falsedad es bien conocida, no cumpliría en ningún caso las exigencias del tipo del artículo 456 del Código Penal.

Cuestión diferente, que no es preciso resolver ahora, es la relativa a la compatibilidad entre la acusación y denuncia falsa y la estafa procesal como subtipo agravado, frente a la posibilidad del concurso de delitos entre la acusación falsa y el tipo básico de la estafa.

3. La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, razona que la acción no resultó eficaz porque fue descubierta a tiempo, refiriéndose en cierto modo a la idoneidad del engaño. Y, también, niega la concurrencia de la estafa procesal basándose en la STS nº 765/2004, en la que se entendió que no cabía considerar la existencia de inicio de la ejecución debido a que la pretensión económica se había presentado ante un órgano jurisdiccional, el Juez de instrucción, que no podía adoptar la resolución en la que se contuviera el pretendido acto de disposición, considerando en definitiva esa acción como un mero acto preparatorio impune. Aunque no es el único precedente sobre la cuestión, pues en sentido parcialmente contrario puede citarse la STS nº 325/2008 (se mantuvo la condena por estafa procesal en grado de tentativa a pesar de que se había denunciado ante el Juez de instrucción, atribuyendo falsamente la autoría a un tercero, un hecho que

podría ser constitutivo de lesiones imprudentes que, inicialmente dieron lugar a un juicio de faltas pero que, por su naturaleza y resultado no excluían de modo radical una eventual calificación con arreglo al artículo 152.1.1º del Código Penal), es una cuestión que, por lo que se dirá, tampoco es preciso resolver en esta sentencia.

4. No existe ninguna razón basada en la configuración del tipo que impida que la estafa procesal se ejecute mediante un engaño dirigido a un órgano jurisdiccional penal, cuando a la acción penal se une la civil, concretada en una pretensión económica. En estos casos, salvo que se trate de un juicio de faltas, que aún así podría dar lugar a algunas precisiones derivadas de la necesidad de asegurar la imparcialidad del juzgador cuando sea precisa una mínima instrucción, es inevitable que el planteamiento por parte del autor comience ante el Juez de instrucción, pues es imprescindible el desarrollo de esta fase con carácter previo a la posibilidad de que la pretensión sea planteada ante el órgano de enjuiciamiento, al que correspondería adoptar, en su caso, la decisión que incorporaría el acto de disposición. Son evidentes las dificultades para que una actuación de este tipo pueda progresar y alcanzar el éxito, entre otras razones porque tanto el Juez como el Ministerio Fiscal están obligados a averiguar la verdad haciendo constar tanto lo que perjudique como lo que favorezca al imputado. Lo cual debe relacionarse con la existencia de un engaño bastante como exige el tipo.

5. Como hemos dicho más arriba, en la estafa procesal, concebida como un subtipo agravado del delito básico de estafa, es preciso que concurren todos los elementos de ésta. Entre ellos, es preciso que el engaño pueda ser considerado bastante. Como ya se ha puesto de relieve más arriba, para tal consideración es preciso el examen de las circunstancias. A ellas se

hacía referencia en la STS nº 1316/2009, en la que se razonaba que el fracaso del engaño no podía dar lugar siempre a la impunidad, pues era preciso el examen de su potencialidad en función de las circunstancias para, comprobando su idoneidad objetiva ex ante, estimar en esas ocasiones la existencia de una tentativa. A estos efectos, por lo tanto, se trata de determinar si, en las circunstancias del hecho concreto, el engaño podía ser considerado bastante, aunque luego la maniobra fracasase como consecuencia, entre otras, de las actuaciones de autoprotección que desenvuelva la víctima.

En casos como el aquí examinado, en los que el acto de disposición debería ser adoptado por el órgano jurisdiccional que resuelva en sentencia, la estafa solo podría consumarse si llegara a alcanzarse esa fase del proceso. En consecuencia, la consideración objetivamente alcanzada y razonada, según la cual, tras la imprescindible investigación inicial no sería posible en ningún caso superar la fase intermedia del proceso penal, conduciría a afirmar la absoluta inidoneidad de la maniobra engañosa para inducir a error al juez y, consecuentemente, la inexistencia del delito de estafa por falta de uno de sus elementos, concretamente, el engaño bastante.

6. En el caso, en la querrela presentada en nombre de Banesto, se contenía una descripción de hechos, reiteradamente recogida en esta sentencia, que justificaba suficientemente la incoación del proceso y la práctica de diligencias de investigación. Pero el descubrimiento de las circunstancias de los hechos investigados, conduce a considerar que en ningún caso habría sido posible superar la fase intermedia y, por lo tanto, que la cuestión se planteara ante quien debía resolverla incorporando un acto de disposición. Faltó, por lo tanto, desde el inicio, el elemento de la estafa consistente en un engaño bastante, pues la maniobra engañosa organizada por los acusados nunca alcanzó esa categoría, a pesar de su apariencia inicial.

Por lo tanto, de todo ello se desprende que no existía ninguna posibilidad real de que la puesta en escena que origina la incoación de las diligencias pudiera sobrepasar la fase intermedia, de forma que puede concluirse que el engaño nunca fue idóneo para inducir a error al órgano jurisdiccional que podía resolver incorporando un acto de disposición causante del perjuicio, por lo que desde el inicio no se cumplían las exigencias de la estafa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Recurso de la acusación particular

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el motivo primero, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 250.1.2º del Código Penal. El motivo es coincidente con el formalizado por el Ministerio Fiscal, y debe ser desestimado por las mismas razones contenidas en el anterior Fundamento Jurídico.

En el motivo segundo, al amparo igualmente del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 56.1 del Código Penal, pues entiende que debió imponerse a los tres acusados condenados la pena accesoria de inhabilitación especial para el cargo de consejero o para el desempeño de cualquier empleo o cargo público o privado relacionado con entidades bancarias, crediticias o financieras, y a la inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía para el acusado Jiménez de Parga, ya que los hechos por los que han sido condenados tuvieron relación directa con el ejercicio de su actividad profesional.

1. Sin perjuicio de lo que se dirá en el Fundamento Jurídico vigésimo sexto de esta sentencia, la cuestión planteada debe ser resuelta en el fondo. El

artículo 56.1 del Código Penal dispone que en las penas inferiores a diez años de prisión, los Jueces y Tribunales impondrán como penas accesorias alguna o algunas de las siguientes: 1º. Suspensión de empleo o cargo público. 2º. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3º. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

En la STS nº 1171/2006, esta Sala ya decía que “...la redacción del texto legal conduce a entender que el empleo de la expresión «impondrán» referida a Jueces y Tribunales, supone que el órgano jurisdiccional debe imponer una penalidad accesoria en todo caso. La expresión «alguna o algunas» resuelve definitivamente las dudas que la anterior literalidad del precepto suscitaron en cuanto a si era posible imponer más de una penalidad accesoria, que habían sido ya resueltas por la jurisprudencia en el mismo sentido de la Ley vigente. La imposición de esta clase de penas es una consecuencia necesaria de la imposición de la pena principal, por aplicación del principio de legalidad, a la que van unidas en la medida y forma que se precisa en los artículos 55 y 56 del Código Penal. En las penas de prisión inferiores a diez años, dice el artículo 56, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las que a continuación enumera, lo que supone que el Tribunal tiene la obligación («impondrán») de imponer alguna o algunas de ellas, aunque se le reconozca la posibilidad de elegir entre las que se mencionan, lo que deberá hacer atendiendo a la gravedad del delito, como señalamos en la STS núm. 1359/2000, de 10 de julio. La configuración legal de estas penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma, de manera que en cada caso, por razones de proporcionalidad, el

Tribunal deberá imponer la que mejor se adecue a las características del hecho sancionado y a la finalidad de la sanción penal. Es por eso que cuando el hecho cometido tenga relación directa con el empleo o cargo público, la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, la accesoria pertinente, expresando en la sentencia la vinculación, es la inhabilitación especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo. En este sentido la STS núm. 417/2003, de 20 de marzo”. En cuanto a la posibilidad de imponer más de una pena accesoria en relación con hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 56 en su actual redacción, vid. la STS nº 1309/1999, de 25 de setiembre.

De otro lado, aun cuando la ley atribuya en ocasiones ciertos grados de discrecionalidad a los Tribunales, éstos no pueden apartarse de criterios que, desde el punto de vista constitucional y legal, sean razonables.

2. En el caso, el Tribunal impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena justificándolo en la dilación que ha sufrido el procedimiento. Esta Sala entiende que el tiempo considerado como dilación indebida puede afectar en mayor o menor medida a la intensidad de la pena, pero no a la clase de la misma que se debe relacionar con la gravedad del hecho y con las características del mismo. Especialmente en relación con la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, como se desprende de los precedentes jurisprudenciales antes mencionados, su imposición resulta procedente si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Los delitos cometidos por los acusados, tal como resulta de los hechos probados, sin que se niegue en la fundamentación jurídica, se relacionaron directamente con sus cargos en la entidad bancaria, que aprovecharon para su ejecución, en relación con Alfredo Sáenz y Miguel Angel Calama, y con el ejercicio de la abogacía respecto de Rafael Jiménez de Parga, por lo que la inhabilitación interesada por la acusación particular resulta procedente.

El motivo se estima.

VIGÉSIMO TERCERO.- En el motivo tercero, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Considera que el Tribunal de instancia ha entendido que la larga duración del procedimiento conduce a rebajar la pena en dos grados, lo cual considera que no se ajusta a derecho. En el desarrollo del motivo alega que es preciso que las dilaciones sean denunciadas oportunamente por quien luego las alega, lo cual no ha tenido lugar en esta causa y estima que no procede apreciar la atenuante y menos aún como muy calificada en cuanto la dilación se explica por la complejidad del proceso y no por un funcionamiento anormal o indebido de la Administración de Justicia.

1. Con independencia de la complejidad del proceso o de la precisión de periodos concretos de paralización más o menos extensos o de la práctica de diligencias objetivamente innecesarias, a lo que luego se aludirá, los hechos enjuiciados ocurrieron en el mes de julio de 1994, dictándose la sentencia de instancia en diciembre de 2009, es decir, más de 15 años después, lo cual no debe ser considerado respetuoso con el derecho de los justiciables a un proceso sin dilaciones indebidas.

Desde esas perspectivas, el Tribunal ha actuado de forma razonable al apreciar la atenuante como muy calificada.

2. Cuestión diferente, también aludida en el extracto del motivo, es si es procedente la degradación de la pena en dos grados, es decir, si el Tribunal ha actuado adecuadamente al determinar las consecuencias de la cualificación de la atenuante en la concreta extensión de la pena.

La jurisprudencia ha entendido que en caso de atenuantes muy cualificadas la degradación de la pena en un grado resulta obligatoria, mientras la reducción en dos grados es una facultad que se reconoce al Tribunal en atención a las circunstancias del caso. Aunque de algunas sentencias (STS nº 180/1997) se desprendía que la posibilidad de optar por la reducción en uno o dos grados se atribuía al Tribunal de instancia y no podía ser discutida en casación, otras más modernas se han inclinado por un mayor control de esa facultad, como ocurre con todas las decisiones en las que existe un margen de discrecionalidad, sobre la base de la verificación de la existencia de criterios razonables aplicados racionalmente que avalen la decisión del Tribunal de instancia, lo que implicaba la necesidad de una motivación expresa, controlable en casación. Así, la STS nº 782/1998; la STS nº 1225/1999, y la STS nº 2538/2001, ya habían advertido que del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 23 de marzo de 1998, se desprendía la necesidad inexcusable de motivar la reducción de la pena en dos grados en caso de atenuantes muy cualificadas.

En la STS nº 283/2003, recordaba esta Sala que la discrecionalidad que el artículo 61.5 CP/1973, hoy artículo 66.1.2 del Código Penal vigente, concede al Juzgador “no es una potestad absoluta e incontrolable, sino que se trata de lo que ha venido denominándose una discrecionalidad mínima o de segundo grado cuyo ejercicio está vinculado a condicionamientos normativos impuestos por el legislador, de suerte que «cuando la función discrecional sobrepase los condicionamientos a que está sometida, procederá la casación si

en la valoración de aquéllos se infringe la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la aplicación del precepto» (STS de 11 de noviembre de 1996, recogiendo la de 21 de mayo de 1993). Por ello mismo, numerosos precedentes jurisprudenciales han advertido de la exigencia en todos los casos de discrecionalidad reglada de razonar el arbitrio, en cumplimiento de los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 24.1 (tutela judicial efectiva) y 120.3 (sentencia motivada) de la Constitución, exigencia que se fundamenta en la necesidad de comprobar que las resoluciones judiciales son fruto de la aplicación razonable y razonada de derecho y no de la arbitrariedad del poder”. En el mismo sentido la STS nº 262/2009.

Cuando se trata de la atenuación por la existencia de dilaciones indebidas, la jurisprudencia ha vinculado la atenuación a la necesidad de pena, que se considera debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten, en atención a la gravedad de los hechos y a las circunstancias concurrentes. (En este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre; la STS nº 835/2003, de 10 de junio y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

En cualquier caso, tan extraordinaria atenuación solo es procedente en casos en los que concurren circunstancias muy excepcionales. Así se desprende de algunas sentencias en las que esta Sala ha admitido la reducción de la pena procedente en dos grados (STS 1224/2009, hechos muy simples

con duración de más de ocho años; STS nº 238/2010, doce años en total con una paralización de casi cinco años).

3. En el caso presente, el Tribunal de instancia omite toda mención a las razones concretas en virtud de las cuales degrada la pena en dos tramos, y no en uno solo, limitándose a una alusión genérica al tiempo transcurrido, referida al mismo tiempo a los fundamentos de la misma aplicación de la atenuante y a su carácter privilegiado. Nada se dice de otros elementos valorables que, sin embargo, resultan de la sentencia.

Sin duda, el tiempo transcurrido es especialmente relevante, lo que justifica la consideración de la atenuante como muy cualificada, como se ha señalado más arriba. Pero, al establecer las consecuencias, es igualmente valorable la complejidad de la investigación que fue necesario llevar a cabo ante los serios indicios existentes relativos a la posible intervención de un juez y de la posibilidad de la comisión de un delito de cohecho, que requirió de la aportación y examen de numerosa documentación, aunque finalmente fueran archivadas esas actuaciones. Del mismo modo debe tenerse en cuenta que cuando los recurrentes o las demás partes personadas en la causa, al hacer uso legítimo de sus derechos de defensa, interponen recursos o presentan escritos conteniendo pretensiones determinadas, y más aún cuando se trata de asuntos complejos, obligan a los órganos jurisdiccionales a dedicar a esas cuestiones unos periodos de tiempo, más o menos extensos, que resultan necesarios para la tramitación de sus pretensiones y su estudio y resolución, períodos que no pueden ser luego valorados como causantes de una dilación a los efectos de la atenuante, ya que aunque aquella exista, en tanto que necesaria no resulta indebida. También debe considerarse como un elemento relevante la inexistencia de periodos de paralización que resulten significativos, salvo el relativo al tiempo empleado en la redacción de la

sentencia, que se explica, como ya se ha dicho, por la complejidad de las cuestiones a resolver. Y, finalmente, en cuanto a la necesidad de pena, no puede dejar de valorarse la gravedad de los hechos, a la que no son ajenas las circunstancias personales de los autores y de las víctimas.

Las consideraciones anteriores son coherentes con la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010. En esta regulación expresa se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones, y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa, aspecto este último de especial importancia en las presentes actuaciones por las razones antes expuestas.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente y se dictará segunda sentencia en la que la pena se reducirá en un solo grado.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el cuarto motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la aplicación indebida del artículo 456 en relación con el artículo 74, ambos del Código Penal, pues sostiene que debieron apreciarse tres delitos continuados de acusación y denuncia falsa.

El motivo queda sin contenido, y debe ser desestimado, al haberse estimado el formalizado por las defensas en el que sostenían que los hechos no constituían delito continuado, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones entonces realizadas.

VIGÉSIMO QUINTO.- En el motivo quinto, nuevamente con apoyo

en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 456 del Código Penal al absolver al acusado José Angel Merodio Zubiarrain.

1. Como hemos señalado reiteradamente, este motivo de casación solamente autoriza a verificar, en relación con los preceptos pertinentes, si el Tribunal de instancia los ha interpretado y aplicado correctamente a los hechos que ha declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos ni añadir otros diferentes.

2. En los hechos declarados probados no se describe ninguna actuación, activa u omisiva, de José Angel Merodio de la que pudiera deducirse una participación en la ejecución de los hechos por lo que había sido acusado. Contrariamente, se afirma que no consta fehacientemente acreditado que ese acusado “interviniera en la decisión de interponer dicha querrela, ni en los hechos anteriormente descritos, o que se narran a continuación”. Solo en la fundamentación jurídica se hace una referencia a que conocía los hechos, pero no se describe ni se analiza una posición concreta de garante que, por omisión, le hiciera responsable de lo ocurrido.

En consecuencia, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.- Ninguna de las partes ha hecho examen ni mención de las posibles consecuencias de la estimación de alguno de las alegaciones contenidas en los recursos en relación con la aplicación del Código Penal derogado o del ahora vigente. Sin embargo, esta Sala, dada la estimación de alguno de los motivos y la necesidad de proceder al dictado de segunda sentencia, debe aplicar, en principio, la ley vigente al tiempo de los

hechos, aplicando leyes posteriores solo en el caso de que se aprecie que resultan más favorables al acusado.

Los criterios de individualización de la pena empleados en la sentencia de instancia no han sido cuestionados, lo que implica aceptar la proporcionalidad de la sanción tal como ha sido concretada.

