

Dossier de

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Francisco Oliva Blázquez
Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos
Tomás Quintana López
Carlos Molero Manglano
Juan López Martínez



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 6
Sentencias de especial relevancia TC y TS

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS
TOMÁS QUINTANA LÓPEZ
CARLOS MOLERO MANGLANO
JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

Valencia, 2015

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

| | |
|---|-----|
| Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil..... | 4 |
| Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal..... | 25 |
| Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ... | 69 |
| Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social..... | 91 |
| Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional | 110 |

CIVIL

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

*Profesor Titular de Derecho civil. Acreditado al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

(Tol 5193594)

Cabecera: Derecho al honor, la imagen y la intimidad. Difusión cultural de una fotografía. Protección del derecho a la propia imagen de menor de edad. Consentimiento para la publicación de imágenes.

Jurisdicción: Civil

Ponente: José Antonio Seijas Quintana

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 30/06/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 383/2015

Número Recurso: 2895/2013

Supuesto de hecho: El Supremo condena al Museo de Ciencia de Valladolid por la publicación de la foto de un menor sin el permiso de sus padres. Deberá indemnizar a los padres del menor con 500 euros por vulnerar su derecho a la imagen

RESUMEN:

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha condenado al Museo de Ciencia de Valladolid y a una entidad dedicada al ocio infantil y familiar en Castilla y León a indemnizar con 500 euros a los padres de un menor por publicar una foto de su hijo en una revista cultural gratuita sin su consentimiento. La sentencia señala que ha existido vulneración del derecho a la imagen.

La publicación incluía en su número de mayo-junio de 2010 bajo el título “Aliados con la Ciencia”, una información ilustrada con una fotografía que mostraba al menor posando con un familiar junto a un ave rapaz.

I. HECHOS DEL CASO: LA PUBLICACIÓN NO CONSENTIDA DE LA IMAGEN DE UN MENOR DE EDAD

La revista gratuita “Chiquiocio”, que opera como “Guía del Ocio Infantil y Familiar de Valladolid”, incluía en el número correspondiente al periodo

mayo-junio de 2010, bajo el título de “Aliados con la Ciencia”, una información relativa a la celebración en la Plaza del Museo de la Ciencia de Valladolid de una jornada de charlas y demostraciones prácticas de cetrería así como de otras exhibiciones y actividades. Pues bien, tal información venía ilustrada gráficamente con una fotografía que mostraba a un menor de edad posando junto a una mujer —su tía— próximos a un ave de presa. La madre del menor de edad, con ocasión de una breve estancia en Valladolid en el verano de 2010, tuvo conocimiento de que la citada revista había publicado la imagen de su hijo sin su previo consentimiento, por lo que interpuso demanda sobre protección del derecho a la propia imagen contra la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y contra Chiquiocio Cultural SL., solicitando la declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, la eliminación del archivo con la imagen y una indemnización de doce mil euros.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vigo, en sentencia dictada en juicio ordinario 267/2011, con fecha 10 de febrero de 2012, desestimó la demanda al entender que existió consentimiento tácito de la madre para la difusión de la imagen. Además, destacaba que la divulgación no tenía fines publicitarios, sino meramente informativos, al tratarse de una publicación gratuita que informa de las actividades de ocio que se desarrollan en Valladolid, destinada a los niños y a sus familias.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Pontevedra (sede en Vigo), en sentencia de 11 de noviembre de 2013, llegó a la conclusión de que no era posible considerar que la publicación de la imagen pudiera comportar menoscabo de la honra o reputación del menor o que fuera contraria a sus intereses (art. 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor), por lo que no cabía estimar el recurso de apelación interpuesto por la madre del menor.

Finalmente, ésta interpuso recurso de casación por infracción del artículo 4.3 LO 1/1996 y los concordantes de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen, en base a que, esencialmente, no existió consentimiento para la publicación, a que el derecho a la imagen goza de autonomía respecto a los otros derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE y a que el uso de la fotografía, además de innecesaria, respondía a una finalidad estrictamente publicitaria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 2015, estima el recurso, basándose en que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce por la inclusión no consentida de la imagen del menor en una revista “con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado”. Por ello,

condenó a los codemandados a abonar al menor la suma de quinientos euros más los intereses legales por el daño moral producido por la intromisión del derecho a la imagen.

II. COMENTARIO

1. Previo: la especial protección del derecho a la imagen de los menores de edad

Los hechos que dieron lugar al litigio que se resuelve por la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente análisis responden, con algunos matices, a una situación conflictiva que cada vez se plantea con mayor regularidad ante los jueces y tribunales españoles: la protección del derecho a la propia imagen de los menores de edad. Efectivamente, tal y como describiremos a lo largo de este comentario, son muy numerosas las resoluciones judiciales que solventan enfrentamientos de naturaleza predominantemente civil derivados del uso indebido —esto es, no consentido— de la imagen de un menor en los medios de comunicación. A modo simplemente ilustrativo e introductorio, nos encontramos con el caso del torero que demanda a Antena 3 Televisión por emitir reportajes en los que aparecía dando la vuelta al ruedo acompañado de su hija menor [STS 17 junio 2009 (*Tol 1554268*)], con la actriz que demanda a Telerevistas SA por publicar una foto suya en el aeropuerto de Barajas con su hija menor [STS 25 febrero 2009 (*Tol 1485183*)], con los padres que demandan al Diario ABC por utilizar una foto de sus hijos ataviados con trajes típicos en el Real de la Feria de Sevilla ([STS 19 noviembre 2008 (*Tol 1401683*)], con el representante legal que demanda al periódico la Opinión de Granada por publicar una fotografía de una menor señalando hacia la puerta en la que supuestamente se había detectado la presencia de un grupo terrorista [STS 31 Mayo 2010 (*Tol 1877756*)] o, entre otros muchos, con los progenitores que se dirigen contra una revista por publicar una fotografía en la que aparecía su hija, a la sazón ingresada en un centro oncológico, con motivo de la celebración de la fiesta de los Reyes Magos a la que asistieron algunos personajes famosos [STS 18 octubre 2004 (*Tol 505166*)].

A simple vista, todos estos casos tienen en común el hecho de que nuestro máximo órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo, estimó las demandas interpuestas por los representantes legales de los menores de edad implicados, condenando a las entidades demandadas por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores implicados. No obstante, cualquiera que se detenga mínimamente a observar los hechos que dieron

lugar a cada uno de dichos litigios será capaz de descubrir como, bajo la aparente similitud, se esconden numerosas diferencias, y algunas de mucho calado que, sin embargo, no acaban por ser tenidas en cuenta por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo. A título de ejemplo, parece que no debería juzgarse de la misma manera el caso del torero que, voluntariamente, pasea y expone públicamente a su hija ante miles de personas y medios de comunicación en el curso de un espectáculo público, que el de la niña que es empleada por un medio de comunicación para ilustrar una noticia relativa al terrorismo islámico. Ni es idéntica la divulgación de un foto captada en un acontecimiento público y masivo como es la Feria de Sevilla, que la publicación de una imagen tomada en un centro oncológico a una niña enferma.

Sin embargo, a nuestro Tribunal Supremo no parecen importarles demasiado esos matices, ya que en prácticamente todos los casos en los que se enfrenta a la necesidad de ponderar el conflicto entre el derecho a la imagen del menor (art. 18.1 CE) y la libertad de información (art. 20 CE) opta por el primero. Y ello se debe a la especial sensibilidad que muestra frente a los menores de edad por su intrínseca debilidad y ausencia de madurez, de la que no en vano se deriva la existencia de una exigencia constitucional de protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE). Tal y como ha señalado una línea jurisprudencial que podemos considerar bastante consolidada, «si bien todas las personas tiene derecho a ser respetadas en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos» [entre otras, SSTS de 29 julio 2011 (*Tol* 2244795) y 8 mayo 2013 (*Tol* 3798135)]. Doctrina que, además, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, al señalar en la STC 158/2009, de 29 junio (*Tol* 1568038), en un caso relativo a la captación y difusión de imágenes de niños en medios de comunicación, que “el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor” [igualmente, STS 18 octubre 2004 (*Tol* 505166)]. Incluso, se llega a hablar de un “ámbito de superprotección” que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aun- que ésta tenga interés público [STS 22 octubre 2008 (*Tol* 1393352)].

Es este el marco conceptual y axiológico en el que se mueve nuestro máximo órgano jurisdiccional a la hora de ponderar los conflictos de derechos constitucionales que emergen cuando se emplean imágenes de menores en medios de comunicación públicos. En cualquier caso, esta advertencia, a modo de aviso para navegantes, no nos exime de examinar las

particularidades del caso con el objeto de evaluar el grado de corrección jurídica de la sentencia. Y en este sentido, hay dos cuestiones que emanan de la resolución judicial y que resultan muy interesantes desde un punto de vista jurídico-legal: por un lado, si es posible o no que el consentimiento a la publicación de la imagen de los menores sea prestado de forma tácita y, por otro lado, si la protección del derecho a la propia imagen únicamente tiene lugar, como entiende la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuando concurra el requisito de que la publicación pueda comportar un menoscabo de la honra o reputación del menor o sea contraria a sus intereses. En otros términos, si la vulneración del derecho a la propia imagen tiene que vincularse a una intromisión ilegítima en el derecho al honor o a una actuación perjudicial para el menor de edad. Pasemos sin más dilación a analizar tales cuestiones.

2. La necesidad de consentimiento expreso

A) *El consentimiento: concepto y características*

El artículo segundo de la LO 1/1982 establece en su inciso número dos que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima “cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Lógicamente, nadie puede alegar la vulneración en su derecho a la propia imagen si previamente consintió de forma expresa, salvo que con posterioridad la imagen tomada fuera empleada para fines diferentes a aquellos para los que se instó la autorización. Esta es sin duda la clave que explica la existencia de un gran número de condenas en esta ámbito: la ausencia de consentimiento a la que se añade, normalmente, la no concurrencia de los requisitos necesarios para que resulte aplicable la excepción del artículo 8.2 c) LO 1/1982 (acontecimiento público, accesoriedad e imprescindibleidad de la imagen).

El consentimiento debe ser expreso por imperativo legal (artículo segundo dos LO 1/1982), requisito con el que se trata de eliminar cualquier resquicio de duda sobre la anuencia a la intromisión por parte de un tercero en el derecho fundamental a la propia imagen. Ahora bien, expreso no equivale a “escrito”, y por ello puede resultar verbal e incluso deducirse su existencia “de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas” [STS de 25 noviembre 2002 (*Tol* 4920129)], como podría ser la voluntaria participación de un menor de edad en un programa de televisión [STS de 26 marzo 2003 (*Tol* 4928899)]. Aunque en principio pueda llamar la atención el hecho de que un menor de edad pueda consentir de manera tácita, hay que recordar que ello es consecuencia de ser considerado, gracias a su madurez (como veremos en el siguiente epígrafe), como una persona

mayor de edad a los efectos de la disposición sobre el derecho de la personalidad en cuestión¹. En cualquier caso, no debe confundirse el consentimiento tácito o derivado de actos concluyentes de su titular con el presunto, ya que éste “no elimina la intromisión” [STS de 22 febrero 2006 (*Tol* 843370)].

Es muy importante tener en cuenta que la prestación del consentimiento debe ir precedida del suministro de toda la información necesaria para que el titular del derecho a la propia imagen pueda decidir de manera realmente libre y consciente [SAP Salamanca de 15 marzo 2010 (*Tol* 1839249)]. Esto es, el consentimiento no es una mera formalidad burocrática que hay que saldar, sino la expresión de una voluntad previa y completamente informada, sin la cual no habrá una autorización real y válida a una intromisión por parte de un tercero. Tal y como declara la STS de 24 diciembre 2003 (*Tol* 340987), el consentimiento “implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente”. Luego, sin información veraz y completa sobre el destino previsto para la imagen captada, no hay consentimiento propiamente dicho.

B) El consentimiento otorgado por el menor maduro

Ahora bien, ¿cómo se debe otorgar este consentimiento tratándose de menores de edad? Por de pronto, es necesario recordar, aunque pueda parecer obvio, que la titularidad del derecho a la propia imagen, al ser un derecho de la personalidad, corresponde a los menores de edad (así lo confirma de forma explícita y ciertamente fútil el art. 4.1 LO 1/1996). Ahora bien, esto no quiere decir que el menor de edad pueda disponer libremente de su derecho a la propia imagen, ya que, tal y como indicara la LO 1/1996 en su Exposición de Motivos (nº 2), el enfoque contemporáneo del papel de los menores de edad en la sociedad consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos “y de una capacidad progresiva para ejercerlos”. Por lo tanto, ser titular de un derecho de la personalidad (capacidad jurídica) no implica gozar de la aptitud necesaria para ejercitarlo (capacidad de obrar).

El inciso uno del artículo tercero de la LO 1/1982 aborda de manera expresa esta cuestión y señala que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Como puede verse, el le-

¹ La SAP La Coruña de 11 abril 2007 (*Tol* 1957259), que analizaba la vulneración del derecho a la imagen de un menor de 17 años, confirma que por razón de madurez su capacidad de consentimiento era equiparable a la de un mayor de edad.

gislador hace depender de un concepto jurídico indeterminado (madurez) la posibilidad de que sea el propio menor el que consienta por sí mismo. Y esta idea es confirmada por el artículo 162.1 CC, el cual, tras establecer que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, determina que se exceptúan “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”². Por lo tanto, de ambos preceptos se deduce que el menor de edad suficientemente maduro podrá consentir que se lleve a cabo una intromisión —legítima— en su derecho a la propia imagen. Tal y como señala la relevante STS de 5 febrero 2013 (Tol 3010824), los padres no pueden representar a sus hijos en aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por ellos mismos.

El problema de las normas citadas, como advertíamos, consiste en que vincula la capacidad de consentir del menor al criterio o estándar subjetivo de la madurez. La Fiscalía General del Estado, en la *Instrucción 2/2006 sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, reconoce que la madurez es un concepto jurídico indeterminado que se ha de interpretar “valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”. Así pues, la “madurez” o, como se ha dicho tradicionalmente en la doctrina civil, la “capacidad natural”, habrá de determinarse, principalmente por los progenitores, caso a caso y en función de todas las circunstancias concurrentes, lo cual introduce irremediablemente un importante grado de inseguridad jurídica en una materia en la que la certidumbre debería primar. Esto es, a partir de los 16 años es muy probable que cualquiera considere que se tiene la suficiente madurez para consentir³, pero por debajo de esa edad será común que las dudas se multipliquen, generándose agravios y perjuicios comparativos⁴. Por ello, podría entenderse *a priori* que habría

² No obstante, la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, ha añadido un nuevo inciso a esta regla en virtud de la cual “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

³ Así, la STS de 19 de julio de 2000 (Tol 4973938) calificó de legítima la presunta intromisión en el derecho a la imagen de un menor de 16 años, ya que esa edad “en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica”.

⁴ En este sentido, la STS de 26 marzo 2003 (Tol 4928899) parece entender que un menor de edad de catorce años tiene capacidad de consentir en la intromisión de su derecho a la propia imagen: “partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad,

sido más práctico el recurso al criterio objetivo e indiscutible de la edad, como ocurre en otros muchos ámbitos de la capacidad de obrar del menor (por ejemplo, en la prestación del consentimiento informado en la relación médico-asistencial, ex art. 9 *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*). En cualquier caso, hay que reconocer que es muy difícil trazar una línea clara y objetiva que permita delimitar la capacidad e incapacidad del menor de edad a efectos de ejercitar sus derechos de la personalidad, por cuanto el desarrollo intelectual y volitivo no es lineal ni uniforme, y por ello debe aceptarse esta solución como la única capaz de encontrar un equilibrio aceptable entre la defensa de los intereses del menor y la protección de su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.

C) *El consentimiento prestado por los representantes legales del menor: características*

Debido a la incertidumbre que, como hemos visto, genera el criterio de la madurez, lo más conveniente es que quien desee captar y emplear la imagen de un menor en un medio de comunicación público solicite previamente a sus representantes legales la prestación del correspondiente consentimiento, salvo que se trate de un menor indubitadamente maduro. Efectivamente, el párrafo dos del artículo tercero LO 1/1982 prevé que, en caso de que el menor carezca de las condiciones de madurez suficientes, el “consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”. Como puede observarse a simple vista, se trata de un consentimiento de carácter formal y extraordinariamente controlado por la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal.

Por un lado, cuando el menor carece de madurez corresponde a las personas que ostenten su representación legal decidir si autorizan que un medio de comunicación tome y, en su caso, divulgue una imagen suya. Y tal consentimiento, según la ley, ha de ser escrito, lo cual, lógicamente, excluiría a *contrario* la admisibilidad de un consentimiento prestado de forma tácita o derivado de actos concluyentes [la STS de 25 febrero 2009 (*Tol 1485183*) establece que resulta “imposible eludir el requisito del consentimiento expre-

y el joven de 14 años, de una vida —como el mismo relata— desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista por televisión”.

so y por escrito de sus padres”]. Esta circunstancia tiene mucha importancia en el caso objeto de estudio, puesto que el Juzgado de Primera Instancia de Vigo desestimó la demanda interpuesta por la madre del menor precisamente por entender que había consentido tácitamente la divulgación de la imagen de su hijo al permitir que se le fotografiara en un lugar público. Argumento que sería desestimado por la Audiencia Provincial de Pontevedra en los siguientes términos: “es evidente que no se ha otorgado, en el presente caso, el consentimiento expreso para la publicación en escrito autorizado por el representante legal del menor (su madre), por lo que no cabe excluir la eventual intromisión ilegítima en base a un consentimiento no prestado en forma legal”. En este sentido, es preciso recordar la clara y contundente STS de 17 junio 2009 (Tol 1554268) que califica al consentimiento tácito de los progenitores como “a todas luces insuficiente cuando de menores se trata para legitimar su injerencia”.

