

**12759** *Sala Segunda. Sentencia 126/2001, de 4 de junio de 2001. Recurso de amparo 4805/97. Promovido por don Luis Oliveró Capellades frente a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que le condenó por delitos de falsedad en documento mercantil, asociación ilícita y otros, en la causa seguida en relación con Filesa y otras entidades.*

*Supuesta vulneración del derecho a la legalidad penal: condena por delito de falsedad fundada en la ley.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4805/97, promovido por don Luis Oliveró Capellades, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y asistido por el Abogado don Pablo Jiménez de Parga, contra la Sentencia 1/1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictada el 28 de octubre de 1997 en la causa especial núm. 880/91, seguida por los delitos de falsedad en documento mercantil, asociación ilícita, delito fiscal, apropiación indebida y otros. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han sido partes el Abogado del Estado; don José María Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada y don Christian Jiménez González, representados ambos por el Procurador don Javier Lorente Zurdo, y posteriormente el primero de los citados por el Procurador don Jesús Jenaro Tejada, y asistidos por el Abogado don Marcos García Montes; doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Molledo Martín, representados por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén y asistidos por los Abogados don Julián Pérez-Templado y Templado y don José Raúl Dolz Ruiz; y don Carlos Navarro Gómez, representado por el Procurador don Roberto Granizo Palomeque y asistido por el Abogado don Horacio Oliva García. Ha sido Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 21 de noviembre de 1997, el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez interpuso, en nombre y representación de don Luis Oliveró Capellades, el recurso de amparo del que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) Como consecuencia de sendas querellas interpuestas los días 7 y 8 de junio de 1991 por la Asociación Aincó y por don Christian Jiménez, respectivamente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo incoó la causa especial núm. 880/91 contra el hoy recurrente y otros, toda vez que dos de los querellados gozaban, como miembros de las Cortes Generales, de la garantía del aforamiento ante la referida Sala.

b) Finalizado el juicio oral, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 28 de octubre de 1997, en la que condenó, entre otros, al hoy recurrente por dos delitos continuados de falsedad en documento

mercantil a las penas de tres años de prisión menor y a multa de 100.000 pesetas, por cada uno de ellos; por un delito de asociación ilícita, a las penas de dos años de prisión menor, seis años y un día de inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo, y multa de 250.000 pesetas; y por un delito contra la Hacienda pública, a las penas de dos años de prisión menor y multa de 258.827.765 pesetas. Todas las penas privativas de libertad llevan como accesorias la suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de las respectivas condenas. En concepto de responsabilidad civil, el recurrente fue condenado a abonar al Estado, junto con otros dos, y de manera mancomunada y solidaria, la cantidad de 258.827.765 pesetas como cuota fiscal defraudada, así como a cuatro de las veinticincoavas partes de las costas causadas.

3. El recurrente de amparo considera que la Sentencia impugnada vulnera los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), así como el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Al respecto, las alegaciones contenidas en la demanda de amparo son, sucintamente expuestas, las siguientes:

a) La primera queja se concreta en la lesión de los derechos a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías consagrados en el art. 24 CE, en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como consecuencia de la imposibilidad de interponer recurso ordinario ni extraordinario contra la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo.

El recurrente en amparo no es ni ha sido nunca aforado, por lo que «su» Juez natural, predeterminado por la ley, no era la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La razón por la que ha sido juzgado, en única instancia, por el Tribunal Supremo es que en la misma causa especial también se ejercía la acción penal contra otras personas que sí eran aforados (se refiere a los Sres. Navarro Gómez y Sala i Griso).

Como consecuencia de ello, el recurrente se ha visto privado de la posibilidad de recurrir contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del derecho a la doble instancia penal. La imposibilidad legal de recurrir es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra en materia penal el derecho al recurso ante un Tribunal superior, y al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condonatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley».

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que no se vulnera el derecho a la doble instancia penal en los supuestos de aforamiento, porque la especial protección que gozan los aforados en atención a su cargo contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior. Esta interpretación que se ha venido realizando hasta ahora es una de las posibles, pero no es precisamente la más favorable a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En el presente caso, no basta con invocar el art. 847 LECrim, pues su contenido es preconstitucional, y, en todo caso, debe interpretarse conforme a la Constitución.

b) La segunda queja se formula al entender que se ha producido una lesión del derecho a la igualdad

del art. 14 CE, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE, como consecuencia de la inexistencia de la doble instancia en materia penal. Según este planteamiento, la Sentencia recurrida, al disponer que contra la misma no cabe recurso alguno, infringe también el derecho a la igualdad del recurrente, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

El primer término de comparación del trato desigual del recurrente es la doctrina que ha establecido la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, en el Auto de 5 de septiembre de 1996 dictado en la causa especial núm. 2530/95. Esta doctrina es la que viene aplicándose, desde ese momento, a todas las causas especiales que se siguen ante la Sala Segunda. En síntesis, según esta doctrina, contra las resoluciones que dicte el Magistrado Instructor durante el período de instrucción de las causas especiales cabe interponer, aunque no hay norma concreta que así lo contemple, los mismos recursos devolutivos que la ley prevé para todo tipo de procedimiento penal por razones de seguridad jurídica y para atender debidamente a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Por ello, es discriminatorio para el recurrente que se reconozca la posibilidad de interponer recursos devolutivos, acudiendo a la analogía y a la interpretación más favorable para los derechos fundamentales, y en cambio se le niegue la posibilidad de interponer recurso alguno contra la Sentencia que le condena.

El segundo término de comparación que se invoca es el reconocimiento del derecho a interponer recurso de casación contra las Sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo en el ámbito contencioso-administrativo, según lo dispuesto en el art. 102 a) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, introducido por la Ley 30/92, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Este precepto autoriza el recurso de casación para la unificación de doctrina contra las Sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo y dispone que el recurso lo conocerá una Sección compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala Tercera y cinco Magistrados de esta misma Sala que serán los dos más antiguos y los tres más modernos.

Es necesario plantearse si es acorde con el sistema de garantías constitucionales que exista un recurso de casación contra las Sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo en el ámbito contencioso-administrativo y que, por el contrario, se niegue todo recurso contra las Sentencias que se dicten en única instancia por el Tribunal Supremo en el ámbito penal con base en una interpretación literal de un precepto preconstitucional como es el art. 847 LECrim.

c) La tercera queja argumenta que se ha producido una lesión de los derechos del art. 24.2 CE a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.1 y 2 CE, como consecuencia de la procedencia ilícita de algunos de los documentos aportados en la causa penal.

La cuestión relativa a la procedencia ilícita y nulidad de las pruebas fue planteada por el recurrente en distintos momentos de la instrucción de la causa. En primer término fue planteada al inicio de la instrucción y la Sala Segunda acordó que dicha cuestión debía resolverse en la audiencia preliminar del juicio oral. Contra esta decisión se interpuso recurso de amparo ante este Tribunal (con núm. de registro 463/93), que fue inadmitido por providencia de 13 de diciembre de 1993, por ser la demanda prematura y concurrir el motivo de

inadmisión previsto en el art. 44.1 a) LOTC. En segundo término, la pretensión se planteó de nuevo en la audiencia preliminar del juicio oral y fue desestimada por la Sala Segunda en el Auto de 19 de julio de 1997.

La causa especial núm. 880/91 se inició con el exclusivo soporte de unos documentos que habían sido obtenidos ilícitamente de las empresas en las que el recurrente era accionista y administrador único. Estos documentos se incorporaron al proceso por tres vías distintas: En primer lugar a través de las denuncias y querellas iniciales de don Christian Jiménez y de la asociación Ainco, con las que se adjuntaron recortes de prensa en los que aparecían publicados los documentos. En segundo lugar, la Fiscalía General del Estado remitió posteriormente copia de los documentos, que a su vez había recibido del partido político Iniciativa por Cataluña; en la declaración prestada ante el Magistrado Instructor por don Rafael Ribó, Presidente de Iniciativa por Cataluña, éste reconoció que toda la documentación aportada a la Fiscalía General del Estado la recibió del Sr. Van Schowen. En tercer lugar, la documentación original —ya publicada por la prensa y cuya copia se adjuntó con las querellas— fue aportada por el testigo don Carlos Van Schowen a requerimiento del Magistrado Instructor.

Toda la documentación que dio origen al denominado «caso Filesa» fue sustraída y divulgada, sin autorización, por quien prestaba servicios profesionales como contable: el Sr. Van Schowen. Así lo reconoció durante la fase de instrucción y luego en el juicio oral. Con independencia de si la conducta del Sr. Van Schowen era o no constitutiva de delito, es indudable que los documentos fueron obtenidos violentando derechos o libertades fundamentales por lo que constituyen prueba ilícita y no pueden surtir efecto según el art. 11.1 LOPJ. En concreto, los derechos afectados son, por una parte, el derecho al secreto de la correspondencia del art. 18.3 CE, pues entre la documentación sustraída había correspondencia del hoy recurrente; y de otra parte, el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, por haber sido sustraída parte de la contabilidad de las empresas, especialmente facturas, cuyo secreto está amparado por el art. 32 del Código de Comercio, así como declaraciones fiscales presentadas por las empresas ante Hacienda, también amparadas por el secreto (según el art. 111 de la Ley General Tributaria todos los que las conozcan por razón de su oficio estarán obligados «al más estricto y completo sigilo respecto de ellos»).

