

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 6 DE CEUTA
DILIGENCIAS PREVIAS 123/2014**

AL JUZGADO

Dª ÁFRICA MELGAR DURÁN, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DRETS HUMANS (DESC)**, según consta acreditado en autos, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito vengo a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** contra el auto de fecha 29 de octubre de 2019, notificado a esta parte el día 30 de octubre de 2019, en cuya virtud se ha acordado el sobreseimiento provisional respecto a la totalidad de los investigados por los delitos de homicidio imprudente y denegación de auxilio “exclusivamente por aplicación de la ‘Doctrina Botín’ y conforme a los artículos 782.1 y 783, con el consiguiente archivo de los presentes autos respecto a todos los encausados, una vez sea firme la presente.”

Esta parte basa su pretensión en las siguientes

ALEGACIONES

ÚNICA.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR RESTRICCIÓN INDEBIDA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A ACUSAR.

1.1- Los hechos investigados son indiciariamente delictivos.

El auto que se recurre en su parte dispositiva incluye: “Que debo acordar y acuerdo estimar **sustancialmente** el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado...” (La negrita es nuestra).

Sin embargo, se omite en el auto recogido que en éste no se acoge la atipicidad de los hechos punibles contenidos en el auto de transformación en Procedimiento Abreviado y en el Razonamiento Jurídico Primero se argumenta la desestimación pretendida por el Ministerio Público, respecto a la atipicidad: “Estima esta juzgadora que los hechos denunciados son encuadrables, indiciariamente, en los tipos de injusto recogidos en el auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado de fecha 24 de septiembre de 2019”.

Por otra parte, el Ministerio Público no invocó la aplicación de la doctrina Botín, por lo que la decisión de la magistrada instructora se produce de oficio, con ocasión de la **desestimación de la pretensión del Ministerio Público en cuanto a la invocada atipicidad de los hechos investigados.**

Así, en aquel auto de transformación en Procedimiento abreviado, la jueza instructora entendió que los hechos punibles eran indiciariamente constitutivos de delitos de 15 homicidios imprudentes y de denegación de auxilio.

En este sentido, esta parte presentó escrito de calificación provisional, acusando a los investigados por **un delito de denegación de auxilio**, previsto en el artículo 412.3º del Código Penal.

Es decir, los acusados omitieron un deber inexcusable de impedir la muerte de las 16 personas que murieron ahogadas, siendo que pudieron hacerlo, en su condición de garantes, al tratarse de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así mismo, se solicitó una responsabilidad civil, por el resultado de muerte, por culpa de su inacción dolosa, de tal forma que se interesó se personase la Abogacía del Estado para que hiciera frente a la petición de responsabilidad civil subsidiaria a cargo del Estado.

1.2- Doctrina Botín y su evolución: se cuestiona su aplicabilidad.

Aún entendiendo la magistrada instructora que los hechos son constitutivos de delito, sin embargo, ha aplicado la denominada “Doctrina Botín”, de forma indebida, limitando enormemente la actuación de la acusación popular y creando, de paso, un insoportable ámbito de impunidad en relación a estos terribles sucesos.

La evolución que tuvo la doctrina Botín resultó ser ciertamente accidentada, pues comenzó con una sentencia en la que el banquero acusado D. Emilio Botín se vio favorecido gracias a la interpretación literal del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo una sentencia unánime, sino que contó con varios votos particulares. Se trata de la STS 1045/2007 de 17 de diciembre, que estableció que la acusación popular no tenía cabida en caso de que el Ministerio Público y la acusación particular no formulen pretensión punitiva alguna.

Sin embargo, la anterior sentencia fue matizada -en algunas resoluciones se afirma que fue “complementada”- por la STS 54/2008 de 8 de abril -Caso Atutxa-. En esta sentencia se abandona el criterio inflexible de exclusión de

la acusación popular, procedente de la aplicación literal del artículo 782.1 LECRim establecida en la STS 1045/07 y se introdujo la aplicabilidad de la doctrina Botín en función de la clase de delito perseguido. En este caso, pese a que el Ministerio Fiscal no acusó y no había acusación particular, se permitió dar entrada a la acusación popular representada por el Sindicato Manos Limpias, lo que llevó a la condena del Sr. Atutxa, por haber desobedecido resoluciones procedentes del Tribunal Supremo.