Además, aun admitiendo a efectos puramente dialécticos que se pueda prestar el consentimiento de forma tácita por parte de los representantes legales, tal autorización resultaría probablemente insuficiente en el caso que estudiamos, por cuanto de los antecedentes de hecho se deduce que la madre ni siquiera conocía el destino de las fotografías, y esa carencia de información previa invalidaría, como hemos visto, el hipotético consentimiento derivado de los actos concluyentes. Efectivamente, según el relato de los hechos, las imágenes fueron realizadas dentro del ámbito familiar por el tío del menor —que en aquel momento era el director de exposiciones del Museo— para uso particular y privado, nunca con ánimo de que fueran difundidas. Esto es, lo importante, debido al contexto puramente familiar en el que se lleva a cabo la fotografía, es que resultaba imposible deducir que el asentimiento de la madre del menor a la captación de la imagen equivalía al consentimiento para que dicha imagen se empleara en una publicación cuya existencia muy probablemente desconocía. En definitiva, a lo más, podríamos convenir en que la madre habría prestado un consentimiento tácito desinformado, lo cual convierte en ilegítima cualquier intromisión en el derecho a la imagen que se base en el mismo, más aún tratándose de menores de edad.

Finalmente, tampoco se cumplió con el requisito de *ius cogens* de poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Mediante esta medida, que pretende proteger de la manera más completa los derechos de los menores, incluso frente a los intereses en ocasiones espurios o directamente crematísticos de sus representantes legales, se obliga al organismo público a intervenir con el fin de controlar y evaluar en el plazo de ocho días la decisión que han tomado respecto al menor de edad.

Esto es, el consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición, es necesario además, para que surta eficacia, “la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación”. [STS 7 octubre 1996 (*Tol 165888*)]. Si se opusiera al posible empleo de la imagen del menor, será preceptiva la intervención judicial para decidir si finalmente se autoriza o no.

En honor a la verdad, hay que decir que tal formalismo es observado en muy pocas ocasiones por los representantes legales de los menores. La propia Fiscalía General del Estado, en el citado Informe 2/2006, reconoce que “son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados”. En otros términos, nos encontramos con una exigencia muy garantista que casi nunca se cumple pero que, formalmente, sigue apareciendo en la Ley, y cuya inobservancia convierte en ilegítima a la intromisión inicialmente consentida. En este sentido, la STS de 19 noviembre 2008 (*Tol 1401683*), cuya doctrina es confirmada por la sentencia objeto del presente análisis, señala que “tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica (*sic*), ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico” [igualmente, SSTS 25 febrero 2009 (*Tol 1485183*) y 27 enero 2014 (*Tol 4101573*)].

D) A modo de conclusión: una propuesta de flexibilización del sistema del consentimiento

La sentencia que analizamos determina expresamente que, a los efectos del supuesto litigioso, “lo decisivo es la entrega de la fotografía sin que se acredite la existencia del consentimiento necesario para su publicación”. Desde luego, la conclusión es impecable desde un punto de vista jurídico-legal, ya que la legislación vigente exige de forma imperativa la presencia de un consentimiento por escrito de los representantes legales así como su comunicación al Ministerio Fiscal, por lo que en ausencia de ambos elementos no puede interpretarse que haya habido consentimiento válido y eficaz, so pena de incurrir en una hermeneusis abiertamente *contra legem*: in *claris non fit interpretatio*.

Ahora bien, ello no impide que, como juristas, tengamos que preguntarnos si el *status quo* legislativo vigente resulta apropiado. Comenzando por el

segundo requisito, ya hemos tenido la oportunidad de señalar cómo la propia Fiscalía reconoce la inaplicación fáctica del requerimiento de la comunicación al Ministerio Fiscal. Desde luego, este es un dato nada desdeñable, por cuanto pone de manifiesto la inutilidad de una norma que ha establecido un sistema poco razonable y, sobre todo, impracticable, de fiscalización de las decisiones de los representantes legales. Por otro lado, la exigencia de consentimiento escrito es un formalismo con el que se pretende proteger al menor de edad, en virtud de su situación de especial vulnerabilidad. Sin embargo, entendemos que en el marco de las sociedades actuales, en las que los menores son reconocidos como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social” (EM LO 1/1996), y en el que la divulgación de las imágenes se ha incrementado de forma exponencial a raíz de la explosión de las nuevas tecnologías, cada vez es más frecuente que aparezcan fotografías o videos de menores de edad con el consentimiento tácito de sus progenitores. No parece tener mucho sentido que los medios de comunicación o redes sociales que publicaron imágenes de un menor basadas en el consentimiento tácito de sus representantes legales puedan verse posteriormente sometidas a demandas por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen salvo, como veremos en el siguiente epígrafe, que haya habido un menoscabo a su honra, reputación o intereses que legitime la propia intervención del Ministerio Fiscal.

En este sentido, la STS de 26 marzo 2003 (*Tol 4928899*) consideró que no había intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor de 14 años que fue entrevistado en una televisión, a pesar de que nunca hubo consentimiento por escrito de la madre y notificación al Ministerio Fiscal, y señala al respecto que “es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del derecho al Honor, Intimidad e Imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados”. En otras palabras, la infracción del mandato legal no afecta a aquellos que divulgaron las imágenes del menor⁵. Y en parecidos términos, la SAP Barcelona de 27 diciembre 2002, relativa a una demanda por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen interpuesta por los padres de una menor cuya fotografía había sido publicada por una asociación en una revista municipal, consideró que los actores, a pesar de no haber consentido por escrito, prestaron su consentimiento para que la imagen de su hija fuera

⁵ No obstante, la doctrina de esta sentencia ha sido superada por la posterior línea jurisprudencial que, como hemos visto, considera contraria al ordenamiento jurídico la infracción de los requisitos legales (STS 25 febrero 2009 (*Tol 1485183*)).

publicada, algo que dedujo de los propios actos y hechos concurrentes del caso (consentimiento tácito o derivado de actos concluyentes). En definitiva, ambas sentencias tienden a flexibilizar las consecuencias de la inobservancia de los requisitos formales siempre y cuando pueda deducirse la presencia real del consentimiento, ya sea del propio menor maduro, ya sea de sus representantes legales. Insisto, ambas resoluciones resultan, en mi opinión, contrarias a lo establecido de forma expresa en el ordenamiento jurídico, pero desde un punto de vista de la justicia material del caso podrían resultar correctas, lo cual nos debería hacer pensar en la necesidad de acometer una reforma legislativa que flexibilice los presentes requisitos y formalidades —sin duda excesivos— que se exigen para la captación y divulgación de imágenes de los menores de edad.

3. La autonomía conceptual del derecho a la propia imagen

La sentencia dictada en grado de apelación y recurrida en casación considera que la norma específica de aplicación al caso, tratándose de menores, es el artículo 4.3 LO 1/1996, el cual establece que “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. De ahí deduce la Audiencia Provincial de Pontevedra que, para apreciar la existencia de intromisión ilegítima, hace falta que concurren los siguientes requisitos: a) la utilización de la imagen del menor en un medio de comunicación; b) que ese uso de la imagen responda a fines publicitarios, comerciales o de similar naturaleza; c) la inexistencia de consentimiento para la publicación y d) que la publicación de la imagen pueda comportar menoscabo de la honra o reputación del menor o sea contraria a sus intereses. Puesto que se trataba de una publicación de carácter cultural y gratuito y, además, no podía considerarse que hubiera ningún tipo de menoscabo a la honra y reputación del menor por el mero hecho de difundir, seis años después de ser tomada, una fotografía “estéticamente bella y atractiva”, la sentencia llega a la conclusión de que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor.

Esta interpretación de la normativa vigente es desmontada por el Tribunal Supremo que recuerda que al caso también es de aplicación el artículo 7.5 LO 1/1982, el cual considera como intromisión ilegítima en el derecho al honor “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o

cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2". Esto es, la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce, según esta norma, por la mera inclusión de la imagen del menor en una revista, con independencia de que pudiera o no afectar a la reputación o intereses del afectado, lo que permitiría en su caso entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal.

Aparentemente nos encontramos con un problema hermenéutico consistente en determinar la interpretación de dos normas en principio incompatibles, los artículos 7.5 LO 1/1982 y 4.3 LO 1/1996, que la Audiencia Provincial parece resolver con el criterio *lex specialis derogat legi generali*. Sin embargo, a poco que se estudie bien el dictado literal de cada norma, se caerá en la cuenta de que se trata de dos reglas diferentes.

La primera consagra el concepto general de "intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen", y lo hace determinando su autonomía funcional respecto a los derechos al honor y a la intimidad. Esto es, en ningún momento exige que la imagen captada pueda suponer una vulneración de la reputación, honra o intimidad personal del sujeto afectado: la simple captación inconsentida de la imagen implica una vulneración del derecho, siempre y cuando no se enmarque en alguna de las excepciones del artículo 8.2 LO 1/1982 (personaje público, caricatura o sucesos públicos).

Por su parte, el art. 4.3 LO 1/1996 pretende reforzar la protección del menor de edad en aquellos casos en los que, a pesar de haber habido consentimiento expreso del propio menor o escrito de sus representantes legales, la utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o ser contraria a sus intereses [vid., STS de 12 julio 2004 (Tol 483502)]. En tal supuesto, el Ministerio Fiscal podrá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. El Preámbulo de la LO 1/1996 establece con nítida claridad que la finalidad de la normativa es la de "reforzar los mecanismos de garantía" previstos en la LO 1/1982, protegiéndose al menor "que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve". Esto es, el artículo 4 LO 1/1996 no sustituye al régimen de la LO 1/1982 por lo que respecta a los menores de edad, sino que lo refuerza o complementa, quedando justificada esta intensificación en los niveles de protección por el hecho de "que la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del

menor se realiza a través de los medios de comunicación” [STS de 27 enero 2014 (*Tol 4101573*)].

Por lo tanto, la relación entre los artículos citados no es la de ley especial-ley general, sino de mera complementariedad, por cuanto son perfectamente compatibles al abordar temas diferentes. Una norma establece la noción general, y la otra contempla un supuesto en el que el empleo consentido de la imagen es contrario a los intereses del menor, lo que pone de manifiesto, como ha indicado la Fiscalía General del Estado en el Informe 2/2006, que el derecho a la propia imagen de los menores de edad en nuestro ordenamiento “se encuentra hiperprotegido”. De todo ello se deduce que no es requisito para la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor la existencia de una afectación en su honor.

Amén de todo lo anterior, hay que hacer dos puntualizaciones añadidas. Por un lado, aunque la cuestión de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen ha sido objeto de discusión histórica por parte de la doctrina y de la propia jurisprudencia, el Tribunal Constitucional zanjó el debate en su Sentencia 81/2001, de 26 marzo (*Tol 104642*), al establecer que “en la Constitución Española ese derecho se configura como un derecho autónomo” (igualmente, ATC 28/2004, de 6 de febrero (*Tol 501.810*)). Así pues, aunque resulte innegable su vinculación e incluso su confusión en determinados casos con los derechos al honor y a la intimidad, es un derecho fundamental diferente, residiendo su especificidad en “la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima”. Por otro lado, la interpretación que lleva a cabo la Audiencia Provincial conduciría al absurdo de proteger de una forma más débil al menor que al mayor de edad, por cuanto éste no estaría en principio sometido al condicionamiento impuesto por el artículo 4.3 LO 1/1996.

4. La configuración no patrimonial del derecho a la imagen y la inocuidad del destino de la publicación

Finalmente, aclara la sentencia analizada que habrá vulneración del derecho a la propia imagen aun cuando la reproducción “se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” [con cita de las SSTs 24 de abril 2000 (*Tol 4927024*) y 19 de noviembre 2008 (*Tol 1401683*)]. Aunque el artículo 7º.6 LO 1/1982 considera como intromisión ilegítima a la utilización de la imagen “para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, la anteriormente citada STC 81/2001 minusvaloró la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen, poniendo todo el énfasis en su aspecto ex-

trapatrimonial como derecho de la personalidad. Por ello, no debe extrañar que la STS de 30 junio 2015 afirme con rotundidad que tal derecho “se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión”. En este mismo sentido, la STS de 27 enero 2014 (Tol 4101573) determina que “la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde” [vid., igualmente, la STS de 19 noviembre 2008 (Tol 1401683)], que consideró que el “pretendido interés cultural” de la publicación de la fotografía de unos menores de edad ataviados con trajes regionales no podía amparar intromisiones ilegítimas en su derecho a la propia imagen).

Es cierto que el criterio de la Fiscalía General del Estado, explicitado en la Instrucción 2/2006, parece ser algo más matizado que el de nuestro tribunales, por cuanto afirma que no actuará de oficio ni apoyará la demanda interpuesta por los representantes legales contra un medio de comunicación que difunda imágenes de un menor “cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil”, siempre que no haya perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen sea accesorio a la información principal. Luego, este tipo de publicaciones, habitualmente inocuas, estarían exentas, bajo el criterio de la Fiscalía, de cualquier responsabilidad, con las salvedades descritas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en el caso que estudiamos, no tiene en cuenta para nada el hecho de que, precisamente, la revista en la que aparecía la imagen del menor estuviera destinada exclusivamente a familias con niños y, además, fuera completamente gratuita (si bien, hay que reconocer no se cumplía el requisito de la accesoriedad). En definitiva, por muy discutible que pueda resultar, hoy por hoy nuestro Alto Tribunal considera que la finalidad, uso o destino que se quiera dar a la imagen del menor es un dato irrelevante (*no ius usus inocui*).

Sentencia nº 383/2015

ENCABEZAMIENTO:

CASACIÓN Num.: 2895/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 16/06/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles

Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil quince. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 554/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vigo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Laura, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María José Carnero López; siendo parte recurrida Chiquiocio Cultural S.L representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Mar Serrano Moreno y Museo de la Ciencia de Valladolid, representado por la procuradora doña María Leocadia García Cornejo. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El procurador don José Antonio Fandiño Carnero, en nombre y representación de doña Laura, interpuso demanda de juicio sobre juicio ordinario, contra Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y Chiquiocio Cultural S.L y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

- a) Se declare la existencia de intromisión en el Derecho a la imagen del menor Heraclio por la publicación de su imagen sin el consentimiento de sus padres, realizada por Chiquiocio Cultural S.L., mediante la cesión de las imágenes realizada por la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid.
- b) Se le condene a las codemandadas a borrar o eliminar cualquier tipo de archivo donde esté guardada la imagen del menor, así como que se abstengan de publicar o ceder cualquier imagen del mismo a otras publicaciones, página web o medio de difusión.
- c) Que se condene solidariamente a la Fundación Museo de la Ciencia de Valladolid y a Chiquiocio Cultural S.L. a estar y pasar por la anterior declaración y a indemnizar la cantidad de doce

mil euros (12.000 euros) al menor Heraclio, más los intereses legales, por el daño moral producido por la intromisión del derecho a la imagen.

d) Se condene a las codemandadas al pago de la totalidad de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de Fundación Museo de la Ciencia de Valladolid, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La procuradora doña María Dolores Cobas González, en nombre y representación de Chiquiocio Cultural S.L contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

Desestime la demanda de acuerdo a lo contenido en este escrito de contestación.

Imponga a la parte actora al pago de las cosas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vigo, dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue *FALLO: Que debo desestimar la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales don José Antonio Fandiño Carnero en nombre y representación de doña Laura, frente a la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y frente a Chiquiocio Cultural S.L.*

Las costas de esta instancia serán satisfechas por la parte demandante

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Laura. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede en Vigo, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador dom José Antonio Fandiño Carnero, en nombre de doña Francisca, contra la sentencia de fecha diez de febrero de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de doña Laura con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.1 de la LEC, por vulneración de lo dispuesto en el art. 4.3. de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LO 1/1996), y concordantes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982), ambas normas promulgadas en desarrollo del art. 18.1 de la Constitución Española.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 22 de abril de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Leocadia García Cornejo, en nombre y representación de Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid, y la procuradora doña María del Mar Serrano Moreno, en nombre y representación de Chiquiocio Cultural S.L, presentaron escritos de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para vo-

tación y fallo el día 16 de junio de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **José Antonio Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Doña Laura interpuso demanda sobre protección del derecho a la propia imagen contra la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y contra Chiquiocio Cultural SL. Exponía que tras una breve estancia en Valladolid en el verano de 2010 comprobó como en el número del mes de junio de 2010 de la revista de información Chiquiocio se encontraba la imagen de su hijo menor, Heraclio, ilustrando un evento organizado por el Museo de la Ciencia; en concreto, la imagen del menor se utilizaba para apoyar gráficamente la publicidad de unas exhibiciones de cetrería, a juicio de la demandante de modo innecesario. Señalaba, además, que puesta en contacto con el medio, por el mismo se indicó que la publicación había sido consentida, extremo que niega puesto que las imágenes fueron realizadas dentro del ámbito familiar por el tío del menor, que en aquel momento era el director de exposiciones del Museo y que realizó solo para uso particular y privado, nunca con ánimo de que fueran difundidas.

Como consecuencia, solicitaba la declaración de intromisión en el derecho a la propia imagen del menor, la eliminación del archivo que guarda la imagen y una indemnización de doce mil euros. El Juzgado estimó la demanda fundándose, en síntesis, en que existió consentimiento para la difusión de la imagen y que su publicación por parte de Chiquiocio no tenía fines publicitarios, sino meramente informativos. Se trata de una publicación gratuita que informa de las actividades de ocio que se desarrollan en Valladolid destinada a los niños y a sus familias.

Contra la sentencia del Juzgado interpuso recurso de apelación la demandante, que fue desestimado. Dice la sentencia lo siguiente: "no se ha otorgado, en el presente caso, el consentimiento expreso para la publicación en escrito autorizado por el representante legal del menor (su madre), por lo que no cabe excluir la eventual intromisión

ilegítima en base a un consentimiento no prestado en forma legal.