Las pruebas documentales aportadas inicialmente a la causa son ilícitas y, en consecuencia, no pueden surtir efecto alguno. Pero también son ilícitas las demás pruebas practicadas con posterioridad por traer causa de las ilícitas (art. 11.1 LOPJ). El efecto invalidante prácticamente afecta a toda la prueba acumulada durante la fase de instrucción, luego reproducida en las sesiones del juicio oral, puesto que tanto la documentación requerida a las empresas por el Magistrado Instructor como las diligencias de entradas y registros ordenados por él son consecuencia directa de las pruebas ilícitas iniciales. Esta solución, por extrema que parezca, es la única posible atendiendo a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ y a la interpretación que de este precepto ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 85/1994, de 14 de marzo y 181/1995, de 11 de diciembre) y del Tribunal Supremo (SSTS de 27 de junio y 17 de julio de 1994; de 23 y 24 de enero, 4 y 24 de marzo y 2 de octubre de 1995).

d) La cuarta queja alega la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa del art. 24.2 CE, como consecuencia de las irregularidades habidas en la comparecencia del testigo Sr. Van Schowen ante el Magistrado Instructor. En fecha 27 de abril de 1992, el testigo don Carlos Van Schowen prestó declaración ante el Magistrado Instructor, con presencia

de todas las partes personadas y, por tanto, sometido al principio de contradicción. Posteriormente, de forma absolutamente sorpresiva, sin previa notificación a las partes y sin que el procedimiento estuviese declarado secreto, el Magistrado Instructor realizó el 6 de mayo siguiente una denominada «acta de comparecencia» de dicho testigo. Esta comparecencia se realizó «a solas» con el Magistrado Instructor, sin estar presente ninguna de las partes personadas, ni siquiera el Ministerio Fiscal, y en la misma el testigo aportó los documentos originales que determinaron el nacimiento de la causa.

En consecuencia, los documentos obtenidos ilícitamente, violando derechos fundamentales, son aportados al procedimiento en una diligencia en la que también se infringen derechos fundamentales. A pesar de haberse denunciado expresamente esta concreta violación en el juicio oral —en el trámite de conclusiones definitivas—, la Sentencia nada dice al respecto.

e) La quinta queja denuncia la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, como consecuencia de las entradas en domicilios y registros de contabilidades y otros documentos mercantiles acordadas por el Magistrado Instructor durante la instrucción de la causa.

Por Auto de 21 de septiembre de 1992 el Magistrado Instructor declaró secretas las actuaciones. A partir de dicha fecha dictó numerosos Autos acordando la entrada en domicilios y el registro de contabilidades y otros documentos mercantiles —en total treinta y nueve diligencias de registro— con idéntica fundamentación: «de las investigaciones practicadas se deduce que en las oficinas y dependencias de la empresa ... podría encontrarse documentación escrita o de otro tipo de soporte, de interés para este sumario». Los Autos en cuestión no pudieron ser recurridos dado el secreto de la instrucción, por lo que, al levantarse el secreto, el recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones por considerar que los Autos eran nulos de pleno derecho. La petición de nulidad fue desestimada por el Magistrado Instructor en Auto de 30 de diciembre de 1992, luego confirmado por la Sala Segunda en Auto de 3 de febrero de 1991. Formulado recurso de amparo contra dichas resoluciones (registrado con núm. 463/93), fue inadmitido por providencia de 13 de diciembre de 1993, por ser la demanda prematura y concurrir el motivo de inadmisión previsto en el art. 44.1 a) LOTC.

Los Autos por los que se acordó la entrada en domicilios y registro de contabilidades y otros documentos mercantiles no fueron suficientemente motivados, como exige tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir del Auto de 18 de junio de 1992) como la del Tribunal Constitucional (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995 y 34/1996). Dichos Autos carecen de la necesaria motivación por varias razones: no puede entenderse como motivación la pura formalidad o exteriorización de motivación con expresiones estereotipadas o prácticamente impresas, que es lo que se ha dado en el presente caso; no aparecen relatados los indicios de los que resultaría el descubrimiento o la comprobación de algún hecho en virtud de esa diligencia; el Juez debe exteriorizar los indicios porque, si no lo hace, de nada vale la exigencia legal de su existencia; y, por último, porque el art. 573 LECrim exige para el registro de libros de contabilidad la existencia de indicios graves, por tratarse de un registro cualificado.

Como consecuencia de lo anterior, puede concluirse que lo que el Magistrado Instructor llevó a cabo fueron entradas y registros «de prospección», legitimando así, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una especie de inquisición general incompatible con los prin-

cipios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución (STC 32/1994).

La ausencia de indicios previos a los registros se alargó en el tiempo, como lo prueban las decisiones posteriores que adoptó el Magistrado Instructor. En concreto, una vez practicados los numerosos registros, el Magistrado Instructor acordó lo siguiente: llamar a diecisiete personas relacionadas con las empresas en las que se habían practicado las entradas y registros (providencia de 13 de enero de 1993); citar a otras dieciocho personas igualmente relacionadas con las mismas empresas (providencia de 23 de junio de 1993); citar a todos los que habían declarado como testigos para ratificar sus declaraciones, pero asistidos de Letrados (Auto de 17 de enero de 1994); citar a declarar como inculpados a los que previamente habían declarado y ratificado su declaración como testigos (Autos de 4 de julio de 1994 y de 23 de septiembre de 1994).

Toda esa secuencia de diligencias procesales demuestra que, cuando en el mes de septiembre de 1992 se practicaron las entradas y registros no había indicios para ello, porque, de lo contrario, no se podría haber citado con posterioridad a los responsables de esas empresas como testigos. Las diligencias de entrada y registros practicados durante la fase de instrucción de la causa, de las que se obtuvo la documentación que permitió elaborar el informe pericial en el que se apoya la Sentencia, se produjeron con violación de derechos fundamentales al carecer tales diligencias de la debida motivación y proporcionalidad.

f) La sexta queja se concentra en la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), como consecuencia de la inexistencia de actividad probatoria para fundar la condena del recurrente. Según la demanda de amparo, toda la prueba que ha servido de fundamento a la Sentencia condenatoria del recurrente constituye prueba ilícita, al haberse obtenido violentando, directa o indirectamente, sus derechos fundamentales, y no puede servir, por ello, para fundar la condena del recurrente. Pero las pruebas, además de ser ilícitas, carecen de virtualidad para afectar a la presunción de inocencia del recurrente.

El testimonio del testigo Sr. Van Schowen es el prototipo de declaración a valorar con las máximas cautelas, atendiendo a las circunstancias que concurren, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad hacia el recurrente. La enemistad del testigo quedó de manifiesto a lo largo del interrogatorio, en el que llegó a ratificarse en el calificativo de «cerdo» del recurrente en amparo y en el que reconoció haber tenido todo tipo de procedimientos judiciales contra el mismo. El Sr. Van Schowen demandó al recurrente en vía laboral, exigiendo el pago de veinticinco millones de pesetas, pretensión esta que fue desestimada por Sentencia de 14 de abril de 1994 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, después ratificada por Sentencia de 7 de febrero de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La prueba pericial en la que se apoya la Sentencia para fundar la condena del recurrente, aparte de su ilicitud por elaborarse sobre la base de documentos aportados ilícitamente a la causa y sobre los documentos obtenidos en unos registros que también constituyen prueba ilícita, más que una pericia en sentido estricto parece un acta tributaria propia de la profesión de los Peritos. La pericia no se limita a analizar hechos concretos, sino que está repleta de presunciones, suposiciones y elucubraciones. Así, por ejemplo, en el informe pericial se afirma que los informes de Filesa no se realizaron, a pesar de que tanto quien los realizó como

quien los adquirió mantuvieron en todo momento su existencia. Y en los casos en los que los informes constan en la causa, los peritos afirman, sin más, que los mismos son «inconsistentes».

En definitiva, los Peritos, Inspectores de Finanzas, han aplicado al realizar su pericia los principios de Derecho tributario, trufado de presunciones contra el obligado tributario, cuando en el Derecho penal esas presunciones *contra reo* no son admisibles. Todo ello ha sido aceptado por el Tribunal Supremo que, aunque en la Sentencia afirma que prescinde de los juicios de valor de los peritos, lo cierto es que sí los tiene en cuenta como se aprecia en las conclusiones que la Sala extrae del informe pericial.

g) Como séptima queja la demanda denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación, a la defensa y a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la condena del recurrente por el delito de asociación ilícita, que había sido excluido por la propia Sala Segunda de los delitos objeto de acusación.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el Auto de 19 de julio de 1997, limitó la continuación del juicio oral contra el recurrente por «delito fiscal, falsedad continuada en documento mercantil y apropiación indebida. Falsedad en documento público». Así se decía expresamente en la parte dispositiva de tal resolución. Además, en el fundamento 7 se afirmó expresamente que —para el recurrente— desaparecían los siguientes delitos: «falsedad en documento privado, falsedad contable, uso de información privilegiada, fraude, defraudatorio de contrato simulado, maquinación para alterar el precio de las cosas y asociación ilícita».

No obstante lo anterior, el recurrente fue acusado y condenado por el delito de asociación ilícita. La condena por el delito de asociación ilícita vulnera el principio acusatorio y los derechos a la defensa y a conocer la acusación, con resultado de indefensión, puesto que en el juicio oral el recurrente acomodó su actuación procesal a defenderse de los únicos delitos subsistentes, sin tener en cuenta el delito de asociación ilícita por haber quedado excluido inicialmente del juicio oral por expresa y concreta resolución del Tribunal.

h) La octava queja alega la infracción del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, como consecuencia de la condena del recurrente por los dos delitos continuados de falsedad documental. El recurrente fue acusado de falsedad en documentos mercantiles, en su modalidad de «falsedad ideológica» prevista en el art. 302.4 del Código Penal, texto refundido de 1973 («faltar a la verdad en la narración de los hechos»). Así se desprende claramente de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación popular. Así también lo entendió el Magistrado Instructor en su Auto de 22 de diciembre de 1995.

Sin embargo, incluso aplicando el Código Penal de 1973 sería muy discutible que la conducta del Sr. Oliveró pudiera ser subsumida en el tipo delictivo del art. 303 en relación con el art. 302.4 de dicho texto legal. Y esto vale tanto para las facturas emitidas por Filesa y Time Export, S.A., sobre cuya realización la Sentencia le considera autor material —aunque a lo largo del juicio ha quedado acreditado que como máximo sería autor espiritual—, como para las facturas giradas por los proveedores de esas sociedades, respecto a las que el Sr. Oliveró podría ser todo lo más considerado como un mero partícipe, toda vez que la confección de las mismas tuvo que realizarse por terceros.

