

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 obsta a 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 Granizo 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 encauzamiento.

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).

b) Con fecha 22 de diciembre de 1995 se dictó Auto acordando la apertura del juicio oral respecto de determinados acusados y sobreseimiento libre respecto de doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Guillermo Molledo Martín. Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación el Ministerio Fiscal y la representación de don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada y de don Christian Jiménez González, que fueron impugnados por los ahora recurrentes de amparo. Por Auto de 22 de diciembre de 1996 se acordó estimar los recursos formulados por el Fiscal y la acusación popular, decretando asimismo la apertura del juicio oral.

c) Al inicio de las sesiones del juicio oral, la representación de los ahora demandantes de amparo formuló cuestiones previas de conformidad con el trámite previsto en el art. 793.2 LECrim. Por Auto de 19 de julio de 1997 se resolvieron las cuestiones previas planteadas. Solicitada la aclaración de dicho Auto respecto a don Miguel Guillermo Molledo Martín, por Auto de 1 de septiembre de 1997 se decidió no haber lugar a la aclaración solicitada.

d) Finalizado el juicio oral, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 28 de octubre de 1997, en la que absolvió a los hoy recurrentes del delito contable del que venían acusados y les condenó, entre otros, por un delito continuado de falsedad en documento mercantil a las penas de dos años, dos meses y un día de prisión menor y multa de 100.000 pesetas para cada uno de ellos, esta última con arresto sustitutorio de treinta días si no hicieren efectiva la multa en el término de veinte días. La pena privativa de libertad llevó como accesoria la suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la respectiva condena. Se les condenó asimismo a cada uno de ellos al pago de una de las veinticincoavas partes de las costas causadas.

3. En la demanda se invocan como infringidos los derechos a tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y 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, formulada sólo en relación con el recurrente Sr. Molledo Martín, aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, como consecuencia del error patente en el que ha incurrido el Tribunal para rechazar la prescripción del delito de falsedad documental respecto del recurrente y por la falta de motivación de la Sentencia sobre dicho extremo.

En el Auto de 20 de diciembre de 1996, que decide la apertura del juicio oral, y en el de 19 de julio de 1997, que resuelve las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar del juicio oral, así como en la Sentencia definitiva de 28 de octubre de 1997, el Tribunal Supremo incurre en un error patente al suponer la presencia del recurrente don Miguel Molledo Martín en el acto de entrada y registro llevado a cabo por la Comisión Judicial el día 24 de septiembre de 1992 en la sede de las empresas Tecnología Informática 1010 y Distribuidora Express 2020. Tal error es determinante para la condena del recurrente, pues lleva a la Sala a considerar que no ha prescrito el delito de falsedad documental. En concreto el Tribunal Supremo ha considerado, como criterio general, que las diligencias de entrada y registro que se entendieron genéricamente con las empresas y no directamente con los imputados no interrumpían el plazo de prescripción. Este es justamente el caso del recurrente don Miguel Molledo Martín, que no estuvo presente en las diligencias de entrada y registro de sus empresas.

b) La segunda queja, planteada respecto a los dos recurrentes, se concreta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal Supremo en un patente error en relación con la prescripción del delito de falsedad documental.

El Tribunal Supremo condena a los recurrentes como autores de un delito de falsedad documental por la emisión en el año 1989 de seis facturas que califica de falsas: tres giradas por Distribuidora Express 2020 a Filesa y otras tres giradas por Tecnología Informática 1010 a Filesa. Así se afirma expresamente en la declaración de hechos probados de la Sentencia (hecho probado 7, subepígrafe 3).

Teniendo en cuenta que la última de las facturas fue emitida el día 21 de agosto de 1989, es claro que el día 24 de septiembre de 1992, fecha en que se practicó el registro judicial en la sede de las empresas Tecnología Informática 1010 y Distribuidora Express 2020 —acto que interrumpe la prescripción según el Tribunal Supremo— el delito de falsedad documental ya había prescrito por haber transcurrido más de tres años. Pues bien, la no apreciación de la prescripción del delito de falsedad para los recurrentes es consecuencia del error patente en el que incurre el Tribunal Supremo al realizar el cómputo del plazo de prescripción y vulnera el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE.

c) La tercera queja, que también afecta a los dos recurrentes, aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE, como consecuencia del criterio seguido por el Tribunal Supremo para rechazar la prescripción del delito de falsedad documental respecto de los recurrentes.