Sin embargo, y aunque se ha invocado por la parte actora el núm. 6 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuanto considera intromisión ilegítima la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, la norma específica de aplicación, tratándose de menores, es el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que en su inciso 3 establece que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Los presupuestos que deben concurrir para apreciar la existencia de intromisión ilegítima son, por tanto: a) la utilización de la imagen del menor en un medio de comunicación; b) que ese uso de la imagen responda a fines publicitarios, comerciales o de similar naturaleza; c) la inexistencia de consentimiento para la publicación y d) que la publicación de la imagen pueda comportar menoscabo de la honra o reputación del menor o sea contraria a sus intereses.

Pues bien, agotando todos los aspectos valorativos en relación con una posible intromisión ilegítima en el presente caso, claro es que no cabe apreciar la concurrencia del último de los requisitos. En efecto, ni en función del modo de obtención del fotograma (el autor de la fotografía es el tío del menor y la misma se hace estando presente la madre); ni por razón del contenido visual de la imagen (que representa al menor en brazos de su tía en zona próxima a un ave rapaz y tratando de acariciarla) y que, en definitiva, fue elegida para su publicación por cuanto resultaba estéticamente bella y atractiva; ni en atención a la finalidad de la publicación (se hace para ilustrar una información de un evento destinado a un público infantil y familiar, en una

revista destinada exclusivamente a las familias con niños, que se consigue, de modo gratuito, en determinados Centros de la ciudad de Valladolid, como la Oficina de Turismo, Salas de Exposiciones Municipales, Bibliotecas y Centro Cívicos) y, en fin, ni en consideración a la eventual repercusión (la publicación se hace transcurridos aproximadamente seis años desde la obtención de la imagen y la residencia del menor se ubica a más de cuatrocientos kilómetros de la zona de difusión de la revista), es posible aceptar que la publicación de la imagen haya podido suponer ningún quebranto para la reputación o consideración social del menor o que haya contrariado, de cualquier modo, los intereses del mismo, o lo que es lo mismo y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 2010, sin que la publicación de la fotografía se haya hecho "con circunstancias determinantes de un daño o perjuicio" para el menor".

Contra esta sentencia interpone recurso de casación doña Laura.

El Ministerio Fiscal ha solicitado la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Se formula un motivo único en el que se alega la infracción del artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y los concordantes de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen, ambas normas promulgadas en desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución. Entiende la recurrente que no existió consentimiento para la publicación, que el derecho a la imagen goza de autonomía respecto a los otros derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, que el uso de la imagen responde a una finalidad estrictamente publicitaria, que su publicación no era necesaria y que responde únicamente a su exotismo, dado el color de la piel del menor.

Se estima.

Lo que plantea el recurso es si la publicación en un medio de difusión cultural de una fotografía en la que aparece el menor, hijo de la actora, en brazos de una familiar intentando acariciar a un ave rapaz es constitutivo de vulneración del de-

recho a la propia imagen del menor. La respuesta es afirmativa.

En efecto. El artículo 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida, primero, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH, y, después, en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor, según el cual se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Esta especial protección legislativa, reforzada en el ámbito internacional y especialmente enfatizada por el artículo 39.4 de la CE, ha sido reconocida por la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS. Así, la STC 158/2009, de 29 de junio, establece que en «la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». También ha señalado que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación...». El derecho a la propia imagen, dice la sentencia de esta Sala de 8 de mayo 2013, «garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por

un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad». En el caso examinado, la revista gratuita Chiquicio, que opera como “Guía del Ocio Infantil y Familiar de Valladolid”, correspondiente al periodo mayo-junio 2010, incluía, bajo el título “Aliados con la Ciencia”, una información relativa a la celebración el día 29 de mayo de 2010, en la Plaza del Museo de la Ciencia de Valladolid, de una jornada de charlas y demostraciones prácticas de cetrería, así como exhibiciones de perros guía de la O.N.C.E, del servicio oncológico de la Guardia Civil y del servicio de rescate de los Bomberos de Valladolid, ilustrada gráficamente con una fotografía que muestra al menor posando junto a su tía próximos a un ave de presa o rapaz. La imagen fue obtenida el día 25 de junio de 2004, sobre las 17,00 horas, en una plaza pública de la ciudad de Valladolid, en la que se celebraba un acto cultural consistente en una muestra de cetrería organizada por la “Fundación Museo de la Ciencia”, por un tío del menor, que a la sazón era director de exposiciones de la referida Fundación, a medio de una cámara fotográfica “Cyber-shot”, propiedad de la misma Fundación y de uso exclusivo por sus dependientes para su actividad propia, junto con otras fotografías, que fueron descargadas en uno de los archivos informáticos de la Fundación, el 25 de junio de 2004, bajo la denominación “Aliados Aves Rapaces”.

Pues bien, ni la forma en que se obtuvo el fotograma, ni el contenido visual de la imagen, que fue elegida para su publicación por cuanto resultaba estéticamente bella y atractiva, ni la finalidad de la publicación y su repercusión, son datos que pueden ser valorados. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en

atención a sus fines (STS 19 de noviembre 2008), lo que no es del caso, y el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008).

Tampoco lo justifica el hecho de que la fotografía fuera obtenida por el tío del menor. Lo decisivo es la entrega de esta fotografía de un codemandado a otro sin que se acredite la existencia del consentimiento necesario para su publicación.

La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre 2013; 27 de enero 2014, entre otras). Es en definitiva, es la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención.

TERCERO.- Como consecuencia de lo razonado, debe estimarse fundado el recurso de casación en lo concerniente a la cuestión jurídica planteada y, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.3 de la LPDH, se debe cuantificar el daño moral asumiendo las funciones de instancia para lo cual habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, atendiendo a la gravedad de la lesión sufrida por los derechos del menor y la difusión del medio de comunicación, conforme establece la citada norma.

La Sala cuantifica el daño en quinientos euros pues, al margen de que no se valoran en la demanda las circunstancias por las que se reclama

una suma superior, como son los doce mil euros (el “exotismo”, o “niño negrito” es una alegación nueva), la lesión sufrida por la vulneración de los derechos fundamentales del menor no alcanza la gravedad pretendida pues su imagen apenas queda afectada por una publicación meramente informativa y de carácter gratuito, dado además el tiempo transcurrido desde entonces hasta la formulación de la demanda.

CUARTO.- En materia de costas procesales, no procede hacer imposición de las de este recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco de las causadas en ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

1º. Estimar el recurso de casación interpuesto por Doña Laura, madre y representante de su hijo menor Heraclio, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede en Vigo, de 11 de noviembre de 2013, la cual casamos y anulamos, dejando también si efecto la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vigo, dictada en juicio ordinario 267/2011.

2º. Estimar la demanda entablada por Doña Laura, madre y representante de su hijo menor Heraclio, y condenar a los demandados Museo de la Ciencia de Valladolid y Chiquiocio Cultural SL a abonar al menor la suma de quinientos euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la sentencia de 1ª Instancia por el daño moral producido por la intromisión del derecho a la imagen, así como a borrar o eliminar cualquier tipo de archivo donde esté guardada la imagen del menor, así como se abstengan de publicar o ceder cualquier imagen del mismo a otras publicaciones, pagina web o medio de difusión.

3º. No hacer pronunciamiento respecto de las costas causadas en ambas instancias ni por este recurso.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al

efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido

en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

ELENA BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

(Tol 5214772)

Cabecera: Atentado. Declaración policial de un coimputado en sede policial no ratificada judicialmente. Evolución jurisprudencial. Doctrina Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, Plenos 28.11.2006 y 3.6.2015. Denuncia de torturas. Doctrina TEDH. Definición de coautoría, cooperación necesaria y complicidad. Doctrina de la Sala.

Jurisdicción: Penal

Ponente: *Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre*

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 20/07/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 487/2015

Número Recurso: 10121/2015

RESUMEN

No es posible fundamentar una condena en una declaración policial de un coimputado no ratificada. Se exige la existencia de verdaderos medios de prueba que acrediten datos objetivos contenidos en aquella declaración.

No existe prueba suficiente de un integración en el Comando Madrid en fechas anteriores al 23.5.94, ni de su participación en el atentado objeto del procedimiento, las pruebas que valora la Sala no acreditan su participación de forma indubitada.

La presunción de inocencia como derecho reaccional del acusado no precisa de un comportamiento activo por su parte, sino de los acusados en estos hechos fue absuelto en sentencia anterior por ser la declaración del coimputado la única prueba.

I. SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2015 DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SECCIÓN 2ª)

Los hechos probados se remontan al mes de mayo de 1994, cuando la acusada I.M. formaba parte de un comando terrorista. En el curso de las ac-

tividades violentas que tenía previsto realizar, decidió atentar contra la vida del teniente del ejército de tierra M. P. Para alcanzar dicho fin los integrantes del comando terrorista organizaron un dispositivo de vigilancia, controlando sus movimientos y obteniendo información de las horas de salida de su domicilio y del vehículo de su propiedad.

Con la información conseguida, y con vistas a culminar su propósito, tras haber preparado un artefacto explosivo de los denominados “lapa por desplazamiento de bola”, compuesto por unos 2000 Kg. de amosal y penitrita, en la mañana del día 23, en compañía de otros integrantes del referido comando terrorista, la propia I. M. se encargó de colocarlo en los bajos del vehículo del militar, en la vertical debajo del asiento del conductor. A las 8,40 horas aproximadamente, cuando circulaba a la altura del Km 6 de la carretera de N-V, entró en funcionamiento el dispositivo de activación del artefacto, haciendo explosión el mismo, que causó la muerte instantánea del militar, de 48 años de edad, quien dejó viuda y cuatro hijos en edad escolar. A consecuencia de la explosión quedó totalmente destrozado el vehículo. También padecieron las consecuencias de la explosión R. C., que sufrió lesiones que tardaron en curar 10 días y cuyo vehículo tuvo desperfectos tasados en 963,09 Euros y A. K., que igualmente resultó con lesiones que tardaron en curar 15 días y desperfectos en su vehículo.

Para materializar la huida, una vez colocado el explosivo, la acusada y quienes la acompañaban utilizaron un vehículo Volkswagen Polo Coupe que habían sustraído, entre las 22 y las 7 horas de los días 18 y 19 de mayo de 1994 y que abandonaron el día 1 de junio.

El 31 de julio de 1998 se dicta auto de procesamiento contra I.M.. Posteriormente, el 15 de marzo de 1999 se solicita su extradición a Francia y el 18 de noviembre de 2003 se la extradita, quedando desde esa fecha a disposición de las autoridades judiciales españolas. Sin embargo, no será hasta el 21 de marzo de 2012 cuando se dicte Auto acordando la reapertura del procedimiento.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: que debemos condenar y condenamos, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, como muy cualificada, a I.M, como autora criminalmente responsable de:

A) Un delito de atentado terrorista, con resultado de muerte a la pena de VEINTISÉIS (26) años de reclusión mayor, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena.

B) Dos delitos de lesiones a la pena por cada uno de ellos de DOS (2) años de prisión menor, con sus respectivas accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante la condena.

C) Un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno a la pena de TRES (3) meses de arresto mayor, con las mismas accesorias que en el caso anterior, y privación del permiso de conducir por tiempo de TRES (3) meses.

Y debemos absolverla y la absolvemos del delito de estragos por el que la acusaban las tres acusaciones, y de uno de los delitos de lesiones por el que la acusaba, en exclusiva, la acusación particular.

Asimismo, la condenamos a que indemnice a R.C. en la cantidad de 601 euros por lesiones y 963 por desperfectos en su vehículo; a A. K. en la cantidad de 901 euros por lesiones y en 601 por secuelas, y a los herederos del militar M.P. en la cantidad de quinientos mil (500.000) euros por el fallecimiento de este y en la de 150,25 euros por desperfectos en su vehículo.

Se condena, igualmente, a la procesada al pago de las costas del presente juicio, incluidas las de la acusación particular.

Frente a este fallo, con fecha de 23 de enero de 2014, el Ilmo. Sr. D. José Ricardo Prada Solaesa emitió Voto Particular en relación con la sentencia recurrida incluyendo en el mismo lo siguiente: *“En definitiva, mi posición que me lleva a emitir el presente voto particular es que no existe prueba de cargo suficiente para la enervación de la presunción de inocencia con la que cuenta de partida la acusada, ya que de la prueba de cargo practicada, por una parte, debe rechazarse cualquier valor probatorio directo e indirecto de la declaración policial no ratificada judicialmente por el testigo coimputado M. A., ni siquiera como base indiciaria o de deducciones o inferencias policiales a través de las que se pretendería construir informes de inteligencia policial con conclusiones probatorias, pero que en cualquier caso, aparte de su no valor, únicamente podrían haber tenido alguna clase de valor probatorio puestos en relación con la declaración policial no ratificada y que pretendería ser objeto de prueba, pero que, como decimos, no lo puede ser de ninguna manera en el presente caso dadas las características y circunstancias de la referida declaración. Por ello considero que la acusada debió haber sido libremente absuelta”*.

II. RECURSO DE LA ACUSADA

La acusada recurre en casación ante el Tribunal Supremo basándose en un único motivo: *vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, con apoyo procesal en el art. 5.4 LOPJ, al haberse condenado a I. M. como autora penalmente responsable de un delito de atentado terrorista, lesiones y utilización ilegítima de vehículo de motor, sin que exista prueba de cargo alguna que desvirtúe dicha presunción.*

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2015

La Sala admite el recurso de casación y lo estima, dictándose una segunda sentencia cuyo único fundamento consiste en afirmar que no existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada". En esta segunda sentencia se emite un nuevo fallo el 15 de julio de 2015, que absuelve a I.M. por los delitos de atentado terrorista con resultado de muerte y de lesiones, estragos terroristas y utilización ilegítima de vehículo de motor, y se determina que se dejen sin efecto cuantas medidas aseguratorias se tomaron en su contra. Además, se declaran de oficio las costas.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de julio de 2015 se pronuncia sobre el principio de presunción de inocencia y sobre la delimitación entre la autoría y la participación. Dos temas de especial relevancia y de directa aplicación práctica. El primero de ellos, porque esta garantía que asiste al justiciable vuelve a someterse a consideración del Tribunal, ofreciéndose un importante matiz para la interpretación del valor probatorio de las declaraciones en sede policial. En efecto, aunque, este tema ya ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia penal y constitucional, sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Supremo ajusta su anterior interpretación culminando con un Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de junio de 2015. A su vez, la segunda cuestión que se aborda en esta sentencia es uno de los más complejos que afectan a la dogmática penal: la distinción entre la autoría y participación, asunto éste no pacífico en la doctrina, que defiende diversas teorías interpretativas al respecto. Así, en concreto, en esta sentencia, el Tribunal Supremo reafirma su posición a favor de la llamada teoría del dominio del hecho.

1. El principio de presunción de inocencia

El Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de julio de 2015 se pronuncia, entre otros temas, sobre el alcance del principio de presunción de inocencia, que es el fundamento del proceso penal en todo Estado de Derecho. El mismo no sólo afecta al tratamiento de inocencia que debe darse al imputando, exigiéndose que la carga de la prueba recaiga sobre el que acusa, sino que también ha de valorarse en el propio juicio, desplegando sus efectos en el momento de la valoración de la prueba. No en vano, la presunción de inocencia es un auténtico derecho fundamental (art. 24 CE) mediante el que se prohíbe que un imputado pueda ser condenado sin pruebas. Ampara

así a toda persona hasta que la presunción de la que se beneficia no quede destruida por la prueba de la culpabilidad (STC 138/1992, F.2.).

En esta sentencia se analizan tres cuestiones relacionadas con la prueba:

1) En primer lugar, se limita con un mayor rigor el alcance del valor probatorio de las declaraciones en sede policial.

2) En segundo lugar, el Tribunal Supremo se pronuncia, asimismo, sobre el valor probatorio del silencio del acusado durante el juicio,

3) Y, finalmente, en esta sentencia se emite un juicio sobre el valor de las declaraciones realizadas bajo tortura.

A) El valor probatorio de las declaraciones realizadas en sede policial

La sentencia recurrida, según la defensa de la acusada, basa la condena en la declaración auto y heteroinculpatoria presentada en sede policial por un coimputado, M. A., la cual posteriormente no fue ratificada en el juicio. Esta prueba constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, por consiguiente, asistido del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En efecto, una declaración realizada en sede policial carece por sí misma de valor de prueba en nuestro ordenamiento. En un principio, la respuesta judicial a esta cuestión no fue unánime, ya que algunas sentencias, como, por ejemplo, la STS 1428/99 de 8 de octubre, se mostraron a favor de considerar que tales declaraciones podían tener valor probatorio, siempre que se introdujeran en el acto del juicio a través de su lectura, ex art. 714 LECrim, o fueran ratificadas en el juicio por el agente policial que las había presenciado (SSTS. 949/96 de 29 de noviembre, 1145/99 de 1 de julio y 428/2005 de 6 de abril). Por el contrario, otras resoluciones —SSTS. 944/2003 de 23 de junio, 5/2006 de 18 de enero y 1106/2005 de 30 de septiembre) se manifestaron en contra de esta posibilidad.