Esa imposibilidad de subsumir los hechos en el art. 303 en relación con el art. 302.4 del Código Penal de 1973 ya había sido afirmada tanto por la jurisprudencia

de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como por la doctrina científica. La primera exigía que la falsedad afectase a la función probatoria o de garantía del documento (SSTS de 29 de junio de 1990, 18 de marzo de 1991, 7 de octubre de 1991, y 24 de mayo de 1993) y, por tanto, que la falta de verdad afectase a un elemento esencial del mismo (SSTS de 30 de octubre de 1984, 2 de julio de 1966, 22 de enero de 1975, y 27 de abril de 1992, entre otras muchas). Es decir, que alterase algunas de las funciones del documento: de perpetuación, probatoria y de garantía. Ello no se puede afirmar en el caso de las facturas que se están considerando, dado que lo esencial de un documento mercantil privado, como la factura, es una declaración de quien la emite y no se puede dudar en el presente caso que el documento hace constar exactamente lo declarado por su autor. El carácter mendaz de la declaración no se debe confundir con la falsedad del documento mercantil. Por ello la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya tenía establecido que la realidad de la relación jurídica expresada en un documento no es un elemento esencial de éste.

Por su parte, la doctrina científica coincide en señalar que esta jurisprudencia ha servido de fundamento al nuevo Código Penal de 1995, en el que la falsedad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos ya no es punible cuando es cometida por particular, con lo que las dudas al respecto desaparecen ahora por completo. De esta forma, el Sr. Oliveró Capellades no podría haber sido condenado, por aplicación del art. 2.2 del vigente Código Penal, que establece la retroactividad de la ley penal más favorable.

Aunque pudiera sostenerse lo contrario, no se trata en realidad de un problema de legalidad ordinaria. Pues lo que está en juego es el principio de legalidad en materia penal o, como expresa el art. 25.1 CE, el derecho del recurrente a no ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, según la legislación vigente en aquel momento. Es aplicable aquí el razonamiento expuesto en la STC 156/1996, esto es, que se trata, no de una aplicación extensiva o analógica *in pari* de una norma penal, sino lisa y llanamente ante su aplicación a un supuesto expresamente excluido por la ley penal aplicable, lo que supone, no una infracción cualquiera del principio de legalidad, sino su desconocimiento puro y simple.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo es absolutamente consciente de este planteamiento, pero para evitar tener que absolver al ahora recurrente de amparo por aplicación de lo dispuesto en el Código Penal de 1995, introduce *ex novo* la calificación de simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, prevista en el art. 302.9 del Código Penal de 1973. El Tribunal sentenciador puede compartir o no la nueva regulación de la falsedad ideológica introducida por el legislador que promulgó el nuevo Código Penal de 1995. Pero lo que no puede hacer es desviar lo que siempre se ha considerado como una conducta consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» hacia otra modalidad falsaria que sí permite condenarle. En el presente caso concurre además la circunstancia de que al haberse negado al Sr. Oliveró Capellades el derecho a la segunda instancia, va a tener que sufrir unas penas privativas de libertad por unos hechos que ya no son penalmente ilícitos en nuestro ordenamiento.

i) La novena y última queja alega la infracción del principio de legalidad y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haber sido considerado el recurrente responsable de un delito contra la Hacienda

pública por las cuotas supuestamente defraudadas por las sociedades Filesa y Time Export, S.A., en el Impuesto de Sociedades. La Sentencia analiza con detalle el contenido del art. 305 del Código Penal de 1995, así como sus diferencias respecto al anterior art. 349 del Código Penal de 1973, llegando a la conclusión de que se trata de normas penales en blanco. Ahora bien, al tratarse de una ley penal en blanco su aplicación requiere acudir a la Ley del Impuesto sobre Sociedades, pues ésta es la que define el hecho imponible y la obligación tributaria que se deriva de ese hecho imponible. Todas las acusaciones, siguiendo en este punto al informe pericial, entendieron aplicable la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La defensa del recurrente, por el contrario, consideró aplicable la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, por ser ley fiscal más favorable y por tanto aplicable retroactivamente. En concreto esto es así, porque esta segunda disposición regula una serie de supuestos en los que los donativos y liberalidades —cuando se hallen correlacionados con los ingresos— sí son gastos deducibles para el impuesto de sociedades. De considerar como gastos deducibles el importe de las facturas recibidas por Filesa y Time Export, S.A., de sus proveedores la cuota tributaria supuestamente defraudada sería distinta.

Sin embargo, la Sentencia omite todo razonamiento sobre esta concreta alegación del recurrente. Esta omisión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la legalidad penal, ya que la condena del recurrente es consecuencia de la inaplicación, no justificada, de la legislación que completa el tipo penal en blanco. Según el criterio del recurrente, con la nueva legislación del impuesto de sociedades procedía su absolución.

En atención a lo expuesto, el recurrente formula su pretensión y solicita de este Tribunal que dicte Sentencia por la que se acuerde: 1) Otorgar el amparo constitucional. 2) Reconocer al recurrente la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Y 3) para el caso de que se reconozca la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por no haber permitido interponer recurso alguno en la jurisdicción ordinaria contra la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 28 de octubre de 1997, solicita que se declare la nulidad de la citada Sentencia en ese extremo, ordenando retrotraer las actuaciones al momento de notificación de la Sentencia, para que en ella se expresen los recursos que procedan contra la misma. 4) Con carácter subsidiario a lo anterior, pide que se declare la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997, dictada en única instancia en la causa especial núm. 880/91.

Por otrosí pide, de conformidad con lo preceptuado en el art. 56 LOTC, que se acuerde la suspensión de la ejecución de la Sentencia recurrida hasta que no se resuelva el presente recurso de amparo, por los perjuicios irreparables que la ejecución acarrearía. En concreto solicita que la suspensión se acuerde tanto respecto de las penas privativas de libertad como de las penas pecuniarias y medidas de contenido patrimonial de la Sentencia recurrida.

4. Mediante providencia de 22 de diciembre de 1997, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de un lado, inadmitir las quejas primera y segunda, relativas a la tutela judicial efectiva en relación con un proceso con todas las garantías, y con el principio de igualdad por la inexistencia de la doble instancia en materia penal, así como de la queja séptima relativa a la presunta lesión

de la tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, por la ausencia de acusación respecto del delito de asociación ilícita y, de otro, abrir el trámite del art. 50.3 LOTC para que, en un plazo no superior a diez días, el solicitante de amparo y el Ministerio Fiscal se manifestaran acerca de la posible concurrencia de la causa de inadmisión establecida en el art. 50.1 c) LOTC —carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional— en relación con las siguientes alegaciones de la demanda: a) las quejas tercera y cuarta, referidas a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por la valoración de material probatorio obtenido, a juicio del recurrente, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 2 CE); b) la queja quinta, referida a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), como consecuencia de las diligencias de entrada y registro ordenadas por el Magistrado Instructor durante el período de instrucción de la causa; c) la queja sexta, que invoca como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haberse tenido en cuenta como material probatorio unos informes periciales que contenían valoraciones (art. 24.2 CE); y d) la queja octava, en la que denuncia la vulneración del principio de legalidad en el ámbito penal (art. 25.1 CE), en lo que se refiere a la condena por delitos de falsedad en documento mercantil.

5. Mediante escrito de 5 de enero de 1998 el Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC. La representación del recurrente lo presentó el 7 de enero de 1998, solicitando que fueran admitidos a trámite los motivos de la demanda sometidos a consulta.

6. La Sección Cuarta de este Tribunal, mediante Auto 30/1998, de 28 de enero, acordó admitir a trámite la queja octava de dicho recurso, relativa a la vulneración del principio de legalidad penal por la condena por delito de falsedad en documento mercantil e inadmitir a trámite las quejas tercera, cuarta, quinta, sexta y novena del recurso de amparo. Asimismo, la Sección acordó abrir la pieza separada para la tramitación y decisión de la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente, así como requerir a la Sala Segunda del Tribunal Supremo que emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de amparo para posibilitar su comparecencia en esta jurisdicción constitucional. Y por último, acordó diferir la decisión relativa a la petición de actuaciones a un momento procesal posterior. El referido Auto fue objeto de un Voto particular discrepante por parte del Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer.

7. Una vez abierta la pieza separada de suspensión por providencia de 28 de enero de 1998, y tras las alegaciones del recurrente, del Abogado del Estado y del Fiscal, la Sala Segunda, por Auto 48/1998, de 24 de febrero, acordó no acceder a la suspensión interesada por el recurrente. Dicha resolución fue acompañada por un Voto particular discrepante formulado por el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral.

8. Tras las oportunas solicitudes de personación, la Sección Tercera de este Tribunal, mediante providencia de 27 de abril de 1998, acordó tener por personados y parte al Procurador don Javier Lorente Zurdo en nombre y representación de don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada y de don Christian Jiménez Gon-

zález; al Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Aida Álvarez Álvarez y de don Miguel Molledo Martín; y al Procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de don Carlos Navarro Gómez, acordándose entender con ellos las sucesivas actuaciones.

La misma Sección acordó también conceder el plazo común de veinte días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC, dándoles vista de las actuaciones correspondientes a la causa especial 880/91, que debido a su volumen se les pondrán de manifiesto en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin perjuicio de que, caso de que llegara a ser preciso, pudiera interesar la Sala Segunda del Tribunal Constitucional la remisión de parte de las actuaciones.

9. En el trámite del art. 52.1 LOTC el Abogado del Estado presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 26 de mayo de 1998, en el que solicitaba que este Tribunal dictara Sentencia denegatoria del amparo pretendido.

En primer término la Abogacía del Estado resume la doctrina constitucional en relación con el principio de legalidad penal, con base en las SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4, y 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; ninguna de las cuales ha sido invocada en la demanda de amparo. A continuación rechaza que tal doctrina haya sido inobservada por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuanto a la condena por los delitos de asociación ilícita y de falsedad documental.

Con respecto a la condena por los delitos de falsedad, la discrepancia de la defensa del actor con la Sentencia recurrida se basa en el Auto del Instructor de 22 de diciembre de 1995, haciendo notar que los documentos mercantiles por los que se condena al autor pueden ser mendaces (no veraces en su contenido) pero no falsos (coinciden autor aparente y real de las «facturas falsas»). Añade la demanda que es muy significativo que la Sala Segunda muestre sus dudas, casi podía decirse su disconformidad con la destipificación de la falsedad ideológica en el nuevo Código Penal; y que esta disconformidad es la única razón por la que la Sala Segunda introduce *ex novo* en la Sentencia la falsedad tipificada en el art. 302.9 del anterior Código Penal, para evitar de esta forma tener que absolver al recurrente por aplicación del nuevo Código Penal.