La pena correspondiente al delito de acusación y denuncia falsa según la ley vigente al tiempo de los hechos es prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. En consecuencia, degradando la pena en un grado conforme al artículo 61.5 del Código Penal derogado, la pena a imponer, de acuerdo con el artículo 73, sería arresto mayor, en su grado medio o mínimo al no concurrir otras circunstancias, con la accesoria de suspensión de profesión u oficio durante el tiempo de la condena, y multa de 50.000 a 99.999 pesetas o su equivalente en euros, con arresto sustitutorio en caso de impago. No se aprecia, por lo tanto, que la aplicación de la legislación actualmente vigente resulte más favorable, ya que la pena privativa de libertad estaría comprendida entre tres meses y cinco meses y 29 días y multa de seis a doce meses con la cuota diaria establecida en la sentencia.

Manteniendo los criterios de individualización de la pena correspondería imponer la pena de tres meses de arresto mayor y multa de 400 euros, con el correspondiente arresto sustitutorio.

La doctrina expuesta en relación con la aplicación de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, es igualmente aplicable a la suspensión de profesión u oficio a la que se referían los artículos 47, 42 y 41 del Código Penal derogado. Efectivamente, el artículo 47 disponía que la pena de prisión menor llevará consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y de los artículos 42 y 41, párrafo segundo, se desprendía que la suspensión de profesión u oficio solo se

impondrá si hubieren tenido relación directa con el delito cometido, lo cual, en los términos en que se ha razonado más arriba, tiene lugar en los hechos aquí enjuiciados.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de Casación, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados **ALFREDO SÁENZ ABAD, MIGUEL ANGEL CALAMA TEIXEIRA y RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, con fecha 18 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra los mismos y otros dos más, por delito de acusación y denuncia falta y estafa procesal. Declarándose de oficio las costas correspondientes a los presentes recursos.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación, interpuesto por la representación procesal del responsable civil **BANESTO**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, con fecha 18 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra Alfredo Sáenz Abad y otros cuatro más, por delito de acusación y denuncia falta y estafa procesal. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular **PEDRO OLABARRÍA DELCLAUX, LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA y JOSÉ IGNACIO ROMERO**

GARCÍA, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, con fecha 18 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra Alfredo Sáenz Abad y otros cuatro más, por delito de acusación y denuncia falta y estafa procesal. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, en fecha 18 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra Alfredo Sáenz Abad y otros cuatro más, por delito de acusación y denuncia falta y estafa procesal. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución 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.

Juan Saavedra Ruiz José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro

805/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 22/12/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 1193/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil once.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL, RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA, ALFREDO SÁENZ ABAD**, la entidad mercantil "**BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.**", **PEDRO M^a OLABARRIA DELCLAUX, LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA y JOSE IGNACIO ROMERO GARCÍA**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, con fecha dieciocho de Diciembre de dos mil nueve, en causa seguida contra Alfredo Sáenz Abad, con DNI número 14826114-S y sin antecedentes penales; José Angel Merodio Zubiarráin, con DNI número 14399070-N y sin antecedentes penales; Miguel Angel Calama Texeira, con DNI número 10566497-K y sin antecedentes penales; Rafael Jiménez de Parga Cabrera, con DNI número 02147986-Q y sin antecedentes penales; y el Banco Español de Crédito (BANESTO), como responsable civil subsidiario; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo elevó a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3^a, rollo 21/2.008) que, con fecha dieciocho de Diciembre de dos mil nueve, dictó sentencia condenando a los acusados D. Alfredo Sáenz Abad, D. Miguel Ángel Calama Teixeira y D. Rafael Jiménez de Parga, como autores de un solo delito continuado de acusación y denuncia falsa, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión y multa de tres meses razón de una cuota diaria de trescientos euros al primero de ellos, y de doscientos euros a los otros dos, con la responsabilidad personal subsidiaria legalmente establecida para todos ellos en caso de impago, así como la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de tres

cuartas partes de las costas procesales, con inclusión de las de las Acusaciones particulares.- Absolviendo a los acusados D. Alfredo Sáenz Abad, D. Miguel Angel Calama Texeira y D. Rafael Jiménez de Parga, del delito (o delitos) de estafa procesal, en grado de tentativa, que les venían siendo imputados por el Ministerio Fiscal y las Acusaciones particulares.- Absolviendo al acusado D. Miguel Angel Merodio Zubiarráin, de los delitos continuados de acusación y denuncia falsa, y continuados de estafa procesal, en grado de tentativa, que le venían siendo imputados por el Ministerio Fiscal y las Acusaciones particulares; declarando de oficio una cuarta parte de las costas procesales.- En concepto de responsabilidad civil los tres acusados condenados indemnizarán a D. Pedro Olavaria Delclaux, D. Luis Fernando Romero García y D. José Ignacio Romero García, a cada uno de ellos, con un euro; y al perjudicado Modesto González Mestre con la cantidad de cien mil euros, más los intereses legales del art. 576 de la LEC; declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Español de Crédito, S.A.- Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal, la acusación particular, tres de los acusados y por el responsable civil subsidiario, y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE** por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede condenar a los acusados Alfredo Sáenz Abad, Miguel Angel Calama Teixeira y Rafael Jiménez de Parga y Cabrera como autores de un delito de acusación falsa del artículo 325.1º del Código Penal derogado, 456.1.1º del actual, con la atenuante analógica por dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de tres meses de arresto mayor con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras para los acusados Alfredo Sáenz Abad y Miguel Angel Calama Teixeira, y respecto de la profesión de abogado para el acusado Rafael Jiménez de Parga y Cabrera, todas ellas durante el tiempo de la condena.

Y multa de 400 euros a cada uno, con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada diez euros.

No procede apreciar la existencia de delito continuado.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a cada uno de los acusados **ALFREDO SÁENZ ABAD, MIGUEL ANGEL CALAMA TEIXEIRA y RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA** como autores de un delito de acusación falsa del artículo 325.1º del Código Penal derogado, 456.1.1º del actual, con la concurrencia de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, como muy cualificada, a las penas de tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con

entidades bancarias, crediticias o financieras para los acusados Alfredo Sáenz Abad y Miguel Angel Calama Teixeira, y respecto de la profesión de abogado para el acusado Rafael Jiménez de Parga y Cabrera, todas ellas durante el tiempo de la condena.

Multa de 400 euros a cada uno, con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada diez euros.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Juan Saavedra Ruiz José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO

EXCMO. SR. D. JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Con el máximo respeto que siempre me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal y, en este caso, la contenida en la anterior Resolución, he de mostrar sin embargo mi más rotunda disconformidad con la conclusión alcanzada por la misma, parcialmente desestimatoria de los Recursos de los condenados en la instancia, confirmando sus respectivas condenas, así como parcialmente estimatoria también de los Recursos de las Acusaciones, agravando aquellos pronunciamientos condenatorios.

Las discrepancias, expuestas en forma resumida, se dirigen a los siguientes aspectos:

- La convicción de que no existe prueba de cargo suficiente para las referidas condenas.

- La indebida aplicación del tipo penal de la denuncia falsa a los hechos declarados probados en la instancia.

- La incorrecta determinación de las penas impuestas por esta Sala.

I.- Sobre la prueba disponible y su suficiencia para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los condenados recurrentes:

Les asiste plenamente la razón a mis compañeros cuando en el

Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución insisten, con cita de copiosa doctrina a la que yo también me remito, en lo improcedente que resulta el que el Tribunal de Casación pretenda ocupar el lugar que naturalmente corresponde a quien goza del privilegio de la inmediación probatoria, sustituyendo una valoración, razonable y razonada, llevada a cabo por éste, por otro criterio alternativo, aunque el mismo pudiera parecer a los miembros del Tribunal que conoce del Recurso más próximo al acierto que el aplicado por el Juzgador de la instancia. Lo que, por supuesto, adquiere relevancia mucho más significativa cuando de lo que se trata es del análisis de pruebas de carácter personal, frente a las que la referida inmediación ha de resultar aún más determinante.

Pero no debe olvidarse, como mis compañeros con toda seguridad tampoco lo hacen, que la arbitrariedad, en ese ejercicio de la función valorativa, en la que pudiera haber incurrido la Audiencia sólo es susceptible de control casacional a través del examen de los argumentos en los que el encargado de dicha valoración expresa las razones de su convencimiento a partir de la prueba practicada, de modo que la valoración y la motivación de la misma resultan inseparables, incumbiendo ambas, de manera exclusiva y excluyente, a quien debe justificar su decisión, es decir, a quien presenció toda la actividad probatoria, porque sólo él y no otro, puede ser intérprete del itinerario lógico que llevó a su convicción fáctica.

Dicho de otro modo: si no hay suficiente motivación de la valoración de la prueba, la tarea en este terreno del Juzgador de instancia no puede ni debería ser evaluada por este Tribunal de Casación.

Por ello, la encomiable labor llevada a cabo por la mayoría de esta Sala en el exhaustivo esfuerzo que realiza respecto del examen de los elementos de prueba disponibles en las actuaciones y la construcción sobre ellos de una extensa fundamentación que conduce a la postre a la coincidencia de conclusiones con las de la Sentencia recurrida, por mucho que indudablemente se deba al profundo y honesto convencimiento que mis compañeros tienen del acierto de aquella, no deja de suponer, a mi juicio, una indebida suplantación en las funciones que prioritariamente competen a la Sala de instancia en aquello que sólo a ella le corresponde, viniendo además a evidenciarse palmariamente de esta forma las importantes carencias en las que la Resolución cuestionada en realidad incurre, en el ámbito de la valoración de la prueba, de su racionalidad y de la suficiencia de la motivación, lo que, por otra parte, nos aproxima también al déficit en la dispensación de una verdadera tutela judicial por parte de la Audiencia, que los condenados recurrentes así mismo denuncian.

Es decir, tan incorrecto resulta, a la postre y desde mi punto de vista, sustituir el criterio de valoración razonable del Tribunal “a quo” por otro alternativo promocionado por esta Sala para llegar a conclusiones divergentes de aquel, como coincidir con el mismo aportando criterios de racionalidad a la decisión que en modo alguno consta que fueran los tenidos en cuenta en su día, máxime cuando esto supone la convalidación “contra reo” de la insuficiente fundamentación originaria, porque con ello lo que podría producirse es el enervamiento del derecho a la presunción de inocencia de forma extemporánea, “a posteriori” e “in peius”, con grave lesión también del derecho de defensa de quienes recurren, convalidando en este momento y con nuevos argumentos una

Resolución cuya ausencia de motivación suficiente lo que quizá estuviera demandando es la declaración del quebranto de la tutela judicial efectiva como consecuencia de esa carencia, para su ulterior corrección por aquel a quien realmente correspondería hacerlo, que no es otro que el Juzgador de instancia, cuyo protagonismo en la función de valoración racional de la prueba nadie discute, o, alternativamente, un pronunciamiento absolutorio directo.

Dicho lo cual, considero que, a partir de aquí, lo verdaderamente correcto no es sino proceder al examen de la propia Sentencia recurrida, de las pruebas que en ella se enumeran y de las razones expresamente expuestas en apoyo de la convicción alcanzada respecto de las afirmaciones que contiene, debiendo adelantar desde este momento inicial que, incluso con las importantísimas aportaciones argumentales incluidas en nuestra Resolución, tampoco se alcanza, a mi juicio, el convencimiento y la certeza necesarios para la condena.

Examen que deberá hacerse, en todo caso, a la luz del artículo 24.2 de nuestra Constitución, desde la mayor de las fidelidades al texto que ha sido objeto de impugnación por los recurrentes, distinguiendo al efecto los dos aspectos esenciales relativos tanto a la prueba de los hechos objetivos y a su participación en ellos de los acusados como a la de los elementos subjetivos de las infracciones sometidas a enjuiciamiento.

A) Prueba de los hechos objetivos:

a) *Respecto de la acreditación de la falsedad acerca de la existencia del “compromiso” de los querellados a hacer frente al pago*

del préstamo:

En este ámbito de lo estrictamente fáctico ha de partirse de un extremo esencial, verdadero núcleo de la cuestión a mi juicio, que no es otro que el de la veracidad o no de la afirmación, contenida en la Querrela presentada en su día por la entidad bancaria, de la existencia de un “compromiso personal” de Pedro Olabarría y los hermanos Romero para responder de las posibles insolvencias que se produjeran en relación con los préstamos concedidos a las empresas de lo que, en la Querrela, se denomina “Grupo Olabarría”, porque es sobre esta circunstancia y la afirmación de su falsedad sobre la que se construye, en el discurso lógico de la Sentencia recurrida, la inexistencia de la estafa allí denunciada y, por ende, la falsedad de la denuncia misma.

Pues bien, a este respecto la Resolución de instancia dedica exclusivamente los siguientes argumentos literales:

- *“...los elementos objetivos del tipo penal de acusación y denuncia falsa, están prácticamente acreditados por la prueba documental obrante en autos. En efecto, la imputación a persona o personas determinadas **de hechos no cometidos**, se acredita por la documental de la querrela criminal de fecha 26 de Julio de 1994 presentada por BANESTO, siendo el letrado firmante de la misma el acusado Jiménez de Parga, contra los aquí perjudicados y otras personas, por la comisión de delitos de estafa y alzamiento de bienes. También obran en las actuaciones los dos escritos de ampliación de dicha querrela a los que nos hemos referido en el apartado de hechos probados. Y el que los hechos imputados no se cometieron quedó acreditado en su momento*

por la documental del auto de 9 de Enero de 1995 del Juzgado de Instrucción, decretando el sobreseimiento libre de las actuaciones, que fue confirmado por el de fecha 25 de Abril de 1005 de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial.”

- *“El acusado Calama manifiesta que Pedro Olabarría le dijo que estuvieran tranquilos, pues si había una insolvencia ellos avalarían, dato éste que niegan los perjudicados, lo que está así mismo acreditado por la documental del propio BANESTO obrante al folio 1640 (Tomo V) en el que consta la anotación de que “el señor Olabarría no está dispuesto a prestar ningún tipo de **aval personal**”. Documento que lleva fecha de Octubre de 1993, y que deja en evidencia las inveraces afirmaciones que se hacen en la querrela meses más tarde.”*

- *“Pero es que, además, acudiendo a la lógica, resulta verdaderamente surrealista –utilizando la expresión de una de las defensas- que una entidad bancaria otorgue unos préstamos a una sociedad, con personalidad jurídica propia, por la confianza “moral” de que van a responder personalmente sus socios, por su sola palabra, sin que medie **aval alguno o afianzamiento por escrito.**”*

- *“Por su parte, Pedro Olabarría declaró que... ..una cosa es un préstamo que él **no tiene avalado**, y otra muy distinta el **tratar de buscar una solución en un tema concreto...**”*

- *“Por su parte, el testigo Luis Fernando Romero García también aclaró que... ..él es un empresario que en ocasiones **ha avalado préstamos** a sociedades o empresas, pero que en este caso Pedro*

*Olabarría nunca le había hablado sobre préstamos **ni avales** de ningún tipo...”*

- *“El testigo, también perjudicado, José Ignacio Romero García, reitera que... ..nunca jamás **se avaló ningún crédito**... ..afortunadamente ha necesitado poco a los bancos (personalmente), pero que con ellos “o se firma y se avala, o no se hace” que no vale la convicción moral y jurídica (podemos adelantar aquí lo manifestado asimismo por Juan Manuel Capdevilla, del BANESTO, en cuanto admitió que “**si hay aval lo hay, y si no, pues no lo hay**”).”*

- *“Emilio Núñez, que trabajó en BANESTO entre 1992 y 1994, de donde fue despedido, manifestó que... ..intentó que los accionistas **avalaran las deudas** que tenían, pero que éste le manifestó que en ningún momento lo iban a hacer. Que Olabarría tampoco estaba dispuesto **a avalar** personalmente. Que con el acusado Calama y Pedro Olabarría mantuvieron una reunión en el despacho del primero –que acabó bien, matiza- comentándose los riesgos que tenía HARRY WALKER y que Olabarría comentó que haría todo lo posible por solucionar el tema (lo cual corrobora lo manifestado por este perjudicado, sobre que **no avaló** nunca personalmente, **pero se prestó a realizar las gestiones precisas para solucionar el tema**).”*

-*“Fernando Estalella también ratifica, en relación con la situación de HARRY WALKER, que **no había avales**... ..que lo que sucedería es que el Banco pediría avales y los accionistas se negarían a darlos.”*

-“*Resulta también evidentemente claro que los querellados por BANESTO no avalaron en ningún momento los créditos de las empresas de HARRY WALKER.*”

Con semejante acervo probatorio, sin mayor análisis que las brevísimas frases interpretativas que en alguno de los anteriores apartados pueden leerse, la recurrida concluye lapidariamente en que “*Resulta también meridianamente claro que los querellados por BANESTO no avalaron en ningún momento los créditos de las empresas de HARRY WALKER. Y con expresión de una de las Acusaciones particulares en esta causa, resulta delirante hasta los términos del surrealismo las afirmaciones de la querella, “pues un Banco no presta dinero en contemplación de un tercero, sin su aval extendido en legal forma”.*”

Así, la Resolución de instancia tiene por probado extremo tan esencial en orden a afirmar la falsedad de la Querella, mediante:

- Afirmaciones apodícticas e inexplicadas tales como que “...los elementos objetivos del tipo penal de acusación y denuncia falsa, están prácticamente acreditados por la prueba documental obrante en autos. En efecto, la imputación a persona o personas determinadas **de hechos no cometidos**, se acredita por la documental de la querella criminal de fecha 26 de Julio de 1994 presentada por BANESTO” (sic), sin mayor desarrollo de tan categórico aserto, cuando debe advertirse que una cosa es la acreditación del contenido de la Querella, que su misma literalidad en efecto revela de forma incuestionable, y otra bien distinta la falsedad de ese contenido, respecto del que, lógicamente, la literalidad de la Querella no puede aportar acreditación alguna.