Esta discrepancia jurisprudencial dio lugar a la adopción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, que vino a establecer lo siguiente: *«Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».*

Tras este Acuerdo se dictaron un número importante de resoluciones, que permitieron perfilar los requisitos necesarios para que las declaraciones policiales pudieran ser valoradas como prueba de cargo. En concreto se determinaron las siguientes exigencias:

1) Que la declaración policial haya de efectuarse con la lectura previa de los derechos del detenido y en presencia de sus letrados defensores; y 2) que estas declaraciones, constitucional y procesalmente válidas, sean incorporadas al debate procesal del juicio, a través de la declaración de los agentes que las presenciaron (STS 1215/2006, de 4 de diciembre; STS 16/2010, de 25 de enero; STS 783/2007, de 1 de octubre)

La doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde la STC 31/1981, afirmó que la declaración en sede policial, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim “ (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2 EDJ 1989/11626; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, El 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2]. No obstante, ello no significa negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria —publicidad inmediación y contradicción—” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), la misma puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 68/2010, de 18 de octubre, que ha marcado, en cierta medida, un punto de inflexión en la aplicación del Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2006, reconociendo una vez más, que las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Del mismo modo que no lo tienen las autoincriminatorias, ni las heteroinculatorias prestadas ante la policía, las cuales no pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral se revele, en la mayor parte de los casos, imposible o difícil, sino, fundamentalmente, por no haberse efectuado en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar constitucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. A su vez, dicha sentencia añade, por primera vez, que “el testimonio de un agente policial ante el que se presta declaración no puede ir más allá de la mera constatación de que tal declaración tuvo lugar, que su contenido es el que se refleja en el atestado y que se desarrolló con las circunstancias que en el mismo se hagan constar”.

Efectivamente, así lo ha confirmado el Acuerdo del Pleno, STC 165/2014, de 8 de octubre, que reitera que “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”. Dicha sentencia ha efectuado un juicio de constitucionalidad acerca de las declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial, las cuales, además, “ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba”. En tal situación tres son los aspectos sobre los que se efectúa el análisis constitucional. El primero de ellos lleva a comprobar si la declaración autoinculpatoria del demandante, que documenta el atestado policial, fue regularmente obtenida. Confirmado este extremo, se viene a examinar si existieron pruebas de cargo, válidamente practicadas, que avalaran los datos objetivos que de aquella declaración policial pudieran extraerse, convirtiendo así el “objeto de prueba” en un “hecho acreditado”, habida cuenta de dicha declaración, como tal, aislada y considerada en sí misma, carece de valor probatorio alguno. Por ello, de constatarse su existencia, la última cuestión conduce a constatar si, a partir de la convicción judicial así expuesta, es posible concluir que la presunción de inocencia del demandante resultó rectamente enervada.

A eso se añade que, aun cuando la declaración en sede policial se prestara respetando todas las garantías y formalidades contempladas por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, incorporándose al juicio oral con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez, no por ello la misma ha de considerarse creíble, ni alcanza valoración probatoria frente a otras que presentan un sentido diferente.

Esta evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha culminado en el reciente Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de junio 2015, que adoptó el siguiente acuerdo: *“las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpatión son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpatión puede constituir un hecho base para legitimar ilógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido*

de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron”.

En definitiva, con buen criterio, el Tribunal Supremo, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, realiza una nueva interpretación del valor de una prueba, acompañándolo de mayores garantías, en consonancia con las exigencias de un Estado democrático de Derecho.

B) El valor probatorio del silencio del acusado durante el juicio

El Tribunal supremo en la sentencia objeto de comentario también se pronuncia sobre el valor probatorio del silencio del acusado durante el juicio. Así, viene, una vez más a reiterar que, aun cuando el silencio del acusado puede servir como dato que corrobore su culpabilidad, el mismo no puede suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él formulada (STC 155/2002, citando la SIC 220/1998, de 16 de noviembre). En este sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que “una vez que concurre prueba de cargo *“suficiente”* para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado”. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se corre el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. En definitiva, “es necesario constatar que, existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado y a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, las manifestaciones del acusado, en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada”.

C) El valor de las declaraciones bajo tortura

La sentencia también emite un juicio sobre el valor de las declaraciones realizadas bajo tortura. El Tribunal, manteniendo constante su doctrina, que asume los criterios señalados por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), afirma que “la declaración prestada bajo tortura supone, desde luego, prueba obtenida violentando derechos fundamentales y como tal inadmisibles y radicalmente nula” (STS 608/2013, de 17 de julio). En consecuencia, el Tribunal vuelve a insistir en que el derecho a no ser sometido a tortura, ni a penas o tratos inhumanos y degradantes puede ser vulnerado, tanto en su vertiente sustancial, como en su vertiente procesal.

Para declarar una violación sustancial de este derecho debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido, las acusaciones de malos tratos deben verse apoyadas “por elementos de prueba apropiados”, pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes. En cuanto a la violación del aspecto procesal de este derecho hay que tener presente también aquellos supuestos en los que el Tribunal no ha podido llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tortura, debido al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes”. Dicho de otra manera, también queda vulnerado este derecho cuando las autoridades no realizan una investigación profunda y efectiva tras la denuncia presentada por el demandante que sufrió malos tratos. En palabras del TC: “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

2. Delimitación entre autoría y participación

La distinción entre autoría y participación ha sido siempre una cuestión muy polémica en la doctrina española. El Código Penal regula una noción restrictiva de autor, ya que solo “son autores los que realizan el hecho”. Este concepto permite realizar diferentes interpretaciones. De ahí que existan varias teorías que intentan ofrecer un concepto de autor, distinguiéndolo de la figura del partícipe. Son las teorías subjetivas, objetivo-formal, objetivo-material y del dominio del hecho.

En la actualidad, se ha impuesto la *teoría del dominio del hecho*, originariamente impulsada por los finalistas (Welzel), y que, con posterioridad, ha sido desarrollada por Roxin. En ella se asumen criterios objetivos y subjetivos, y se considera que es autor “quien en la realización del delito aparece como figura clave, como personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento (Roxin). Dicho de otra manera, autor es el que tiene dolosamente el dominio del hecho, mientras que el partícipe interviene dolosamente en el hecho dominado por otro (Pérez Alonso).

Las tres clases de autoría que contempla el art. 28 CP muestran, a su vez, tres formas de dominio del hecho. Así, en la autoría inmediata se realiza el

hecho ejecutándolo de propia mano. Es lo que Roxin denomina dominio de la acción. En la coautoría se domina el hecho típico desempeñando una función esencial para el éxito del hecho durante la ejecución y dividiendo el trabajo entre todos. Es el denominado dominio funcional del hecho. Finalmente, en la autoría mediata, se habla de dominio de la voluntad, dado que se puede dominar el acontecimiento sin tener que participar en la realización típica, dominando al ejecutor.

En lo que respecta a la sentencia objeto de comentario, como en ella se indica, el Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, ya ha señalado [SSTS 114/2015 de 12.3 (*Tol* 4776739), 23/2015 de 4.2, 158/2014 de 12.3, 927/2013 de 11.12, 776/2011 de 20.7], que será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todos con ese dominio de la acción característico de la autoría. Por ello, se afirma, “cuando varios “participes” (*sujetos*) dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores. La coautoría no es, pues, una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho. No puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, (dominio funcional del hecho)”.

Por consiguiente, la jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo, sin más, sea suficiente para construir la coautoría, aunque constituye una condición, pero no la única. Ésta surge cuando a la decisión común acompaña una división de tareas entre los sujetos, que mantienen una relación horizontal, y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. De esta manera, la coautoría aparece caracterizada por un elemento subjetivo y otro objetivo. En un plano subjetivo, requiere una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Y desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

En el presente caso, “aunque a efectos dialécticos se admitiría que la recurrente no participó de forma directa en la causación de la muerte del teniente P. colocando el artefacto explosivo en los bajos del vehículo militar, se puede afirmar que ella realizó funciones de vigilancia sobre el mismo, controlando sus movimientos y obteniendo información sobre las horas de salida de su domicilio por las mañanas y del vehículo en que habitualmente se desplazaba. Estas funciones deben considerarse decisivas y determinantes para llevar a cabo el atentado. Por ello, surge el siguiente interrogante:

¿cómo se califican estos hechos? ¿la responsabilidad es como coautora o como partícipe?

En algunas ocasiones, el Tribunal Supremo, ha afirmado, que la “realización conjunta del hecho “implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del “*pactum scaeleris*” y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución” [STS. 11 de septiembre de 2000 (*Tol* 272315)]. En un sentido similar, la STS de 20 de julio de 2001 (*Tol* 67129) ha señalado que la autoría material, que describe el art. 28 CP, no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva”. Sin embargo, estos argumentos son una excepción en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritaria española que se manifiestan en contra de esta postura —aunque si es un tema muy discutido en aquellos otros casos donde existe una relación vertical, esto es, de subordinación de unos sobre otros en la división de tareas, donde unos emiten una orden y los otros tienen la “obligación” de ejecutarlas, como ocurre, por ejemplo, en las estructuras jerárquicamente organizadas—. En la coautoría, cuando los que intervienen mantienen una relación horizontal, quien sólo actúa en la preparación ya no domina la ejecución, porque suelta de sus manos el hecho y, por tanto, renuncia a dominarlo. Por el contrario, en otros sistemas, como el alemán, la jurisprudencia y un amplio sector de su doctrina científica si admite que la coautoría pueda integrarse con las contribuciones especialmente importantes en la fase preparatoria.

En el sentido indicado de la jurisprudencia española, la STS. 699/2005 de 6 de junio de 2005, entre otras, se decanta a favor de la teoría del dominio del hecho para distinguir entre coautores y cooperadores necesarios; visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”. Viene así a concluirse

que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo, a este respecto, es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”.

El cooperador, sea necesario o cómplice, participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio el signo distintivo de la cooperación necesaria. De ahí que se relegue la complicidad a los simples actos de ayuda, sin participación en la decisión ni en el dominio final del hecho. Por ello la complicidad “requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas” (STS. 1216/2002 de 28 de junio de 2002). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

A su vez, señala el Tribunal Supremo que “el dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, quiere ello decir que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél”. (STS. 888/2006 de 20 de septiembre de 2006).

En el caso presente que es objeto de valoración en la sentencia comentada, concluye el Tribunal afirmando que “no podría cuestionarse que la realización de esas labores de vigilancia y obtención de información serían esenciales para la ejecución del hecho y constitutivas, en su caso, de *cooperación necesaria* como las mismas consecuencias punitivas que la coautoría. Ahora bien la integración de la recurrente en el comando terrorista en la fecha del atentado y la realización por su parte de aquellas funciones solo se sustentan en la declaración policial del coimputado M. A. que, tras incluir a I. M. entre quienes formaban parte del comando terrorista, manifestó que “la información para realizar el atentado la realizan todos los miembros del

comando. Ven al teniente subirse de uniforme al vehículo y le toman la matrícula...”. Descartada la validez como prueba de cargo de tal declaración y no existiendo prueba de cargo de su participación directa en la ejecución material del atentado, se concluye afirmando que tampoco existe prueba alguna acerca de que realizara esas labores logísticas ni que perteneciera al “núcleo duro operativo” del referido comando, al menos a finales de mayo de 1994. Por consiguiente, se declara su absolución.

Sentencia nº 487/2015

ENCABEZAMIENTO:

Nº: 10121 / 2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Fallo: 15/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 487 / 2015

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Andrés Palomo Del Arco, Dª. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Tatiana Sacramento**, contra la Sentencia de fecha 16 de enero de 2015, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Sumario 30/1994 del Juzgado Central de Instrucción número 2, por delito de atentado terrorista con resultado muerte y otros; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido

para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Maite Ramona y Camino Zaira, representadas por el Procurador Sr. Vila Rodríguez, Asociación Víctimas del Terrorismo, representada por la Procuradora Sra. Álvaro Mateo.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, instruyó sumario con el número 30 de 1994, contra Tatiana Sacramento, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, con fecha 16 de enero de 2015, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- En el mes de mayo de 1994, Tatiana Sacramento, conocida con el alias de “ Bicha ”, mayor de edad, formaba parte del denominado “Comando Madrid”, de la organización terrorista ETA, que, en el curso de las actividades violentas que tenía previsto realizar, decidió atentar contra la vida del entonces teniente del ejército de tierra Roberto Antonio, a cuyo fin sus integrantes montaron un dispositivo de vigilancia sobre él, con la finalidad de controlar sus movimientos y obtener información, en particular, de las horas de salida de su domicilio por las mañanas y vehículo de su propiedad, en que se desplazaba habitualmente, SEAT 124, matrícula Y-....-YX.

Con la información conseguida, y en la idea de culminar su propósito, tras haber preparado un artefacto explosivo, de los denominados lapa por desplazamiento de bola, compuesto por unos 2000 Kg. de amosal y penitrita, en la mañana del día 23, en compañía de otros integrantes del referido "Comando Madrid", la propia Tatiana Sacramento se encargó de colocarlo en los bajos del vehículo del militar, en la vertical debajo del asiento del conductor, quien, sobre las 8 horas del referido día 23, lo cogió para trasladarse desde su domicilio, sito en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, hasta el cuartel de Ingenieros, donde prestaba sus servicios, siendo acompañado en un primer momento por una de sus hijas, hasta que la dejó en su colegio.

Reanudada la marcha, y siendo las 8,40 horas aproximadamente, cuando circulaba a la altura del Km 6 de la carretera de N-V, entró en funcionamiento el dispositivo de activación del artefacto, haciendo explosión el mismo, que causó la muerte instantánea del militar, de 48 años de edad, quien dejó viuda y cuatro hijos en edad escolar. A consecuencia de la explosión quedó, también, totalmente destrozado del SEAT 124, cuyos daños se han tasado en 150,25 euros.

Padecieron las consecuencias de la explosión Raul Placido, quien sufrió lesiones que tardaron en curar 10 días y cuyo vehículo, matrícula F-....-FZ, tuvo desperfectos tasados en 963,09 e, y Julian Primitivo, quien, igualmente, resultó con lesiones que tardaron en curar 15 días, durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela un cuadro de ansiedad, además de haber tenido desperfectos su vehículo, matrícula....-UD, que reparó él mismo.

Para materializar la huida, una vez colocado el explosivo, la acusada y quienes la acompañaban utilizaron el vehículo Volkswagen Polo Coupe, matrícula F-....-FW, que habían sustraído, entre las 22 y las 7 horas de los días 18 y 19 de mayo de 1994 en la calle Provencio de Madrid a su propietario Horacio Victorio, y abandonaron el día 1 de junio.

SEGUNDO.- Con fecha 31 de julio de 1998 se dicta auto de procesamiento contra Tatiana Sa-

cramento; el 15 de marzo de 1999 se solicita su extradición a Francia; el 18 de noviembre de 2003 se la extradita, quedando desde esa fecha, en consecuencia, a disposición de las autoridades judiciales españolas, pero hasta el 21 de marzo de 2012 no se dicta auto acordando la reapertura del presente procedimiento para ella.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: que debemos condenar y condenamos, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, como " muy calificada, a Tatiana Sacramento, como autora criminalmente responsable de:

A) Un delito de atentado terrorista, con resultado de muerte, anteriormente definido, a la pena de VEINTISEIS (26) años de reclusión mayor, con su accesoría de inhabilitación absoluta durante la condena.

B) Dos delitos de lesiones, también descritos con anterioridad, a la pena por cada uno de ellos de DOS (2) años de prisión menor, con sus respectivas accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante la condena

C) Un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno a la pena de TRES (3) meses de arresto mayor, con las mismas accesorias que en el caso anterior, y privación del permiso de conducir por tiempo de TRES (3) meses.

Y debemos absolverla y la absolvemos del delito de estragos por el que la acusaban las tres acusaciones, y de uno de los delitos de lesiones por el que la acusaba, en exclusiva, la acusación particular.

Asimismo, la condenamos a que indemnice a Raul Placido en la cantidad de 601 euros por lesiones y 963 por desperfectos en su vehículo; a Julian Primitivo en la cantidad de 901 euros por lesiones y en 601 por secuelas, y a los herederos de Roberto Antonio en la cantidad de quinientos mil (500.000) euros por el fallecimiento de este y en la de 150,25 euros por desperfectos en su vehículo.

Se difiere para ejecución de sentencia la determinación, en su caso, de la partida indemnizatoria solicitada por lesiones y/o secuelas a favor de Maite Ramona.

Se condena, igualmente, a la procesada al pago de las costas del presente juicio, incluidas las de la acusación particular.

Con fecha 23 de enero de 2014, emití Voto Particular el Ilmo. Sr. D. José Ricardo Prada Solaesa en relación con la sentencia recurrida incluyendo en el mismo lo siguiente: “ *En definitiva, mi posición que me lleva a emitir el presente voto particular es que no existe prueba de cargo suficiente para la enervación de la presunción de inocencia con la que cuenta de partida la acusada, ya que de la prueba de cargo practicada, por una parte, debe rechazarse cualquier valor probatorio directo e indirecto de la declaración policial no ratificada judicialmente por el testigo coimputado Gabino Desiderio, ni siquiera como base indiciaria o de deducciones o inferencias policiales a través de las que se pretendería construir informes de inteligencia policial con conclusiones probatorias, pero que en cualquier caso, aparte de su no valor, únicamente podrían haber tenido alguna clase de valor probatorio puestos en relación con la declaración policial no ratificada y que pretendería ser objeto de prueba, pero que, como decimos, no lo puede ser de ninguna manera en el presente caso dadas las características y circunstancias de la referida declaración. Por ello considero que la acusada debió haber sido libremente absuelta*”.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Tatiana Sacramento que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de la recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 24 de la Constitución Española y del derecho a la presunción de inocencia de la acusada. Considera el recurrente que las pruebas de cargo para condenar a la acusada se basan en la declaración policial

y heteroinculpatória de Gabino Desiderio, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Considera que la valoración por los Tribunales de declaraciones policiales no ratificadas judicialmente constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y por ende del derecho a la presunción de inocencia.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación y Vista prevenida el día quince de julio de dos mil quince

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: El motivo primero y único por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, con apoyo procesal en el art. 5.4 LOPJ, al haberse condenado a Tatiana Sacramento como autora penalmente responsable de un delito de atentado terrorista, lesiones y utilización ilegítima de vehículo de motor, sin que exista prueba de cargo alguna que desvirtuó dicha presunción.