Admitida exclusivamente la queja basada en la infracción del art. 25.1 CE, no entra el Abogado del Estado a dilucidar las imputaciones que se hacen a la Sala Segunda en el sentido de que ha incurrido en «desviación jurisprudencial» por su «disconformidad» con la desincriminación de la falsedad ideológica plasmada en el nuevo Código Penal. Tal imputación no puede entenderse probada de ninguna manera, siquiera indiciariamente. Y como argumento de inconstitucionalidad no es más que una retórica recapitulación de la crítica constitucional que al actor le merece la interpretación por la que ha optado la Sala Segunda. Sin duda —reconoce el Abogado del Estado—, la interpretación del art. 302.9 del Código Penal de 1973 que parece patrocinar la demanda de amparo reúne las condiciones de respeto al tenor literal y razonabilidad jurídica, que la harían perfectamente aceptable desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, otro tanto puede decirse de la interpretación elegida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como se pasa a razonar seguidamente. Los razonamientos se centran en los dos elementos típicos

fundamentales de la modalidad falsaria del art. 302.9 del Código Penal de 1973: la simulación documental y la autenticidad del documento.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior y posterior a la Sentencia ahora impugnada ha mantenido diferentes líneas interpretativas sobre la simulación documental, considerándola bien como supuesto de falsedad material (STS de 2 de abril de 1964), bien como falsedad ideológica o intelectual (STS de 8 de marzo de 1983). Algun autor considera que operaba como un «cajón de sastre» o comodín cuando había dudas respecto a la subsunción de la conducta en alguno de los otros números del precepto. La Sentencia que condenó al recurrente considera que existe simulación cuando la factura es incierta en su totalidad, al haber un soporte material falso, no meramente intelectual. Pues bien, esta interpretación, que ya había sido asumida anteriormente por la jurisprudencia —la resolución impugnada cita las SSTCs de 21 de marzo de 1989, de 18 de noviembre de 1991, de 18 de septiembre de 1993 y de 13 de junio de 1997— y que fue reiterada después —así, en las SSTCs de 7 de noviembre de 1997 y 25 de noviembre de 1997—, no puede ser conceptuada de extravagante. En las palabras «simulando un documento» caben diversas formas de creación de simulacros o apariencias documentales, y por lo tanto resulta razonable que se califique como simulación la factura emitida como justificación de que se ha realizado un estudio, informe u otro tipo de prestación en verdad no efectuado.

La STS de 21 de marzo de 1989 afirma que el art. 302.9 se refiere a «una figura de falsedad total, mediante la cual se sancionaba la simulación entera e íntegra de un documento, no existente y jamás confeccionado o redactado con rigor y veracidad, de un modo, lo suficientemente hábil y perfecto para que pudiera inducir a error al común de las gentes o a cualquier ser humano medianamente perspicaz y clarividente»; descripción en la que cabe perfectamente el presente supuesto de las «facturas falsas».

La STS de 18 de noviembre de 1991 aplica la simulación documental a un supuesto en el que un padre y su hijo forjaron un irreal documento privado de arrendamiento «para impedir que el local que se indica fuera entregado a la empresa a la que, en la jurisdicción laboral, había sido adjudicado tras los trámites correspondientes». El supuesto es análogo al de las facturas falsas: autores reales y aparentes coinciden, pero el documento privado, en sí mismo, es un ficticio simulacro de documento arrendatario. Según esta resolución, «la simulación del documento precisa, al igual que en las demás modalidades falsarias, de un característico dolo intencional, conciencia o querer de la mente para imitar, para cambiar, para modificar, en este caso por medio de un documento con el que se trastoca la realidad jurídica *ad extra*, dando apariencia externa de un documento con visos de auténtico sin serlo. Esta representación imitativa del documento irreal para hacerlo pasar por real y auténtico, sustituye o pretende sustituir a éste por medio o a través de las condiciones, requisitos y circunstancias del documento genuino, las cuales incorpora, en mayor o menor medida ... La seguridad del tráfico jurídico y la defensa de la fe pública, finalidad o bien jurídico protegido por la norma, quedaron vulnerados por este documento que, en la calidad de contrato de arrendamiento, expresó de manera concreta el pensamiento que ambos acusados, padre e hijo, perseguían con posibilidad de producir en abstracto consecuencias jurídicas variadas. Por su mediación y con la simulación realizada, se plasmó un falso arrendamiento que permitía el ejercicio de determinadas acciones judiciales, de orden civil».

La Sentencia de 18 de septiembre de 1993 considera el supuesto de entrega de un cheque contra cuenta perteneciente a persona distinta del firmante, el cual firmó con su nombre. Coincidien autor aparente y autor real del documento mercantil. Pero el Tribunal Supremo entiende aplicable el art. 302.9 del Código Penal de 1973, porque «simular equivale a crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad tanto por su estructura como por su forma de confección. La utilización de un talón bancario que ha sido realizado por una entidad crediticia con la finalidad de entregárselos a los clientes que abran las cuentas corrientes supone un acto habitual del tráfico mercantil que tiene institucionalizados estos medios de pago. Ahora bien, la confección del documento tiene que recoger todos aquellos elementos que constituyen su esencia y cumplir las formalidades prescritas por la ley, así el talón bancario debe contener una referencia a la persona a cuyo favor se ordena el pago, la fecha, cantidad de dinero y la firma del librador. Externamente el documento confeccionado por el acusado tenía todos los componentes de un cheque auténtico, aunque la firma estampada en el lugar del librador no era la del titular de la cuenta, pero no obstante el instrumento mercantil era susceptible de ser destinado al tráfico jurídico como lo demuestra el hecho de que fue pasado por la Cámara de Compensación».

La STS de 13 de junio de 1997 dice lo siguiente: «De la lectura del relato histórico de la sentencia de instancia fluye sin dificultad, que las facturas que representan el suministro de bienes y maquinaria por parte de las sociedades inactivas que se mencionan, constituyen una ficción total, simulando la creación de documentos mercantiles inexistentes, con suficiente apariencia de credibilidad para inducir a error a las sociedades de *leasing* a las que iban destinadas como lo evidencia el que determinaran la suscripción de los correspondientes contratos de arrendamiento financiero y el abono de los respectivos importes a las sociedades que aparentaban ser las distribuidoras de los bienes que iban a ser financiados. La función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido».

En cuanto al elemento típico de que la simulación debe inducir a error sobre la «autenticidad» del documento, el Abogado del Estado expresa que no existe una definición de la autenticidad documental que valga para todos los sectores de nuestro Derecho positivo. La primera acepción de «auténtico» en el Diccionario de la Real Academia Española es «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren».

El Código Civil no presta base alguna para elaborar un concepto de documento auténtico, a diferencia de lo que ocurría con el Proyecto de 1851, cuyo art. 1199 decía al final: «Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos y como tales hacen plena fe».

Para Guasp es factible distinguir un concepto subjetivo de autenticidad (coincidencia del autor aparente del documento con el verdadero), un concepto objetivo (autoridad del documento por razón de la materia sobre la que recae) y, en fin, otro procesal, que a su juicio era el relevante a los efectos del antiguo art. 1692.7 LEC (autenticidad de un documento no es ni más ni menos que eficacia probatoria privilegiada del mismo). Núñez Lagos distingue entre la genuidad o genuinidad de cualquier documento (la coincidencia entre autor real

y aparente) y la autenticidad externa, corporal o autenticidad de forma, de la que sólo cabe hablar con referencia a los documentos públicos y a su «fuerza probante formal». Según este autor «el documento privado tiene genuidad pero no autenticidad externa. Es siempre autor, incluso después de un reconocimiento legal, un particular. En el reconocimiento legal al documento privado se le añade y yuxtapone un documento público, que en sí mismo tiene autenticidad, y que declara la autoría del mismo documento privado: la genuidad se hace auténtica. La autoría *auténtica* del documento privado no resulta nunca directamente de sí mismo sino indirectamente, por contragolpe del documento público yuxtapuesto». Para este mismo autor, el documento público goza, junto a la autenticidad corporal, externa o formal, de una autenticidad de fondo o de contenido, que se refiere a las declaraciones del funcionario (no de la parte) recogidas en el documento público. Todo documento público tiene necesariamente dos partes auténticas: la autoría del documento y las menciones acerca de la propia actuación del funcionario. Además de lo expuesto, un documento para ser auténtico debe ser autónomo, en su doble manifestación de autosuficiencia y literosuficiencia.

Al tratar Núñez Lagos las declaraciones hechas por los particulares en documentos públicos, señala que «las manifestaciones de las partes valen como auténticas sin necesidad de reconocimiento alguno de la contraparte (*aquiescencia*) con tal que no hayan sido directamente impugnadas». La «razón de autenticidad» de estas declaraciones de las partes «estriba en que se producen en conexión de simultaneidad y accesoriedad con la comparecencia, lectura solemne y demás hechos presenciados por el mismo funcionario (*accesorium sequitur principale*)».

Para Rodríguez Adrados, en sentido jurídico es auténtico el documento «que por sí mismo prueba su real proveniencia del autor que indica», de manera que produce respecto a su autoría «la máxima eficacia que un documento puede generar», lo que no significa la total inimpugnabilidad del hecho documentado. Distingue este autor entre autenticidad corporal (de la que sólo gozan los documentos públicos) y autenticidad ideológica, que puede entenderse tanto en sentido simple (coincidencia real entre el *actum* y su narración documental, el *dictum*), como en sentido jurídico (y significa entonces que el *dictum* se sobreponga al *actum* mientras el documento no sea privado de su fe pública).

Estas citas nos alertan, según el Abogado del Estado, acerca de las complejidades de la noción exacta de «autenticidad», de su diferente alcance, y de que siempre que se aplica tal concepto a los documentos privados nos movemos fuera de la autenticidad documental en sentido propio y riguroso.