- La alusión a los Autos de sobreseimiento libre y de confirmación de dicho sobreseimiento, obrantes en las actuaciones, cuando se nos dice: “...*el que los hechos imputados no se cometieron quedó acreditado en su momento por la documental del auto de 9 de Enero de 1995 del Juzgado de Instrucción, decretando el sobreseimiento libre de las actuaciones, que fue confirmado por el de fecha 25 de Abril de 1005 de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial.*”

Mención, por completo ajena a la realidad como seguidamente se comprobará, que se refiere especialmente a la primera de esas Resoluciones cuyo contenido, en tanto que sólo refleja los argumentos del Instructor, difícilmente puede servir de “prueba documental” como pretende la Audiencia y que, además, lejos de concluir en la referida falsedad de los hechos incorporados a la Querrela de referencia, como fundamento del sobreseimiento, expone razonamientos tan claros y expresivos como los siguientes: “...*el Banco ha decidido seguir siendo entidad financiadora de las empresas citadas, **sopesando seguramente, que los querellados se interesan por esas operaciones, pero no se involucran directamente en ellas y que Pedro Olabarría llega a consolidar un depósito de unos 100.000.000 de pesetas en la entidad bancaria...***”; “...*de las dos versiones descritas, sucintamente, más arriba, **sí que pudo llegar a existir una maniobra de amparo o soporte moral de los créditos solicitados a Banesto, que incluso llegó a confundir al prestamista. Y, si efectivamente, como aceptamos, existió dicha acción hay ahora que determinar si consistió en un engaño suficiente...***”; “...*Pero, a lo mejor, **sí que ha existido una final voluntad cambiante que determina el impago de los créditos. Un dolo sobrevenido.***

Y a estos efectos, estando en un procedimiento penal, es procedente hacer mención de la conocida doctrina que asienta que el dolo subsequens, puede producir el nacimiento de acciones civiles pero no la determinación de la existencia de un delito de estafa...”

Razonamientos todos ellos que llevan al Instructor a concluir en la procedencia del sobreseimiento libre no, como tan incorrectamente dice la Resolución de instancia utilizando este Auto como “prueba documental” de ello, por apreciar falsedad en la misma, sino al considerar el engaño descrito como no bastante, en los términos exigidos para la presencia de la estafa, por lo que, sin perjuicio de que volvamos al análisis de este importante texto con motivo del examen de la correcta tipificación de los hechos, lo cierto es que, como ha podido verse, en modo alguno el criterio del Juez de Instrucción fue el que erróneamente la recurrida afirma como argumento de su razonar, es decir, la acreditada inexistencia del “compromiso” de pago atribuido a los entonces querellados.

- La escueta cita del folio 1640 (Tomo V) “...en el que consta la anotación de que “el señor Olabarría no está dispuesto a prestar ningún tipo de aval personal”. Documento que lleva fecha de Octubre de 1993, y que deja en evidencia las inveraces afirmaciones que se hacen en la querrella meses más tarde”, es decir, que se constata la inexistencia de “aval”, afirmación ésta cuya trascendencia en breve analizaremos.

- Y, en fin, una serie de declaraciones de los propios querellantes, de uno de los acusados y de testigos, tanto de la acusación como de la defensa transcritas textualmente sin apenas análisis crítico, lo que ha llevado a mis propios compañeros de la mayoría a censurar semejante

forma de “motivación” probatoria, en las que se traslucen dos aparentes evidencias: 1) que efectivamente no existía “aval” formalizado de tipo alguno por parte de los allí querellados; y 2) que, en todo caso, sí que hubo conversaciones al respecto e, incluso, una actitud de “colaboración”, al menos, dirigida a la facilitación del cobro de los créditos, como admite el propio Olabarría al decir que “...*una cosa es un préstamo que él no tiene avalado, y otra muy distinta el **tratar de buscar una solución** en un tema concreto...*” o, en palabras del testigo asistente a una reunión celebrada entre Olabarría y responsables del Banco, cuya credibilidad al parecer es plena para los Jueces “a quibus”, que “...*Olabarría comentó que haría todo lo posible por solucionar el tema (lo cual corrobora lo manifestado por este perjudicado, sobre que no **avaló** nunca personalmente, **pero se prestó a realizar las gestiones precisas para solucionar el tema**).*”

Aprovecharé para dejar también dicho, en este lugar y para futuros análisis de testimonios, que los motivos por los que los testigos merecen credibilidad han de ser debidamente expuestos, no por esta Sala sino por el Tribunal de instancia que semejante crédito les atribuye, así como las razones por las que se otorga supremacía a las declaraciones de unos testigos sobre lo manifestado por otros, contradicciones testificales que en esta ocasión también se dan, tal y como más adelante podremos comprobar.

En concreto, por lo que se refiere a la valoración del crédito que pudiere merecer todo lo dicho por los acusadores en Juicio y la animadversión evidente que respecto de los recurrentes se denuncia por éstos, la Sentencia de este Tribunal afirma que “...*es natural que después de lo ocurrido su opinión sea negativa respecto de la persona que, según las noticias que relataron, consideran culpable. Pero, de un lado, no hay*

ningún dato que avale que como consecuencia de ello estaban dispuestos a mentir ante un tribunal de justicia”.

Se olvida así el importante dato, también puesto de relieve en los Recursos de los condenados, de que ellos fueron en su día denunciados como autores de un posible delito de cohecho por estos mismos “testigos” con apoyo en unas pruebas que posteriormente se revelarían como falsos.

Extremo que tampoco en esta ocasión mereció tratamiento alguno por parte del Tribunal de instancia, al igual que ocurre en orden a la utilización de testimonios que han de ser conceptuados como “de referencia” y que tampoco son valoradas a la luz de los criterios propios de este especialísimo medio probatorio, máxime cuando en el acto del Juicio también depusieron precisamente aquellas personas que los primeros identifican como fuente de esas referencias.

Pues bien, junto a esta grave precariedad probatoria y de motivación, especialmente en cuanto al mínimo razonar de su análisis, que constituye una de las importantes incorrecciones en las que incurre la Audiencia en relación con el respeto al derecho a la presunción de inocencia de los acusados, en especial por lo que se refiere a la acreditación de la falsedad de lo afirmado en la Querella, otra verdadera quiebra de la exigible racionalidad de su discurso estriba en la confusión acerca de cuál debería ser el verdadero objeto de dicha prueba, ya que la fundamentación se dirige, con mayor o menor tino, a sostener la acreditación de un hecho que en modo alguno interesa de cara al presente enjuiciamiento, pues el que no existiera un “aval”, como tal, por parte de los allí querellados es algo evidente pero también intrascendente, habida

cuenta de que la Querrela tampoco afirma en ningún momento, como ponen de relieve los recurrentes, que ese “aval” realmente existiera, ni formalizado por escrito ni tan siquiera verbal, dado que lo que en el documento cuestionado como falso literalmente se dice, de acuerdo con la transcripción que figura en el propio relato de hechos probados de la recurrida, es que “...los querellados D. Pedro Olabarría y D. Juan Ignacio y D. Luis Fernando Romero García... **...se comprometieron a responder personalmente de las posibles insolvencias que se fueron produciendo...**”, pues la entidad financiera “...nunca hubiera concedido dichos créditos a diferentes sociedades del GRUPO OLABARRÍA de no **responder finalmente los citados querellados.**”

Resultando bien diferentes ambas alternativas, toda vez que mientras que la existencia o no del aval es algo evidentemente fácil de acreditar y lógico de concluir a la vista de las pruebas existentes, entre otras razones porque, de haberlo, como dice la Resolución de instancia con cita de la obviedad declarada por uno de los testigos “...si hay aval lo hay, y si no, pues no lo hay”, sin embargo la posibilidad de que existieran contactos y conversaciones entre los responsables de la entidad bancaria y los aquí querellantes en los que éstos indujeran a aquellos a pensar que contaban con su “compromiso personal” de responder, llegado el caso, de los créditos, o, al menos, de que existiera la posibilidad de que tal fuera la apreciación de los representantes de la entidad bancaria a la vista de las manifestaciones de los querellados, como por otra parte ya vimos que fue la percepción que el Instructor tuvo en su día acerca de lo realmente acontecido, es algo muy distinto de probar y, por supuesto, mucho más difícil de hacerlo hasta poder afirmar con la certeza exigible que, a pesar de que los contactos y las conversaciones sin lugar a duda existieron, no es

cierto lo que la Querella refiere al afirmar que el Banco concedió los préstamos a partir de la creencia, “*confiando*”, en que los querellados harían frente, de ser necesario, a la deuda que se produjera.

Pero lo cierto es que lo que dice la Querella es lo que dice y lo que dice no es que se contase con el “aval” de los querellados, como requisito para la concesión de un crédito, sino con su “*compromiso personal*” en orden a asumir las deudas en que incurrieran las entidades prestatarias. Y, de hecho, a pesar de las dificultades y los “*...riesgos que tenía HARRY WALKER...*” (declaración antes mencionada proveniente del testigo Emilio Núñez que trabajó en Banesto y fue despedido en su día por la entidad), lo cierto es que la línea de crédito, que era de lo que realmente se trataba y no de la concesión “*ex novo*” de un préstamo como en un nuevo ejemplo de confusión se ha venido entendiendo, se mantuvo hasta alcanzar un importe total impagado de más de seiscientos millones de pesetas, lo que nos debe hacer pensar también que alguna razón, por inconsistente que fuera, habría para ello, de acuerdo con las prácticas más o menos correctas de una entidad bancaria e, incluso, con el más simple sentido común.

Si las dificultades económicas por las que atravesaban las empresas prestatarias no se discuten, difícil resulta entender que se permitiera alcanzar un nivel de endeudamiento que se aproximaba, en 1994, a los setecientos millones de pesetas sin ninguna clase de garantía, siquiera fuere tan poco seria y efectiva como un “*compromiso personal*” de algunos de los accionistas de aquellas.

Menos comprensible aún resultaría la prolongación de la línea de crédito incluso sin ese “*compromiso*” personal. Y el crédito en efecto se

prorrogó hasta alcanzar un importe tan considerable, lo que priva por completo de racionalidad al discurso lógico del Tribunal “a quo”, y también al de mis compañeros, cuando afirman como evidencia de lo inexistente de ese compromiso, su escasa trascendencia potencial en relación con la autorización de la deuda por la entidad bancaria.

Y así como la Sentencia de esta Sala realiza un esfuerzo indudable para fundamentar, a pesar de todo, la acreditación de la falsedad de la existencia del “**compromiso**”, que es como correctamente se refieren mis compañeros a lo dicho en la Querella, una vez más y no será la última, la Audiencia, que es quien en realidad debiera hacerlo, no nos ofrece más argumentos que la simple cita de las manifestaciones de quienes en Juicio afirmaron, una y otra vez, que no existía ningún “**aval**”.

Sin advertir que el afirmar que no existía un “aval” por parte de los querellados no significa la inexistencia de ese “compromiso” verbal al que la Querella en realidad se refería. Y es, por tanto, a la acreditación de esta inexistencia, y no a la del referido “aval”, puesto que de éste no se habla en la Querella, a la que debería haberse dedicado el esfuerzo acreditativo y motivador de una Resolución condenatoria basada en la falsedad de la denuncia.

Porque si tratamos de un supuesto delito de denuncia falsa no podemos, obviamente, alterar los términos de dicha denuncia, entendiendo como afirmación de la concurrencia de un “aval”, evidentemente inexistente, lo que tan sólo se describe en aquella como simple “compromiso personal” que, como veremos, no resulta inverosímil a tenor de lo acontecido y de la propia autorización de incremento de la

deuda y cuya inexistencia en forma alguna ha quedado acreditada mediante el escasísimo esfuerzo argumentativo del Juzgador de instancia.

Produciéndose así un verdadero vacío probatorio respecto de lo que realmente interesa a efectos del obligado enervamiento del derecho a la presunción de inocencia de los acusados, que no es sino la certeza en la afirmación de que los hechos contenidos en la denuncia, en su estricta literalidad, eran falsos.

Es más, en la documentación del Banco obrante en las actuaciones y a la que mis compañeros aluden en nuestra Sentencia con cita parcial de lo esencial de su contenido (vid. ap. 4 FJ 4º), también existen numerosas referencias a las conversaciones y contactos mantenidos por responsables de la entidad financiera con los querellados que revelan, bien a las claras, la convicción de los empleados de la entidad de que los querellados en último término responderían de las deudas contraídas por las sociedades prestatarias, habiéndose comprometido primero y llegando a realizar más tarde desembolsos de capital multimillonarios (hasta 240 millones de pesetas) además de otras operaciones y acuerdos no sólo de “respaldo moral” sino material y económico, como los relatados en la referida documental (importante reducción de riesgos en papel comercial y en el plan de amortizaciones de la línea de crédito personal, etc.), que explican perfectamente la sinceridad y solvencia, cuando menos, de las razones por las que podía tenerse legítimamente la percepción acerca de la real existencia del “compromiso personal”, de los así voluntaria y directamente involucrados en los préstamos concedidos a las sociedades en que participaban, al que la Querella alude.

A todo este material tampoco se dedica atención por los Jueces “a quibus” en cumplimiento de su esencial y privativa facultad de valoración de la prueba disponible.

Cuestión distinta que, sin embargo, tiene también una relevancia indudable en este punto y que así ha sido percibida tanto por el propio Juez de Instrucción que archivó la Querella en su día como por mis compañeros de Sala, pero a la que la Audiencia nuevamente no se refiere en momento alguno, es la del tiempo en el que se pudo producir esa generación de confianza mediante la adquisición de alguna forma de “compromiso” por parte de los querellados.

Pues qué duda cabe de que si dicha actuación se llevó a término tan sólo con posterioridad a la decisión de prolongación temporal de la línea crediticia y en concreto tras alcanzarse una importante deuda impagada o advertidas ya las dudosas posibilidades de su cobro, sí que podría plantearse, al margen de la calificación jurídica que ello posteriormente mereciera, que la Querella falta a la verdad intentando presentar interesadamente como maniobra engañosa previa al desplazamiento patrimonial en el que la continuidad del préstamo consiste, a efectos de la mendaz construcción de la hipótesis de la estafa, lo que no habría sido sino un compromiso ulterior y, por ende, en nada influyente en la decisión de aquella autorización de incremento de la deuda.

A este respecto he de decir, sin embargo, que mi opinión vuelve a ser contraria a tal hipótesis, en ningún caso valorada por la Audiencia, puesto que no sólo considero que no ha resultado suficientemente probado que las conversaciones, en el seno de las cuales pudieran haberse

adquirido tales compromisos, exclusivamente se produjeran con posterioridad al impago de la deuda, sino que constato que lo que sí que está acreditado con suficiencia es que las mismas también acaecieron con anterioridad, al advertir, entre otras razones, que, según recuerda la propia Sentencia, en la documentación del Banco correspondiente a la línea crediticia (folio 1640, Tomo V) ya en Octubre de 1993 se afirmaba que “...el Sr. Olabarría no está dispuesto a prestar ningún tipo de aval personal...”, en tanto que el testigo Emilio Núñez, que no olvidemos en orden a la credibilidad que merece que fue despedido por el Banco en 1994, también narra cómo asistió a una reunión, lógicamente previa a aquella fecha, en la que se trató con Olabarría de este tema, con lo que resulta demostrada, a mi juicio, la ubicación temporal de tales hechos con anterioridad a la decisión de mantenimiento del crédito o, en cualquier caso, antes de que se alcanzase el importe total luego impagado, aunque también pueda ser igualmente cierto, y no contradictorio, el que, posteriormente y a la vista del impago ya producido, se volviera a tratar con los querellados con la finalidad de que cumplieran su previo compromiso, o al menos lo que los responsables del Banco entendieron como tal, en cuyo apoyo se había permitido la generación de una deuda de cuantía tan elevada, a pesar del importante riesgo que existía dadas las circunstancias económicas de las prestatarias.

Mecánica inhabitual sin duda en una operación bancaria de estas características pero respecto de la cual no hay que olvidar, no sólo que se trataba de clientes vinculados a la entidad financiera desde muchos años atrás (al parecer datando ni más ni menos que desde 1925 la relación comercial y con la línea de crédito ininterrumpida desde hacía también años pues, según el testigo Modesto González, “...los créditos de HARRY

WALKER se iban renovando desde 1978, y que siempre se renovaba la misma línea de crédito.”), sino, sobre todo, que la misma se inscribe en la deficiente actuación de una entidad financiera que, según se dice en la propia Sentencia recurrida, concentraba con su clientela hasta un treinta por ciento de créditos de imposible o difícil cobro cuando, a la vista de semejante situación entre otras circunstancias, se decidió por el Banco de España su intervención y el nombramiento de Sáenz como Presidente de la entidad.

En cualquier caso siempre resultaría más lógico pensar que existía el referido compromiso verbal antes que aceptar la hipótesis de que, en la situación concreta en que se producía, con serias sospechas acerca de la solvencia de las empresas destinatarias, hubiera llegado a consentirse una deuda tan crecida pues, según se declara probado literalmente en el apartado Segundo de la Resolución de instancia, en referencia al grupo HARRY WALKER, “...desde mediados de 1993 presentaba una situación de crisis y una preocupante falta de solvencia...”