La sentencia recurrida basa la condena en la declaración policial auto y heteroinculpatória presentada en sede policial por un coimputado Gabino Desiderio, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, en el sentido de que la valoración de los Tribunales como prueba de cargo de declaraciones policiales no ratificadas judicialmente constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y por ende del derecho a la presunción de inocencia, refiere la STS. 848/2014 de 9.12, y las del TC. 53/2013 de 28.2 y 165/2014 de 8.10, la necesidad de analizar si al margen de la regularidad o no de la declaración prestada en dependencias policiales por el coimputado Gabino Desiderio, existen otras pruebas de cargo válidamente prestadas que acrediten la participación de Tatiana

Sacramento en los hechos por los que viene siendo acusado. Y concluye que eliminando del acervo probatorio las declaraciones policiales de Gabino Desiderio no existe ningún elemento de prueba de cargo que pudiera acreditar un atisbo de duda, que la recurrente hubiera participado en los hechos enjuiciados, porque las pruebas valoradas por la Sala de instancia no son sino indicios que llevan a la misma a dar por corroborada la declaración policial del coimputado y este no es el razonamiento que ha de realizarse, sino que lo que ha de argumentarse es si existen otros medios de prueba ajenos a la declaración policial heteroinculpatoria que acrediten la veracidad de ésta, no que la corroboren más o menos de forma genérica que es lo que ocurre en este caso. No estamos por ello, ante una declaración de coimputado válidamente prestada ante un Juez, la cual puede ser objeto de corroboración por otros datos o elementos periféricos, lo que constituiría prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia. Y tal como señala el voto particular de la sentencia recurrida, el resto de la prueba practicada en la vista oral, los informes periciales de inteligencia y varias testificales “de ninguna manera es suficiente ni para la enervación de la presunción de inocencia y ni muchos menos para llegar a una conclusión probatoria libre de dudas razonables”, reproduciendo el apartado 7º del mencionado Voto Particular”.

SEGUNDO: Sobre el valor de las declaraciones realizadas en sede policial y no ratificadas judicialmente se ha ido desarrollando una jurisprudencia no lineal en evolución y con no pocos matices y modulaciones. Aquí —como precisa la reciente STS. 174/2015 de 14.5— no estamos, además, ante una declaración autoinculpatoria, sino ante las manifestaciones inculpativas de un co-acusado en sede policial lo que hace todavía más endeble, si no nulo, su valor. Habría que combinar la doctrina sobre el alcance de las declaraciones del coimputado (por sí solas no bastan para destruir la presunción de inocencia, al ser preciso que tengan elementos corroboradores); con las singularidades de una declaración realizada en sede policial, que carece por sí de valor de prueba en nuestro ordenamiento.

1. En efecto la problemática al respecto no es reciente: De hecho fue objeto de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 28.11.2006, toda vez que, hasta esa fecha, la respuesta jurisprudencial no había sido uniforme.

Así, antes del citado acuerdo, algunas sentencias de esta Sala, entre ellas, la STS 1428/99 de 8.10, se habían mostrado a favor de considerar que tales declaraciones tendrían valor probatorio siempre que se introdujeran en el acto del juicio a través de su lectura, ex art. 714 LECrim, Otras resoluciones —SSTS. 944/2003 de 23.6 ó 5/2006 de 18.1— se habrían mostrado, sin embargo, en contra de esta posibilidad.

Asimismo, se había defendido la posibilidad de valorar estas declaraciones si, además de ser introducidas debidamente en el acto del juicio, eran ratificadas en él por el agente policial que las había presenciado. En este sentido se habrían pronunciado en SSTS. 949/96 de 29.11, 1145/99 de 1.7, 428/2005 de 6.4.

La STS. 1106/2005 de 30.9, con cita de la STS. 918/2004, declaró, por su parte, que la declaración policial autoinculpativa, a lo sumo, podía ser fuente de prueba, dando lugar a una línea de investigación, pero no prueba en sí misma

2. Esta discrepancia jurisprudencial, como hemos indicado, dio lugar a la adopción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, que dice lo siguiente: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».

Tras el Acuerdo señalado se dictaron un número importante de resoluciones que, en aplicación estricta del mismo, concluyeron que las declaraciones policiales podían ser valoradas como prueba de cargo si habían sido válidamente prestadas, habían sido debidamente introducidas en el plenario y sometidas, en consecuencia, a una adecuada contradicción.

Entre ellas podemos citar las siguientes:

1) STS 1215/2006, de 4 de diciembre, en esta resolución, se concluyó que el tribunal de instancia actuó conforme a Derecho al valorar las declaraciones policiales como prueba de cargo,

a pesar de que en el acto del juicio los acusados se habían retractado de las mismas. Dichas declaraciones se habían efectuado en su día con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecían y, además, habían sido objeto de reproducción en el juicio oral, pues se había preguntado a los acusados sobre ellas y la defensa había podido ejercitar su facultad de contradicción.

2) STS 783 /2007, de 1 de octubre en línea con la resolución anterior, se sostiene que, en los supuestos en los que un testigo o acusado preste declaración ante la Policía en un determinado sentido, que después rectifica ante la autoridad judicial, su declaración en sede policial podría ser valorada como prueba, siempre que hubiera sido prestada con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento y fuera incorporada al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron.

3) En esta resolución, con cita de otras sentencias anteriores de la Sala, se reconoce valor probatorio a las declaraciones prestadas en sede policial, destacando especialmente la importancia de que hayan sido corroboradas por los agentes policiales que las presenciaron.

4) STS 16/2010, de 25 de enero, se mantiene la misma posición que en las sentencias anteriores, de manera que los requisitos para que las declaraciones policiales puedan ser valoradas como prueba de cargo son dos: i) que la declaración policial se efectuara con previa lectura de sus derechos a los detenidos y en presencia de sus letrados defensores; y ii) que estas declaraciones, constitucional y procesalmente válidas sean incorporadas al debate procesal del juicio, a través de la declaración de los agentes que las presenciaron.

3. Ahora bien el 18.10.2010 el Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 68/2010 de 18 de octubre, que ha marcada en cierta medida, un punto de inflexión en la jurisprudencia de esta Sala de lo Penal, y particularmente en aquella que en aplicación del acuerdo de 28.11.2006, venía admitiendo, antes de esa fecha, que las declaraciones policiales pudieran ser valoradas,

como prueba de cargo, si se introducían debidamente en el juicio oral. Decía dicha sentencia. No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim " (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2 EDJ 1989/11626; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, El 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2].

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2). Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial.

Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente

las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (STC 51/1995, FJ 2).

Más concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, "las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 c)). Por otra parte, "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara conclusa la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía.

Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reite-

rada y ratificada ante el órgano judicial" (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 d).

De lo anterior podemos concluir, entonces, que la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio como erróneamente entendieron los órganos judiciales. Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente. Esa conclusión nos exime, por lo demás, de analizar si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales. En efecto, la recurrente denuncia que la corroboración de la citada declaración, exigida por la doctrina constitucional para dotar de validez como prueba de cargo al testimonio del coimputado, se obtiene a partir del testimonio de referencia de los agentes policiales que testificaron en el acto del juicio sobre lo que oyeron afirmar a otros policías.

Y como se ha dejado constancia en los antecedentes, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de instancia se afirma que la convicción del Tribunal sentenciador se ha obtenido no sólo por la declaración de la coimputada, "sino que también se ha basado en la corroboración que de la misma han proporcionado los agentes de la policía que asistieron al acto del juicio". En la medida en que dicho testimonio es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar».

A partir de ese momento la doctrina del Tribunal Constitucional sigue esencialmente la línea

marcada por esta sentencia. Podemos citar las resoluciones siguientes:

1) STC 53/2013, de 28 de febrero. «c) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual “dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim”, por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5b, “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”. Una vez señalado que la declaración ante la policía no constituye como tal, y por sí sola, un medio de prueba, no es preciso en este momento entrar en el análisis de problemas asociados a ello, abordados en nuestros precedentes pero sin relevancia alguna en este recurso.

d) El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria —publicidad inmediación y contradicción—” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.

Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias las heteroincinatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar

institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y coparticipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, 206/2003, de 1 de diciembre, 68/2010, de 18 de octubre. En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola».

2) STC 23/2014, de 13 de febrero. «La respuesta que hemos de dar a esta cuestión ha de partir de aquilatar el valor atribuido a las declaraciones policiales de los demandantes en el conjunto probatorio, valor que en la demanda se presenta como capital o determinante pero que el examen conjunto de las resoluciones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo permite relativizar extremadamente. En efecto, la lectura del primer párrafo de los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Nacional razona que la perpetración del hecho enjuiciado quedó acreditado por la declaración del testigo conductor del autobús que declaró tanto en la instrucción de la causa como en el juicio oral, atribuyéndose en la Sentencia a las declaraciones de los demandantes de amparo efectuadas ante la Ertzaintza simple valor confirmatorio de la versión ofrecida por el testigo presencial. Consecuentemente, cabe afirmar que las declaraciones policiales de dos de los demandantes de amparo tuvieron un peso complementario y secundario para que el órgano judicial alcanzara su convicción en relación con las características del hecho enjuiciado (características que incidían en la calificación jurídica de los hechos, según pone de manifiesto la lectura de la Sentencia). Tan limitada influencia a la hora de lograr la convicción judicial sobre los hechos enjuiciados se ve confirmada en la Sentencia de casación al afirmar que el valor probatorio atribuido a las declaraciones policiales “no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial”, sino de las declaraciones vertidas en el juicio oral, esto es, en el conjunto probatorio del plenario del que forma parte la declaración del

testigo presencial conductor del autobús. Así se desprende de la afirmación del Tribunal Supremo al declarar, de modo conclusivo, que “en este sentido debe entenderse la afirmación de la Audiencia Nacional, que parece querer otorgar virtualidad probatoria al testimonio policial por haberse producido con acomodación a las leyes procesales, cuando no es esa la causa de su eficacia probatoria.” De este modo, al negar virtualidad probatoria autónoma a las declaraciones policiales controvertidas, la STS frente a la que se demanda amparo y que agotó la vía judicial previa, se acomoda a la doctrina constitucional consolidada acerca de la insuficiencia de las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente para constituir medios de prueba en los que fundar la convicción judicial, expuesta últimamente en la STC 53/2013, de 28 de febrero, a cuya exposición doctrinal nos remitimos.

Efectuada la precisión anterior sobre la virtualidad atribuida en las Sentencias impugnadas a las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente, la realidad es que las resoluciones frente a las que se demanda amparo asientan la culpabilidad de los demandantes de amparo en la valoración de la prueba del ADN obtenida por la comparación del extraído a partir de los restos biológicos hallados en las capuchas utilizadas para la perpetración de los hechos con el obtenido de las correspondientes colillas de cigarrillos arrojados por los demandantes de amparo. Así lo revela la lectura atenta y contextualizada de la Sentencia de instancia, que en el último y extenso párrafo del fundamento jurídico primero, apartado A), sostiene que la participación de los acusados queda probada por la afirmación del testigo presencial de que los autores iban cubiertos con capuchas, la recogida por la Ertzainza de colillas arrojadas por los demandantes, el análisis del ADN comparativo con el obtenido de las capuchas recogidas por la propia Ertzainza momentos después de perpetrarse los hechos, detallando seguidamente el testimonio que acredita cada uno de estos hechos».

3) STC, Pleno, 165/2014, de 8 de octubre.

«c) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas

extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual “dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim”, por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5 b), “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”.

El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad inmediata y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba”.

Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroincriminatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. De ese modo, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola (STC 53/2013, FJ 4). Debemos recordar que el art. 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrIm) encomienda a la policía judicial la averiguación de los delitos y la práctica, según sus atribuciones, de las dili-

gencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delinquentes, así como recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. El resultado de tales diligencias se documentará en un atestado, en el que se especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito (art. 292 LECrim).

Por tanto, forma parte del contenido natural del atestado la toma de declaración a cuantas personas pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados. Concluidas las diligencias policiales, el atestado será remitido a la autoridad judicial, que podrá acordar la incoación del correspondiente proceso penal y, en caso de su prosecución, remitirá al tribunal sentenciador el atestado, como el resto de las actuaciones que conforman el sumario. Ahora bien, esta normal idoneidad del atestado para ser incorporado al proceso no equivale a considerar que las declaraciones que en el mismo se contengan constituyan un medio de prueba, como seguidamente se expondrá.

(...) Como ya ha quedado expuesto, plantea la demanda el valor probatorio de las declaraciones autoinculatorias prestada en unas diligencias policiales. La respuesta es inequívoca: ninguno. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a, todo imputado con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquél reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen. Sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el art. 741 LECrim.

El Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), como señala la STEDH dictada por la Gran Sala el 1 de junio de 2010 en el caso Gäfgen c. Alemania, garantiza en su art. 6 EDL

1979/3822 e] derecho a un proceso equitativo pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba, cuestión que compete al derecho interno; lo que queda excluido es la utilización de confesiones obtenidas con violación del art. 3 CEDH, en el que se establece la interdicción de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, añadiendo que el art. 3, a diferencia del art. 6, consagra un derecho absoluto (§ 178). Ya anteriormente señaló la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Luca, § 40, que “utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no vulnera el artículo 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, estos exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde” (en el mismo sentido, SSTEDH de 20 noviembre 1989, caso Kostovski c. Holanda; de 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia EDJ 1990/12381; y de 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria EDJ 1991/12527). El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción.

Por ello, desde la STC 31/2001, de 28 de julio, FJ 4, venimos diciendo que para que la confesión ante la policía se convierta en prueba no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial. Nuestra jurisprudencia ha

repetido de modo constante que “las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo” (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

Estamos ante una opción del legislador español que en caso de no ser respetada por los órganos judiciales da lugar a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), e incluso del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado.

5. Llegados a este punto es preciso armonizar dos extremos: de un lado, los demandantes reconocieron los hechos punibles en sendas declaraciones prestadas con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, por lo que tales declaraciones fueron válidamente incorporadas al proceso. De otro, tal confesión no tiene valor de prueba de cargo para sustentar su condena. Pero al mismo tiempo hemos señalado repetidamente que “e] atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba” (STC 31/2001, de 28 de julio, FJ 4). Por consiguiente, dado que la declaración policial autoincriminatoria no es la prueba sino el objeto sobre el que deberá versar la actividad probatoria, ha de seguirse de ello que las partes acusadoras tienen, derivado del art. 24.2 CE, el derecho a proponer medios de prueba tendentes a acreditar que el imputado fue veraz cuando reconoció el hecho delictivo.

La declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión pero sí una de manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. De una parte, como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, incidiendo en su propia credibilidad. De otra, la declaración policial puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. Las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Por ello en nuestra

STC 53/2013, de 28 de febrero, FJ5, declaramos que “se producirá también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado” lo que sucederá “cuando la prueba personal eliminada sea la única tornada en cuenta por la resolución impugnada”. Pero la cuestión debe analizarse con una perspectiva diferente si esas declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba.

6. El traslado de las anteriores consideraciones al presente caso permite descartar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y, consiguientemente, del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) de los recurrentes (...).

(...) La exigencia de que se produjera la incorporación al plenario de las declaraciones policiales con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, fue escrupulosamente observada, pues la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales.

Ahora bien, de cuanto antecede sólo podemos concluir que la declaración del agente de la Guardia Civil fue idónea para formar el juicio del tribunal acerca de las circunstancias en que se prestó la declaración de los detenidos, pero sin incidir en el contenido veraz o no de esas mismas declaraciones. No cabe pretender que ese testimonio pueda ser valorado y tenido en cuenta para otorgar mayor credibilidad a las declaraciones policiales de los recurrentes frente a sus posteriores retractaciones en la fase de instrucción ante el Juez y luego en la vista oral. El testimonio de un agente policial ante el que se presta declaración no puede ir más allá de la mera constatación de que tal declaración tuvo

lugar, que su contenido es el que se refleja en el atestado y que se desarrolló con las circunstancias que en el mismo se hagan constar. Como señala el Ministerio Fiscal, pretender extender su comparecencia como testigo a un examen de la credibilidad de la declaración o incluirla como elemento de valoración probatoria de refuerzo de ella frente a otras de sentido diferente, no es posible. En efecto, como señala el art. 297 LECrim, las declaraciones de los funcionarios de policía judicial documentadas en el atestado “tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”, pero las demás manifestaciones que hicieren a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado sólo “se considerarán denuncias para los efectos legales”.

b) Debemos por tanto examinar a continuación si, como se afirma en la demanda, la condena de los recurrentes está exclusivamente fundada en su reconocimiento de los hechos ante los agentes de la Guardia Civil.

A la vista de las resoluciones judiciales impugnadas, los medios de órganos judiciales prueba ajenos a la autoinculpación que han ponderado los para, apreciar la responsabilidad de los demandantes son de distinto signo.

(...) Estos elementos probatorios, ajenos a las declaraciones autoinculporatorias pero que acreditaron la veracidad de éstas, son los que han llevado a los órganos de la jurisdicción penal a alcanzar un juicio sobre la responsabilidad penal de los demandantes, sin incurrir en vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)».

4) STC 33/2015, de 2 de marzo. «5. Ahora bien, aunque la declaración autoinculporatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión, ni tiene valor de prueba de cargo para sustentar la condena según se ha razonado, sí es una manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. La STC 165/2014, del Pleno de este Tribunal, tantas veces citada, ha señalado y se ha ocupado del juicio de constitucionalidad que corresponde cuando esas declaraciones autoinculporatorias do-

cumentadas en el atestado policial, además de existir, “ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba”.