La falsedad prevista en el art. 302.9 del Código Penal anterior no sólo se aplica a los documentos públicos falsos realizados por particulares, sino también a los documentos mercantiles (art. 303 del mismo Código Penal) y a los documentos privados en general (art. 304 del mismo texto legal). Luego, la noción de autenticidad no puede ser la misma cuando se simula un documento público que cuando se forja un documento mercantil o privado ficticio, lo que justifica la acuñación de un concepto de autenticidad propio del Derecho penal. Tiene pues razón el Voto particular del Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer a los Autos de 20 y de 28 de enero de 1998 cuando indica que hay precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entienden la autenticidad no exclusivamente en sentido subjetivo, es decir, como identidad entre el autor aparente y el real del documento,

sino que acuden a otras interpretaciones que también caben en el tipo penal. Es posible entonces considerar una factura como falsa no porque su autor real no coincide con el aparente, sino porque es falaz en lo que refleja, porque pretende documentar en el tráfico jurídico una prestación (un estudio o informe) absolutamente inexistente.

En consecuencia, concluye el Abogado del Estado, es cierto que el precepto penal se presta a otras interpretaciones igualmente constitucionales, pero no se puede reprochar a la Sentencia que haya infringido el principio de legalidad penal, ya que ni ha desbordado el texto literal del precepto ni lo ha interpretado mediante pautas extravagantes o contrarias a los preceptos, principios o pautas constitucionales.

10. Con fecha 27 de mayo de 1998 quedó registrado el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, presentado en relación con el trámite previsto en el art. 52.1 LOTC. En él se solicita que la Sala de este Tribunal dicte Sentencia desestimando el recurso presentado. Tras resumir los antecedentes, el Fiscal se ocupa de la única queja admitida a trámite: la octava, relativa a la concurrencia del principio de legalidad penal como consecuencia de la condena por dos delitos continuados de falsedad en documento mercantil.

El recurrente centra su alegato en la consideración de que la modificación de las conclusiones por parte de alguna de las acusaciones en el plenario, cambiando el título incriminitorio de falsedad en documento mercantil del art. 303 en relación con el art. 302.4, al núm. 9 de este mismo art. 302, todos ellos del Código Penal de 1973 (o bien, al art. 390.1.2 del Código Penal de 1995), tesis que aceptó la Sentencia, habría desconocido el principio de tipicidad con trascendencia constitucional.

El Fiscal señala que no necesita ni manifestar expresamente el acatamiento al principio de legalidad ni apoyarlo en citas jurisprudenciales sobradamente conocidas, bastando al efecto las que el propio recurrente hace. Pero sí niega que la Sentencia impugnada infringiera el principio de legalidad penal por dos razones: porque la cuestión que se plantea no sobrepasa el ámbito de legalidad ordinaria y corresponde en consecuencia a la competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción por imperativo del art. 117.3 CE, lo que equivale a negar toda trascendencia constitucional al alegato; y porque el cambio del título incriminatorio en la falsedad no vulnera el principio de tipicidad.

En cuanto a la primera cuestión, el Fiscal insiste en lo ya expuesto en su dictamen correspondiente al trámite de admisión, que coincide con el voto particular que se formulará al Auto de este Tribunal de 28 de enero de 1998. El tema que se plantea es un problema de subsunción de los hechos bajo la norma, que no excede del ámbito de la legalidad ordinaria (AATC 454/1987, 904/1987, 722/1988, 321/1992). Por su parte, la STC 137/1997 declara que la interpretación y aplicación de la norma son cuestiones de legalidad ordinaria, existiendo dos supuestos en los que se produce la vulneración del art. 25.1 CE: el desconocimiento de la literalidad del precepto aplicado o bien la afirmación de la tipicidad a través de argumentos extravagantes.

Trasladando ahora tales criterios al caso que nos ocupa, le parece claro al Fiscal que no se trata de ninguno de los supuestos señalados. En modo alguno puede valorarse como un desconocimiento de la literalidad del tipo el afirmar, como hace la Sentencia impugnada, que la creación *ex novo* de una factura mendaz en su integridad, en cuanto que no responde a un negocio real, constituye una falsedad «simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad». Podrá cuestionarse que el hecho puede ajustarse además a las exigencias de otra de las modalidades falsarias que el precepto describe, pero no cabe afirmar con fundamento que no responde a las exigencias del art. 302.9 del Código Penal de 1973 aplicado.

En cuanto al rigor lógico y técnico de los argumentos que conducen a tal calificación, basta la lectura de los fundamentos 24, 25 y 26, y muy especialmente de este último, para comprobar, por un lado, que se ajustan a las exigencias de la técnica penal y, por otro, que no constituyen ninguna innovación para este caso, sino que se inscriben en una continuada línea jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, si en alguna reciente ocasión ha sido alterada —alteración no aceptada pacíficamente incluso en el seno de la propia Sala— no por ello eleva el problema planteado a un rango constitucional desde las exigencias del art. 25.1 CE.

Para el caso de que este Tribunal entendiera otra cosa, considera el Ministerio Fiscal que no habría supuesto un desconocimiento del principio de legalidad el cambio del título incriminitorio del que se queja el recurrente, y que en su concepto no tendría otra razón de ser que eludir la despenalización sobrevenida a consecuencia de la sucesión legislativa del Código Penal de 1973 al de 1995.

Con la finalidad de huir de planteamientos simplistas, el Fiscal hace notar que no es correcta la afirmación tan frecuente de que el Código Penal de 1995 ha despenalizado la falsedad ideológica (art. 392 en relación con el art. 390.1). Lo correcto sería decir que, en tales supuestos, ha sido despenalizada la modalidad de falsedad que contempla el núm. 4 del art. 390.1, coincidente con el mismo número del art. 302 del Código de 1973, sin perjuicio de otras modalidades de falsedad ideológica que subsisten.

La falsedad ideológica —presente en el art. 476 y ss. del Código Penal italiano y en los 267 y ss. del Código Penal alemán— no fue elemento de los tipos penales de nuestro Código. La distinción falsedad material / falsedad ideológica es un criterio doctrinal no siempre bien distinguido, de suerte que la doctrina científica nunca dio una solución unívoca para calificar de una u otra manera las modalidades del antiguo art. 302, y siempre se convino en que las formas de la falsedad ideológica estaban indiscriminadamente situadas en el elenco del art. 302. De esta manera no resulta válido el argumento de que el condenado lo ha sido por falsedad ideológica, que después fue despenalizada, porque también el núm. 9 del art. 302 del Código de 1973 es, o puede ser, una modalidad de falsedad ideológica.

Además, el Tribunal Supremo al calificar el hecho de conformidad con este último precepto no ha establecido un criterio novedoso, sino que ha seguido aplicando una línea jurisprudencial bien definida para la creación de documentos falsos *ex novo* (SSTS de 2 de octubre de 1944, 22 de diciembre de 1945, 23 de noviembre de 1951, 28 de octubre de 1958, 2 de marzo de 1959, 29 de diciembre de 1992). Por otra parte, la íntima relación existente entre el núm. 4 y el núm. 9 del art. 302 es tan clara, que con extraordinaria frecuencia se calificaba y condenaba con fundamento en los dos preceptos, cuando los hechos colmaban las exigencias de ambos, confirmándose así el fundamento de las críticas a la enumeración de modalidades falsarias que el artículo contiene.

La circunstancia de que se cambiara la calificación en un trámite procesal adecuado, en comparación con la calificación provisional, no entraña la finalidad de eludir la despenalización a que se alude, porque el hecho siempre fue típico respecto del art. 302.9 del Código ya derogado, se citara o no éste en la calificación provisional, según la doctrina del Tribunal Supremo.

El Fiscal advierte que los términos en que se produjo el cambio del título incriminatorio no han comprometido el principio acusatorio ni el derecho de defensa (art. 24.2 CE). Lo primero, porque se produjo en el plano de la legalidad procesal más estricta cuanto el objeto del proceso aún no estaba definido en términos inmodificables. Lo segundo, porque permaneciendo el hecho sin alteración alguna, la impugnación de la tesis acusatoria no sufrió en sus posibilidades merma alguna, como demuestra el hecho de que las defensas no utilizaran la facultad que les confiere el art. 793.7 LEcRim.

Por último, el Fiscal rechaza la consideración preliminar del motivo, según la cual hay que negar la tipificación del hecho según el núm. 4 del art. 302 del Código Penal de 1973 desde las exigencias de la doctrina del Tribunal Supremo. Ante todo, este extremo plantea una cuestión de evidente legalidad ordinaria que afecta a la subsunción de los hechos bajo la norma, sin trascendencia constitucional. Pero en cualquier caso, la tesis no es aceptable en cuanto que confunde la legitimidad del documento con la falsedad de su contenido. Efectivamente las facturas están autorizadas por quien realmente las firma y la declaración que contienen es la que efectivamente se hizo; pero cuanto se hizo constar es mendaz en términos tales que no puede ponerse en duda que «perpetúan», «prueban» y «garantizan» la realidad de un hecho inexistente porque supone, sin lugar a dudas, faltar a la verdad en la narración de los hechos.

No parece, pues, que estuviera ausente en la falsedad el requisito de la esencialidad. Por lo demás, concluye el Fiscal, el alegato que se refiere a una calificación no hecha por la Sentencia impugnada, carece, como es obvio, de toda practicidad.

11. Mediante escrito presentado el 28 de mayo de 1998 en el Juzgado de guardia de Madrid, la representación de don Carlos Navarro Gómez presentó su escrito de alegaciones correspondiente al trámite del art. 52.1 LOTC. En él señalaba que, al guardar el presente recurso de amparo una estrecha relación con el registrado con núm. 4645/97, reproducía las alegaciones formuladas en el mismo momento procesal respecto a la vulneración del principio de legalidad penal derivada de la condena que se le impuso por dos delitos de falsedad documental.

Recuerda en primer término que las acusaciones calificaron inicialmente los hechos como falsedad ideológica en documento mercantil cometida por particular, delito previsto en el art. 303 en relación con el art. 302.4, ambos del antiguo Código Penal. El Auto del Magistrado Instructor de 22 de diciembre de 1995 decidió sobreseer las imputaciones por falsedad, en atención a la despenalización de la falsedad ideológica cometida por particular en el nuevo Código Penal de 1995 (art. 392 en relación con art. 390.1), pero fue revocado por otro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996. Finalmente la Sentencia impugnada mantuvo intangibles los hechos pero consideró que los mismos debían ser calificados como dos delitos continuados de falsedad en documento mercantil en la modalidad de simulación del art. 303 en relación con el art. 302.9 del Código Penal de 1973, al considerar que dicha norma era más favorable.