El Tribunal Supremo declaró prescritos los delitos de falsedad en documento mercantil para todos los acusados —excepto para los querellados al entender que la querella interrumpió la prescripción— al considerar que las diligencias de entrada y registro en sus empresas no interrumpían la prescripción, porque dichas diligencias se entendieron genéricamente con las empresas y no con ellos personalmente (Auto de 20 de diciembre de 1996).

Para los recurrentes el Tribunal Supremo ha seguido un criterio diferente respecto a ellos, al considerar que las diligencias de entrada y registro en las empresas Tecnología Informática 1010 y Distribuidora Express 2020, realizadas en el mes de septiembre de 1992, «fueron entendidas directamente con Aida Álvarez Álvarez y Miguel Molledo Martín». Del acta del registro practicado en la sede de Distribuidora Express 2020 y Tecnología Informática 1010 el día 24 de septiembre de 1992, acta que consta en los folios 1692 al 1070 de las actuaciones, se deduce que doña Aida Álvarez fue requerida por la Comisión Judicial como representante legal de las sociedades y no a título personal. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha dado un tratamiento distinto a los recurrentes respecto de los demás acusados que se encontraban en la misma situación, lo que infringe el principio de igualdad del art. 14 CE.

d) En la cuarta queja, también aplicable a los dos recurrentes, se alega la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías, a la información de la imputación, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable del art. 24.2 CE, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.3 CE, como consecuencia de la forma en que se practicó la entrada y registro en las empresas de los recurrentes.

El Tribunal Supremo ha considerado como «acto inculpatario» o como acto por el que «el procedimiento se dirige contra el culpable» (art. 132 del Código Penal) las diligencias de entrada y registro realizadas por la

Comisión Judicial en las empresas de los recurrentes. Sin embargo, según la demanda, estos actos no pueden ser calificados como inculpatorios porque se practicaron sin las mínimas garantías de información y defensa de los acusados. En los Autos en los que el Magistrado Instructor autorizó la entrada y registro, aparte de una ausencia palmaria de motivación por no expresarse los indicios graves como exige el art. 573 LECrim, nada se dice acerca de la necesaria ilustración al imputado de sus derechos de defensa (nombramiento de Abogado, derecho a no declarar, etc.). Tampoco existió información alguna de los derechos de defensa que son requeridos al tiempo de practicarse las diligencias por la Comisión Judicial.

En conclusión, las diligencias de registro no pueden considerarse inculpatorias, puesto que no contienen las más mínimas garantías de defensa e ilustración de los pretendidos imputados y deben considerarse como nulas de pleno derecho (art. 238.3 LOPJ) y calificarse de «pruebas prohibidas» que no pueden surtir efecto alguno en el proceso (art. 11 LOPJ).

e) Los dos recurrentes aducen como quinta queja la infracción del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, derivada de la condena de ambos por el delito de falsedad documental. La doctrina del Tribunal Constitucional exige la aplicación rigurosa de las normas penales, al objeto de evitar que éstas se extiendan a supuestos no explícitamente contemplados en ellas (SSTC 75/1984, 182/1990). Cuando se alega la infracción del principio de legalidad penal por una aplicación defectuosa de la ley penal, el Tribunal Constitucional ha de analizar la interpretación y aplicación que el Juez ha hecho de la norma penal (STC 89/1983). Más expresivamente se pronuncia sobre estas cuestiones el Voto particular del Excmo. Sr. Mendizábal Allende a la STC 203/1994, de 11 de julio.

Los recurrentes fueron acusados del delito de falsedad en documento mercantil, 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. En virtud de este planteamiento, el Auto dictado el 22 de diciembre de 1995 por el Magistrado Instructor Sr. Bacigalupo Zapater denegó la apertura del juicio oral respecto de los ahora recurrentes de amparo, entre otros.

El Código Penal de 1995 ha despenalizado estas conductas cuando las realiza un particular, como ocurre en el presente caso. En el recurso contra el Auto que se acaba de citar, el Ministerio Fiscal mantuvo la acusación por el delito de falsedad en documento mercantil, pero cambió la calificación penal de los hechos, entendiéndolo que aquellos supuestos que había calificado antes como falsedades ideológicas eran ahora conjuntamente tanto una modalidad consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos como una simulación de documento susceptible de inducir a error sobre su autenticidad (art. 302.4 y 9 del Código Penal de 1973). En el acto del juicio oral, el Fiscal invocó por primera vez las modalidades falsarias del art. 390.1.1 y 2 del Código Penal de 1995. Por lo tanto, dejó de invocar la modalidad de «faltar a la verdad en la narración de los hechos», modalidad esta que viene excluida expresamente para particulares en el art. 392 del nuevo Código Penal.