En esa última hipótesis, según la doctrina ya tantas veces recordadas, tres son los planos del análisis constitucional. El primero de ellos, comprobar que la declaración autoinculporatoria del demandante que documenta el atestado policial fue regularmente obtenida. Superado afirmativamente ese primer nivel, el siguiente escalón pide examinar si hubo pruebas de cargo válidamente practicadas que vengan a avalar los datos objetivos que de aquella declaración policial pudieren extraerse, convirtiendo el “objeto de prueba” en un “hecho acreditado”, pues aquella declaración, como tal, aislada y en sí misma considerada, ya se dijo, no tiene valor probatorio alguno. De constatar su existencia, el último peldaño consiste en constatar si, a partir de la convicción judicial así expuesta, es posible concluir que la presunción de inocencia del demandante resultó rectamente enervada.

6. El traslado al supuesto de hecho de las anteriores consideraciones permite ya descartar la pretendida vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, así como también del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

(...) b] Afirmada la observancia de las garantías exigibles a la declaración en sede policial, se ha de resaltar que no cuestiona el demandante que la incorporación de su contenido al acto de enjuiciamiento se realizó con sometimiento pleno a las garantías de publicidad, contradicción e intermediación, respetando así la triple exigencia constitucional característica de toda actividad probatoria.

El Ministerio Fiscal propuso en el momento procesal oportuno que el acta policial que recoge la declaración del demandante se incorporara al acervo probatorio. A tal fin, no sólo la incluyó entre la proposición de prueba de sus conclusiones provisionales, sino que, en el momento mismo del enjuiciamiento, el contenido del acta fue objeto de examen contradictorio mediante un efectivo interrogatorio del acusado, expresamente interpelado al efecto al venir a retractarse de

nuevo de lo que inicialmente depuso. La incorporación de la declaración policial no consistió, por tanto, en una mera reproducción genérica y rituarial en la vista de lo ya documentado, sino en un interrogatorio activo del acusado sobre el contenido, concreto y detallado, de lo que en su día manifestó, oportunidad que, contestando a las preguntas que le eran formuladas, utilizó para negar que hubiera declarado consentida y libremente, sino provocado por una actuación policial irregular. Reconoció, no obstante, que conducía el Peugeot 206 cuando se produjo su detención y que, estando en ese momento acompañado del también acusado Raul Placido., la presencia de ambos en el puerto se debía a haber llevado hasta allí a un tercer Ramon Gregorio (A.), asimismo implicado en los hechos.

De esta manera, ante la retractación del acusado operada en el acto del juicio oral y la confrontación de sus distintas manifestaciones, el resultado de la diligencia policial accedió legítimamente al debate procesal contradictorio directamente suscitado ante el Tribunal encargado de enjuiciar. c) Resta ahora examinar si —tal y como afirma el demandante— su condena se asienta exclusivamente en ese inicial reconocimiento de los hechos, después desmentido, lo que sería inconstitucional, o sí, por el contrario, cuenta con apoyaturas que permitan entender rectamente enervada su presunción de inocencia (STC 80/1991, de 15 de abril). Y son varios los medios de prueba que ponderó la Audiencia Provincial y que la llevaron a apreciar finalmente su responsabilidad en los hechos, ponderación que, a su vez, refrendó el Tribunal Supremo al estimarla sólida y racionalmente fundada.

El demandante reconoció en sede policial la función de vigilancia, aportando datos y circunstancias cuya veracidad pudo constatar a través de los pertinentes medios de prueba. Entre ellos, el testimonio de los agentes que efectuaron las vigilancias los días previos al desembarco y que en más de una ocasión vieron el vehículo del demandante merodeando por la zona donde finalmente se materializó, sin que acreditara el acusado la aducida ajenidad en la conducción, que más racionalmente se infiere de contrario,

como queda visto. También se dispuso del testimonio del agente que practicó su detención a bordo del vehículo en cuestión, incontrovertidamente conducido por el demandante, instantes después de desembarcado el alijo y en uno de los puntos decididos por Ramon Gregorio. y Adriano Isaac. para “dar el agua”.

Sobre este aspecto, el demandante da a entender que la valoración del acervo probatorio que le concierne queda estrictamente limitada al fundamento de Derecho 6 de la Sentencia de instancia. Sin embargo, tal proceder vendría a suponer un sesgo improcedente de la abundante descripción probatoria de la que dicha resolución da cuenta y que, abarcando los fundamentos jurídicos 3 a 10, debe ser interpretada como un todo, y no desmembrando los diferentes indicios que se señalan, como tampoco las pruebas que los soportan y que configuran, en última instancia, la convicción valorativa de conjunto alcanzada por el órgano judicial ex art. 741 LECrim. En esa convicción atribuye un valor relevante a las conversaciones telefónicas sostenidas tanto días antes como el mismo día del desembarco entre diversos miembros del operativo clandestino, cuyo contenido más representativo transcribe literalmente la Sentencia de instancia. Así sucede con las frecuentes conversaciones habidas los días 16 y 18 de noviembre de 2007 entre uno de los máximos organizadores (Adriano Isaac.) y quien había asumido las labores de captación y distribución de los “aguadores” (Ramon Gregorio.), asimismo detenido en el lugar de los hechos.

La prueba de cargo se sitúa no en la declaración policial, sino en el conjunto de datos que devienen acreditados por medios probatorios procesalmente idóneos y que llevan a alcanzar una inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida y luego desmentida.

En este contexto no es infundado, inferir, de la pluralidad de indicios que expone el Tribunal a quo (fundamento de Derecho 2), la participación personal del demandante en la logística del caso. Semejante conclusión no obedece a unas aisladas manifestaciones policiales. Por el contrario, tiene sustento en un cuerpo de sólidos indicios

obtenidos de auténticas pruebas de modo regular, válida y oportunamente practicadas en el plenario, que vino a acreditar la veracidad de aquellos primeros datos que él mismo proporcionó y que conducen, fundada y racionalmente, a la convicción obtenida por el órgano encargado del enjuiciamiento al afirmar su responsabilidad penal.

Los razonamientos precedentes llevan a la conclusión de que las resoluciones judiciales impugnadas no lesionaron el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, como tampoco de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE), por lo cual procede desestimar el amparo solicitado».

4. En similar dirección tras el dictado por el Tribunal Constitucional de la sentencia 68/2010 de 18.10, la jurisprudencia de esta Sala Segunda comenzó a introducir algunas matizaciones en lo dicho hasta el momento, inclinándose paulatinamente a negar valor probatorio a las declaraciones prestadas en sede policial, aún cuando hayan sido introducidas en el acto del juicio y ratificadas por los agentes policiales que las presenciaron. Tales declaraciones, según la jurisprudencia mayoritaria, podrán ser a lo sumo, objeto de prueba, que no medio, si aportan datos relaciones con los hechos.

Entre las sentencias dictadas, podemos citar las siguientes:

1) STS 726/2011, de 6 de julio. En esta resolución se descarta que el contenido de la declaración prestada en sede policial pueda constituir prueba de cargo. Ahora bien, si, en dicha declaración se contienen datos objetivos cuya existencia es después comprobada mediante otras diligencias (por ejemplo, a través de la testifical de quienes las presenciaron y la aportación material de sus resultados), tales diligencias incorporadas debidamente al juicio oral, pueden ser valoradas como elementos relevantes dentro de un razonamiento inferencial, al objeto de establecer conclusiones en el aspecto fáctico.

2) STS 866/2011, de 21 de junio. En la misma línea que la resolución anterior, se sostiene que la declaración policial es un «hecho» consistente

en que el acusado, en un momento determinado, hizo aquellas manifestaciones que se le atribuyen. Un hecho que puede ser probado mediante la testifical prestada en el acto del juicio oral. No es una confesión, ni se le puede atribuir el valor de un medio probatorio de esa naturaleza. Ni tan siquiera es susceptible de ser introducido como tal —a diferencia de lo que ocurre con la declaración ante el juez de Instrucción luego negada o contradicha en el plenario—, mediante su lectura al amparo del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal.

Este «hecho», por otro lado, no tendrá un valor significante de verdadera importancia si no es como un elemento más, junto con la probanza de otros datos objetivos que permitan, conectados entre sí, conforme a las más estrictas reglas de la lógica, afirmar la realidad de unos acontecimientos en los que, generalmente, por su conocimiento evidente de los mismos, el autor de aquella declaración se presente como partícipe. Este «hecho» (que no «prueba») puede tener relevancia a efectos probatorios, teniendo en cuenta que puede también incluir datos o circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios, etc.

3) STS 1055/2011, de 18 de octubre. Se reitera la idea de que es necesario que los datos aportados en la declaración policial resulten corroborados por otras pruebas. La declaración, en efecto, puede aportar datos objetivos, hasta entonces desconocidos, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a la obtención de verdaderas pruebas. Además, las diligencias de comprobación de la existencia de los aspectos fácticos contenidos en la declaración policial del imputado, podrán ser valoradas en función de su contenido incriminatorio, una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral.

4) STS 245/2012, de 27 de marzo. Partiendo de la doctrina general, que excluye que las declaraciones policiales puedan ser valoradas como prueba de cargo, se afirma que pueden tener relevancia (siempre que fueran prestadas válida-

mente y fueran introducidas debidamente en el acto del plenario) en un doble sentido:

1) Pueden servir de elemento contrastante en las declaraciones procesales posteriores, sean sumariales o en el juicio oral, haciendo ver al declarante las diferencias entre sus manifestaciones en sede policial y las hechas en el proceso judicial, a fin de que explique las rectificaciones, las cuales, son una parte relevante de la confesión judicial, que coopera a la debida valoración de su propia credibilidad.

2) Pueden incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por otros medios de prueba procesal.

En este último supuesto, la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos —los mencionados en su declaración policial y los acreditados por las pruebas procesales— que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial.

La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatoria policial descansaría, pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos luego acreditados por pruebas verdaderas. Es al valorar estas pruebas, practicadas en el ámbito del proceso, cuando el hecho personal de su preprocesal narración válida ante la policía, puede integrarse en el total juicio valorativo, como un dato objetivo más entre otros, para construir la inferencia razonable de que la participación del sujeto fue verdaderamente la de su inicial autoinculpación policial.

Se declara, además, la plena compatibilidad de esta doctrina con la establecida por el Tribunal Constitucional.

5) STS 304/2012, de 24 de abril. Se sostiene la misma doctrina que en la resolución anterior. Particularmente se incide en la circunstancia de que el contenido de la declaración policial puede ser corroborado por elementos externos periféricos.

Esta resolución va acompañada de dos votos particulares, en los que se discute la posibilidad de que la declaración en sede policial pueda ser objeto de corroboración de la manera expuesta.

6) STS 62/2013, de 29 de enero. En este supuesto, se analiza el valor de las declaraciones en sede policial emitidas por un testigo, que después resultó imputado. Estas declaraciones fueron varias y contradictorias, hasta el punto de que en la última de ellas llegó a reconocer su participación en la ocultación del cadáver de la víctima. En su declaración ante el Juez de instrucción declaró, sin embargo, que todo lo anteriormente dicho no era cierto y que la Policía le amenazó. El Tribunal de instancia rechazó expresa y motivadamente el valor incriminatorio de estas declaraciones; lo que se confirmó en el correspondiente recurso de casación.

Para ello se destacó que, aun cuando era cierto que la Sala de lo Penal había admitido que pudieran ser valorados los resultados de una investigación, que hubiera permitido verificar la realidad de los elementos fácticos de carácter objetivo desconocidos hasta ese momento y que aparecen por primera vez en las declaraciones autoinculpatorias prestadas en sede policial, en el caso de autos, no se había identificado esa clase de elementos, ni, consiguientemente, cuál había sido su verificación posterior, de forma que el Tribunal de instancia hubiera dejado de valorarlos indebidamente.

7) STS. 256/2013 de 6 de marzo. Esta sentencia reitera la misma doctrina que la anterior.

Su aplicación al caso de autos determinó que una única evidencia genética no podía refrendar la versión que sostuvo el coimputado en sede policial, en el sentido de que ambos acusados, junto con una tercera persona, formaban parte de un comando terrorista. Ello porque el coimputado se desdijo de sus iniciales manifestaciones en sede policial en todas sus declaraciones posteriores, particularmente en las prestadas en instrucción y en la vista oral, es decir, en presencia judicial; resultando que, de conformidad con el art. 297 LECrim, esas manifestaciones policiales sólo podían ser tenidas por material incorporado al atestado para encauzar la investigación poli-

cial, careciendo por ello de eficacia probatoria por sí mismas.

8) STS 177/2013, de 5 de marzo. Se excluye la posibilidad de valorar las declaraciones policiales como prueba de cargo, descartándose que puedan ser introducidas en el plenario a través de la declaración de los agentes policiales o letrados que las presenciaron. Estos son testigos de referencia, por cuanto declaran sobre aquello que oyeron declarar al imputado. Como tales, su testimonio no tiene validez como medio de prueba, ya que en el juicio se encuentra presente el referenciado, esto es, el propio imputado.

9) STS 1031/2013, de 12 de diciembre. Esta sentencia, frente a las anteriores, se sitúa en la línea de las dictadas inmediatamente después de la adopción del Acuerdo de Pleno de 2006, toda vez que se admite la valoración como prueba —aunque no única— de las declaraciones policiales de una víctima, que no compareció al juicio oral, a través de las declaraciones prestadas en el acto del juicio por los agentes que la presenciaron.

La declaración en dependencias policiales, se indica, no son prueba en sí, sino un hecho (se hicieron unas manifestaciones en ese momento y en determinadas condiciones). Este hecho ha de ser probado mediante la propia declaración o la declaración de quienes estaban presentes, en el acto del juicio oral, y de él podrán derivarse consecuencias por vía indirecta. No es una declaración procesal; sino la acreditación de una declaración extra-judicial.

10) STS 374/2014, de 29 de abril. Con cita de la jurisprudencia de la Sala y también de la doctrina del Tribunal Constitucional, se mantiene la conclusión de que las declaraciones policiales no pueden ser valoradas como prueba de cargo. Se destacan dos cuestiones.

1.- La declaración de los agentes que presenciaron estas declaraciones no las transmuta en prueba de cargo. Los agentes apenas pueden aportar, de ciencia propia, en el juicio oral, otra cosa diversa de la que ya da fe el atestado como documento público: que el testigo o acusado dijo lo que el atestado dice que dijo. Esa declaración es, sin duda, un hecho, o, quizás más precisa-

mente, un acto. Pero la acreditación del acto de que una manifestación ha tenido lugar no puede acreditar la veracidad de lo manifestado. De la misma suerte que la fe notarial solo cubre la realidad y la data del hecho que documenta, pero no la veracidad de lo que en ese acto manifiestan los demás intervinientes diversos del notario.

2.- La segunda cuestión se refiere a cómo ha de interpretarse la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el posible valor probatorio de los datos revelados en una declaración de este tipo. En este sentido se sostiene que será preciso que estos datos resulten acreditados por otras pruebas. Cuando ello ocurra, la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, sino que se encuentra en el conjunto de datos fácticos —los mencionados en la declaración policial y acreditados por las pruebas procesales—. Es decir que, a lo sumo, el contenido policial es mera corroboración de la inferencia obtenida a partir de los datos acreditados por verdaderos medios de prueba. Pero, en ningún caso, cabe una corroboración del contenido de la declaración policial que la erija en medio de prueba.

11) STS 861/2014, de 2 de diciembre. En línea con la STS 1031/2013, de 12 de diciembre, se admite la valoración, como elemento corroborados de la responsabilidad del recurrente, de una declaración testifical prestada en sede policial e introducida en el acto del juicio a través de las declaraciones de los agentes policiales que la presenciaron. Se considera asimismo que esta conclusión tendría apoyo en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la STC 165/2014, de 8 de octubre.

12) STS 848/2014, de 9 de diciembre. Se afirma en esta resolución que, dado el contexto en el que tienen lugar las declaraciones prestadas en sede policial, su valoración como prueba de cargo en un juicio penal contradice los principios sustanciales del proceso debido. Estas declaraciones carecen de toda eficacia probatoria y no pueden adquirirla a través de la declaración testifical de los funcionarios policiales que intervinieron en las diligencias policiales.

13) STS 27/2015, de 28 de enero. Esta resolución sigue la línea de la STS 374/2014, de 29 de abril, en el sentido de que los datos declarados policialmente con los datos probados procesalmente pueden permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoincriminatoria policial y no ratificada judicialmente.

En ese supuesto, sin embargo, la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos —los mencionados en su declaración policial y acreditada por las pruebas procesales— que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatoria policial descansa, pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos objetivos luego acreditados por pruebas verdaderas.

14) STS 123/2015, de 20 de febrero. Frente a la posición del Tribunal *a quo*, la Sala entiende que, ante la inasistencia de la víctima al acto del juicio, no era posible valorar su declaración policial, aun cuando hubiera sido ratificada en el plenario por los agentes que la presenciaron.

Como consecuencia de ello, se estimó el recurso absolviendo a los acusados, a los que se les imputaba un delito de tortura.

15) STS 173/2015, de 17 de marzo. Esta resolución sigue la línea de la STS 374/2014, de 29 de abril, y de la STS 157/2015, de 9 de marzo.

En ella, se reitera que la declaración autoinculpatoria recogida en el atestado policial no es una confesión, sino una manifestación voluntaria (que no de voluntad) descriptiva; añadiéndose, según la doctrina del Tribunal constitucional, que es admisible su valoración como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, para considerar acerca de su propia credibilidad (la de esas declaraciones judiciales). También cabe utilizar los datos en ella proporcionados, cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. Medios

que, se resalta, han de ser otros diversos de la declaración policial rectificada y además deben ser suficientes a fin de enervar la presunción de inocencia por sí mismos. De otra manera no podrían considerarse verdaderos medios de prueba. A continuación, se añade que aun cuando la declaración en sede policial se prestase respetando todas las garantías y formalidades y se haya incorporado al juicio oral con sometimiento a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación, eso ni la hace creíble, ni permite ni refuerza su valoración probatoria frente a otras de sentido diferente.