Según criterio del Sr. Navarro Gómez tal forma de proceder constituye tanto un fraude de ley como una aplicación analógica *in malam partem* de tal norma penal, que vulnera el principio de legalidad penal. No se trata de que este Tribunal Constitucional entre a conocer los hechos, sino que los considere de manera instrumental para examinar la vulneración alegada. Tampoco se trata de que interprete la norma, para lo que

este Tribunal no tiene competencia, sino que se pretende que realice un control asimismo instrumental para el análisis de la infracción del principio de legalidad penal.

La cuestión planteada tiene, pues, alcance constitucional. La STC 75/1984, de 27 de junio, FJ 6, señala: «es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal». Este método del fraude de ley se advierte claramente porque sin variar la redacción de los hechos se ha operado un cambio de calificación, primero en el juicio oral y luego en la Sentencia condenatoria. La norma defraudada o eludida es la despenalización de la falsedad ideológica («faltando a la verdad en la narración de los hechos») cuando es realizada por un particular, despenalización llevada a cabo en el nuevo Código Penal de 1995 (art. 392 en relación con el art. 390.1 de dicho Código). Esta norma debía ser aplicada retroactivamente a los hechos por ser más beneficiosa, en virtud del art. 25.1 CE y del art. 2.2 del mismo Código Penal de 1995. Sin embargo, la norma de cobertura ha sido el delito de falsedad en su modalidad de «simulación documental», prevista en el art. 303 en relación con el art. 302.9, ambos del Código Penal de 1973 («simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad»). El fraude consiste, por tanto, en dejar sin virtualidad el efecto despenalizador operado por el Código Penal de 1995.

La aplicación de esta norma de cobertura supone una aplicación analógica *in malam partem*, que se encuentra prohibida por el art. 25.1 CE. Dicha norma ha sido «retorcida» para dar cabida a un supuesto que no tiene su acomodo en ella, y paralelamente se ha producido un «estiramiento» de la conducta, con el objeto de que pudiera ser acogida por la referida norma. En efecto, la jurisprudencia consideraba que la «simulación documental» constituía una subespecie de falsedad material, pero no de la ideológica; en este sentido algún autor declaraba que un documento es «auténtico» —y por lo tanto no simulado— cuando la persona que asume la declaración contenida en el documento la ha hecho verdaderamente, con independencia de si lo declarado por dicha persona es o no verdad; por el contrario, la modalidad de «simulación documental» se refiere a documentos inciertos en su totalidad, emitidos sin que ninguno de los conceptos corresponda a una relación jurídica; en el caso de que tal documento sea una factura, si el sujeto que la emite y el receptor son reales y si la fecha no ha sido cuestionada, entonces no es incierta en su totalidad —y por tanto tampoco constituye «simulación documental»—, dado que refleja un acuerdo de voluntades realmente existente entre personas realmente existentes. En definitiva, la simulación documental sólo es típica cuando sea material, es decir, cuando lo que se simula es el documento y no el negocio jurídico en él descrito. Al contrario, si el documento es genuino y auténtico, salvo en su contenido por la circunstancia de faltar a la verdad en su narración, entonces se trata de una falsedad ideológica, que ya no es típica respecto a particulares por haber sido derogada la norma que la preveía del Código Penal de 1973.

Esta aplicación analógica de la norma ha determinado que el Sr. Navarro Gómez se haya visto sorprendido al imponérsele una sanción como consecuencia de unos comportamientos que no son constitutivos de delito. Se trata además de una aplicación analógica *in peius*, que está prohibida por el art. 25.1 CE, precepto que exige una aplicación rigurosa de las normas penales, de manera que, como resalta la STC 182/1990, de 15 de noviem-

bre, «sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles».

Por su parte, el Tribunal sentenciador ha elegido una vía irrazonable para subsumir la conducta, verdaderamente atípica, en una norma de cobertura, mediante el procedimiento de apartarse de criterios exegéticos y hermenéuticos aceptados pacíficamente, tanto por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo como por la doctrina científica.

Así, por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1998, recaída tan sólo cuatro meses después de la aquí impugnada, y en un supuesto idéntico en cuanto a las características de la factura, ha señalado que el aplicador del Derecho ha de ponerse «en guardia frente a la tentación de continuar teniendo por punible una conducta que ha sido despenalizada, mediante el expediente de incardinaria en un tipo penal análogo que subsiste tras el cambio normativo». Y añade esta misma resolución que «la simple mentira, por el mero hecho de que se escriba o documente, no se convierte en delito de falsedad o de otra especie ... La pretensión de que continúa siendo típica la falsedad, cometida por un particular, que afecta exclusivamente a los hechos que se narran en el documento, mediante la subsunción sustitutoria de la acción en el tipo que consiste en simular en todo o en parte un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, supone volver a penalizar una falsedad ideológica convirtiéndola a tal efecto en falsedad material .... Este desplazamiento del hecho desde el tipo en que era claramente subsumible y donde ya no lo puede ser por la soberana decisión del legislativo a otro al que se atribuye así, en cierto modo, la función de una «cláusula de cierre», presenta riesgos innegables desde la perspectiva del principio de legalidad y de la obligada interdicción de toda extensión analógica de una norma penal». Y en cuanto a la doctrina científica, ya se ha reflejado la opinión de un autor, entre la de otros muchos que se pronuncian en el mismo sentido, según la cual la simulación documental constituye una subespecie de la falsedad material, pero no de la ideológica.

En último término el escrito del Sr. Navarro Gómez plantea como alegación alternativa y subsidiaria que la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, que —de conformidad con el Voto particular del Excmo. Sr. don Rafael de Mendizábal Allende a la STC 204/1994, de 11 de julio— forma parte del contenido del art. 25 CE, en relación con el art. 9.3 de la misma Norma Fundamental, así como —a través de la vía del art. 10.2 CE— en relación con el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. La representación procesal de doña Aida Álvarez Álvarez y de don Miguel Guillermo Molledo Martín efectuó las alegaciones dentro del trámite del art. 52.1 LOTC, mediante un escrito registrado el 28 de mayo de 1998 en el Juzgado de guardia de Madrid, en el que solicitaba que este Tribunal concediera el amparo respecto a los motivos de la demanda admitidos en su día.

13. El mismo día 28 de mayo de 1998 quedó registrado en el Juzgado de guardia de Madrid el escrito de alegaciones del recurrente de amparo, correspondiente al referido trámite del art. 52.1 LOTC. En él se insiste en las ya efectuadas tanto en la demanda, como en su anterior escrito presentado con motivo de la apertura del trámite contemplado en el art. 50.3 LOTC. Sin embargo, añade que la tesis de que resultó vulnerado el prin-

cipio de legalidad penal se ha visto avalada por diversas Sentencias de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así la STS de 26 de febrero de 1998, que resolvió el recurso de don Mario Conde Conde por el caso «Argentina Trust», y que parte de unos hechos idénticos a los que han dado lugar a la condena del Sr. Oliveró Capellades, señala lo siguiente: «Como es sabido, el art. 392 del CP de 1995 ha extraído de la relación de faldades documentales punibles que pueden ser cometidas por los particulares las que consisten en faltar a la verdad en la narración de los hechos, esto es, las que son llamadas por la doctrina y la jurisprudencia faldades ideológicas, limitando la posibilidad de dicha comisión a las modalidades previstas en los tres primeros números del art. 390.1. Con esta reforma el legislador ha subrayado, de una parte, la diferencia que, en el ámbito del derecho penal, existe entre el deber de veracidad documental que incumbe al funcionario público en el ejercicio de su cargo y el que es exigible al particular, y ha recogido, de otra, lo que podía considerarse ya doctrina consolidada de esta Sala. Sobre esto último no es ocioso recordar que la jurisprudencia ha tenido siempre por indiscutible que la simple mentira, por el mero hecho de que se escriba o documente, no se convierte en delito de falsedad; puede dar lugar a un delito de estafa o de otra especie, pero no forzosamente a un delito de falsedad en documento público o privado. Para distinguir la mera mendacidad escrita de la faldad documental punible, la jurisprudencia ha exigido que en el delito de falsedad el elemento no veraz incorporado al documento sea «esencial» y, este requisito de la esencialidad ha sido conectado con la incidencia de la faldad en el tráfico jurídico, esto es, con la posibilidad de que la faldad lesione o ponga en peligro «bienes jurídicamente protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública» —Sentencia de esta Sala de 21-11-95, en que se citan las de 8-4-68, 21-5-74, 28-6-88, 17-12-90, 12-12-91 y 21-1-94— .... En última instancia, lo que se protege con la punición de las faldades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja. ... Como en la vida jurídica sólo puede incidir con plenitud de efectos lo que queda probado frente a terceros o «erga omnes», se deduce fácilmente de los mencionados preceptos [sc., arts. 1218, 1225 y 1227 del Código Civil] que la falta de veracidad en que puedan incurrir los particulares cuando declaran ante el funcionario que autoriza un documento público u oficial o cuando redactan un documento privado —y un documento mercantil no autorizado por funcionario público es privado aunque tenga la protección penal del documento público— no puede normalmente dar lugar a una faldad penalmente típica. Todo ello quiere decir que la despenalización de la faldad ideológica cometida por particulares, como ponen de manifiesto, entre otras, las SS de 18-3-91, 24-7-92 y 5-5-95, todas anteriores a la reforma, tiene de innovación bastante menos de lo que parece».