Según el recurrente, es obvio que este cambio en la calificación está motivado por la indicada despenalización, resultando paradójico que se haga sin la más mínima modificación de los hechos objeto de imputación. Lo que antes se entendía plenamente subsumible en un supuesto legal, ahora se pretende subsumible,

sin más, en otros, cuando el anterior ha sido despenalizado. Lo que ha sucedido es que se han extendido indebida y analógicamente las otras modalidades de falsedad documental para así dar cabida a lo imputado, evitando de esa manera la despenalización, incurriéndose en una clara inseguridad jurídica y en una infracción del principio de legalidad. Además la Sentencia aplica un precepto —el art. 302.9 del Código Penal de 1973— que nadie había invocado. Todo lo más podría entenderse que esa calificación estaba incluida en la invocación por el Fiscal del art. 390.1.2 del Código Penal de 1995, pero lo cierto es que ni siquiera esta acusación pública había mencionado expresamente aquel art. 302.9 del Código ya derogado.

La demanda de amparo considera que se ha producido una aplicación extensiva *in malam partem* de la ley penal, porque en verdad las facturas eran auténticas, con lo que no se cumplen todos los elementos del tipo penal. Para desarrollar esta argumentación se examina en primer lugar la jurisprudencia y la doctrina científica sobre el tema, después la argumentación de la Sentencia impugnada al respecto, y por último los elementos típicos de la figura delictiva aplicada.

En primer término, la jurisprudencia ha sentado el principio de que no existe un deber genérico de veracidad exigible a los particulares bajo la amenaza de sanción penal, sino sólo en supuestos específicos. Así se pronuncia la STS de 9 de julio de 1997 en un caso de celebración de un matrimonio de conveniencia como medio para obtener la nacionalidad española, reconociendo que lo declarado por particulares no es punible porque se hace ante funcionario público. Por la misma razón, si un particular realizara las declaraciones integrantes de una factura ante un Notario, no sería constitutivo de delito, a pesar de resultar un documento que tendría más relevancia en el tráfico jurídico que la mera factura; ello no tiene ninguna lógica y no responde a la sistemática propia de las normas penales en cuestión. También considera que no es exigible un deber genérico de veracidad a los particulares la STS de 30 de septiembre de 1997.

Esta jurisprudencia diferencia por tanto entre el deber de veracidad y el deber de autenticidad. El primero consiste en la obligación de que sea veraz lo declarado en el documento y no es exigible a los particulares; esta inexigibilidad es el motivo de la despenalización en el Código Penal de 1995 de la falsedad ideológica cometida por particular. En tanto que el deber de autenticidad supone la obligación de que exista una correspondencia entre quien aparece como firmante de un documento y quien ha realizado la declaración que se contiene en dicho documento; este deber sí es exigible al particular y fundamenta el mantenimiento en el nuevo Código de las restantes modalidades falsarias que sí son aplicables a los particulares.

Estos diferentes deberes se relacionan con lo que la jurisprudencia ha denominado «función probatoria» y «función de garantía». El documento emitido por particular no «prueba» la veracidad de lo declarado por el mismo, sino sólo que ha hecho la declaración que figura en el mismo (art. 1255 [sic] del Código Civil), «garantizándose» pues únicamente la identificación del responsable de la declaración documentada y la integridad de su contenido, en el sentido de que proviene «auténticamente» del mismo.

En sentido similar se pronuncia la doctrina científica. Bacigalupo Zapater distingue en un artículo entre la función probatoria («una declaración unilateral sólo prueba, contra quien la ha suscrito, que éste ha hecho la declaración que allí consta, pero no su realidad») y la función de garantía («esta función es la que permite atribuir la

declaración documentada a quien aparece en el documento como responsable de ella»). Cobo del Rosal, con anterioridad a la reforma, era favorable a que siempre fueran delictivas las falsedades que afectaran a la genuidad o legitimidad, esto es, a la integridad material de documentos y a la identidad entre autor aparente y autor real de los mismos; sin embargo, las conductas que afectaran sólo a la veracidad (entendida como correspondencia con la realidad del contenido del documento) deberían ser o no delictivas, en función de que se exigiera o no un deber jurídico de veracidad.