Evolución jurisprudencial que ha culminado en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha **3 de junio 2.015**, que adoptó el siguiente acuerdo: **“las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.**

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legitimar y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.”

TERCERO: En el caso presente la propia sentencia, fundamento jurídico segundo, reconoce que la acusación que se dirige contra la procesada no se puede entender sin alguna de las declaraciones prestadas por otros individuos que ya fueron objeto de enjuiciamiento con anterioridad en la presente causa, lo que obliga a tratar el valor que quepa dar a lo declarado por ellos, no solo en juicio, sino durante la fase de instrucción, como

también, con anterioridad, en sede policial, principalmente las prestadas por Gabino Desiderio, miembro del "comando Madrid" que fue condenado ya por los mismos hechos en la sentencia 8/2000 de 18.2 de la misma Sección Segunda de la Audiencia Nacional.

Así en su declaración ante la Guardia Civil, Gabino Desiderio, va detallando las acciones armadas en que intervino, y la relativa al atentado con bomba lapa contra el teniente Roberto Antonio (folio 358 y 404 Tomo II, manifestó: "La información para realizar el atentado la realizan entre todos los miembros del comando. Ven al teniente subirse de uniforme al vehículo y le toman la matrícula. La bomba lapa la confeccionan Santos Braulio y Brigida Vicenta, colaborando el dicente en la confección del continente del explosivo.

El artefacto lo colocan Santos Braulio e Tatiana Sacramento, mientras tanto el dicente, les esperaba en un vehículo Volkswagen Polo Coupe, robado por el mismo junto con Tatiana Sacramento con anterioridad a la comisión de la acción, tras colocar la lapa si suben al coche y salen de la zona.

Asimismo en la misma declaración Gabino Desiderio (folios 357 y 403), cuando se refiere a quienes formaban parte del "Comando Madrid", incluye, entre otros a Tatiana Sacramento, " Bicha " y en los reconocimientos fotográficos que realiza (folios 373, 419, 387 y 433 Tomo II) en los que identifica a Tatiana Sacramento, en el primero de ellos le añade el alias de " Bicha ", sobre cuyas fotografías estampó su firma (folios 374 y 429 y 388 y 434), que en el acto del juicio, al serle exhibidas, asumió que dichas firmas decía que si eran suyas.

En su declaración ante el Juez de Instrucción Gabino Desiderio (folios 608 a 612 Tomo III) no ratificó la prestada en sede policial, porque había sido obtenida tras recibir muchos golpes en la cabeza, que le habían puesto una bolsa de basura en la cabeza y un chisme de electrodos y le daban pataditas en el tobillo y le hacían daño con las patadas ya que tenía un esguince, y aunque al ser preguntado por los hechos relacionados con el "Comando Madrid", manifestó no querer contestar, si reconoció que formó parte de dicho

comando (folio 609), que conocía a Tatiana Sacramento y que él participó en el atentado contra el teniente Roberto Antonio (folio 611).

Y en el acto del juicio admitió que Tatiana Sacramento la vio alguna vez en Madrid en 1994, que sabía que ella era del colectivo de presos políticos, que no sabía si era de ETA o no, aunque supone que si sería y admitió haber puesto su firma en las diligencias de reconocimiento fotográfico de ella. Y a preguntas del Ministerio Fiscal sobre si recordaba haber declarado que el artefacto lo colocaron Tatiana Sacramento y otro individuo mientras él les esperaba en su vehículo Volkswagen, contestó que no recordaba, que copiaron lo que un guardia civil decía a otro, que fue torturado durante cinco días y no sabe nada. Asimismo cuando fue preguntado por la acusación particular sobre si interpuso alguna acción judicial por torturas, contestó que si, pero que la archivaron.

1. En relación a esta cuestión de malos tratos, dado que la sentencia recurrida la analiza pormenorizadamente en el fundamento jurídico segundo (Pág. 7 a 15), resulta necesario efectuar una serie de consideraciones previas.

Como primera reflexión, hay que reconocer (vid STS. 608/2013 de 17.7), que la declaración prestada bajo tortura supone, desde luego, prueba obtenida violando derechos fundamentales y como tal inadmisibles y radicalmente nula. La voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión y por tanto, solo cuando puede afirmarse que la declaración ha sido prestada libre y voluntariamente puede hacer prueba contra su autor o contra terceras personas. En este punto conviene destacar —como dice en la STS. 304/2008, de 5.6—, que dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de la violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas graves contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades.

Señalado lo anterior, el Tribunal Constitucional, sentencia 12/2013 de 28.1, destaca como para asegurar la adecuada protección de todas las personas contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, las Naciones Unidas han aprobado distintas normas universalmente aplicables. Los convenios, declaraciones y resoluciones adoptados por los estados miembros de la Organización de Naciones Unidas afirman claramente que no puede haber excepciones a la prohibición de la tortura y establecen distintas obligaciones para garantizar la protección contra tales posibles abusos. Entre los más importantes de esos instrumentos figuran la Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas 'por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Declaración sobre la protección contra la tortura), adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979; los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (Convención contra la tortura), adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea Gene-

ral en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el 26 de junio de 1987; el conjunto de principios sobre la detención, adoptados por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; y los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

Los instrumentos internacionales citados establecen ciertas obligaciones que los Estados deben respetar para asegurar la protección contra la tortura. Así, y por lo que al presente recurso de amparo afecta, el art. 12 de la Convención contra la tortura señala que "todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial". En el mismo sentido, el art. 9 de la Declaración sobre la protección contra la tortura dispone que "siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1, las autoridades competentes del Estado interesado procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial".

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que cuando una persona afirma de forma "creible" (SSTEDH de 4 de abril de 2006, *Corsacov c. Moldavia*, § 68; y de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros a Macedonia*, § 69) o "de forma defendible" haber sufrido, por parte de la policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al art. 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, esta disposición, ... requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz" (STEDH de 1 de octubre de 2009, *Stanchev c. Bulgaria*, § 67; STE-DH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 34; y STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España* § 38). Así, se ha considerado que es "defendible" o "creible" que las denuncias de torturas o malos tratos alegados podrían haber sido causados por la policía u otros servicios del Estado cuando los

demandantes presentan fotografías de las heridas sufridas y certificados médicos como prueba (STEDH de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros c. Macedonia*, § 72); cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense y en los mismos se recoge una erosión de 1,5 centímetros en el lado derecho de la cara del demandante, sin establecer su origen (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, § 30); cuando en los informes del médico forense se describen diferentes heridas y hematomas e incluso un intento de suicidio por parte de uno de los demandantes (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160); cuando los informes médicos realizados durante el período de detención señalan la presencia de varios hematomas y una costilla rota (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa e. España*, § 59); cuando según el correspondiente certificado médico el interesado presentaba un hematoma a nivel lumbar de tres a cuatro centímetros y los labios rotos y además, tuvo que permanecer bajo supervisión médica durante una semana antes de ser transferido nuevamente a la prisión (STEDH de 3 de abril de 2012, *Dimitar Dimitrov c. Bulgaria*, § 45); cuando las acusaciones sobre malos tratos son apoyadas por informe médico que confirma la existencia de un edema postraumático en el rostro y fractura de cuello (STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Pascari c. Moldavia*, § 45); cuando en el certificado médico presentado por el interesado consta que tenía varias equimosis e inflamaciones superficiales en varias partes de su cuerpo (STEDH de 22 de julio de 2008, *Boyko Ivanov c. Bulgaria*, § 38); o cuando el demandante, estando en situación de detención preventiva, se queja en dos ocasiones de los malos tratos sufridos al haberle esposado y cubierto la cabeza con una bolsa de plástico (STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamencli Eiguren c. España* § 39). En estas circunstancias, y una vez que los demandantes han aportado elementos suficientes de los que se deriva una sospecha razonable de que las torturas o malos tratos alegados pueden haber sido causados por agentes policiales, el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes. De otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre la posible violación del art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”) en su parte sustancial y la posible violación de dicho precepto en su vertiente procesal. Para declararse una violación sustancial del art. 3 del Convenio europeo debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas “por elementos de prueba apropiados”, pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 58).

El aspecto procesal del art. 3 cobra relevancia “cuando el Tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes” (STEDH de 17 de octubre de 2006, *Danelia c. Georgia*, § 45). En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al art. 3 del Convenio europeo “se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos”, el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado el art. 3 del Convenio en su parte procesal (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, §§ 39, 41 y 42; STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 65; y STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160) (F. J. 2).

“También este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre las exigencias constitucionales derivadas de los arts. 24.1 y 15 CE en relación con decisiones judiciales de sobreseimiento de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes, como en las SSTC 224/2007, de 22 de enero; 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 63/2008, de 26 de mayo; 69/2008, de 23 de junio; 107/2008, de 22 de septiembre; 123/2008, de 20 de octubre; 40/2010, de 19 de julio; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio; o, 182/2012, de 17 de octubre.

Nuestra jurisprudencia, coincidente con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede sintetizarse en que “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2). De este modo, es preciso valorar por separado dos exigencias:

a) En primer lugar, que existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado. Para evaluar “si existe una sospecha razonable de tortura y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, siendo preciso atender, en primer lugar, a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor

para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba, sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción” (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 123/2008, de 20 de octubre, FJ 2; y 40/2010, de 19 de julio, FJ 2).

Obviamente, resulta más accesible la aportación de indicios reveladores de la comisión del delito denunciado cuando lo que se impute sean hechos que impliquen un menoscabo de la integridad corporal, esto es, cuando se trate de torturas o malos tratos de carácter físico. Así, hemos considerado que existían sospechas razonables acerca de la causación de las torturas denunciadas en supuestos tales como cuando el detenido había sido trasladado en dos ocasiones al hospital, en los partes médicos correspondientes se consignaban ciertos dolores y contusiones y, en su primera visita al hospital en la misma noche de su detención y antes de recibir asistencia letrada, manifestó al médico que le atendía que había sido golpeado (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8); o cuando el detenido había sido trasladado a un hospital al inicio de su detención por sufrir “un malestar y mareo generalizado”, constatándose en el reconocimiento un “eritema leve en zona superior derecha de la espalda” y una “taquicardia de 96 por minuto”, concluyéndose con un juicio clínico de “mareo en situación de ansiedad” (STC 52/2008, de 14 de abril, FJ 3); o cuando el detenido presentaba un hematoma laminar en ojo derecho que afectaba canto externo y párpado inferior (STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 3); o cuando el facultativo hizo constar en informe emitido al día siguiente de abandonar el recurrente el módulo de aislamiento la existencia de múltiples hematomas y lesiones superficiales (STC 40/2010, de 19 de julio, FJ 3).

Mayores dificultades ofrecen aquellos casos en que lo denunciado son actos intimidatorios o de tortura psicológica, en los que, no obstante, es también relevante la apreciación de los facultativos que hayan reconocido al detenido. Así lo hemos entendido en supuestos tales como cuando constaba en los informes médicos que el deteni-

do estaba nervioso y angustiado, con tics nerviosos y temblor en pierna derecha y relató a la médico forense los malos tratos que afirmaba haber padecido durante su detención (STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 3); o cuando el detenido se causó autolesiones no disimuladas con el fin de poner término a los interrogatorios y malos tratos a los que afirmó que estaba siendo sometido en las dependencias policiales y en los informes médicos se recogieron las constantes protestas del detenido por las abundantes amenazas que dijo recibidas y por la referencia a una bolsa de plástico que concordaba con la que luego describiría con detalle en su denuncia de malos tratos (STC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3); o cuando la detenida presentó un leve mareo y cierta ansiedad e informó al médico forense de que le habían pegado en la cabeza (STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3); o cuando el detenido refirió al forense “dolor en el hombro derecho por haber sido mantenido esposado durante mucho tiempo y molestias en la espalda por la postura” y el forense apreció “marcada ansiedad y labilidad emocional con tendencia al llanto” (STC 131/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Indudablemente, corresponde al órgano judicial examinar en cada caso los elementos que permitan apreciar la concurrencia de este primer supuesto consistente en la sospecha razonable de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado. Sin duda alguna, como afirmarnos en la STC 123/2008, de 20 de octubre, FJ 3, “constituyen indicios que obligan al juez a perseverar en la investigación todos aquellos datos reflejados en partes médicos emitidos durante el periodo de detención que puedan avalar la sospecha de la existencia de maltrato físico o psíquico. Pero no puede afirmarse sin más que la inexistencia de los mismos (o su debilidad para sustentar la condena) excluya la necesidad de investigar, pues puede existir otro tipo de datos que —desde la perspectiva del deber de profundizar en la investigación— genere un panorama sospechoso potencialmente conectado con la existencia de torturas o malos tratos, incluso aunque los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una con-

dena penal por delito de torturas o malos tratos (por ejemplo, la existencia de irregularidades o la quiebra de ciertas garantías del detenido, como son las visitas y los informes del médico forense, orientadas a preservar su derecho a la integridad física y moral), pues de lo que se trata en este momento es de precisar la obligación del Juez de investigar en estos casos”. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene señalado “un examen médico, junto con el derecho de acceso a la asistencia letrada y el derecho a informar a un tercero de la detención, constituyen salvaguardas fundamentales ante el maltrato de las personas detenidas que pueden ser aplicadas desde el primer momento de la privación de libertad” (en SSTEDH de 18 de septiembre de 2008, *Türkan c. Turquía*, § 42; y de 13 de julio de 2010, *Parnov c. Moldavia*, § 30), añadiendo que “el pronto examen forense era crucial debido a que los signos de lesión podrían desaparecer en poco tiempo” (STEDH de 17 abril 2012, *Rizvanov c. Azerbaijan*, § 47).

También en estos supuestos resultan de indudable interés las manifestaciones que el detenido pudiera haber realizado tan pronto como pasó a disposición judicial, como el caso que dio lugar a la STC 521/2008, de 14 de abril, FJ 3, en el que valoramos que el demandante “en el momento de ser puesto a disposición judicial expuso al Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 que había sido objeto de malos tratos durante el periodo de detención”. Y, en su caso, también puede resultar relevante la actuación o las manifestaciones que pudiera realizar el Abogado que asistió al detenido en las dependencias policiales.

En última instancia es preciso siempre atender a las concretas circunstancias del caso, sin que sean apropiadas posiciones apriorísticas, pues para llegar a su conclusión el órgano judicial debe observar algunas cautelas que se derivan de la posible peculiar situación psicológica del denunciante y de la cualificación oficial de los denunciados, sin descartar que la intimidación puede prolongarse aun después de concluida la detención policial (SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8; y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7).

Ahora bien, del mismo modo, deberá el Juez tener presente la posibilidad de que la presentación de la denuncia forme parte de una estrategia destinada a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor.

b) El segundo presupuesto que ha de concurrir consiste en que las sospechas de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido hemos afirmado que "respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral" (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Con todo, "no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que *a priori* se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones" (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8). De este modo, "la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24,1 CE si se ha produ-

cido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia" (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 123/2008, de 20 de octubre FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2 y 131/2012, de 18 de junio, FJ 2). Resulta así posible no proseguir con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5 y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4).

Pues bien, tampoco aquí son posibles soluciones apriorísticas, ya que la suficiencia y efectividad de la tutela judicial sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 4)" (F. J. 3).

2.- En el caso presente, como ya hemos anticipado, la Sala de instancia concluye que el único soporte que se cuenta para poner esos malos tratos como tacha de regularidad en la declaración policial, es lo manifestado por el propio Gabino Desiderio en su declaración ante el Juez instructor y ello tras un minucioso análisis de todos los datos obrantes en las actuaciones —la falta de constancia de que por parte de Gabino Desiderio se presentara denuncia por tales hechos, las propias circunstancias de la detención con una actitud violenta de aquél; los diversos informes médicos forenses y el del Hospital Universitario de San Carlos que solo objetivaron un esguince

y un pequeño corte en el primer dedo del pie derecho; y la presencia de letrado en aquellas declaraciones policiales que no formuló protesta ni objeción alguna.

CUARTO: Ahora bien que las declaraciones policiales del coimputado se prestaran con observancia de las formalidades y garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, no es suficiente para que pueda atribuirse eficacia probatoria. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia, con el exclusivo apoyo en una declaración policial en la que el imputado reconozca su participación y, menos aún, cuando tal declaración provenga de un coimputado que reconociendo, o no, su participación, implique a otra persona en la comisión de los hechos. No olvidemos en relación al valor de las declaraciones de coimputados como prueba de cargo que, de una parte los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su propia coherencia interna, carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren no en cualquier punto sino **en relación a la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados;** y de otra, que si la declaración policial de un coimputado no es válida, como tal, para enervar la presunción de inocencia, resulta ya irrelevante la suficiencia o insuficiencia de su corroboración, una vez que se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar. Por tanto, debemos examinar si —tal y como afirma la recurrente—, su condena se asienta exclusivamente en la heteroimputación de su participación en los hechos efectuada por un coimputado —Gabino Desiderio— en sede policial, después desmentida, lo que sería inconstitucional, o si por el contrario, cuenta con apoyaturas derivadas de datos objetivos contenidos en aquella declaración, acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, que permitan

entender rectamente enervada la presunción de inocencia en cuanto a la participación de Tatiana Sacramento en los hechos por los que ha sido condenada.

Para ello la sentencia recurrida en los fundamentos jurídicos 4 y 5 analiza la prueba que, a su juicio, acredita la integración de la recurrente en el Comando Madrid, de una parte, y su concreta participación en el atentado contra el teniente Roberto Antonio, de otra.