Esta misma resolución advierte que el aplicador del Derecho, «debe ponerse en guardia frente a la tentación de continuar teniendo por punible una conducta que ha sido despenalizada, mediante el expediente de incardinaria en un tipo penal análogo que subsiste tras el cambio normativo. Esta tentación puede venir propiciada, en las faldades, por la técnica tradicionalmente seguida por el legislador, que ha determinado frecuen-

temente en el intérprete una cierta confusión entre determinadas conductas falsarias —como si alguna de ellas fuesen intercambiables— y la difuminación, a veces, de la diferencia que existe entre la falsedad material que afecta al documento mismo y la falsedad ideológica que afecta a su contenido. Es posible que un cambio normativo como el que ha supuesto la despenalización de la falsedad ideológica, cuando es cometida por particulares, obligue a un mayor rigor interpretativo y a profundizar en la naturaleza de una y otra clase de falsedad. Aunque no es esta la ocasión de abordar el problema en toda su complejidad, sí hemos de decir que la pretensión de que continúa siendo típica la falsedad, cometida por particular, que afecta exclusivamente a los hechos que se narran en el documento, mediante la subsunción sustitutoria de la acción en el tipo que consiste en simular en todo o en parte un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, supone volver a penalizar una falsedad ideológica convirtiéndola a tal efecto en falsedad material. Porque falsedad ideológica es, en la generalidad de los casos, faltar a la verdad en la narración de los hechos y falsedad material, por el contrario, es simular en todo o en parte un documento. Este desplazamiento del hecho desde el tipo en que era claramente subsumible —y donde ya no lo puede ser por la soberana decisión del legislativo— a otro al que se atribuye así, en cierto modo, la función de una cláusula de cierre, presenta riesgos innegables desde las perspectivas del principio de legalidad y de la obligada interdicción de toda extensión analógica de una norma penal».

Además esta Sentencia de 26 de febrero de 1998, relativa al caso «Argentia Trust», fue dictada por cinco Magistrados, en tanto que la Sentencia que condenó al Sr. Oliveró Capellades sólo fue dictada por tres miembros de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por otra parte, no cabe duda de que los supuestos de hecho de ambas resoluciones —la del caso «Filesa» y la del caso «Argentia Trust»— son idénticos, porque el Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Puerta Luis a la Sentencia del caso «Argentia Trust» reconoce que ambos son «supuestos similares».

Pero la resolución del caso «Argentia Trust» no es una resolución aislada. No es que la Sala Segunda siguiera una doctrina jurisprudencial favorable a la punibilidad de los hechos que luego modifica, sino que antes (STS 1156/1997, de 29 de septiembre), durante (STS 1150/1997, de 27 de octubre, es decir, un día antes de la resolución contra la que se recurre) y después (STS 224/1998, de 11 de febrero) dictó resoluciones en un sentido totalmente opuesto a la del caso Filesa, esto es, en el sentido de considerar que la falsedad ideológica no es punible en el nuevo Código Penal en el caso de documentos mercantiles.

La doctrina científica apunta en la misma dirección. Así, el Profesor don Luis Rodríguez Ramos entiende que el nuevo Código Penal de 1995 ha descriminalizado ciertas conductas falsarias protagonizadas por particulares, lo que según su criterio ha sido confirmado en la reciente Sentencia que resolvió el recurso de casación en el caso «Argentia Trust», «neutralizando la sentencia de la misma Sala, pero dictada en instancia por aforamiento y no en casación en el caso «Filesa»».

Por todo ello, concluye la representación del recurrente, es innegable que el Sr. Oliveró Capellades fue condenado por unos hechos que eran impunes, y que por lo tanto se vulneró su derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE).

14. Mediante escrito registrado en el Juzgado de guardia de Madrid el día 28 de mayo de 1998 y recibido en este Tribunal al día siguiente, la representación de don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada y don Christian Jiménez González, presentó sus alegaciones correspondientes al trámite del art. 52.1 LOTC, en las que solicitaba que se dictara Sentencia desestimando el presente recurso de amparo.

El hecho de que las acusaciones modificaran en sus conclusiones definitivas la calificación jurídica no supone vulneración alguna del principio de legalidad ni de ningún otro derecho, ya que el art. 793.7 LECrim faculta para ello, sin que tal actuación supusiera ninguna sorpresa para las defensas, las cuales no solicitaron el aplazamiento previsto en el mismo precepto.

Por otro lado, lo que se impugna es la calificación de los hechos de conformidad con las modalidades falsarias previstas en el art. 302 del Código Penal de 1973. Pues bien, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la subsunción de los hechos compete en exclusiva a los Tribunales penales (SSTC 51/1989, de 22 de febrero; 135/1989, de 19 de julio; 154/1990, de 15 de octubre; 34/1996, de 11 de marzo). La STC 137/1997 reconoce que el principio de legalidad puede ser vulnerado por una aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, pero aun así limita el control a los supuestos en que las resoluciones judiciales impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente.

La subsunción realizada por el Tribunal sentenciador no supone ninguna extensión del contenido del tipo, ya que la misma no sólo ha sido razonada extensamente en los fundamentos de Derecho de la resolución que se recurre, sino que además había sido configurada por la jurisprudencia anterior, máxime cuando las facturas son en su integridad falsas. Tal extremo no supone ni un apartamiento del contenido del tipo ni una interpretación irracional o extravagante, sino lógica, coherente y en conexión con las líneas jurisprudenciales anteriores.

15. Tras la renuncia del Procurador don Javier Lorente Zurdo a seguir representando a don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada, la Sala Segunda de este Tribunal, mediante providencia de 25 de enero de 1999, acordó conceder a dicha parte un plazo de diez días para que compareciera con Procurador de Madrid, provisto de poder al efecto. Mediante escrito registrado el 15 de febrero de 1999, el Procurador don Jesús Jenaro Tejada acreditó ostentar la representación de don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada y solicitó que se entendieran con él las sucesivas diligencias.

16. La representación del recurrente presentó un escrito el 14 de noviembre de 2000, en el que aunque reconocía que las quejas referentes a la posible vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad por la imposibilidad de recurrir contra la Sentencia condonatoria habían sido inadmitidas a trámite, ello no debía impedir que el Tribunal Constitucional hiciera suyos los argumentos del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000, en el sentido de que el actual sistema de casación español vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal dictamen resuelve una cuestión que en su vertiente procesal no es idéntica a la que ahora nos ocupa, pero al menos debería tener una incidencia jurídica en el ámbito constitucional.

El referido Dictamen obliga al Poder legislativo español a una reforma del sistema de casación español para dar efectividad al derecho a una segunda instancia, que permita la revisión plena del proceso. Pues bien, ese

mismo razonamiento puede ser trasladado al caso del recurrente de amparo, quien ni tan siquiera ha tenido posibilidad de un recurso de casación. Bastaría a estos efectos con designar una Sección dentro de la propia Sala Segunda y diferente de la enjuiciadora, para que tal derecho pudiera quedar perfectamente preservado.

Mediante otrosí solicitó asimismo que se resolviera el recurso con la mayor celeridad posible, habida cuenta de que habían transcurrido tres años desde la interposición de la demanda y el recurrente se encontraba cumpliendo la condena de privación de libertad, por lo que si la resolución se demoraba mucho, podría ocurrir que si tuviera sentido estimatorio carecería ya de efectividad material.

17. Por providencia de 22 de noviembre de 2000, la Sala Segunda de este Tribunal acordó unir el anterior escrito a las actuaciones y dar traslado del mismo a las partes personadas.

18. Mediante providencia de 31 de mayo de 2001, se señaló el día 4 de junio siguiente para deliberación y votación de la presente Sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente fue condenado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como responsable de dos delitos de falsedad en documento mercantil, uno de asociación ilícita y un tercero contra la Hacienda pública. Contra la Sentencia condenatoria formuló un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración de diversos derechos fundamentales. Pero este Tribunal, mediante el ATC 30/1998, de 28 de enero, admitió a trámite sólo una de las quejas suscitadas, la que aduce la infracción del principio de legalidad penal como consecuencia de la condena impuesta por los dos delitos de falsedad. Todas las demás quejas fueron inadmitidas bien por providencia de 22 de diciembre de 1997, bien por el referido Auto. En lo que sigue nos ocuparemos únicamente de esa supuesta vulneración del art. 25.1 CE. A lo que cabe agregar, en relación con el escrito de 14 de noviembre de 2000, que este Tribunal tiene reiteradamente declarado que el objeto de los procesos constitucionales de amparo queda fijado en las demandas, por lo que no puede ser ampliado con posterioridad. En el presente caso así se hizo tanto por la providencia de 22 de diciembre de 1997 como por el citado Auto de 28 de enero, de suerte que a este objeto debemos ceñir nuestro enjuiciamiento.

2. Como queda dicho, el recurrente sostiene que la condena por dos delitos continuados de falsedad en documento mercantil ha infringido el principio de legalidad penal. Según su criterio, en un primer momento fue acusado de falsedad ideológica, y aunque era muy discutible que se cumplieran los requisitos de esta modalidad delictiva, lo cierto es que posteriormente las mismas acusaciones y la propia Sentencia impugnada modificaron la calificación, condenándole por la modalidad delictiva de la simulación de documento, que seguía siendo punible. De suerte que, en vez de absolverle sobre la base del art. 2.2 del nuevo Código Penal de 1995, que admite la retroactividad favorable al reo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo impuso su condena con fundamento en la figura de la simulación documental, que mantenía su naturaleza delictiva en el nuevo texto legal. El recurrente invoca a estos efectos la STC 156/1996, de 14 de octubre, y considera que también en el presente caso se trata de un desconocimiento puro y simple del principio de legalidad, es decir, de una vulneración del derecho del actor a no ser condenado por

acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito según la legislación vigente en aquel momento.

Junto a lo anterior, la demanda de amparo pone de relieve que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la resolución impugnada como la doctrina científica coincidían en entender que la falsedad ideológica cometida por particular no era punible durante la vigencia del Código Penal de 1973, ya que tales conductas no afectaban a las funciones básicas del documento de perpetuación, probatoria y de garantía, ni en este caso se daba la mendacidad de un elemento esencial del documento, toda vez que no se consideraba como esencial la veracidad de lo declarado en el mismo. Con esta segunda alegación, el recurrente estaba aludiendo a una posible interpretación y aplicación extensiva de la norma.

3. Respecto a la anterior argumentación, conviene advertir que el recurrente no llega a afirmar expresamente que el cambio de calificación propuesto por las acusaciones en el proceso infrinja el principio de legalidad penal. Pero alega que con tal cambio se pone de relieve que la Sentencia ha ignorado el efecto despenalizador querido por el legislador en el nuevo Código, por lo que esta resolución judicial ha infringido así el principio de legalidad penal.

Pues bien, frente a esta alegación es suficiente señalar que la condena se ha fundamentado en el art. 302.9 del Código Penal, en la versión del texto refundido de 1973, con lo que es obvio que la ley aplicada era preexistente a los hechos, ejecutados a partir de 1988, y por tanto no se ha producido una aplicación retroactiva de la misma en perjuicio del recurrente. Queda pues por examinar la cuestión de si se ha producido o no una aplicación extensiva del precepto penal.