En segundo lugar, la Sentencia impugnada no distingue entre veracidad y autenticidad, aplicando extensivamente el tipo penal. En el apartado 7, último párrafo, de los hechos probados y en el fundamento de Derecho 31 lo único que se atribuye a las facturas es una falta de veracidad, como algo característico de la falsedad ideológica. En efecto, según el recurrente, la Sentencia no pone en duda que los documentos sean auténticos, en cuanto que provienen del emisor de los mismos: Distribuidora Express 2020 y Tecnología Informática 1010; ni tampoco que los pagos fueran efectivamente realizados, aunque no por el concepto o el pagador señalado. En definitiva, que se factura y se liquida un pago real, aunque sobre la base de una declaración de otros servicios y de otro supuesto pagador.

Pues bien, esos datos ponen de relieve que estamos ante una modalidad falsaria plenamente ideológica. Se trata de un supuesto en el que se falta a la verdad en la narración de los hechos. Sin embargo, la Sentencia considera las facturas como «simulación total» o «falacia total». Ahora bien, esta resolución emplea una argumentación que resulta incoherente e incomprensible, ya que al mismo tiempo que habla de simulación total y falacia total, admite que en las facturas se hacen constar extremos «ciertos», «reales» y hasta menciona el «negocio subyacente» a tales facturas. En definitiva, lo que se pretende es transmutar unas modalidades falsarias no aplicables a particulares en otras diferentes que sí lo son.

En último término, la representación del recurrente entiende que se ha producido una aplicación extensiva de la modalidad de la simulación documental, ya que ésta no sólo exige una conducta de simulación, sino que además tal simulación ha de inducir a error sobre su autenticidad, lo que es exigible tanto con el Código Penal de 1973 como con el Código de 1995.

Este elemento típico de inducir a error sobre la autenticidad de un documento explica que esta modalidad siga siendo aplicable a los particulares, y obliga a interpretar este elemento no de forma mimética o tautológica respecto a la simulación, sino dándole un contenido propio. A su vez, remite a la distinción entre «veracidad» y «autenticidad», ya explicada anteriormente. Auténtico es el documento en el que las manifestaciones contenidas en él pertenecen al sujeto que lo emite.

Las conductas sobre las facturas enjuiciadas en este caso por la Sala Segunda del Tribunal Supremo no cumplen el requisito de inducir a error sobre su autenticidad, ya que la propia Sentencia reconoce que «las facturas ... responden a un pago cierto y a la voluntad real del emisor» (fundamento 26, pág. 65), lo que significa que son auténticas y que, por lo tanto, no han inducido a error sobre su autenticidad.

Además la Sentencia impugnada, al referirse a este elemento típico, ha incurrido en un error patente, ya que en el fundamento 26 sólo lo menciona de pasada, y cita en su apoyo dos Sentencias del propio Tribunal Supremo: la de 13 de junio de 1997 y la de 14 de abril de 1992. Ahora bien, esta última se refiere a un supuesto totalmente distinto, ya que se trataba de un

documento confeccionado sobre la base de dos fragmentos correspondientes a documentos distintos, entre los que se había intercalado una cantidad de dinero, y después se había fotocopiado. En este supuesto se había atentado contra la autenticidad, a diferencia de lo que ocurre en el caso que da pie a este recurso de amparo.

Es obvio que la mera simulación, en todo su sentido ideológico o puramente declarativo, puede constituir por sí un engaño y configurar el delito de estafa, si existe perjuicio y concurren los demás elementos de esta figura defraudatoria, e incluso está recogida como particular forma de tal delito mediante la modalidad de «otorgamiento en perjuicio de otro de contrato simulado» (art. 532.2 del Código Penal de 1973 y art. 251.3 del Código Penal de 1995). La factura no es más que un acto declarativo de la ejecución o cumplimiento de un contrato, con lo que su mera simulación no puede tener otra relevancia que la prevista para los contratos en caso de hacerse en perjuicio de terceros, pero nunca otra, si no es afectando a una función añadida y propia de las falsedades materiales, como es la de «garantía» o atribuibilidad legítima de la declaración.

Por todas estas razones, es evidente que se ha vulnerado el principio de legalidad penal, que como garantía de la libertad de los ciudadanos no tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito.

f) Como sexta queja, la demanda denuncia la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la ley del 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.