Hay que decir que esta sentencia no puede ser invocada, como así ha hecho la magistrada instructora, dado que ha sido recientemente anulada por el Tribunal Supremo, al haber sido considerada vulneradora de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, la “doctrina” relacionada con la acusación popular introducida por la sentencia anulada de Atutxa **ha sido invocada con posterioridad en numerosas sentencias posteriores**, que sin duda han abandonado el rigorismo de la sentencia que favoreció al banquero Botín en su día.

Podría decirse, por tanto, que la denominada “doctrina Botín” no debe incluir la sentencia 1045/2007, pues con posterioridad viene siendo mencionada pero como parte del relato histórico en relación a la aplicación del artículo 782.1 LECrim, más que como aplicación de sus criterios, que fueron corregidos por la Sentencia Atutxa. Sin embargo, tampoco es correcto invocar la STS 54/2008 -Caso Atutxa- porque fue anulada.

Teniendo en cuenta, por tanto, esta accidentada evolución de una doctrina que debiera recoger y unificar pacíficamente criterios jurisprudenciales en relación a la actuación de la acusación popular, se nos antoja, de entrada,

que lo más adecuado sería partir de un criterio extensivo en cuanto a la legitimidad de la acusación popular. No solo por motivos históricos sino desde una interpretación sistemática de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 125 de la Constitución Española.

En todo caso, no nos extenderemos en relación a cómo hay que interpretar la legitimidad de la acción popular sino en poner de manifiesto que la denominada “doctrina Botín” nació maltrecha y su desarrollo estuvo plagado de matizaciones y correcciones, sin que hasta la fecha haya habido un pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Constitucional.

1.3- Subsidiariamente, la doctrina Botín no es aplicable al caso concreto: el bien jurídico protegido del delito de denegación de auxilio es meta-individual, difuso o colectivo y, respecto de los delitos de homicidio imprudente, se encuentra pendiente de resolución la personación la acusación particular.

Delito de denegación de auxilio.-

Aún a pesar de que la STS 54/2008, caso Atutxa, no debe invocarse, por haber sido anulada, lo cierto es que abrió camino a resoluciones posteriores, por entender que:

“Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una

visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.” (La negrita es nuestra).

El delito de desobediencia, objeto de aquel procedimiento, por tanto, fue determinante para que se permitiera abrir el juicio oral, pese a que no había acusación particular personada -no podía haberla- y el Ministerio Público decidió no acusar:

“El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. ”

Siguiendo este criterio, la STS de 20 de enero de 2010 concreta los supuestos en que habrá que dar entrada a la acusación popular:

“...en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral.”

La STS de 29 de enero de 2015 expresa, en los mismos términos, esta doctrina:

*“A esos efectos, se destaca que la doctrina que inspira dicha Sentencia centra su *thema decidendi* en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico”*

Es evidente, por tanto, que el Ministerio Fiscal no agota la defensa del interés público cuando concurre con una acusación popular que acusa por la comisión de unos hechos constitutivos de delito, cuyo bien jurídico protegido versa sobre intereses meta individuales, colectivos o difusos.

En este sentido, se concluye que el delito de denegación de auxilio por el que esta parte ha presentado acusación, precisamente, defiende un interés colectivo, como es la defensa de la Administración Pública, concretamente, la corrección y sumisión a la ley de los funcionarios públicos que la sirven, que en este caso concreto, son agentes de la Guardia Civil, garante de la vida de las personas que se estaban ahogando y, de hecho, se ahogaron por la inacción de aquéllos.

Para comenzar, debemos detenernos en la rúbrica del Capítulo 3, del Título XIX, del Libro II, en el que se encuentra el artículo 412, sobre la denegación de auxilio: *“De la desobediencia y denegación de auxilio”*.