Debiendo, por otra parte, poner de relieve un detalle igualmente importante de la Querrela en la que, al menos en la transcripción parcial de la misma que obra en el “factum” de la recurrida, se emplea la expresión “...que se **fuero**n produciendo...” y no “que se **fuera**n produciendo” al referirse a las deudas a las que alcanzaba el compromiso de Olabarría y los hermanos Romero, lo que aún avalaría más la imposibilidad de calificar como falsa, incluso en este aspecto temporal, la narración de aquella.

En consecuencia, para concluir este apartado, afirmo la ausencia de

prueba, debidamente valorada y suficientemente motivada, para estimar que el determinante hecho contenido en la Querella objeto de examen, relativo a la existencia de un “compromiso personal”, que no “aval”, por parte de los allí querellados, para el pago del préstamo concedido por el Banco a empresas en las que participaban, era ciertamente falso por inexistente.

No debería resultar necesario recordar en este momento que es a la acusación a quien corresponde, en un supuesto como el que nos ocupa, acreditar con solvencia la falsedad de los términos de la Querella, en concreto la indudable inexistencia de los compromisos de Olavarría y los hermanos Romero previos a la decisión de mantenimiento del crédito, de igual modo que a la Resolución que semejante tesis acoge compete razonar el por qué, más allá de la ya referida y evidente inexistencia de un “aval”, ha de tenerse por suficientemente probado dicho extremo de la ausencia de “compromiso personal” de pago, exigencia que en esta ocasión, según mi criterio, no ha cumplido debidamente la Audiencia ni, tan siquiera y suplantando la tarea de aquella, los argumentos de mis compañeros.

b) Respecto de la acreditación de la falsedad del resto del contenido de la Querella:

En lo que se refiere al resto de los contenidos relevantes de la Querella que se reputa falsa, es decir, la existencia de una deuda que llegó a alcanzar una cuantía superior a los seiscientos millones de pesetas como consecuencia de un crédito concedido y perpetuado por BANESTO a las compañías referenciadas, el impago de la misma, así como los movimientos de cuentas mencionados también en el documento, resultan todos ellos ciertos e incuestionados, sin perjuicio de la errónea calificación

como operaciones propias de insolvencias punibles de estos últimos movimientos, que no pertenece propiamente al terreno de lo fáctico, por lo que, incluso más allá del temprano abandono por los querellantes de semejante tesis, resulta extremo irrelevante para el enjuiciamiento de la falsedad de la denuncia, debiendo ser abordado, como lo será, a la hora de analizar la calificación jurídica correcta de la supuesta falsa denuncia.

c) Respecto de la acreditación de la participación de los condenados en los hechos declarados delictivos:

Por lo que se refiere a la prueba de la intervención de los recurrentes en los hechos enjuiciados, desde el punto de vista objetivo y externo de la descripción de sus conductas, tal como vienen descritas en el “factum” de la recurrida y sin perjuicio de los aspectos subjetivos de las mismas y de su calificación jurídico-penal a los que nos referiremos más adelante, hay que comenzar afirmando la innegable participación de Jiménez de Parga que, en su función profesional como Letrado, confecciona la Querrela adjetivada como falsa por la Audiencia.

Del mismo modo, la actuación de Calama, en tanto que él mismo reconoce haberse reunido con el anterior, con la finalidad de facilitarle los datos necesarios para formular la denuncia, tampoco cabe duda que ello supone cierto grado de participación directa en la misma.

Más cuestionable resulta, sin embargo, la presencia de Sáenz y su relación con la elaboración y presentación de dicho texto que, según el Tribunal de instancia, habría consistido en lo siguiente:

- Que ostentaba, al tiempo de los hechos enjuiciados, el cargo

de “...**presidente del Consejo de Administración de BANESTO**, tras la intervención el 28 de Diciembre de 1993 de dicha entidad por el Banco de España...”

- Que “Tras su intervención por el Banco de España, **BANESTO**, **presidido por el acusado ALFREDO SÁENZ**, con la finalidad de reflotar las complicadas circunstancias de gestión y solvencia del Banco, impulsó la recuperación de los “créditos dificultados” que en enero de 1994 suponían, aproximadamente, el treinta por ciento de la totalidad de los soportados por dicha entidad. Ante esta tesitura y transmitidas o conocidas tales directrices desde la presidencia del Banco, fueron agilizadas las reclamaciones en vía contenciosa, lo que generó la necesidad de acudir a abogados externos ante el aluvión de acciones judiciales en las que el Banco se veía inmerso o que debía emprender.”

- Que Calama “...siguiendo las **indicaciones dadas desde la Presidencia del Banco**, y con el conocimiento y beneplácito del acusado **ALFREDO SÁENZ**, para recuperar como fuera dichos créditos, interesó del acusado Jiménez de Parga la interposición de una querrela criminal...”

Más adelante también se afirmará que Alfredo, al igual que los otros dos recurrentes, “...tenían conocimiento de que los hechos imputados no eran ciertos...”, pronunciamiento cuyo análisis corresponderá al momento en que se evalúe la concurrencia de los elementos subjetivos del delito que se enjuicia.

A su vez, el material probatorio al que los Jueces “a quibus” se

refieren para sustentar las anteriores afirmaciones son los siguientes:

- Las manifestaciones del coimputado, luego absuelto, Miguel Ángel Merodio, cuando afirma, en relación con la Querrela, que “...cuando se enteró, días después se lo comunicó al acusado Alfredo Sáenz y que éste no le hizo comentario alguno...”, lo que es interpretado por la Audiencia en el sentido de que “...al margen del conocimiento que éste debía tener por su cargo, al menos en este caso, por las personas de las que se trataban, sólo hace que evidenciar que el presidente del Banco lo sabía.”

- El Tomo X de las actuaciones donde “...obran cantidad de escritos que evidencian, lo que por otra parte resulta absolutamente lógico entre un director general y el presidente de la entidad, la fluida comunicación entre los acusados Calama y Alfredo Sáenz, **no teniendo duda alguna el tribunal de que entre ellos debieron comentar el tema.**”

- La propia declaración de Alfredo de la que, según el Tribunal “a quo”, se desprende “...que tenía conocimiento de la situación, pues señala que el grupo les debía más de 600 millones de pesetas, aunque no sabe si era una deuda personal o no, y reconoce que según sus poderes en BANESTO, al tenerlos todos, **sí podía haber frenado la querrela**, pero que no es serio si lo hace “sin enterarse de la misa la media” pues nunca se ha visto en un Consejo de Administración tratar el tema de una querrela. **Pero ello, a juicio de este tribunal, no impide que se enterara en otros momentos, es más, ello resulta más lógico.** De hecho el propio Merodio (coimputado) se lo advirtió, teniendo la callada por respuesta.”

- La afirmación de Olabarría de que primero Carlos Ruiz, asesor jurídico del Banco cuya posible responsabilidad ha sido declarada prescrita, y Jiménez de Parga le dijeron en una reunión “...**que el acusado Alfredo Sáenz sabía que habían interpuesto la querrela...**” y posteriormente también el acusado Merodio le comentó que “...**Alfredo Sáenz lo sabía todo...**”

- La declaración testifical de otro de los acusadores, Luis Fernando Romero, que dice que “...**con los acusados Merodio y Alfredo Sáenz había tenido contactos continuados en los últimos 8 o 10 años...**”, que Merodio “...**le dijo de verse los dos con Alfredo Sáenz...**” cuando finalizó su prisión preventiva y, sin citar la Sala de instancia la razón de ciencia de tal dicho, pone también en boca de Luis Fernando “**Que nada se movía que no supiera ni estuviera de acuerdo el acusado Alfredo Sáenz, el cual, este caso, “...se lo sabía al dedillo...”**”

- La testifical de José Ignacio, hermano del anterior y también acusador, que insiste en que a él también Merodio le dijo “...**que Alfredo Sáenz sabía perfectamente de qué se trataba, que nada se hacía sin que él se enterara.**”

- El testimonio de Ramón Guardans, que fuera Presidente en aquellas fechas del Consejo Regional de Banesto, cuando afirma que Calama le dijo en cierta ocasión “...**que no hacía más que obedecer instrucciones del Presidente del Banco que le había dicho que llegara hasta el final, fuera cual fuera, aunque fuera la cárcel.**”

Frente a todo lo anterior, la Sentencia también recoge, sin análisis

crítico alguno de la misma, la declaración del directivo del Banco Francisco Teba que refirió “*Que fue la mesa Central la que decidió interponer la querella...*” y “*...que no recibió ninguna instrucción del acusado Alfredo Sáenz en tal sentido*”, manifestaciones en las que coincide también el testigo Jerónimo Caravaca, miembro de la Mesa calificadora del Banco.

De modo que se puede concluir en que, al margen de que tan sólo nos encontramos, en su mayor parte, ante la mención de declaraciones de los propios acusadores que, por referencia, relatan las manifestaciones que dicen que les hicieron terceras personas, en concreto dos coimputados en esta misma causa, uno de ellos, Merodio, que finalmente resultó absuelto, junto con el testimonio, también de referencia, del último declarante mencionado, con las lógicas suspicacias acreditativas que semejantes pruebas pueden suscitar, podrían darse por buenas las suposiciones de la Audiencia (“*...entre ellos debieron comentar el tema...*” o “*...resulta más lógico...*”) acerca de que, en efecto, Alfredo tuviera cierta relación con la presentación de la Querella, pero sin disponer de prueba suficiente para poder llegar más allá de la afirmación de que esa relación tan sólo consistiría en el conocimiento, puesto que “*...lo sabía todo...*”, de la situación con el grupo HARRY WALKER, de la presentación de una Querella contra socios del mismo, de su ausencia de oposición a que se llevase a cabo y de que tal actuación se inscribía en una instrucción genérica de la Presidencia del Banco tendente al saneamiento de la situación de la entidad frente a los numerosos impagos que venía sufriendo, sin que, por otro lado, conste acreditado, ni siquiera la recurrida lo afirme ni razone en ese sentido, que fuera él quien decidiera o diera la orden concreta para la interposición del escrito de denuncia ni tan siquiera

conociese el contenido concreto de ésta, ni los hechos en los que se apoyaba ni, incluso, la verdad o falsedad de los mismos, parcialmente acaecidos además con anterioridad a su incorporación a BANESTO, habida cuenta de la referida ausencia total de argumentación en este sentido.

De la calificación que merezca semejante intervención nos ocuparemos más adelante, al estudiar las conclusiones alcanzadas en este sentido por el Tribunal “a quo”.

B) Prueba de los elementos subjetivos:

Una vez vista la acreditación de la concurrencia de los elementos típicos objetivos del delito de denuncia falsa objeto de condena en la instancia (contenido falso de la Querrela y relación de los recurrentes con su interposición) que, como ya se ha dicho, para mí resulta en todo caso insuficiente, defectuosamente motivada y construida a partir de pruebas tenidas en cuenta parcialmente tan sólo y en contra de los reos, ha llegado la hora de examinar, en este momento, la argumentación relativa a la presencia de los elementos subjetivos de la infracción y de analizar su racionalidad y valor.

En efecto, si la figura delictiva exteriormente se caracteriza, ex artículo 456.1 CP, por la imputación de hechos falsos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, en cuanto a su aspecto subjetivo, o interno, requiere así mismo que dicha imputación sea formulada por los autores intencionadamente y “...*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad...*”

Lo que requiere, por consiguiente, que exista prueba bastante de que Sáenz, Calama y Jiménez de Parga conocían la “falsedad” de su denuncia o que, que despreciando temerariamente la verdad de los hechos, la formularon con plena intención de imputarlos mendazmente a los querellados.

Pues bien, revisando una vez más el “factum” de la recurrida, en la misma observamos a este respecto cómo se afirma que:

- *“El acusado Miguel Ángel Calama, conociendo que Pedro Olabarría, los hermanos Romero García y Modesto González Mestre (este último accionista ínfimo del grupo HARRY WALKER y presidente de su Consejo de Administración) no podían ser reputados deudores responsables de los créditos contraídos por las correspondientes sociedades del Grupo, siguiendo las indicaciones dadas desde la Presidencia del Banco, y con el conocimiento y beneplácito del acusado Alfredo Sáenz, para recuperar como fuera dichos créditos, interesó del acusado Jiménez de Parga la interposición de una querrela criminal contra aquéllos, como medida de presión para el cobro de las deudas, proporcionándole directamente y también a través del responsable de la asesoría jurídica de BANESTO en Barcelona, Carlos Ruiz Rodríguez (cuya responsabilidad criminal en esta causa fue declarada prescrita) la información sobre el grupo HARRY WALKER.”*

- *“El acusado Jiménez de Parga, con fecha 16 de Septiembre de 1994, actuando como abogado de BANESTO, con el conocimiento y la aprobación del acusado Calama, presentó un nuevo escrito al Juzgado*

ampliatorio de la querella en el que, con conocimiento de su falsedad, se ponía en conocimiento del Juzgado “nuevos hechos” o “ampliación de prueba” incidiendo de nuevo en que los créditos concedidos al denominado grupo “OLABARRÍA-ROMERO” se obtuvieron mediante un engaño urdido por los aquí querellantes, y que éstos trasvasaban los fondos obtenidos de BANESTO, simulando operaciones con el exterior, a sociedades por ellos controladas y situadas en el extranjero, desde las que se apropiaban de las cantidades remitidas.”

En definitiva, por tanto, Sáenz conocía y daba su beneplácito para recuperar los créditos “...como fuera...”, Calama interesó, “...como medida de presión para el cobro de las deudas...”, la interposición de una Querella criminal contra personas “...que no podían ser reputados deudores responsables de los créditos...”, que Jiménez de Parga, con la información facilitada por el propio Calama y el asesor jurídico regional de la entidad financiera, redactó e interpuso, presentándose posteriormente un nuevo escrito ampliatorio “...con conocimiento de su falsedad...”

En el Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución de instancia, a propósito de las razones en las que se fundamentan tales afirmaciones, se nos dice que:

- Calama “Niega que tuviera encargo alguno del acusado Miguel Ángel Merodio, del cual no recibió ninguna orden, ni de ningún directivo que no fuera el Sr. Teba. Sin embargo, a Tomo X de las actuaciones obran cantidad de escritos que evidencian, lo que por otra parte resulta absolutamente lógico entre un director general y el presidente de la entidad, la fluida comunicación entre los acusados Calama y Alfredo

Sáenz, no teniendo duda alguna el tribunal de que entre ellos debieron comentar el tema” (sic).

- *“Y otro documento de BANESTO a folio 1125 (Tomo IV) en el que se dice que “en todo caso, las perspectivas de cobro pasan por la posible reacción ante la interposición de querrela criminal”. Expresión que, en el fondo, viene a resumir lo que se pretendía con la querrela, el ejercicio de una presión penal –con afirmaciones falsas y con el dato sobrevenido de que el exjuez Estevill se hizo cargo temporalmente de aquel Juzgado de Instrucción- para intentar doblegar la voluntad de los perjudicados y que personalmente respondieran por unos créditos, lo que no les correspondía hacer, lo cual también constituye sustento para afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo.”*

- *“...junto a la prueba documental, que como decíamos prácticamente acredita todos los elementos objetivos del tipo (y en deducción lógica de ello, podríamos decir que también los subjetivos) los hechos que hemos declarado probados se acreditan igualmente por la prueba testifical.”*

- Y así, a su vez, los querellantes refieren que *“...le dijeron que el acusado Alfredo Sáenz sabía que habían interpuesto la querrela... ...Que con la querrela no se pretendía resolver el problema, sino que vieran que podían ir a la cárcel... ...que el acusado Alfredo Sáenz lo sabía todo...”* (Pedro Olabarría), *“...que nada se movía que no supiera ni estuviera de acuerdo el acusado Alfredo Sáenz, el cual, éste caso, “se lo sabía al dedillo”...”* (Luis Fernando Romero), *“...contestándole Merodio que Alfredo Sáenz sabía perfectamente de qué se trataba, que nada se hacía*

sin que él se enterara...” (José Ignacio Romero).

- El testigo Juan Félix Martínez, por su parte, afirma que Calama le dijo “...*que había una querrela criminal contra Olabarría y los hermanos Romero García y que como la querrela la llevaría Estevill irían a la cárcel...*”

- Fernando Gómez declara que “...*yendo en el coche oficial con el acusado Calama, recibió una llamada de Jiménez de Parga, anunciando que la querrela había sido admitida, y que Miguel Ángel Calama, aunque no dijo nada, estaba contento.*”

- Por último, también Ramón Guardans afirma que Calama le dijo “...*que no hacía más que obedecer instrucciones del Presidente del Banco que le había dicho que llegara hasta el final, fuera cual fuera, aunque fuera la cárcel.*”

Pues bien, sobre tales manifestaciones y con exclusivo apoyo en semejantes pruebas, sin ponderación prácticamente alguna como ya antes dijimos de otras declaraciones, también mencionadas, en las que se afirmaban extremos tales como el de que la orden de presentación de la querrela la dio personalmente el Subdirector General Sr. Teba (Calama), que en la misma tan sólo intervenía el llamado Comité de Recuperaciones (documento de BANESTO de 5 de Febrero de 1998) , “...*que nunca se ha visto en un Consejo de Administración tratar el tema de una querrela...*” (Sáenz), que el asunto fue sometido a la Mesa Calificadora que era quien realmente “...*calificaba el riesgo y decidía el inicio de las actuaciones civiles o penales...*” (Manuel Martínez, Jerónimo Caravaca, Francisco

Teba y Carlos Ruiz unánimemente coincidentes en este punto), “...que no recibió ninguna instrucción del acusado Alfredo Sáenz en tal sentido...” (Francisco Teba), a pesar de ello, el Tribunal “a quo”, olvidando la doctrina de esta Sala y del propio Tribunal Constitucional reiteradamente exigente en la necesidad de motivación no sólo de las razones del convencimiento acerca de los contenidos de la prueba incriminatoria sino también para el rechazo de los de la de descargo, concluye lapidariamente en que:

*“De todo ello, y aunque existe cierta testifical que no lo es (iii), de la de cargo practicada se desprende, a juicio de este tribunal, y a la vista de lo que se afirma en la querrela y escritos posteriores, la ilicitud de la imputación y reclamación que por vía penal se hizo a los perjudicados en esta causa, mencionando hechos falsos **a sabiendas de su no veracidad**”* (los signos de admiración son míos y expresan mi sorpresa ante la frase que los precede).