Los hoy recurrentes no son ni han sido nunca aforados, por lo que «su» Juez natural, predeterminado por la ley no era la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La razón por la que han sido juzgados, 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 hace referencia a los Sres. Navarro Gómez y Sala i Griso).

Como consecuencia de ello, los recurrentes se han visto privados 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 un proceso con todas las garantías, 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 condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

La doctrina del Tribunal Constitucional ha matizado el alcance de esta garantía específica del proceso penal, al estimar que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (STC 42/1982) y al justificar alguna excepción por razón de fuero especial al imperativo de la doble instancia en materia penal. Pero 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 en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

La demanda concluye solicitando de este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo y se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas con las consecuencias que procedan para la efectividad de los derechos constitucionalmente lesionados. Por otrosí piden, con base 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.

4. Mediante providencia de 22 de diciembre de 1997 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó abrir el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC para que, en un plazo no superior a diez días, los solicitantes 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 la queja quinta, que denuncia la infracción del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en lo que se refiere a la condena por el delito de falsedad en documento mercantil. La Sección acordó asimismo la inadmisión de las demás quejas del presente recurso de amparo por su carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal [art. 50.1 c) LOTC].

5. Por escrito registrado el día 5 de enero de 1998, el Fiscal presentó las alegaciones propias del trámite del art. 50.3 LOTC, en las que solicitaba la inadmisión a trámite de la queja quinta de la demanda de amparo. Mediante escrito registrado el 5 de enero de 1998 en el Juzgado de guardia de Madrid, la representación procesal de los recurrentes presentó su escrito de alegaciones correspondiente al mismo trámite del art. 50.3 LOTC, en el que reiteraba las que ya había puesto de manifiesto en el escrito de demanda. Concluía suplicando a la Sala que admitiera a trámite la queja quinta de la demanda, otorgara la suspensión solicitada, y reconociera la vulneración del derecho constitucional invocado.

6. La Sección Cuarta, mediante providencia de 22 de enero de 1998, acordó la admisión a trámite de la queja que invoca como vulnerado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por la condena de un delito de falsedad continuada en documento mercantil. Como consecuencia de tal admisión parcial, declaró procedente la apertura de la pieza separada para la tramitación y decisión de la medida cautelar de suspensión solicitada por los recurrentes.

Asimismo, la Sección acordó dirigir atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de amparo para posibilitar su comparecencia en este proceso constitucional. Y relegó a un momento procesal posterior la decisión relativa a la petición de actuaciones.

7. La misma Sección Cuarta, por otra providencia de idéntica fecha, acordó formar la pieza separada de suspensión. Tras las alegaciones de los recurrentes, del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, la Sala Segunda de este Tribunal dictó el ATC 33/1998, de 3 de febrero, por el que se acordó suspender la ejecución de la pena privativa de libertad y denegar la suspensión respecto del pago de las costas y de la pena de multa.

8. Tras las correspondientes solicitudes de personación, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, por providencia de 27 de abril de 1998, tener por personados y parte en el procedimiento 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 González; 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 del Tribunal Constitucional la remisión de parte de las actuaciones.

9. En el trámite del art. 52.1 LOTC, la representación de los recurrentes presentó su escrito de alegaciones el 20 de mayo de 1998. En el mismo se reiteraban los argumentos ya expuestos tanto en la demanda de amparo como en el escrito de alegaciones formulado con motivo del trámite contemplado en el art. 50.3 LOTC. Pero se añade que con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, la STS de 26 de febrero de 1998, dictada en el caso «Argentina Trust» por una Sala de lo Penal ampliada a cinco Magistrados, ha venido a confirmar los postulados de la demanda de amparo. Entre otros extremos, dicha resolución declara lo siguiente: «Como es sabido, el art. 392 del CP de 1995 ha extraído de la relación de falsedades 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 falsedades 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 documento, 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 falsedad 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 falsedad en el tráfico jurídico, esto es, con la posibilidad de que la falsedad 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 falsedades 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 érga 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 falsedad penalmente típica. Todo ello quiere decir que la despenalización de la falsedad 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 incardinarla en un tipo penal análogo que subsiste tras el cambio normativo. Esta tentación puede venir propiciada, en las falsedades, por la técnica tradicionalmente seguida por el legislador, que ha determinado frecuentemente 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».