La desobediencia se encuentra íntimamente relacionada con el delito de denegación de auxilio, por cuanto ambos comparten, bajo el mismo Capítulo, aquel comportamiento activo u omisivo de funcionarios públicos o autoridades que no cumplan instrucciones de otras autoridades. En el delito de denegación de auxilio, además, se establece la omisión dolosa del deber de auxiliar, a petición de un particular.

Recordemos que la desobediencia, delito que acompaña al de denegación de auxilio, fue objeto de numerosas resoluciones sobre la aplicación de la doctrina Botín, por entender que el bien jurídico protegido defiende intereses difusos, meta individuales y colectivos, no siendo posible identificar a un perjudicado directo.

Igual trato merece el delito de denegación de auxilio, establece la STS de 14 de julio de 2006:

“El tipo de injusto, de carácter omisivo, trata de proteger la adecuada realización por la Administración del conjunto de funciones o actividades que el ordenamiento jurídico le confiere en aras a cumplir las finalidades prestacionales legalmente instituidas. (La negrita es nuestra).

...El discurso conceptual elaborado por la parte recurrente para definir el dolo en los tipos de omisión- tipología a la que responde el delito contenido en el artículo 412 CP es plenamente asumible. En los mentados tipos es preciso, para dotar de contenido a su tipo subjetivo, que el autor

conozca la situación típica que genera el deber de actuar y, no obstante tal conocimiento, decida no realizar la acción exigida por el ordenamiento jurídico teniendo capacidad para realizarla. Ahora bien, el conocimiento puede responder a cualquiera de las modalidades cognitivas reconocidas en nuestra dogmática penal (dolo directo, dolo eventual) siempre que concurren las notas jurídicas que permitan sostener que el destinatario del mandato normativo tuvo el control funcional sobre el proceso de no realización de la conducta debida.”

En la presente causa, los intereses protegidos por el delito de denegación de auxilio a requerimiento de un particular justificarían o podrían explicar la dolosa omisión del funcionario de policía que no interviene para impedir la comisión de un delito contra la vida o un mal mayor.

Así, en el caso del artículo 412.3 CP el bien jurídico protegido **también lo constituye la indemnidad de las personas ante situaciones peligrosas, entendiéndose a su vez que los funcionarios públicos están en una especial posición de garantes respecto a ese bien jurídico protegido.**

Por otra parte, la doctrina viene considerando que en los delitos contra la Administración Pública del Título XIX -al que pertenece el delito de denegación de auxilio- se protege la Administración como instrumento al servicio de los ciudadanos -art. 9 de la Constitución Española-.

Señala Rubio Lara que “con respecto a la ubicación del delito de denegación de auxilio a requerimiento de particular dentro de los delitos contra la Administración Pública, significar que el atentado directo que hace el funcionario público es a los bienes jurídicos de un particular y **con**

la no evitación de delitos y otros males se atenta contra la seguridad ciudadana, como derecho constitucionalmente protegido -art. 104 CE-“

Esto es, al menos, los encausados dejaron de observar el obligado cumplimiento del principio público de garantizar la seguridad de la ciudadanía, que es el objetivo básico de toda fuerza policial.

Esta acusación popular, que extiende la protección del bien jurídico “protección de la vida” y la protección de los derechos Humanos que asiste a todos los ciudadanos, incluidos los que intentan franquear nuestras fronteras en busca de una vida mínimamente digna y huyendo de persecuciones, guerra y hambre, también entiende que los agentes de la Guardia Civil debieran haber garantizado estos valores superiores. **No se trataría solo de velar por la seguridad ciudadana, sino que va más allá de este principio y se extiende al escrupuloso cumplimiento de la norma, en este caso, la que integra nuestro Ordenamiento Jurídico en forma de Tratados Internacionales.** En este sentido, nada tenemos que añadir a la profunda y amplia argumentación al respecto, contenida en el auto de transformación en Procedimiento Abreviado.

Se evidencia, por tanto, la legitimidad de las acusaciones populares -y de ésta en concreto- en defensa de los intereses colectivos sustanciados en el bien jurídico que protege el delito de denegación de auxilio por el que ya hemos presentado escrito de acusación.