Para afirmar más adelante también:

*“Que la interposición de dicha querrela obedeció al único propósito de recuperar unos créditos, de la forma que fuere, sin empacho alguno en formularla contra personas físicas que nada debían, **como artificio de presión, de amedrentamiento**, para que respondieran por lo que nunca habían avalado, aprovechándose, además (en el momento actual ya no existe duda de ello, y de lo que representaba) de la presencia temporal, por sustitución a causa de las vacaciones de su titular, del juez Pascual Estevill en el Juzgado nº 10 de Barcelona, que como ya se ha dicho, fue condenado por estos hechos.”*

Así, al margen de la inexistencia de análisis alguno, de verdadera naturaleza valorativa, en sustento de una decisión a la que tan sólo antecede la enumeración, escasísimamente comentada, de las declaraciones prestadas en el acto del Juicio e, incluso, también de lo argumentado por la mayoría de esta Sala entrando a valorar, con planteamientos de una técnica impecable, unas pruebas personales en cuya práctica sin embargo no participamos y, por ende, de cuya inmediación carecemos, lo cierto es que, de nuevo, encuentro que tampoco existe en esta ocasión material probatorio suficiente para afirmar con la exigible certeza la constancia de los elementos subjetivos que el tipo penal aplicado requiere, es decir, el conocimiento por los recurrentes de la supuesta falsedad del contenido de la querrela, elemento objetivo cuya concurrencia ya negué anteriormente pero que la recurrida sostiene, o, en todo caso, ese “...temerario desprecio hacia la verdad...”, al que el precepto aplicado también alude, así como su intención de imputación mendaz.

Y todo ello pues:

- En primer lugar, en cuanto al conocimiento individual, por cada uno de los recurrentes, de la supuesta falsedad de los hechos descritos en la querrela, considero que debe afirmarse lo desacreditado de tales aseveraciones habida cuenta de que:

1) resulta más que improbable que el Presidente de una entidad del tamaño del Banco de referencia conociera, más allá de la existencia de la operación y de la deuda consiguiente dada su importante cuantía, las negociaciones habidas con los allí querellados, el contenido de las mismas, el alcance y naturaleza del compromiso, si es que lo hubo, adquirido por éstos y, en definitiva, la realidad o no de lo acontecido, máxime cuando

dicha información no sabemos en qué momento, cómo, dónde, por qué ni por quién y, mucho menos, en qué términos le hubiera podido ser facilitada, cuando él además acababa de acceder a una Presidencia, compleja y llena de problemas como lo explica la actuación interventora de la autoridad financiera que precisamente le designó para ese puesto, con posterioridad o simultáneamente a los hechos relatados en la querrella, frente a lo que no caben, para sostener un pronunciamiento de condena, argumentos tan genéricos como el de que lo sabía todo o que nada se movía sin que él lo conociera o, incluso, que hubiera llegado a manifestar que se intentase cobrar un crédito, importante y sin duda existente, por los medios que fuera, llegando hasta el final “...*aunque fuera la cárcel...*”, puesto que ello tanto podría servir para acreditar un conocimiento de la falsedad de la denuncia y de su finalidad como herramienta de ilícita presión, como la convicción de que la interposición de la misma, con las consecuencias legales que pudieran derivarse de ello, por graves que fueran, no era sino lo jurídicamente correcto en defensa de los intereses de la entidad que presidía.

Frente a mis compañeros yo sí que estoy de acuerdo con el Recurso en la afirmación de que la Audiencia confunde “...*el conocimiento de la existencia de la querrella, la decisión de presentarla y el conocimiento de la falsedad de los hechos cuya existencia se afirma en la misma...*”. Y ello porque es la propia Resolución de instancia la que no dedica ni un solo razonamiento para distinguir dichos aspectos y su correspondiente acreditación en la atribución de culpabilidad que realiza contra este acusado.

2) por lo que respecta a Calama, al igual que el anterior alto

directivo de la entidad querellante aunque en un nivel jerárquico inferior al de aquel, tampoco encuentro en los argumentos utilizados por los Jueces “a quibus” indicación alguna acerca de su grado de conocimiento de la realidad de los hechos, en especial la del nivel de compromiso adquirido por quienes fueron en su día objeto de querrela respecto del pago de las deudas contraídas por la empresas de las que formaban parte, desconociéndose la fuente de su información en cuanto a tales circunstancias, el verdadero contenido de ésta así como el alcance de los datos que facilitó, tanto él como el propio asesor jurídico del Banco, Carlos Ruiz, cuya posible responsabilidad en este sentido como ya dije fue declarada en su día prescrita, al Letrado externo encargado del estudio técnico de los hechos y de la propuesta de ejercicio de las acciones oportunas que, según se manifiesta sin mayor análisis crítico en la propia recurrida, correspondía decidir en realidad a un órgano de la entidad del que el recurrente no formaba parte, en una competencia que en modo alguno correspondía a Miguel Ángel, dado su nivel económico de decisión.

Deducir del hecho de que reconozca que tan sólo se reunió en unas pocas ocasiones, en concreto seis, con los querellados que era imposible que conociera si existía realmente un “compromiso” por parte de éstos, me parece, y siento tener que decirlo así, un tanto aventurado y carente de la necesaria solidez en relación con los importantes efectos que se atribuyen a semejante dato, pues no sólo con una sola de esas reuniones pudo perfectamente haber tenido conocimiento de la posición de sus entrevistados al respecto sino que tampoco se excluye en la Sentencia recurrida el que hubiera recibido informaciones en ese sentido a través de empleados del Banco que participasen en otras reuniones.

3) y, finalmente, en cuanto a Jiménez de Parga, a quien se le atribuye la comisión del delito por el hecho de redactar y presentar la denuncia con conocimiento de la falsedad de su contenido, de nuevo se ignora, sin que la Sentencia de la Audiencia aluda a ello en ningún momento, cuáles son los datos que le fueron facilitados para llevar a cabo su tarea profesional de asesoramiento y dirección técnica en el asunto de referencia, lo que nos impide afirmar que esa labor la desempeñase con pleno conocimiento de la supuesta falsedad que a tal descripción fáctica se atribuye y, por ende, que actuase con intencionada inveracidad en la formulación del escrito de querrela.

El argumento, al parecer definitivo para los Jueces “a quibus”, de que este acusado, “...reconocido especialista en derecho mercantil, no puede alegar tampoco el desconocimiento de la falsedad de los hechos imputados a los querellados...”, evidencia la ausencia de rigor en el análisis de la prueba, toda vez que la experiencia profesional en materia mercantil no significa el conocimiento exacto acerca de la verdad o no de los compromisos que pudieran haberse adquirido entre las diferentes partes, ajenas a su persona, en una concreta relación comercial.

- Mientras que por lo que se refiere, con carácter general, a la finalidad espuria atribuida a la presentación de la Querrela como “...artificio de presión, de amedrentamiento, para que respondieran por lo que nunca habían avalado...”, según los propios términos de la Sentencia recurrida, hemos de advertir que a la misma se llega sobre la base de razonamientos tales como el de la inexistencia del que en la Querrela se denominaba “Grupo Olabarría”, en un “...intento de “camuflar” frente a la autoridad judicial la realidad de las cosas y esa

imputación contra los Srs. Olabarría, Romero García y otros.”

Argumento de escasísima eficacia, a mi juicio, para derivar de él la evidencia de la intención de imputación falsa, máxime si tenemos en cuenta que en la Querella no se calificaba jurídicamente en forma alguna dicho “grupo” y que, por el contrario, obran en las actuaciones documentos del Banco, de fechas anteriores, en los que ya se atribuía esta denominación al conjunto de las empresas que, “de facto”, integraban un “grupo”, perfectamente identificado entre la clientela de la entidad, en las que Olabarría participaba de modo significativo.

Lo que es igualmente percibido por el Instructor que acordó el sobreseimiento de la Querella al afirmar que: *“...de la instrucción, no se viene a deducir, primeramente, la existencia del denominado “Grupo Olabarría”, más que una forma coloquial o circunstancial de referirse a los hermanos Romero y al propio Pedro Olabarría.”*

Recordemos que el mismo Olabarría dijo que *“...de haber existido ese Grupo; BANESTO lo tenía muy fácil, pues podía haber sacado el dinero de sus cuentas personales para aplicarlas a la deuda del Grupo”*. Obviedad, procedente del propio querellado, que nos viene a indicar cómo, en efecto, nunca podría referirse la alusión al “Grupo Olavarría”, contenida en la Querella, a una realidad jurídica formalizada, sino a la denominación con que era conocido informalmente por el personal del Banco el conjunto de entidades en la que dicho empresario participaba.

En definitiva, a la vista del propio razonar de la recurrida, la conclusión a la que puede llegarse es la de que la convicción del

Tribunal “a quo”, acerca de la verdadera intencionalidad de los querellantes, se construye, en este caso, fundamentalmente a partir de la idea de que se trataba de una operación tendente, como ya se ha visto, a generar un artificio de “presión” y “amedrentamiento” contra los querellados para que hicieran frente a unas deudas cuyo pago no les correspondía. Y, en este sentido, leemos en su Sentencia:

1) Que el acusado Alfredo Sáenz manifestó “...que conoció a Pascual Estevill aunque no sabe si antes o después de la prisión de Olavarría, que supone que después.”

2) Así como otro acusado, Calama, también afirma “...que él no tuvo ningún contacto con el ex juez Estevill, ni con acusado Miguel Ángel Merodio, admite que sabía que alguno de los querellados estaban presos, pero que él se limitó a acatarlo que le dijo la persona responsable de la ejecutiva del Banco, descargando toda la responsabilidad en Francisco Teba, y que la querella no se hubiese puesto si él no hubiera recibido ninguna instrucción al respecto.”

3) Mientras que Olabarría también declaró “...que Merodio le dijo que la querella había caído (expresión “en pasado”, lo que de alguna forma corrobora las manifestaciones de Miguel Ángel Merodio) en manos de Estevill y que si sabía lo que eso significaba; que las preguntas que le hicieron en el juzgado eran absurdas, estando delante el letrado Jiménez de Parga, y ese mismo día Pascual Estevill lo mandó a la cárcel. Que con la querella no se pretendía resolver el problema, sino que vieran que “podían ir a la cárcel” si personalmente no pagábamos...”

4) A su vez, Luis Fernando Romero también dijo en su declaración que *“...cuando estuvo en el juzgado declarando no sabía de que iba la querella, y que las preguntas que le hacían eran absurdas, no tenían ningún sentido; que el ex juez Pascual Estevill le mandó callar diciéndole que allí los únicos que hacían preguntas eran él, y el letrado Jiménez de Parga...”*

5) El hermano del anterior, y también querellado, refirió por su parte que *“...tuvo la suerte de no ingresar en prisión porque estaba fuera de Barcelona; que le tomó declaración el ex juez Estevill y Jiménez de Parga y que fue “escandaloso”, esperando para ello hasta las 12 horas de la noche.”*

6) El testigo Juan Félix Martínez declaró que Calama en una conversación le dijo que *“...había una querella criminal contra Olabarría y los hermanos Romero García y que como la querella la llevaría Estevill irían a la cárcel.”*

7) El propio Pascual Estevilla reconoció en Juicio la existencia de dos entrevistas con Jiménez de Parga si bien, contra lo que había admitido previamente, *“...negó que lo hablado con Jiménez de Parga influyera en su decisión.”*

8) Por último, se alude *“...al documento de BANESTO a folio 1125 (Tomo IV) en el que se dice que “en todo caso, las perspectivas de cobro pasan por la posible reacción ante la interposición de querella criminal”. Expresión que en el fondo viene a resumir lo que se pretendía con la querella, el ejercicio de una presión penal -con afirmaciones falsas*

y con el dato sobrevenido de que el ex juez Estevill se hizo cargo temporalmente de aquel Juzgado de Instrucción- para intentar doblegar la voluntad de los perjudicados y que personalmente respondieran por unos créditos, lo cual también constituye sustento para afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo.”

A partir de todo lo cual la Audiencia concluye “Que la interposición de dicha querella obedeció al único propósito de recuperar unos créditos, de la forma que fuere, sin empacho alguno en formularla contra personas físicas que nada debían, como artificio de presión, de amedrantamiento, para que respondieran por lo que nunca habían avalado, aprovechándose además (en el momento actual ya no existe duda de ello, y de lo que representaba) de la presencia temporal, por sustitución a causa de las vacaciones de su titular, del ex juez Pascual Estevill en el Juzgado nº 10 de Barcelona, que como ya se ha dicho, fue condenado por estos hechos.”

Añadiendo que “Por su parte el acusado Jiménez de Parga, reconocido especialista en derecho mercantil, no puede alegar tampoco el desconocimiento de la falsedad de los hechos imputados a los querellados, y su comportamiento posterior durante la tramitación de la misma, y reuniones con el ex juez Estevill, en los términos que anteriormente se han apuntado, evidencian su conocimiento sobre la falsedad de la querella.”

Es decir, se hace uso del recuerdo de la actuación del ex Juez Estevill, que le supuso la condena como autor de sendos delitos de prevaricación y detención ilegal al haber acordado indebidamente la

prisión preventiva de los querellados, en fundamento, prácticamente único, para afirmar la existencia de una clara intención de utilizar la falsa denuncia como medio para el repetido “*amedrentamiento*” de los querellados.

Pero con ello se olvidan los Jueces “a quibus”, y quizá también mis compañeros, de que, al margen de la existencia de aquella prevaricación que concluyó en condena del Juez, también se siguieron actuaciones a propósito de la posible comisión de un delito de cohecho llevado a cabo por los querellantes, en su forma activa, respecto del referido ex Juez, procedimiento que finalizó declarándose concluyentemente la inexistencia de prueba al respecto, de modo que resulta por completo improcedente utilizar ahora, como argumento, lo que no pudo acreditarse en su día.

Especialmente si tenemos en cuenta que los datos existentes acerca de las conversaciones mantenidas entre Estevill y Jiménez de Parga en modo alguno podrían hacerse extensivos en su pretendida eficacia indiciaria, sin apoyo para ello en prueba alguna que les relacione con tales encuentros, a los otros recurrentes, Sáenz y Calama, de los que no obran datos acreditativos ni tan siquiera en orden a su conocimiento de aquellos contactos entre el Letrado y el Juez.

Pues, incluso en el caso de que se atribuyera a esas reuniones, contra la conclusión ya definitivamente alcanzada en su día, el sentido que la Audiencia baraja, ello no sólo no tendría por qué suponer la finalidad espuria de la Querrela ni su carácter inveraz ni, menos aún, el conocimiento de tales extremos por parte de los responsables del Banco,

pudiendo tratarse, en todo caso y tan sólo, de la exclusiva iniciativa de un Letrado cuyo interés pudiera ser el de exhibir la eficacia de sus servicios profesionales ante cliente de la importancia de la entidad bancaria.

A la postre, no se trataría más que de meras especulaciones contrarias, como ya he repetido, a la conclusión del procedimiento seguido por el supuesto cohecho, pero que, sin embargo, sí que nos ofrecen y revelan un importantísimo dato explicativo del por qué los miembros del Tribunal “a quo”, tanto como mis propios compañeros de Sala, consideran, en lo profundo de su honesta convicción, que nos hallamos ante una denuncia falsa, a saber, porque todo ello era una maniobra que contaba con la colaboración de Estevill para cumplir la finalidad supuestamente perseguida de presión a los querellados, a fin de que pagasen las deudas de las empresas de las que eran socios.

Pero, una vez que la tesis del cohecho quedó plenamente desautorizada, no sólo no resulta ahora posible seguir utilizando esa inicial sospecha como indicio de las ilícitas intenciones de los recurrentes, sino que nos enfrenta ante la exclusiva realidad de una Querrela respecto de la que no existen razones válidas para afirmar que, con su interposición, persiguiera la prosperidad mediante medios o “maniobras” ilícitas, que ya quedaron descartadas en pronunciamiento devenido firme, y no simplemente dentro de los trámites procesales legalmente previstos para ello.

Ejemplo evidente, por otra parte, de la artificiosidad y falta de sustento lógico y rigor del razonar de la Resolución de instancia, lo constituye, en mi opinión, las consecuencias extraídas del contenido del

documento obrante al folio 1125, antes transcrito, cuando de la expresión: “...*en todo caso, las perspectivas de cobro pasan por la posible reacción ante la interposición de querrela criminal*”, se extrae la consecuencia probatoria de la pretensión de la Querrela de ejercer una “...*presión penal con afirmaciones falsas...*”, lo que además “...*constituye sustento para afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo...*”, si bien en dicho escrito tan sólo se recoge una opinión, que además no consta emitida por ninguno de los recurrentes, en la que libremente se considera la pertinencia de la interposición de una querrela criminal, lo que alternativamente podría de igual forma considerarse evidencia del criterio técnico acerca de la lícita oportunidad del uso de la vía penal como consecuencia de la realidad de lo acontecido.