Según los recurrentes, esta Sentencia viene a sostener, de la misma manera que en el escrito de demanda, que la mera simulación, en todo su sentido ideológico o puramente declarativo, puede constituir por sí un engaño y configurar el delito de estafa, si existe perjuicio y concurren los demás elementos de esta figura defraudatoria, e incluso está recogida como particular forma de tal delito mediante la modalidad de «otorgamiento en perjuicio de otro de contrato simulado» (art. 532.2 del Código Penal de 1973 y art. 251.3 del Código Penal de 1995). La factura no es más que un acto declarativo de la ejecución o cumplimiento de un contrato, con lo que su mera simulación no puede tener otra relevancia que la prevista para los contratos en caso de hacerse

en perjuicio de terceros, pero nunca otra, si no es afectando a una función añadida y propia de las falsedades materiales, como es la de «garantía» o atribución legítima de la declaración.

El escrito concluye solicitando que se declare la nulidad de la resolución recurrida en amparo, con todas las consecuencias que procedan para la efectividad de los derechos constitucionales garantizados.

10. 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 de los actores con la Sentencia recurrida se centra en los dos puntos decisivos de la descripción típica del delito por el que los recurrentes han sido condenados, a saber: «simulando un documento» y «autenticidad». La demanda de amparo viene a sostener que la Sentencia confunde la «simulación documental» lesiva de la autenticidad (que es lo penado en el art. 302.9 del Código Penal de 1973) con la «simulación negocial» lesiva de la veracidad del documento (punible, cuando lo sea, con arreglo al art. 532.2 del mismo Código); y que, en directa relación con el anterior reproche, emplea un concepto patentemente inadecuado de «autenticidad» de documento, pues confunde la veracidad del contenido documentado con la autenticidad documental en sentido propio, la cual se refiere a la autoría del documento, a la coincidencia del autor real y el aparente, pues un acto es auténtico porque está autorizado, porque tiene *auctoritas* en sentido etimológico; es decir, porque es propio de su autor, le corresponde o pertenece, es un acto genuino suyo. En resumen: según la demanda, la Sentencia impugnada confunde dos planos que es necesario distinguir en la aplicación constitucionalmente correcta del art. 302.9 del anterior Código: el documento en sí (*instrumentum*) y su contenido (*negotium*). Dictado el nuevo Código Penal, el art. 302.9 del antiguo, cuando se aplique, ha de servir para castigar conductas que se muevan en el plano del *instrumentum* y nunca del *negotium*.

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). Algún 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 a los recurrentes 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 SSTs 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 SSTs 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 efectuada.

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 arrendaticio. 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. Coinciden 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 genuinidad 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 genuinidad 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 accesoria con la comparecencia, lectura solemne y demás hechos presenciados por el mismo funcionario (*accessorium 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 coincida 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.

11. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones correspondiente al trámite del art. 52.1 LOTC el día 27 de mayo de 1998. 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 quinta, relativa a la conculcación del principio de legalidad penal como consecuencia de la condena por un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

Los recurrentes centran 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 inculpativo 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 los propios recurrentes hacen. 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 inculpativo 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 formulara al ATC 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 inculpativo del que se quejan los recurrentes, 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 aplicado un criterio novedoso, sino el que ha venido siguiendo a través de 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 inculpativo 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 argumentación según la cual hay que negar la tipificación del hecho conforme al 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.

El Fiscal concluye indicando que no parece, pues, que estuviera ausente en la falsedad el requisito de la esencialidad ni ningún otro.

12. 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 otro presentó sus alegaciones correspondientes al trámite del art. 52.1 LOTC, en el que solicitaba que se dictara Sentencia desestimando el presente recurso de amparo.

Opina esta parte que lo que verdaderamente se impugna en este recurso de amparo 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 jurídicos 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.

Por último, 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.

13. Mediante escrito presentado el 28 de mayo de 1998 en el Juzgado de guardia de Madrid, y recibido en este Tribunal al día siguiente, la representación de don Carlos Navarro Gómez presentó su escrito de ale-

gaciones 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 de 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 false-

dad 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 noviembre, «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 incardinarla 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 documento, 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.

14. 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. La misma Sala Segunda acordó a través de providencia de 1 de marzo de 1999 tener por personado y parte al Procurador don Jesús Jenaro Tejada en nombre y representación de don José María Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada.