4. La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1; 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre).

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, cabe hablar de aplicación analógica o extensiva

*in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11).

A ello hay que añadir que «aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma» lo primero que debe advertirse es que resulta «ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última de los tipos sancionadores» (SSTC 137/1997, FJ 7, y 151/1997, FJ 4).

5. El primer paso a dar en el empleo de ese canon de constitucionalidad es el de tener en cuenta la motivación de la Sentencia impugnada (STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 2) por lo que se refiere a la condena por los dos delitos continuados de falsedad. La Sentencia impugnada se ocupa de esta calificación en los fundamentos 24 y siguientes. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se refiere a la determinación del tipo aplicable, a la identificación de los autores o partícipes de este delito y a la unidad o pluralidad de infracciones. Resumidamente sostiene lo siguiente en cada uno de tales apartados:

Para determinar el tipo aplicable, la resolución parte de los requisitos subjetivos (dolo falso o voluntad de alterar conscientemente la verdad) y objetivos (inveracidad que recaiga sobre elementos esenciales) del delito de falsedad (fundamento 24). A continuación argumenta que las facturas del presente caso tienen carácter de documento mercantil, sobre la amplia base del art. 2.2 del Código de Comercio —que permite la analogía— y teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre este concepto, conforme a la cual no es mercantil cualquier documento que se emplee en el tráfico comercial, sino sólo aquél que incorpora una especial fuerza probatoria. Es mercantil la factura cuando se refiere a la fase de ejecución o consumación de contratos u operaciones mercantiles —SSTS de 13 de marzo de 1991, de 16 de mayo de 1991, y de 16 de septiembre de 1991— (fundamentos 24 y 25).

Tras reconocerse explícitamente que la falsedad ideológica cometida por particular está despenalizada en el Código penal de 1995, se constata la identidad entre el subtipo de simulación de documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad del art. 302.9 del Código Penal de 1973 y el subtipo de simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad del art. 390.1.2 del Código Penal de 1995 (fundamento 26).

Lo fundamental es la distinción que realiza la Sentencia recurrida entre falsedad ideológica —impune cuando la comete un particular en el nuevo Código— y simulación total de documento —siempre punible— (fundamento 26), al afirmar que «en todo caso habría que distinguir, de un lado, entre una factura cierta, alguna de cuyas partidas no se ajustan a la realidad, en razón del servicio, de la entrega facturada o de su importe,

lo que cabría discutir si suponía la simulación o simplemente faltar a la verdad en la narración de los hechos contenidos en la factura, como falsedad ideológica, criterio éste último harto controvertido, y de otro, la factura que es incierta en su totalidad, esto es que se emite sin que ninguno de sus conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada, pues en este caso claramente se está proclamando la simulación documental, y se está proclamando la existencia de un soporte material falso, no meramente intelectual». Agregando que «Cuando el documento en su totalidad constituye una falacia», se trata de una simulación total que es punible tanto bajo la vigencia del Código Penal de 1973, como bajo la vigencia del Código Penal de 1995. En este sentido se citan las SSTS de 21 de marzo de 1989, 14 de abril de 1992, 18 de septiembre de 1993, 26 de noviembre de 1993, y de 13 de junio de 1997.

En consecuencia, el tipo en el que se incardinan los hechos, según la Sentencia, es el del art. 303 en relación con el art. 302.9 del Código Penal de 1973, figura delicativa ésta que no desaparece en el Código Penal de 1995.

En segundo lugar, la Sentencia impugnada se ocupa de atribuir a cada uno de los que intervinieron en estos hechos la calificación de autor o partícipe, con sus diferentes modalidades. Por ello, en el fundamento 27 se dedica a definir las distintas figuras de codelincuencia, insistiéndose sobre todo en la inducción y en la coautoría. Aplicada tal doctrina a la conducta del Sr. Oliveró Capellades, se considera que éste es autor material (fundamentos 28 y 29) e inductor o colaborador necesario (fundamento 32).

Por último, en cuanto a la cuestión de si existe unidad o pluralidad de delitos, la Sentencia en cuestión indica que el Sr. Oliveró Capellades es responsable como autor directo de un delito continuado que abarca veintinueve facturas emitidas por Filesa y Time Export, S.A., durante 1989, 1990 y 1991; y como inductor o colaborador necesario de otro delito continuado que comprende seis facturas emitidas por Distribuidora Express 2020 y Tecnología Informática 1010 durante el año 1989 (fundamento 32).

6. El núcleo básico de la impugnación efectuada se centra en la ilegitimidad constitucional, desde las exigencias dimanantes del art. 25.1 CE, de calificar la conducta de los recurrentes como simulación de documentos de modo que induzca a error sobre su autenticidad (art. 302.9 del Código Penal de 1973).

Antes de aplicar a la subsunción efectuada en el presente caso el canon constitucional de certeza y previsibilidad descrito en el fundamento jurídico 4, ha de advertirse que, como dijimos en la STC 160/1997 (FJ 4), resulta de lo limitado de nuestro control que «este Tribunal, en algunos casos, pueda llegar a entender que interpretaciones de la legalidad ordinaria distintas de las que en el caso sometido a su consideración se hicieron acaso hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los preceptos constitucionales y, muy en particular a los relativos a los derechos fundamentales, lo que puede llevarle a sentirse distanciado respecto de la solución alcanzada». Así, ciertamente, podría discutirse si la interpretación y aplicación del art. 302.9 efectuada por la Sala Segunda en el presente caso es la que mejor responde a las exigencias de seguridad jurídica, la más apegada al tenor literal del precepto o la llevada a cabo con pautas metodológicas y valorativas más acordes con las exigencias de la comunidad científica, cuestión en la que este Tribunal no puede entrar, pues como observábamos en la Sentencia antes citada «una cosa es la garantía de los derechos fundamentales tal como le está encomendada, y otra, necesariamente muy distinta la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supues-

tos de interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental».

Esto sentado, el primer reproche que se articula contra la subsunción efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo es que reputa inauténtico lo que es falso. El precepto aplicado entiende por simular un documento, a juicio de los recurrentes, confeccionarlo de modo que induzca a error sobre su autenticidad mientras que para el Tribunal Supremo basta con emitir un documento totalmente falso. Los recurrentes entienden por inauténtico el documento no genuino, esto es, el que carece del origen que dice tener; por el contrario, para el Tribunal lo que denomina falsedad total determina también la inautenticidad.

Pues bien: cabe discutir si el sentido más propio de la autenticidad hace referencia al carácter genuino del documento y no a la veracidad o inveracidad de su contenido; pero debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la Sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. Y, si ello es así, no puede afirmarse que la interpretación efectuada por la Sala Segunda resulte, desde la perspectiva del seguimiento del tenor literal del precepto, imprevisible.

No obstante esa conclusión el segundo reproche que se hace a dicha interpretación, a la que se tacha de contradictoria por cuanto admite que la factura responde a un pago cierto afirmando, a la vez, que incurre en una simulación total o que constituye en su totalidad una falacia, pues el hecho de que, en efecto, haya habido un pago no se contradice con el que, en la forma de documentarlo, nada responda a la verdad.

El tercer reproche que se articula frente a la aplicación del art. 302.9 del Código Penal de 1973 es el de que, aunque se hable de «simulación total», se está siempre ante un «faltar a la verdad en la narración de los hechos», esto es, ante el castigo de la infracción de un genérico deber de veracidad de los particulares en sus relaciones mercantiles que es, justamente, lo que el legislador de 1995 quiso despenalizar. A tal argumentación cabe oponer, en primer lugar que esta alegación del recurrente no censura el apartamiento del tenor literal del precepto, extremo que acabamos de descartar y, en segundo lugar que no se justifica por el recurrente que el castigo del deber de veracidad en los casos de simulación total a que lo contrae la Sentencia sea metodológicamente extravagante o de algún modo contrario a la Constitución.

Por todo lo cual procede desestimar la aducida vulneración del art. 25.1 CE al aplicar al caso el art. 302.9 del Código Penal de 1973.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de junio de dos mil uno.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

**12760** *Sala Segunda. Sentencia 127/2001, de 4 de junio de 2001. Recurso de amparo 4859/97. Promovido por doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Guillermo Molledo Martín frente a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que les condenó por un delito de falsedad en documento mercantil, en la causa seguida en relación con Filesa y otras entidades.*

*Supuesta vulneración del derecho a la legalidad penal: condena por delito fundada en la ley.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4859/97, promovido por doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Guillermo Molledo Martín, representados por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y asistidos por los Abogados don Julián Pérez-Templado y Templado y don José Raúl Dolz Ruiz, contra las siguientes resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, todas ellas dictadas en la causa especial núm. 880/91, seguida por los delitos de falsedad en documento mercantil, asociación ilícita, delito fiscal, apropiación indebida y otros: Auto de 20 de diciembre de 1996, por el que se decretó la apertura del juicio oral; Auto de 19 de julio de 1997, por el que se resolvieron las cuestiones previas; y Sentencia 1/1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictada el 28 de octubre de 1997, por la que se condenó a los ahora recurrentes como autores de un delito continuado de falsedad en documento mercantil. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han sido partes el Abogado del Estado; don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada y don Christian Jiménez González, representados ambos por el Procurador don Javier Lorente Zurdo y, posteriormente, el primero de los citados por el Procurador don Jesús Jenaro Tejada, y asistidos por el Abogado don Marcos García Montes; y don Carlos Navarro Gómez, representado por el Procurador don Roberto Granoz Palomeque y asistido por el Abogado don Horacio Oliva García. Ha sido Ponente don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia el día 21 de noviembre de 1997, registrado en este Tribunal el siguiente 24 de noviembre, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén interpuso, en nombre y representación de doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Guillermo Molledo Martín, el recurso de amparo del que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) En la Sala Segunda del Tribunal Supremo se siguió la causa especial núm. 880/91 contra los hoy recurrentes y otros. La causa se tramitó ante la Sala Segunda por la condición de aforados de dos de los imputados (los Sres. Navarro Gómez y Sala i Griso).