Por consiguiente, la argumentación, tan frágil como inapropiada, utilizada para afirmar la acreditación de la intención y finalidad delictiva de la Querrela interpuesta por los recurrentes, recurriendo esencialmente a una hipótesis ya en su día desautorizada por completo, resulta en mi opinión una vez más y desde criterios de estricta racionalidad, claramente inadecuada e insuficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes.

II.- Sobre la tipicidad de los hechos declarados probados en la instancia:

Una vez afirmado mi criterio acerca de la inexistencia de prueba bastante, debidamente motivada, para afirmar, tanto la falsedad del contenido de la denuncia enjuiciada como la participación delictiva de los

recurrentes, procede ahora examinar si, incluso teniendo por suficientemente acreditados los hechos narrados en la Sentencia recurrida, los mismos, en efecto, son constitutivos de la infracción penal objeto de condena (art. 456 CP).

Para ello no debería resultar necesario recordar en este punto la fidelidad debida al “factum” de la recurrida, al hallarnos ante el examen de un eventual supuesto de infracción de Ley (art. 849.1º LECr), por indebida aplicación de la norma sustantiva a los hechos tenidos como probados por el Tribunal de instancia.

Tarea que, lógicamente, ha de ser llevada a cabo con estricto respeto al carácter de intangibilidad que ese relato fáctico obligadamente ostenta en un cauce casacional como el que ahora nos disponemos a seguir, examinando tanto si la Querella en su día formulada contenía los elementos necesarios para constituir, típicamente, una verdadera denuncia falsa, como si la descripción que se hace de la conducta de los recurrentes, en relación con aquella, resulta, así mismo, constitutiva de acción delictiva.

A) El carácter delictivo de la Querella.

a) Respecto de la denuncia de un presunto delito de estafa:

Requisito imprescindible del tipo penal objeto de condena, la denuncia falsa, es el de que los hechos imputados, “...de ser ciertos, constituirían infracción penal...” (art. 456.1 CP).

Por ello, resulta indispensable una puntual lectura de la Querella para apreciar si la conducta en ella descrita y atribuida a quienes en aquella oportunidad eran querellados (Olabarría y los hermanos Romero) es realmente una infracción delictiva susceptible de calificación, en este caso como delito de estafa del artículo del CP de 1973, vigente al tiempo de presentación de dicha denuncia.

En tal sentido, la literalidad de ese escrito, en la transcripción parcial que en el relato de hechos de la recurrida se consigna, hace alusión a la existencia de un desplazamiento patrimonial, causante de indudable perjuicio para el entidad bancaria por importe de más de seiscientos millones de pesetas al resultar finalmente impagado, que habría tenido como causa el engaño sufrido por ésta “...*pues los querellados D. Pedro Olabarría y D. Juan Ignacio y D. Luis Fernando Romero García, accionistas indirectos de las mismas (en referencia a las sociedades beneficiarias de los créditos llamadas del “Grupo Olabarría), se comprometieron a responder personalmente de las posibles insolvencias que se fueron produciendo.*”

Así queda descrito expresamente en la Querella el supuesto “engaño” sufrido por la querellante, como elemento esencial del delito de estafa que es objeto de denuncia.

La propia Sentencia recurrida se limita a afirmar que concurriría el que “*Tales hechos así falseados sean constitutivos, caso de ser cierta la imputación, de un delito o falta previstos en el Código*” (letra b), del párrafo segundo, ap. 2 del Fundamento Jurídico Segundo), sin más explicación al respecto.

Y, no obstante, en el párrafo cuarto de su Fundamento Jurídico Tercero dirá que “...acudiendo a la lógica, resulta **verdaderamente surrealista** –utilizando la expresión de una de las defensas- que una entidad bancaria otorgue unos préstamos a una sociedad, con personalidad jurídica propia, por la confianza “moral” de que van a responder personalmente sus socios, por su sola palabra, sin que medie aval alguno ni afianzamiento por escrito.”

Para insistir incluso más adelante (letra b) del ap. 6 del Fundamento Jurídico Tercero) en que “...con expresión de una de las Acusaciones particulares en esta causa, **resulta delirante hasta los términos del surrealismo las afirmaciones de la querella**, “pues un Banco no presta dinero en contemplación de un tercero, sin su aval extendido en legal forma”.”

Lo que supone una evidente contradicción, no resuelta por la Audiencia, con la previa afirmación de que lo denunciado constituyera realmente un hecho que, de probarse, fuera constitutivo de delito, en especial en lo relativo a la existencia del engaño bastante imprescindible para la presencia de la estafa.

De hecho, esto mismo es lo que entendió el propio Juez de Instrucción en su Auto de sobreseimiento de las actuaciones, al que ya nos referimos al principio de estas líneas al examinar el criterio de ese Instructor sobre la falsedad o no de la existencia del “compromiso” de pago por parte de los querellados, como claramente evidencian, en relación ahora con este extremo de la naturaleza delictiva de lo

denunciado, expresiones contenidas en dicha Resolución, cuya rotundidad ha de servir para despejar cualquier clase de duda que pudiera suscitar alguna reflexión marginal también contenida en ese texto, tales como las siguientes:

- “...si nos ponemos en la hipótesis sostenida por la querella, tendríamos que sostener que un grupo inexistente comercialmente, en forma legal, viene a avalar extraoficialmente operaciones mercantiles de crédito de otras entidades, Harry Walker, en esencia, en las que participan, en el mejor de los casos, minoritariamente. **Dicho avalamiento se efectúa sin necesidad ni exigencia de ninguna firma, protocolo, documentación o registro, aceptando el Banco estafado dicha forma, contraria al Código Civil.**”

- “Los querellantes ejecutan, así, una **inverosímil “puesta en escena”**, según la terminología del escrito del querellante de fecha cinco de Enero.”

- “Por mucho fingimiento que exista en la actuación de los querellados no hay que olvidar, en caso alguno, quien es la víctima del engaño y los medios con los que cuenta. **No cabe, por todo ello, considerar que, si hubo engaño fuera de entidad y categoría suficiente para fundamentar el traspaso patrimonial imputado como delictivo.**”

- Para, finalmente, concluir en que “...al confirmarse que **no ha existido engaño típico en los hechos imputados en la presente querella, de conformidad con lo dispuesto en el número 1 del artículo 637 de la Lecrim., sólo cabe el sobreseimiento libre y archivo de las presentes**

actuaciones.”

Con lo que queda claro el criterio de quien fue el Instructor que conoció en su día de la Querrela considerada ahora como denuncia falsa y que no es otro que el de la inviabilidad de la misma por la propia inconsistencia típica de los hechos descritos en ella, dada la insuficiencia del engaño que describe para integrar el elemento indispensable del delito de estafa.

Y no es que con ello se esté afirmando que dicho criterio haya de ser tenido como determinante de nuestra decisión, otorgándole un “valor probatorio” como el que, tan incorrectamente, le atribuía la Resolución de instancia en expresión que ya censuré en su momento, sino que con tales citas tan sólo se pretende poner de relieve que la admisión a trámite de la Querrela fue en su día desacertada ya que, en la propia redacción fáctica de la misma, lo allí descrito, de llegar a acreditarse, no era constitutivo de infracción penal, como posteriormente admite tácitamente el mismo Juez que la admitió, al utilizar exclusivamente los datos que ya constaban en aquella redacción, como base de sus argumentos para acordar el sobreseimiento.

Los miembros que integran la mayoría de este Tribunal, puesto que la Audiencia vuelve a omitir argumentación alguna al respecto, entienden, por el contrario, que el mero hecho de la admisión a trámite de la Querrela y la ulterior práctica de ciertas pruebas en averiguación de su veracidad, además de exponente de la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el tipo de la denuncia falsa, al haber supuesto la indebida puesta en marcha de la actividad judicial afectando así mismo al buen

nombre de los querellados, sería indicativa también de la apariencia delictiva de los hechos descritos en aquella.

Pero creo, respetuosamente, que con ello incurren mis compañeros en una cierta confusión, no sólo al desatender las verdaderas razones por las que el Instructor acordó definitivamente el sobreseimiento de las actuaciones, que quedan claramente reflejadas en las citas literales que acabamos de transcribir, sino, lo que es aún más importante, por concluir en que la admisión a trámite de una querrela ha de llevar a la afirmación de que los hechos en ella relatados reúnen las características propias de la infracción denunciada.

Por una parte, si es cierto que el Auto de sobreseimiento dedica alguna frase a justificar la previa admisión a trámite de la Querrela, ello no deja de ser totalmente explicable si tenemos en cuenta las consecuencias que de dicha admisión se produjeron, en concreto el ilegal decreto de prisión contra los querellados adoptado prevaricadoramente por quien sustituyó al titular del órgano en el que tuvo entrada la Querrela, lo que lógicamente condiciona la posición de éste, obligado a justificar su inicial decisión, por mucho que, salvo en aquello, su actuación y ulteriores decisiones en este procedimiento resultan absolutamente irreprochables.

Tal circunstancia, sin embargo, no es óbice al hecho de que, a la hora de exponer las razones para el sobreseimiento, quede paladinamente claro que, en realidad, el relato de las circunstancias que motivaban la denuncia carecía ya de la descripción de un elemento tan esencial para la existencia de la estafa como es el engaño bastante dirigido contra la entidad perjudicada.

Es evidente que para alcanzar esa conclusión, de sobreseimiento por ausencia de engaño suficiente, al Instructor no le hacía falta mencionar el resultado de ninguna de las escasas pruebas practicadas en la tramitación de las actuaciones regidas por la Querrela en cuestión.

Mientras que, por otro lado, tampoco parece correcto que se condicionase al criterio del Instructor, ni tan siquiera al de la Audiencia que resolvió la Apelación contra el sobreseimiento, aunque ese criterio hubiere sido el de que lo descrito en la Querrela efectivamente era una hecho constitutivo de delito, la determinación de la concurrencia de este elemento esencial del delito de denuncia falsa, cuyo pronunciamiento corresponde en exclusiva al Tribunal que ulteriormente lo enjuicia y a quien pudiere entender del Recurso contra esa decisión.

Por consiguiente, fuera o no admitida a trámite la Querrela y cualquiera que sea el argumento para su ulterior sobreseimiento, lo importante es que “a posteriori” de todo ello se analice y determine si realmente lo descrito en su día, como fundamento de la denuncia, tenía verdadera entidad delictiva.

Y en este sentido, he de insistir en que el hecho de que una entidad financiera afirme que ha sido estafada al consentir, con motivo de un préstamo, a la generación de una deuda de varios cientos de millones de pesetas porque unos socios de la prestataria verbalmente se comprometieron a responder del descubierto caso de producirse por impago de las obligadas, es algo que, se mire por donde se mire y aunque se acreditase hasta la saciedad, nunca podría ser constitutivo del referido

delito de estafa, toda vez que el engaño descrito como causante del desplazamiento patrimonial y del perjuicio carecería, a todas luces, de la suficiencia necesaria para integrar la infracción penal de referencia.

Incurren en este punto, además, en clara contradicción a mi juicio, tanto la Audiencia como la mayoría de esta Sala, cuando mientras que se esforzaron, éstos últimos por supuesto mucho más que aquella, en argumentar, para afirmar la evidencia de la falsedad del contenido de la Querrela acerca de la existencia de un “compromiso personal” de los querrelados como razón para la autorización de la deuda, lo insólito que resulta semejante planteamiento, ahora, al llegar el momento de analizar la virtualidad y suficiencia de ese mismo “compromiso” allí mencionado como constitutivo de engaño bastante para la descripción del delito de estafa no dudan en sostener que semejante maniobra mendaz sería plenamente plausible y eficaz.

Pero es que además, la Sección de la Audiencia Provincial que, en Auto de fecha 25 de Abril de 1995, confirmó el sobreseimiento acordado por el Instructor, insistiría también, y con mayor énfasis si cabe, en este extremo de la inconsistencia típica de la denuncia con expresiones como las siguientes:

- *“Dicho esto, y con independencia de si hubiera debido admitirse o no a trámite la querrela, lo que no está en el debate, es lo cierto que sin existencia de delito no debe haber instrucción criminal, que ha de cesar, de haberse iniciado, tan pronto conste que el hecho que dio lugar a la formación de la causa carece de significación penal.”*

- “Pues bien, el Juez de Instrucción, al dictar la resolución recurrida, no hizo más que cumplir con su función de control y hacer cesar una instrucción a la que a todas luces había que poner fin, pues **los hechos perseguidos no son constitutivos de infracción penal**, por más que la querellante, para cargarse de una razón que no tiene, quiera hacer valer el peso de los diez tomos en que las diligencias se documentan, engordados con extensos escritos alegatorios y documentos inanes a la acreditación del engaño que se dice sufrido, como base de toda la imputación, protesta de **engaño que ya en inicio era totalmente inverosímil.**”

- “Es inaceptable la afirmación de la querellante, contenida ya en la querrela, de que no hubiera concedido los créditos a las sociedades de no responder finalmente los querrellados, pues tal afirmación pugna con el conocimiento común de la práctica bancaria, ya que, como sabe cualquier persona que haya acudido al crédito bancario en alguna ocasión, los bancos, incluso tratándose de clientes preferenciales, no omiten en las pólizas aquellas garantías adicionales que pueden obtener, y si de algo peca la contratación bancaria es del afán desmesurado de los bancos en asegurar el reintegro del crédito...”

- “...no sólo es **inverosímil que la querellante fuera engañada**, sino que, en el caso de haber habido maquinación engañosa, salvo que la querellante la consintiera por resultarle indiferente o conveniente, pues el predicado engaño era insuficiente para mover la voluntad de la querellante...”

Lo cierto es que tales manifestaciones para explicar el por qué,

desde la propia presentación de la Querella, era evidente la carencia de carácter delictivo de los hechos denunciados, no pueden ser más razonablemente concluyentes.

De hecho y como acabamos de ver, no sólo no se consideró por el Instructor ni por la Sección de la Audiencia que confirmó el sobreseimiento la existencia de indicios de falsedad en la denuncia, a los que se refiere, hoy como facultad, el apartado 2 del artículo 456 del vigente Código Penal para ordenar que se procediera de oficio contra la denunciante presuntamente inveraz, sino que ni tan siquiera se condenó en costas a ésta, por apreciar en su conducta temeridad procesal, de acuerdo con lo que para tales casos dispone el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y ello a pesar de que el Tribunal de Apelación sí que tuvo en cuenta esa posibilidad de forma expresa al manifestar que *“El auto recurrido no declaró temeridad o mala fé en la querellante, y este particular no ha sido objeto de recurso, y, por lo tanto, debe ser mantenido.”*

De forma que se nos pone también de evidencia que quienes ahora acusan por un delito de denuncia falsa ni tan siquiera interesaron en su día la declaración de temeridad, y consiguiente condena en costas, frente a la Querella que se sobreseía,

Es más, considero que procede en este momento una breve reflexión acerca de un extremo que, aunque en realidad no haya sido directamente suscitado como tal por ninguna de las partes, no dejaría de

tener una indudable trascendencia por afectar ni más ni menos que a la propia validez de las acciones acusatorias sobre las que se asienta la condena, en concreto, a su requisito de procedibilidad.

Porque no hemos de olvidar que las Resoluciones mentadas se producen bajo la vigencia del anterior texto, Código Penal de 1973 y, en concreto, de su artículo 325 que, en casos como el presente, exigía aún obligadamente un mandato judicial para que resultase posible proceder contra el denunciador “...*siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso.*”

Exigencia que ha desaparecido del texto actual, al permitir expresamente “...*que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.*”

Evidentemente, no se me oculta la existencia de la STC 34/1983, de 6 de Mayo, que ha venido siendo interpretada, por este mismo Tribunal incluso (STS de 16 de Diciembre de 1991 y 21 de Mayo de 1997), en el sentido de que supuso la derogación por inconstitucional de la referida necesidad de ese requisito de procedibilidad establecido en el texto coetáneo a las Resoluciones que aquí nos ocupan.

En realidad, las dos Resoluciones de esta Sala que se acaban de mencionar y que son las únicas localizables que aluden a este extremo, en relación con hechos acaecidos bajo la vigencia del artículo 325 del Código Penal de 1973, no resultan excesivamente convincentes porque en ninguna de ellas la referida cuestión resulta decisiva ni contienen verdaderos argumentos para justificar suficientemente su criterio al respecto.

Así, en ambas, de 16 de Diciembre de 1991 y 21 de Mayo de 1997, leemos el mismo texto, a saber:

“El Código Penal en los dos últimos párrafos del art. 325 establece unos presupuestos procesales de perseguibilidad, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo como requisitos procesales para la persecución de este delito y que se concretan en los siguientes:

1.º Sentencia o auto firme de sobreseimiento. La Sentencia ha de ser absoluta, o al menos respecto de la persona a la que se imputaron los hechos. El auto de sobreseimiento ha de ser libre. El sobreseimiento provisional impide que pueda perseguirse el delito que se examina.

2.º Acuerdo de proceder. Es preciso que en la Sentencia o en el auto el propio Tribunal acuerde proceder contra el denunciado o acusado.

Estos presupuestos procesales de perseguibilidad después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1983 de 6 de mayo, han sido cuestionados.

Respecto al primero, la aludida resolución declara que el auto de sobreseimiento puede ser libre o provisional y que el particular puede ejercitar cualquier acción penal u otras que estime pertinentes.