15. Mediante escrito de 14 de mayo de 2001, la representación procesal de los recurrentes ha formulado diversas alegaciones sobre la prescripción del delito continuado de falsedad y la doble instancia en materia penal con base en la doctrina sentada en la STC de 17 de marzo de 2001 que, a juicio de los recurrentes, cuestiona la decisión de inadmisión adoptada. Por nuevo escrito, de 21 de mayo de 2001, dicha representación subsanó un error de transcripción padecido en el escrito anterior.

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

II. Fundamentos jurídicos

1. Los recurrentes fueron condenados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil. Contra la Sentencia condenatoria formularon un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración de diversos derechos fundamentales. Pero este Tribunal, mediante providencia de 22 de diciembre de 1997 inadmitió a trámite todas las quejas, salvo la quinta, en la que se aduce la infracción del principio de legalidad penal. Una vez sometida dicha queja al trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, finalmente fue admitida a trámite por providencia de 22 de enero de 1998. En lo que sigue nos ocuparemos únicamente de esa supuesta vulneración del art. 25.1 CE, pues en lo que respecta al escrito presentado por la representación procesal de los recurrentes el 14 de mayo de 2001, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el objeto del recurso de amparo no puede ser ampliado por escritos posteriores y, por tanto, hemos de estar a lo acotado por las resoluciones a las que se acaba de hacer referencia.

2. Como se ha dicho antes los recurrentes sostienen que la condena por un delito continuado de falsedad en documento mercantil ha infringido el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Por una parte se alega que el cambio en la calificación de los hechos por las acusaciones (de falsedad ideológica a simulación documental) está motivado en la intención de evitar la despenalización de la falsedad ideológica cometida por particulares en el Código Penal de 1995, incurriéndose así en una clara inseguridad jurídica y en una infracción del principio de legalidad. Por otra parte, se argumenta profusamente que se ha producido una aplicación extensiva *in malam partem* de la ley penal, como después se verá.

3. Respecto a la primera alegación, conviene advertir que los recurrentes no llegan a afirmar expresamente que el cambio de calificación propuesto por las acusaciones en el proceso infrinja el principio de legalidad penal. Pero alegan 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, 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 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 carezca de tal modo de

razonabilidad que 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 un delito continuado 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 falsario 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 aquí impugnada, es el del art. 303 en relación con el art. 302.9 del Código Penal de 1973, figura delictiva 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 las conductas de doña Aida Álvarez Álvarez y don Miguel Molledo Martín, se considera que son autores directos (fundamento 31).

Por último, en cuanto a la cuestión de si existe unidad o pluralidad de delitos, la Sentencia en cuestión indica que ambos recurrentes son autores directos de un único 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 el 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 obsta a 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 de los recurrentes no censura el apartamiento del tenor literal del precepto, extremo que acabamos de descartar y, en segundo lugar, que no justifican 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.

12761 Sala Segunda. Sentencia 128/2001, de 4 de junio de 2001. Recurso de amparo 5303/97. Promovido por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó su recurso sobre diferencias de cotización a la Seguridad Social.

Supuesta vulneración de los derechos a la libertad religiosa y a la igualdad en la aplicación de la ley: determinación de los ministros de culto de una Iglesia y labor efectiva desempeñada por una ayudante de cocina.

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. 5303/97, promovido por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia y asistida por el Abogado don Daniel Basterra Alonso, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 18 de noviembre de 1997, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo núm. 2531/94, promovido contra Resolución del Director General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de fecha 26 de julio de 1994, sobre reclamación de diferencias de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Ha intervenido el Abogado del Estado en representación y defensa de la Administración General del Estado, así como el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 18 de diciembre de 1997 don José Luis Martín Jaureguibeitia, Procurador de los Tribunales y de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, interpuso recurso de amparo contra Sentencia citada en el encabezamiento de esta resolución.

2. Los hechos de los que el presente recurso de amparo trae causa son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó el acta de liquidación núm. 989/93 por diferencias de cotización correspondientes a los servicios prestados como ayudante de cocina en el Colegio que la recurrente tiene en la localidad de Sagunto por doña Prima Micaela Alejos Casado. Se hace constar que la referida señora, en el período en que prestó servicio a la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, cotizó en calidad de asimilada a trabajador por cuenta ajena como ministro de culto, a los efectos establecidos en el art. 1 del Real Decreto 2398/77, de 27 de agosto, y la Orden de 2 de marzo de 1987, por lo que no había cotizado por las contin-