Delito de homicidio imprudente.-

Este delito también ha sido apreciado por la magistrada instructora, sin embargo, no se entiende que se aplique la doctrina Botín porque no está

personada ninguna acusación particular, **teniendo en cuenta que ha sido por decisión judicial procedente de la misma magistrada el que aún no se hayan personado los perjudicados.** Así, como se ha denegado una y otra vez esta posibilidad a los familiares de los fallecidos, residentes en país extranjero, está pendiente de resolución de recurso de apelación esta cuestión. Es decir, se impide la personación de la acusación particular, pero, a su vez, se niega legitimidad a las acusaciones populares porque no pueden acusar en solitario, **dado que no hay ninguna acusación particular personada.**

Por otra parte, no es baladí que la doctrina Botín establece la legitimidad de la acusación popular teniendo en cuenta el delito que en cada caso se pretenda sea objeto de enjuiciamiento y **cuando sea imposible la personación de la acusación particular.** Es evidente que los 15 perjudicados directos del delito, que fallecieron, indiciariamente, por la acción imprudente de los agentes encausados, ya no pueden personarse. Habría, por tanto, una imposibilidad material de que se personen los perjudicados directos por estos hechos, lo que sin duda ponemos de manifiesto a los efectos de no facilitar un indeseable marco de impunidad para estos terribles hechos.

En este sentido, conviene traer a colación la noción de “investigación eficaz” acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en protección de la vida de las personas: *“La obligación de proteger el derecho a la vida en virtud del Artículo 2 de la Convención, leída conjuntamente con la obligación general del Estado establecida por el Artículo 1 de la Convención de “garantizar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y las libertades definidos en la Convención”.*

Por último, en relación a la acusación particular, hay que añadir, que la fase de instrucción se cerró sin ni siquiera dar la oportunidad a que el testigo propuesto por esta parte, D. Ludovic Nembou, víctima de aquellos hechos, pudiera prestar declaración y se le hiciera ofrecimiento de acciones conforme al artículo 110 de la LECrim. Fue admitida su testifical desde Alemania, pero problemas técnicos producidos en la sede del Juzgado de Instrucción nº 6 la hicieron inviable, según consta en el acta remitida por el representante público alemán del día 28 de agosto de 2019.

Por tanto, entiende esta parte que no sólo no es aplicable la doctrina Botín a la presente causa, sino que, el auto recurrido habría limitado indebidamente la actuación de las acusaciones populares, pues ni la ley ni la jurisprudencia avalan esta injusta decisión. No sería admisible que en esta causa en la que hay 16 agentes de la Guardia Civil acusados, que por omisión dolosa y/o acción imprudente provocaron la muerte por ahogamiento de 15 personas, se creara una nueva doctrina: “la doctrina Tarajal”.

En su virtud,

SOLICITO AL JUZGADO: que teniendo por presentado **RECURSO DE APELACIÓN** contra el auto de fecha 29 de octubre de 2019, notificado a esta parte el día 30 de octubre de 2019, en cuya virtud se ha acordado el sobreseimiento provisional respecto a la totalidad de los investigados por los delitos de homicidio imprudente y denegación de auxilio “exclusivamente por aplicación de la ‘Doctrina Botín’ y conforme a los artículos 782.1 y 783, con el consiguiente archivo de los presentes autos respecto a todos los encausados, una vez sea firme la presente”, se sirva admitirlo y acuerde su traslado a la Audiencia Provincial, a fin de que se

revoque y se dé legitimidad para acusar a las acusaciones populares personadas.

Por ser Justicia que pido en Ceuta, a 8 de noviembre de 2019.

OTROSÍ DIGO: esta parte solicita los siguientes TESTIMONIOS DE PARTICULARES:

- 1- Auto de 24 de septiembre de 2019 de transformación en procedimiento abreviado.
- 2- Recurso de reforma del Ministerio Fiscal contra el anterior auto.
- 3- Acta del fiscal alemán de 28 de agosto de 2019.
- 4- Escrito de acusación de esta parte y del resto de acusaciones populares.
- 5- Auto que se recurre.

Por ser Justicia que pido en lugar y fecha *ut supra*.