De ello se deduce que el único requisito para perseguir el delito de

acusación o denuncia falsa es que la causa incoada haya terminado por sentencia absolutoria o por auto de sobreseimiento libre o provisional, siendo estas resoluciones firmes.”

Pero para seguidamente añadir: *“Tal requisito no es objeto del presente recurso, y por tanto no es preciso detenerse en su examen.”*

Como vemos se acoge, por lo tanto, una determinada interpretación del contenido de la STC 34/1983, de 6 de Mayo, dictada en Recurso de amparo, pero sin mayor explicación al respecto y, lo que es más, sin que dicha decisión tenga influencia alguna en las respectivas causas, dado que en una de ellas el Juzgado de Instrucción había ordenado ya proceder contra el denunciante y la otra se refería a pronunciamiento absolutorio por razones distintas del referido requisito de procedibilidad.

De todas formas, en mi opinión y dicho sea con toda modestia, tal interpretación de la aludida STC resulta errónea.

En efecto, si se lee con la debida atención la meritada Resolución y el asunto concreto a que hace referencia, que no era sino un amparo, nos encontramos con que se trataba de un sobreseimiento provisional, en el que, obviamente y por su propia naturaleza interina, el órgano que lo dictó no había efectuado pronunciamiento alguno acerca de la oportunidad de proceder contra el presunto denunciante falso que dio origen a aquellas actuaciones.

Es, por tanto, en esa concreta situación, en la que el Tribunal Constitucional, tras admitir la posibilidad, no contemplada inicialmente en

el artículo 325 del Código Penal, de la persecución del delito de denuncia falsa sin que sobre la misma haya recaído Sentencia absolutoria ni su equivalente sobreseimiento libre, bastando para ello el provisional, por lo que autoriza también, como no podía ser de otro modo en semejantes circunstancias, que el denunciado ejerciera por sí mismo las acciones correspondientes, sin necesidad de impulso del Juzgado o Tribunal que conoció de aquella denuncia y que obviamente no podía prestarlo en forma alguna dado que su pronunciamiento acerca de la supuesta falsedad de la denuncia no era aún definitivo.

Así comprobamos que el argumento en que se apoya la referida doctrina constitucional consiste en lo siguiente:

*“La legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos, lo que conduce **en este caso a la conclusión de que el auto firme de sobreseimiento corresponde tanto al de carácter definitivo como al provisional... ..De no darse esta interpretación resultaría que el auto de sobreseimiento provisional vendría a impedir el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 num 1 de la CE, por lo que sería incompatible con la misma, al impedir al recurrente el ejercicio del mencionado derecho fundamental frente a acusaciones que califica de falsas.**”*

En tanto que en la parte dispositiva de la misma Resolución se dice que: *“...declaramos que puede ejercitar las acciones penales u otras que estime pertinentes, sin ninguna limitación **derivada del auto firme de sobreseimiento provisional...**”*

Obsérvese cómo el razonamiento del Tribunal versa, precisamente, sobre la imposibilidad del ejercicio por el particular del derecho fundamental en el concreto supuesto, que previamente admite, del sobreseimiento provisional, a causa del obstáculo procesal de la imposibilidad de pronunciamiento del órgano jurisdiccional al respecto que, en el caso de la Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre, no concurre.

Todo ello que, aparte de la opinión que pudiera merecer la decisión de permitir esa persecución de la denuncia a partir del mero sobreseimiento provisional de la misma, resulta plenamente lógico, y hasta obligado en aquel caso puesto que, como he dicho, en la circunstancia de hallarnos ante un sobreseimiento provisional no resultaría viable una decisión de esa naturaleza por parte del órgano que lo dictó, no tiene sin embargo por qué significar, como se ha venido interpretando de forma a mi juicio algo ligera, que también cuando se haya acordado el fin definitivo de las actuaciones, con Resolución firme en este sentido de absolución o sobreseimiento libre, y siendo ya perfectamente posible una valoración definitiva y de fondo por parte del órgano que conoció de las mismas, no subsistiera, bajo la vigencia de aquella norma expresa anterior al texto hoy aplicable, el requisito del mandato de oficio para proceder contra el denunciante.

Máxime cuando de esa forma no sólo no se advierte la posibilidad de denegación alguna de tutela judicial (art. 24.1 CE) por parte del Juzgado o Tribunal llamado a pronunciarse, derecho que consideró vulnerado el Tribunal Constitucional sólo ante la imposibilidad de

pronunciamiento judicial en este sentido cuando de sobreseimiento provisional se trate, sino que, antes al contrario, esa tutela se dispensaría probablemente de modo mucho más acertado y completo en la doble dirección de no establecer, por un lado, trabas y riesgos que pudieran llegar a producir inhibiciones no deseadas en el legítimo ejercicio del derecho a la denuncia y, por otro, para procurar protección efectiva a quien hubiere podido ser víctima de una imputación de apariencia claramente falsa.

En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de todo, en ninguna de las Resoluciones de sobreseimiento que aquí nos ocupan, ni los órganos que las dictaron apreciaron motivos para iniciar actuaciones contra los denunciados, ni hicieron advertencia a los querrelados de tal posibilidad ni incluso, lo que resulta aún más sorprendente, consta que éstos instasen pronunciamiento alguno en tal sentido.

De lo que se desprendería que, no sólo resulta ya de por sí bastante relevante, desde el punto de vista de la valoración de la tipicidad de la conducta y según lo entendieron los órganos jurisdiccionales que en su día conocieron de la denuncia hoy calificada como delictiva y muy en especial el Instructor que, desde el privilegio de la inmediación, procedió a su investigación, el que no se acordase la persecución de los denunciados sino que, incluso, esa omisión podría suponer un defecto procesal esencial en el origen de las acciones que sostienen el presente procedimiento, con los lógicos efectos que de semejante ausencia deberían derivarse.

En fin, más allá de estas últimas consideraciones, lo cierto es que, al menos en mi opinión, no se puede hablar en absoluto de denuncia de un

hecho constitutivo de delito respecto de la supuesta estafa sufrida por una entidad bancaria que prorroga, hasta importes de centenares de millones de pesetas, una línea de crédito a unas personas jurídicas, alegando haber sufrido engaño consistente en que unos particulares accionistas de aquellas se habían comprometido, en forma “personal”, a responder de las deudas producidas o que se pudieran producir.

Nos encontraríamos en realidad ante un supuesto más de aquellas querellas, tan conocidas tradicionalmente en el uso forense, consistentes en la denuncia en vía penal de lo que en realidad constituye, tan sólo, un ilícito de carácter civil.

Y sobradamente sabido es que dicho tipo de “querellas” en ninguna ocasión ha sido objeto de calificación como delito de denuncia falsa, precisamente por la propia inconsistencia de su planteamiento que las hace fácilmente reconocibles en lo que realmente son, es decir, el intento de utilización de la vía penal para el ejercicio de pretensiones de mero carácter civil, generalmente el cobro de una deuda como en este caso, en verdad existente pero carente de connotación delictiva, lo que la excluye de la aplicación del artículo 456 del Código Penal (antiguo 325 del texto precedente), al no concurrir el requisito relativo al carácter penal de los hechos denunciados.

b) Respecto de la denuncia de un presunto delito de alzamiento de bienes:

En la Querrela también se recogía la referencia a una serie de operaciones, llevadas a cabo por las prestatarias, respecto de las que la

querellante sostenía que se trataba de desvíos de fondos y ventas de activos en beneficio de los querellados y perjuicio de la entidad financiera.

Ya se dijo que la mención de tales operaciones en la Querella no puede ser calificada de falsa, habida cuenta de que en realidad se produjeron, si bien, como explica la Sentencia recurrida en la letra c) del apartado 6 de su Fundamento Jurídico Tercero, se trataba de pagos que legítimamente efectuaban las compañías a sus proveedores, algunos de ellos domiciliados en el extranjero, por lo que se encontraban regularmente computados como salidas de divisas en la Base de Datos Nacional de la propia Agencia Tributaria.

No obstante, ello tampoco tiene que significar la evidencia de la comisión de un delito de denuncia falsa por imputación de alzamiento de bienes inexistente, como con tanto hincapié la mayoría de esta Sala afirma, no sólo por la sencilla razón de la verdad del relato fáctico relativo a este extremo, en el que lo inexacto no es sino la interpretación jurídico penal de tales hechos, como tantas veces sucede en cualquier clase de denuncia sin que ello tenga por qué suponer la comisión de un delito de denuncia falsa, sino porque, como ya diría en su momento la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, en el referido Auto de 25 de Abril de 1995, confirmatorio del sobreseimiento: “...**la referencia que la querellante hace a un hipotético delito de alzamiento de bienes tiene una función puramente instrumental, como viene a reconocerse en la querella al decir que “refuerza en nuestro criterio la actuación claramente delictiva de los querellados” ...**”

Y más adelante también que “...*el discurso gira en torno al delito*

de estafa, aunque al final se haga en ellos somera alusión al delito de alzamiento de bienes, desde luego sin examinar la figura delictiva y el resultado de las acciones en relación a ella, al contrario de lo que ocurre respecto a la figura de la estafa.”

Para concluir en que “...**la imputación del delito de alzamiento de bienes está formulada en términos tan genéricos e imprecisos que más bien parece una demanda de causa o inquisición general contra las sociedades deudoras de la querellante y las personas físicas o jurídicas que puedan relacionarse de algún modo con ellas...**”

Añadiendo incluso que “...**la inconsistencia de la imputación llega al extremo de que la hoy apelante, en su escrito de 5 de Enero de 1995, dice que “se ha producido indirectamente un delito de alzamiento de bienes”, afirmación incomprensible**, porque o se han realizado actos para colocar los bienes de las deudoras fuera del alcance de los acreedores, con el fin de burlar los derechos de éstos, en cuyo caso se ha cometido un delito de alzamiento de bienes, pero no indirecto, sino directo y específicamente dirigido a ese fin, o tales actos no se han producido, en cuyo caso no hay alzamiento, ni directo ni indirecto... ..Y es que, en definitiva, **los únicos actos concretos relacionables con el delito de alzamiento de bienes que la querellante imputó a los querellados, sin detenerse a considerar si éstos reunían o no las condiciones típicas necesarias, son las transferencias de dinero de unas sociedades a otras...**”

Argumentos que íntegramente suscribo y que evidencian la imposibilidad de considerar formulada la imputación del delito de alzamiento de bienes contenida en la querrela con la seriedad y exigencias

suficientes para integrar efectivamente un delito de denuncia falsa.

No basta, en definitiva, la mera mención de ciertas operaciones económicas y la afirmación de que las mismas persiguen una finalidad defraudatoria del crédito precedente para poder concluir en que nos hallamos ante un delito de denuncia falsa, puesto que la estricta acreditación de los hechos denunciados, es decir, la realidad de las operaciones, al margen de la apodíctica afirmación de su calificación como alzamiento de bienes que no integra el aspecto fáctico de la denuncia, en ningún caso supondría, por sí mismo, la comisión de dicho ilícito.

En otras palabras, el delito de denuncia falsa no puede nunca consistir en la mera atribución subjetiva de la comisión de un delito, con cita de una base fáctica valorada como tal por el denunciante pero insuficiente por sí misma para la condena aún cuando resultase posteriormente acreditada, como en el caso presente acontece, sino en la imputación de toda una narración que integre plenamente la acción delictiva, pues no en balde el artículo 456 se refiere a “...unos hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal...”

Y por si todo lo anterior fuera poco, también hay que recordar que si no resulta creíble, con trascendencia de engaño suficiente para configurar el delito de estafa, que un mero compromiso verbal pudiera derivar la responsabilidad del pago de lo adeudado de las personas jurídicas inicialmente obligadas a ello hacia otras personas físicas diferentes de aquellas, de igual modo resultaría atípica la imputación a estas últimas, como delito de alzamiento de bienes, de la insolvencia que pudiera producirse en consecuencia a ciertas operaciones realizadas por las

sociedades prestatarias, en las que tan sólo tenían una participación minoritaria, lo que con ejemplar y fina percepción ya advirtiera la repetida Sección Quinta de la Audiencia Provincial al proclamar que “...*un tal delito* (el de alzamiento) *sólo podían cometerlo, como autores principales, las personas físicas que, actuando como directivos u órganos de las sociedades deudoras, o en representación legal o voluntaria de las mismas, hubieran colocado los bienes de sus representadas fuera del alcance de la accionante y demás acreedoras...*”, con lo que el relato de la Querrela, también por este motivo y tal como venía consignado en aquella, no resultaba de ningún modo constitutivo de delito, al menos en lo que a su posible autoría por los querrelados se pudiera referir.

Extremo en el que, por otra parte, igualmente incidía el Instructor en su Auto de sobreseimiento al concluir en que “*Por lo que respecta a la imputación, formalmente no formulada y aparentemente no sostenida en el escrito del querellante de cinco de enero, imputación relativa a que los querrelados procedieron a descapitalizar las SAs que formaban el grupo comercial Harry Walker... ...se hace preciso recordar que es necesaria la cualidad de deudor en la persona a la que se imputa el delito referido, conditio sine qua non para la configuración delictiva. Por lo dicho anteriormente, dicha condición no concurre, de forma expresa y directa, en los querrelados, por lo que también procederá el sobreseimiento...*”

Es decir que nos hallamos ante una imputación que no sólo no llegó a ser formulada en forma debida sino que se dirigía contra personas que, en modo alguno, podían cometer delito de alzamiento de bienes en relación con unas deudas que no les eran propias. En definitiva, que

estamos de nuevo ante unos hechos que, incluso de resultar acreditados, no podrían constituir en ningún caso delitos cometidos por las personas objeto de imputación en la Querella.

De modo que, aquí igualmente debo afirmar la inexistencia, en la declaración de hechos probados de la recurrida, de la base fáctica suficiente para tipificar la conducta de los recurrentes como delito de denuncia falsa, en relación con el presunto alzamiento de bienes al que también se aludía en la Querella objeto de enjuiciamiento y que, inevitable es decirlo, al parecer tampoco mereció ocupar la atención de la Sala de instancia.

B) La tipicidad de la conducta de los recurrentes.

En un supuesto como el presente, no sólo la tipicidad objetiva de la denuncia debe estar integrada en el relato de hechos de la Sentencia condenatoria sino también la conducta típica de cada uno de los considerados como autores de la infracción.

En tal sentido, el texto del “factum” que resulta relevante y que, como ya se dijo, goza de plena intangibilidad en este momento es el siguiente:

“El acusado MIGUEL ÁNGEL CALAMA, conociendo que Pedro Olabarría, los hermanos Romero García y Modesto González Mestre (éste último accionista infimo del grupo HARRY WALKER y presidente de su Consejo de Administración) no podían ser reputados deudores responsables de los créditos contraídos por las correspondientes

sociedades del Grupo, siguiendo las indicaciones dadas desde la Presidencia del Banco, y con el conocimiento y beneplácito del acusado ALFREDO SÁENZ, para recuperar como fuera dichos créditos, interesó del acusado JIMÉNEZ DE PARGA la interposición de una querrela criminal contra aquellos, como medida de presión para el cobro de las deudas, proporcionándole directamente y también a través del responsable de la asesoría jurídica de BANESTO en Barcelona, Carlos Ruiz Rodríguez (cuya responsabilidad criminal en esta causa fue declarada prescrita) la información sobre el grupo HARRY WALKER.”

Tal descripción de los hechos, de tenerse por válidamente acreditada, podría, en efecto, merecer el calificativo de comisión de un delito de denuncia falsa, en concepto de autores, al menos en lo que a la conducta de Calama se refiere, así como también en el caso de Jiménez de Parga cuando posteriormente se dice de este recurrente que redactó, firmó y presentó la Querrela encargada, teniendo en cuenta que “*Los acusados ALFREDO SÁENZ, MIGUEL ÁNGEL CALAMA y JIMÉNEZ DE PARGA tenían conocimiento de que los hechos imputados no eran ciertos...*”, en tanto que se atribuye a ambos la ejecución material de la denuncia, a mi juicio en estricta función de autor en el caso del Letrado, en tanto que más bien como cooperador necesario (o por autoría mediata) Calama, a pesar de que la recurrida no realiza tal distinción refiriéndose a ambos con la genérica denominación de autores y mencionando para ello los artículos 27 y 28 del Código Penal, sin mayor especificación (Fundamento Jurídico Cuarto).

Más difícil resulta, sin embargo la calificación participativa del tercer condenado, Alfredo Sáenz, pues respecto de él observamos cómo su

intervención, cuya trascendencia en orden a la tipicidad ha llegado el momento de examinar, se describe en función de que: a) era Presidente del Consejo de Administración de la entidad querellante; y b) conocía y dio su beneplácito para recuperar “*como fuera*” los créditos del grupo HARRY WALKER.

En consecuencia, hay que empezar señalando cómo en ningún momento se dice que fuera él quien personal y directamente diera la orden de presentación de la querrela o tomase tal decisión, por sí solo o con el concurso de otras personas, limitándose su participación al conocimiento y beneplácito a las operaciones tendentes a la recuperación de los créditos, eso sí, “*como fuera*”, sin que respecto de esta afirmación de apariencia inculpativa se explique tampoco en qué consistía ese vago “*como fuera*” y por qué en dicha expresión habrían de incluirse los métodos ilegales.

Con base en ciertas consideraciones incluidas en la Fundamentación jurídica de la Sentencia y, por consiguiente, extremo de tanta importancia irregularmente tratado al margen de la narración fáctica, parece deducirse la atribución a Sáenz de un comportamiento omisivo, constitutivo de una comisión del ilícito por omisión en la forma prevista en el artículo 11 del Código Penal, pues su responsabilidad derivaría de la inacción permisiva ante la ejecución del delito por otros, estando obligado a intervenir para impedirlo, por su condición de “garante” derivada de la Ley y de su especial posición contractual como Presidente de la entidad.

Así comprobamos que el Fundamento Jurídico Tercero (apartado 1 e) de la Sentencia significativamente recoge en este sentido la declaración

del propio Sáenz cuando dice que “...reconoce que según sus poderes en BANESTO, al tenerlos todos, sí podía haber frenado la querrela...”, para más adelante extraer de dicha manifestación, como corolario descriptivo de la intervención de Alfredo en los hechos, que “...el acusado Alfredo Sáenz tuvo perfecto conocimiento de los hechos, y el dominio o poder de disposición sobre los mismos.”

Pero sin que en ningún momento se analice ni describa tampoco en qué categoría o forma de participación (autoría directa, mediata, cooperativa, activa u omisiva, etc.) se integra la conducta de este acusado.

Lo que, evidentemente, supone una importante inconcreción, que podría llegar a afectar a su derecho de defensa, sin perjuicio de lo que significa semejante laguna, en orden a la precisa y correcta calificación de la tipicidad de la conducta de Ángel y de los requisitos exigibles, por ejemplo en el caso de que resultase de aplicación el artículo 11 del Código Penal, para su incriminación.

De hecho, se advierte cómo mis compañeros, en el apartado 7 del Fundamento Jurídico Tercero de nuestra Resolución y contestando a la queja contenida en el motivo Tercero del Recurso de Ángel relativo a la que califica como vulneración del derecho a la presunción de inocencia, bajo la fórmula del “obiter dictum” analizan con detenimiento y precisión este extremo, evidenciando con ello una vez más el importante vacío de motivación en el que la recurrida incurre, ahora en relación con la correcta tipificación de la conducta de este recurrente.

Razones por las que también en este extremo la Resolución de

instancia, en lo fáctico y en lo motivacional, no merecería ser confirmada.

III.- *Sobre la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas y la correspondiente determinación de las penas aplicables:*

Finalmente, y a pesar de todo lo hasta aquí dicho, situados ya en el trance de la conclusión alcanzada por la mayoría de esta Sala de confirmar la condena de los recurrentes como autores del delito de denuncia falsa, mi disconformidad también se produce respecto de las penas impuestas en nuestra Sentencia, consistentes en tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras, durante el tiempo de la condena, y multa de 400 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada diez euros, para cada uno de los condenados.

Se trata de unas penas muy similares a las impuestas ya en su día por la Audiencia, aunque con el añadido de la accesoria de suspensión de profesión u oficio bancario, a las que se llega después de eliminar la calificación de delito continuado contenida en la Resolución de instancia y, tras aplicar por resultar más adecuado el Código Penal de 1973, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados y más favorable para los reos, pero imponiendo las sanciones con la rebaja de tan sólo un solo grado derivada de la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, contra el criterio de los Jueces “a quibus” que redujeron dos grados, además de incluir “ex novo” la referida accesoria de suspensión de

oficio o profesión.

Dos son en esta materia, por consiguiente, las decisiones que cuentan con el apoyo de la mayoría de mis compañeros: a) la reducción en un grado, en vez de dos, de las penas y b) la aplicación de la accesoria de suspensión profesional.

Por lo que se refiere a la disminución de la pena, he de manifestar lo siguiente:

1) Existe acuerdo unánime acerca de la procedencia de declarar, en esta ocasión, la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código Penal (art. 9.10ª CP de 1973), hoy expresamente contemplada en el nuevo artículo 21.6ª, confirmando por tanto lo acordado por la Audiencia a este respecto.

2) Así mismo también se confirma el criterio de la Audiencia de que dicha atenuante ha de ser tenida como “muy cualificada” (art. 61.5ª CP de 1973 y 66.1 2ª del texto vigente en la actualidad), lo que, según los preceptos citados, ha de suponer la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley.

3) El Tribunal de instancia consideró que lo correcto era hacer uso de la rebaja en dos grados (Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto), por el excepcional lapso de tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos y la fecha de celebración del Juicio oral, aproximadamente quince años, a los que hay que sumar casi otros ocho meses más que tardó en dictarse la correspondiente Sentencia, lo que hace un total de unos quince años y

medio.

4) Mis compañeros, por su parte, corrigen esa decisión, aprobando la reducción punitiva en un solo grado, al considerar (FJ 23º) que, habiendo sido mencionada esta cuestión expresamente en el “extracto” que encabeza el motivo Tercero de los del Recurso del Ministerio Fiscal, la más reciente doctrina de esta Sala (vid. SsTS citadas en la Sentencia) autoriza al Tribunal de Casación a alterar la decisión del Tribunal “a quo” en este extremo cuando en la recurrida no se han expuesto criterios razonables suficientes para motivar dicha rebaja excepcional en dos grados de la pena, lo que en este caso se entiende que no se produce con la mera alusión al largo tiempo transcurrido en la tramitación de la causa, máxime al hallarnos ante una investigación compleja, derivada de la circunstancia de la existencia de serios indicios relativos a la eventual intervención de un Juez en los hechos enjuiciados con la posibilidad de comisión de un delito de cohecho relacionado con los aquí acusados, así como de Recursos y presentación de numerosos escritos conteniendo determinadas pretensiones que obligaron a los órganos jurisdiccionales a dedicar periodos de tiempo, más o menos extensos, para su estudio, además de la inexistencia de períodos de paralización excesivos, excepción hecha del plazo para dictar Sentencia que también se explicaría, de modo sin duda harto benevolente y comprensivo, por “...*la complejidad de las cuestiones a resolver...*”, y porque “*Finalmente, en cuanto a la necesidad de pena, no puede dejar de valorarse la gravedad de los hechos, a la que no son ajenas las circunstancias personales de los autores y de las víctimas.*”

Pues bien, frente a tal argumentación, he de decir lo siguiente:

- Que la mera alusión en el “extracto” de uno de los motivos de uno de los Recursos de las Acusaciones al extremo relativo a la rebaja en dos grados de las penas no debería de habilitar a esta Sala para que, por tan angosta vía, encuentre cumplidamente justificado abordar un aspecto, el de la extensión en la reducción de la pena, que en ningún momento ha sido objeto del necesario debate, puesto que, en realidad, lo que en mi opinión, coincidente con los propios contenidos de los Recursos y de sus correlativas impugnaciones, pretendía el Ministerio Fiscal en aquel motivo no era sino la supresión del carácter cualificado de la atenuante, sin entrar a argumentar en momento alguno sobre la conveniencia de que la rebaja punitiva derivada de aquella quedase establecida en un solo grado, razón por la que los escritos de impugnación de quienes en esta ocasión actuaban como recurridos tampoco contienen comentario ni argumento alguno en contra de semejante pretensión.

- Que incluso considerando que, a pesar de la ausencia de debate al respecto, sí que le está permitido a este Tribunal de Casación entrar en el análisis sobre la mayor pertinencia de la reducción en uno o dos grados de la pena, tampoco puede afirmarse que la decisión adoptada en su día por la Audiencia resultase arbitraria y no suficientemente motivada, única posibilidad que según la propia doctrina citada en nuestra Sentencia nos autorizaría a examinar la conveniencia de la corrección del criterio inicialmente aplicado, toda vez que, aunque de manera parca, en la Sentencia recurrida se expone la razón de esa decisión, en concreto los más de quince años de duración del procedimiento.

Y no debería resultar necesario recordar cómo en tantas ocasiones hemos confirmado penas aplicadas en la instancia apoyadas en una motivación de

extensión y contenido semejantes con desestimación de las alegaciones de quienes habían sido condenados a ellas, por lo que pudiera sorprender que, en este caso, en el que se produce lo inverso, es decir, la rectificación “in peius” de la sanción en su día impuesta, una fundamentación como la expuesta se haya de considerar insuficiente.

- Pero es que, además, pasando al examen del fondo de esta cuestión, sinceramente pienso que no puede calificarse tampoco como arbitraria e infundada la determinación de penas llevada a cabo por la Audiencia ante un procedimiento que duró casi dieciséis años, respecto de cuya dificultad o complejidad de investigación no participo de la opinión de mis compañeros, pues recordemos que se trata del enjuiciamiento de un delito de denuncia falsa, del que tampoco alcanzo a comprender cómo, en relación con la necesidad de la pena, se debe tener en cuenta la “...*gravedad de los hechos, a la que no son ajenas las circunstancias personales de los autores y de las víctimas*” y la influencia que ello ha de suponer en relación con el derecho de los acusados a ser juzgados en un “*plazo de tiempo razonable*”, categoría que supera la alusión a las “*dilaciones indebidas*” contemplada expresamente en el artículo 24.2 de nuestra Constitución.

Porque como ya se ha expuesto en diversas Resoluciones de este mismo Tribunal ha de recordarse que el contenido de los instrumentos internacionales suscritos por nuestra Nación, en esta materia, hacen referencia (art. 6.1 CEDH, por ejemplo) al derecho a un juicio celebrado en “*plazo razonable*”, lo que supone no tanto la determinación de episodios concretos de dilación injustificada del procedimiento sino la valoración global de lo proporcionado de la duración de la causa en

relación con las características que le fueren propias (En este sentido SsTS de 28 de Abril y 19 de Junio de 2008, entre otras).

O como literalmente dice también la STS de 30 de Marzo de 2010 “...no hemos de olvidar tampoco que el correlato normativo a este derecho fundamental contenido en la Constitución Española viene marcado, en los Convenios internacionales suscritos por nuestro país al efecto, por el derecho a un Juicio en “plazo razonable”, es decir por un retraso definido no tanto por la existencia de intervalos concretos de paralización injustificados, sino por la más amplia noción de la interdicción del exceso objetivo de lo que pudiera considerarse como “razonable” en la duración del procedimiento, desde el acaecimiento de los hechos hasta su enjuiciamiento, atendidas lógicamente las circunstancias y exigencias procesales que cada supuesto pueda comportar.”

Criterio que, por otra parte, parece haber sido acogido finalmente por nuestro Legislador ordinario cuando, en la redacción dada al nuevo apartado 6º del artículo 21 del Código Penal por la LO 5/2010, dice que atenúa la responsabilidad criminal “**La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.**”

Tampoco me parece oportuno en este sentido mencionar, para justificar siquiera parcialmente la larga duración de la tramitación, la existencia de un procedimiento abierto contra los ahora condenados por la posible comisión de un delito de cohecho que finalizó archivándose, pues,

al margen de que siguen pareciéndome extraordinariamente excesivos los más de quince años de duración de esta causa incluso sumada a otra seguida por posible cohecho que en realidad duró unos cuatro años, tal consideración supondría además que quienes ya hubieron de soportar en su día un procedimiento en el que no pudo demostrarse su culpabilidad deban de padecer ahora, nuevamente en su perjuicio y sin reparación alguna por ello, las consecuencias de la excesiva duración de aquellas actuaciones cuya iniciativa, obviamente, no les correspondió.

Por otro lado, la presentación de Recursos y numerosos escritos, a la que genéricamente se refiere la Sentencia de esta Sala nuevamente en mi opinión no puede servir de justificación para tan dilatada extensión temporal en la tramitación de la causa.

- Finalmente, he de traer aquí la cita de Resoluciones precedentes de este mismo Tribunal (SsTS de 21 de Marzo de de 2002, 3 de Marzo y 8 de Mayo de 2003 o 14 de Mayo de 2009, por ejemplo), en las que se entendió perfectamente aplicada la atenuante de referencia, como muy cualificada, por unas extensiones temporales de entre 6 y 9 años, con lo que, tomados tales pronunciamientos como referencia, no debería ser tenida por arbitraria, que de eso y no de otra cosa se ha de tratar aquí, la decisión de la Audiencia no sólo declarando la concurrencia de la circunstancia sino, además, aplicando toda su eficacia atenuatoria, cuando estamos hablando de plazo que duplica los tenidos en cuenta en su día por las referidas Sentencias.

Qué duda cabe que podría decirse, frente a lo anterior, que también en otras ocasiones, con una duración procesal por encima de esos nueve

años, no se aplicó la rebaja de la pena en dos grados, pero he de insistir en que aquí no nos encontramos ante el supuesto de aplicar un determinado criterio que nos es propio sino frente al de afirmar la existencia, o no, de “arbitrariedad” en la decisión adoptada por la Audiencia, como fundamento para su corrección. Y, en mi opinión, esa “arbitrariedad”, con carencia total de fundamento, en modo alguno se produce, a la vista de los datos expuestos.

Debe insistirse también, a la hora de ponderar nuestro pronunciamiento a este respecto, en que una cosa sería la situación, tan frecuente, de desestimación de la pretensión de un condenado que solicitase a esta Sala la reducción en dos grados de su pena, frente a la producida en la instancia en uno solo, y otra, bien distinta, la que aquí nos ocupa, en la que a partir de una simple alusión contenida en el Recurso de una de las Acusaciones, ayuna de toda argumentación al respecto, entramos a valorar el criterio aplicado por la Audiencia para, considerándole arbitrario y no suficientemente fundado, rectificarle en sentido contrario a los intereses de los reos.

En mi opinión procedería, en consecuencia, mantener el criterio de la Audiencia respecto de la rebaja en dos grados de las penas, de modo que, al haberse eliminado la continuidad delictiva tenida en cuenta por aquel Tribunal, las sanciones aplicables, de acuerdo ahora con el Código Penal de 1973 que es el que en efecto resulta aplicable, serían tan sólo las pecuniarias en la cuantía correspondiente, lo que llevaría también a la consecuencia de excluir la accesoria de suspensión de profesión u oficio que, efectivamente, resulta ahora de obligada imposición como accesoria de la de arresto mayor (ex art. 47 CP de 1973) pero no en el caso de la de

multa, sin perjuicio por supuesto de las responsabilidades disciplinarias en que, en el ámbito de sus respectivas profesiones, pudieran haber incurrido los condenados.

IV.- Conclusiones:

Para concluir, mi criterio queda sucinta y definitivamente concretado, en el sentido de la procedencia de estimar las pretensiones de los condenados recurrentes, con las siguientes afirmaciones:

1) La inexistencia, en las presentes actuaciones, de prueba de cargo suficiente para sustentar, con la necesaria certeza, ni la existencia del delito de denuncia falsa objeto de condena, ni la participación en el mismo de los recurrentes, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos.

2) La carencia de la exigible motivación a este respecto, en la Sentencia recurrida, motivación que no puede ser suplida por una novedosa formulación sobrevenida en sede casacional, colmando la laguna argumental advertida en el razonar de la Audiencia, pero suscitando serias dudas respecto de la incolumidad del derecho de defensa de los condenados recurrentes.

3) La ausencia de tipicidad de los hechos descritos en el “factum” de la Resolución de instancia, tanto en relación con la descripción de la conducta supuestamente delictiva como con la participación atribuida a los condenados en la instancia.

4) La improcedencia de las penas impuestas por la decisión mayoritaria de mis compañeros, al haber corregido la decisión del

Tribunal “a quo” relativa al efecto de rebaja de dos grados en las penas impuestas como consecuencia de la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

En definitiva sostengo, con base en los anteriores argumentos así como en la doctrina de esta Sala y en la constitucional aplicable, que deberían haberse estimado los Recursos de Alfredo Sáenz Abad, Miguel Ángel Calama Texeira y Rafael Jiménez de Parga y Cabrera, sin necesidad por tanto de entrar en los interpuestos por las Acusaciones, acordando la absolucón de todos ellos por falta de prueba suficiente y debidamente motivada de su responsabilidad penal en los hechos enjuiciados o, en su caso, por la ausencia de carácter típico de las conductas descritas en la narración fáctica de la recurrida, en los términos y por las razones contenidas a lo largo de las páginas precedentes.

Y no procediendo tampoco, en su caso, la imposición de las penas acordadas por la mayoría de esta Sala sino la de sendas multas a cada uno de los condenados, como consecuencia de la aplicación del Código Penal de 1973 aplicando, de acuerdo con el criterio de la Audiencia, la rebaja en dos grados de las legalmente previstas por la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada.

Debiendo resaltar, por último, la seria preocupación que me suscita la posible trascendencia de algunas de las tesis seguidas por la mayoría de la Sala en la presente Resolución que pueden llegar a suponer un deslizamiento hacia posiciones, para mi indeseadas, que signifiquen en un futuro:

a) La punición, más allá de la lógica y fundada consecuencia de su desestimación y archivo por el órgano jurisdiccional correspondiente, de aquellos supuestos, tan frecuentes en el uso forense que han llegado a recibir denominaciones coloquiales específicas, en los que una contienda de carácter civil es planteada ante el Tribunal penal, de forma incorrecta desde el punto de vista de su calificación como delictiva pero plenamente real en sus aspectos fácticos.

b) La atribución sistemática de la responsabilidad por los hechos cometidos en el seno de una organización a sus directivos, al tenerles por concedores de todas las actuaciones llevadas a cabo por las personas a su mando y por disponer de facultades genéricas para el impedimento de tales conductas.

c) La imputación, como denunciante falso, al profesional que, en su condición de Abogado, redacte, dé forma y suscriba una denuncia de las características antes descritas, como cumplimiento de la tarea aceptada al servicio y en defensa de los intereses de su cliente, siguiendo las instrucciones de éste.

Razones que, a la postre, espero que sirvan de explicación en esta oportunidad a la necesidad de dejar constancia de mi más firme, aunque como siempre absolutamente respetuosa, disconformidad con el criterio de mis compañeros de Sala.

Fdo: José Manuel Maza Martín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