Así refiere la declaración de la propia recurrente en el acto del juicio a preguntas de su letrado, aunque negó su participación en la colocación de la bomba lapa en el referido atentado, si respondió que estuvo en Madrid en el periodo 1993 a 1995, y al ser preguntada por las funciones que tenía encomendadas dijo que por razones de seguridad ella nunca sabía ni lo que iba a hacer ni quien lo hacía, no dando ninguna explicación de que vino a hacer a Madrid, lo que lleva a la sentencia de cuando lo razonable es que le diera, de no ser para algo que quisiera ocultar por serle perjudicial, el formar parte de ETA y no haber manifestado que vino hacer a Madrid, supone un primer dato para colocarla en el “Comando Madrid” en mayo 1994.

Conclusión esta que no puede ser asumida.

En efecto respecto al valor probatorio del silencio del acusado, haciendo uso de su derecho a no declarar en todas sus sucesivas declaraciones en STS. 455/2014 de 10.6, se ha destacado, como el TEDH, en sentencia 8.2.96 (conocida como el caso Murray), enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Isaac Urbano permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acosado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

Don Isaac Urbano acudió ante la Comisión y denunció la violación de los arts. 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, alegando que fue privado de su derecho a guardar silencio en el procedimiento penal contra él. Adujo que el Tribunal británico extrajo importantes consecuencias derivadas de su permanencia en silencio, tanto en el interrogatorio policial como durante el proceso, en aplicación de la Ordenanza de 1988 sobre la prueba criminal en Irlanda del Norte. Esas deducciones —señaló— fueron decisivas para determinar su culpabilidad, enervando así el principio de presunción de inocencia e invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado —dice el TEDH— le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del “Caso Murray” en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la sentencia 26/2010, de 27 de abril el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente:

te: —pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentados del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que “ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria” (SSTC 20212000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, citando la SIC 220/1998, de 16 de noviembre).

En la sentencia 155/2002, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional estableció que *“nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 2204998, dijimos que ‘so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado: que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes’: y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que ‘según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...”.*

Por último, el TC arguye en la sentencia 202/2000, de 24 de julio. que *“este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 100/1996, de 11 de junio; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 1611/1997, de 2 de octubre).*

“Pues bien, prosigue diciendo la sentencia precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas inculcatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”.

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del *Caso Murray* se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado la *suficiencia probatoria* ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo *“suficiente”* para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado.

De lo contrario advierte reiteradamente el Tribunal constitucional se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que, tal como señala el supremo interprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador a su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él. En definitiva es necesario constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado y a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, las manifestaciones del acusado, en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada.

QUINTO: Consciente de ello la sentencia recurrida hace referencia a otros elementos que como prueba indiciaria, la llevan a dar por probada su integración en el “Comando Madrid”, cuales son:

1.- la sentencia 34/2005 de 21.11 dictada por la misma Sección 2ª de la Audiencia Nacional, en la que se enjuició a Gabino Desiderio, Santos Braulio y a la propia Tatiana Sacramento, y que dio por probado en el hecho primero que Gabino Desiderio y Santos Braulio eran miembros integrantes del “Comando Madrid” en enero 1994, y en el hecho cuarto que el 22.1.97, con ocasión del registro llevado acabo en la CALLE001 de Madrid, se revelaron huellas de Santos Braulio y escritura del mismo, siendo dicho piso habitado por componentes del “Comando Madrid”. La sentencia de instancia considera que esta resolución aporta un dato importante cuando se refiere al citado registro realizado el 22.1.97, porque el informe que reveló huellas dactilares de Santos Braulio ha sido incorporado a la presente causa y en él se han revelado también huellas de Tatiana Sacramento (folios 2059 y 3706 y 358), informe que fue ratificado por videoconferencia por su autor y a preguntas del Ministerio Fiscal añadió

que entre la documentación analizada había documentos de la procesada.

En base a ello, el tribunal a quo extrae la conclusión de que si en un mismo piso aparecen documentos de Santos Braulio de quien se ha dado por probada su pertenencia al “Comando Madrid”, al menos en enero 1994, y también aparecen documentos de Tatiana Sacramento es razonable deducir que ésta pertenecía igualmente al “Comando Madrid” y que tal pertenencia se puede situar en las fechas en que este Comando perpetró el atentado que se enjuicia, mayo 1994. Conclusión que no puede ser asumida.

En la sentencia 34/2005 de 28.11, se absolvió a Tatiana Sacramento porque la conclusión policial del llamado informe pericial de inteligencia sobre su autoría se basaba solo en que la misma formaba parte del “Comando Madrid” y como a éste se le atribuye el atentado se deducía que la misma participó en él mediante labores de información, pero ello se basaba en la declaración policial de Gabino Desiderio, que en efecto manifestó que todos los miembros del comando participaron en la información previa al atentado, pero dicha declaración policial al no ser ratificada judicialmente ni en el acto del juicio oral no puede ser aceptada como prueba en sí misma.

Y añade como dato significativo que había habido otros procesados, entre ellos una mujer Adoracion Marcelina, también perteneciente al Comando Madrid para la que el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento.

Consecuentemente si Tatiana Sacramento resultó absuelta ello implica que no se consideró acreditada su pertenencia, al menos en enero de 1994, al “Comando Madrid”.

El registro en que aparecieron sus huellas dactilares y documentos, cuya fecha no consta, se llevó a cabo el 22.1.97, esto 2 años y 10 meses después del atentado, por lo que tampoco cabe inferir aquella pertenencia en mayo 1994.

2. Asimismo se refiere a la sentencia 50/2005, de 18.7, dictada por la Sección Primera, de la Audiencia Nacional, que condenó a Tatiana Sacramento autora de un delito de robo con intimidación y otro de tenencia ilícita de armas, relacionados con la actividad de una banda armada

o elementos terroristas, en compañía de Gabino Desiderio imponiéndoles a ambos las mismas penas y en la misma extensión y cuantía.

Ciertamente este dato. Ser coautora de unos mismos delitos por los que resultó condenado el miembro del “Comando Madrid”, que realizó la declaración policial, no ratificada a presencia judicial, en cuanto es ajeno a ésta podría corroborar la pertenencia de Tatiana Sacramento al referido Comando, tal como éste afirmó en aquella declaración policial, así como el uso del apodo “ Bicha ” por la hoy recurrente, dato este, a su vez, corroborado por el informe pericial de inteligencia 20/2013 incorporado al tomo VII, en el extremo de la identificación de Tatiana Sacramento con el alias de “ Bicha ”, obtenido a través de otros datos ajenos a la declaración policial de Gabino Desiderio, y cuyos autores, funcionarios NUM001 y NUM002, lo ratificaron en el juicio oral. Informe (folios 2148) en el que se deja constancia de que al ser detenido por la policía francesa el miembro de ETA, Bernardo Justo, se le intervino un sobre en el que figuraba la anotación “ Bicha ”), en cuyo interior había una tarjeta de la Cruz Roja a nombre de Tatiana Sacramento, estando acreditado por un informe que se acompaña la autoría de lo manuscrito en ellos a la propia Tatiana Sacramento (anexo 18, folios 2280 y ss).

Ahora bien, siendo la fecha de los hechos juzgados en aquella sentencia 50/2005, el 2.8.94, esto es dos meses y 10 días, posterior al atentado, no permite dejar sentado, sin ningún género de duda, que esa pertenencia al “Comando Madrid” de Tatiana Sacramento fuese anterior a la fecha en que aquel atentado se perpetró, 23.5.94.

Por tanto, aun admitiendo la pertenencia a ETA de la recurrente, consta que fue condenada en sentencia de 5.10.99, por la 13^a Cámara Correccional del Tribunal de Gran Instancia de Paris, por tal hecho —e incluso su integración en el Comando Madrid, ello, por sí solo, como es obvio, no acredita su participación en los concretos hechos de enjuiciamiento, sino que deberá ser valorado su conexión a otros datos— ajenos a la declaración policial de Gabino Desiderio, para

deducir de todo ellos los hechos constitutivos del delito y su participación, o absolviendo a la recurrente si no cupiera esa conclusión, al amparo del derecho a la presunción de inocencia.

SEXTO: En este sentido la sentencia recurrida (fundamento jurídico quinto) considera que hay prueba suficiente que permite afirmar que Tatiana Sacramento, además de pertenecer al “Comando Madrid” de la organización terrorista ETA, fue uno de los miembros que colocó la bomba lapa en los bajos del vehículo del teniente Roberto Antonio que, al explosionar, acabó con la vida el 23.5.94, hechos por los que Gabino Desiderio ya fue condenado en sentencia 8/2000 de 18.2, de la Misma Sección Segunda, de la Audiencia Nacional, y Santos Braulio absuelto en sentencia 50/2004 de 23.12.2004, también de dicha sección.

1. Para ello considera que esta prueba parte de la implicación que Tatiana Sacramento haya podido tener en el atentado perpetrado el 1.6.94, esto es nueve días después del que es enjuiciado en este procedimiento, contra el general Santiago David.

Atentado sobre el que declaran hasta 5 testigos en el sentido de que la mujer que realizó los disparos era una chica de entre 1,55 y 1,65 mts. De estatura, cuando Tatiana Sacramento mide 1,60 m. tal como se hace constar en el informe policial del tomo VII (folio 2142).

Asimismo refiere que por estos hechos en sentencia 39/2000 de 1.3.11, fue condenado Gabino Desiderio y si bien en la misma no se enjuició a Tatiana Sacramento y, tal sentencia se dictó en el Rollo Sala 51/94, Sección, 3ª dimanante sumario 15/94 del Juzgado Central Instrucción nº 5, en el que no consta resolución alguna que se pronuncia sobre la implicación o no de Tatiana Sacramento en estos hechos, la Sala de instancia así como la defensa no ha aportado resolución favorable a esta, como pudiera ser auto de sobreseimiento, considera razonable que en dicho sumario haya sido imputada Tatiana Sacramento y que tal condición sigue siendo mantenida.

Inferencia esta en modo alguno asumible.

En primer lugar la presunción de inocencia como derecho fundamental que toda persona ostenta,

supone que ésta ha de presumirse inicialmente inocente frente a las imputaciones que contra ella se produzca en el ámbito de un procedimiento de carácter penal. Por ello presenta una naturaleza “reaccional” o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular para hacerlo efectivo, esto es que el acusado prueba su inocencia, sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpabilidad respecto de quien es objeto de acusación quien debería haber acreditado que Tatiana Sacramento fue imputada en el sumario 15/94 Juzgado Central Instrucción nº 5 y que tal imputación seguía vigente.

Y en segundo lugar, resultaría, cuando menos sorprendente, que si Tatiana Sacramento desde el 18.11.2003, tras ser extraditada desde Francia, quedó a disposición de las autoridades judiciales españolas, no se haya dictado, de estar imputada en el referido sumario, por el Instructor resolución alguna relativa a la misma.

2. Las referencias al informe sobre las actividades del Comando Madrid (folios 688 y ss.) son irrelevantes al referirse a no ser otra mujer, Brigida Vicenta, quien colocó el artefacto explosivo.

3. Por último, que en la sentencia 39/2000, de 13 de noviembre de 2000, en que resultó condenado Gabino Desiderio, por el atentado perpetrado contra el General Santiago David el 1.6.94, se considera probado que aquél y quienes cometieron el atentado utilizaron el vehículo VW Polo matrícula F-....-FW, dato que coincide con el que en la sentencia recurrida se da por probado — al igual que lo que dijo en sentencia 8/2000 de 18.2, que condenó a Gabino Desiderio por estos mismos hechos cometidos 9 días antes— y con las conclusiones del informe pericial (folio 2213 y ss. Tomo VII), en el sentido de que el único vehículo del que pudo disponer el comando entre el 19 de mayo y 1 junio 1994 fue el referido VX Polo, solo permitiría la corroboración periférica de ese dato dimanante de la declaración policial del coimputado Gabino Desiderio, pero no la participación delictiva de la recurrente en cualquiera de los dos atentados.

Consecuentemente prescindiendo de la declaración policial del coimputado Gabino Desiderio

no hay prueba de cargo acreditativa de que la recurrente Tatiana Sacramento colocase la bomba lapa en el vehículo del teniente Roberto Antonio y que al explotar causó su muerte y lesiones a otras dos personas, ni que participara en la sustracción del vehículo Volkswagen Polo matrícula F-....-FW, en el que los autores se dirigieron a la fuga, procediendo su absolución, no olvidemos que Santos Braulio fue absuelto por estos hechos en sentencia 50/2004 de 23.12, precisamente porque la única prueba era la declaración del coimputado Gabino Desiderio, como sucede en el caso presente.

A análogo pronunciamiento absolutorio debe recaer respecto la otra alternativa de la acusación centrado en su dominio funcional del hecho, en la parte del relato fáctico en que se decía que Idoia formaba parte del Comando Madrid en el mes de mayo de 1994, y que como tal participó en el dispositivo de vigilancia, montado sobre el teniente Roberto Antonio por el mencionado comando con la finalidad de controlar sus movimientos y obtener información sobre las horas de salida de su domicilio por las mañanas, y vehículo de su propiedad para una vez, obtenida y aprovechándose de esa información, colocar en el momento elegido el artefacto explosivo en los bajos del coche, permiten imputarla el delito por el que es acusada.

En principio, la conclusión del tribunal a quo de que esas vigilancias e información sobre objetivos respecto de los cuales un comando de ETA se ha propuesto atentar constituye una forma de coautoría, sería del todo correcta y conforme con la doctrina jurisprudencial.

En efecto, como hemos dicho en SSTs. 114/2015 de 12.3, 23/2015 de 4.2, 158/2014 de 12.3, 927/2013 de 11.12, 776/2011 de 20.7, será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todos con ese dominio de la acción característico de la autoría.

Por ello, cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores. La coautoría no es una suma de autorías

individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho.

Doctrina asentada en la STS. 11.9.2000, que precisa “la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del “pactum scaeleris” y del dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución”.

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP. no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, e s quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partípe a la acción del autor.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite enmarcar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

En el caso presente aunque a efectos dialécticos se admitiría que la recurrente no participó de forma directa en la causación de la muerte del teniente Roberto Antonio colocando el artefacto explosivo en los bajos del vehículo militar, sus funciones de vigilancia sobre el mismo, controlando sus movimientos y obteniendo información, en particular sobre las horas de salida de su domicilio por las mañanas y el vehículo en que habitualmente se desplazaba, deben considerarse decisiva y determinantes para que los autores materiales pudieran llevar a cabo el atentado.

Asimismo es correcta la distinción entre coautoría y cooperación necesaria que la sentencia recurrida realiza con cita de la STS. 699/2005 de 6.6.

En efecto la jurisprudencia entre la teoría del dominio del hecho y la relevancia, con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios. visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partípe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es

la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”.

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 C.P.) —se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio—; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P. (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriidad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que “ *la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo* ”, refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la “ *conditio sine qua non* ”, la del “ *dominio del hecho* ” o la de las “ *aportaciones necesarias para el resultado* ”, resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebi-

da en la autoría (S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio

funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la «conditio sine qua non», para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la

comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, *pero sin el cual el hecho criminal también era posible*.

Por ello la complicidad “requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas” (STS. 1216/2002 de 28.6). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible, quiere ello decir, que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (STS. 888/2006 de 20.9). En el caso presente no podría cuestionarse que la realización de esas labores de vigilancia y obtención de información serían esenciales para la ejecución del hecho y constitutivas, en su caso, de cooperación necesaria como las mismas consecuencias punitivas que la coautoría.

Ahora bien la integración de la recurrente en el Comando Madrid en la fecha del atentado y la realización por su parte de aquellas funciones solo se sustentan en la declaración policial del coimputado Gabino Desiderio que tras incluir a Tatiana Sacramento entre quienes formaban parte del Comando Madrid, manifestó que “la

información para realizar el atentado la realizan todos los miembros del comando. Ven al teniente subirse de uniforme al vehículo y le toman la matrícula...”.

Descartada la validez como prueba de cargo de tal declaración y no existiendo prueba de cargo de su participación directa en la ejecución material del atentado, tampoco le asiste sobre la realización de esas labores logísticas ni que perteneciera al “núcleo duro operativo” del referido comando al menos a finales de mayo de 1994.

SÉPTIMO: Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO:

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Tatiana Sacramento**, contra la Sentencia de fecha 16 de enero de 2015, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Sumario 30/1994 del Juzgado Central de Instrucción número 2, por delito de atentado terrorista con resultado muerte y otros; y declaramos de oficio pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

D. Joaquín Giménez García D. Francisco Monderde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García
10121/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Fallo: 15/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA:

Fallo Segunda Sentencia:

Que debemos absolver y absolvemos a Tatiana Sacramento, por delitos de atentado terrorista con resulta de muerte y lesiones, estragos terroristas y utilización ilegítima de vehículo de motor, y déjense sin efecto cuantas medidas aseguratorias se tomaron en su contra. Se declaran de oficio las costas.

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

D. Joaquín Giménez García D. Francisco Monderde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

TOMÁS QUINTANA LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León*

(Tol 5210095)

Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la Administración. Desestimación de reclamación por daños y perjuicios. Prisión preventiva. Voto particular.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 21/07/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Sexta

Número Recurso: 1273/2013

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo confirma la sentencia que rechaza una indemnización a D V por el error judicial. La sentencia de la Audiencia Nacional rechazó su reclamación de indemnización de 4 millones de euros por los daños y perjuicios sufridos durante los 519 días que estuvo encarcelada por el asesinato de RW

RESUMEN

La Sala de lo Contencioso-Administrativo desestima el recurso de casación interpuesto por D V contra la sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2012, que rechazó su reclamación de indemnización de 4 millones de euros por los daños y perjuicios sufridos durante los 519 días que estuvo encarcelada por el asesinato de RW.

La sentencia de la Audiencia Nacional entendió que la recurrente tendría que haber canalizado su reclamación a través del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no en el marco del 294.1., donde sólo se podría reclamar si no se hubieran producido los hechos, tras el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho artículo, que se produjo en noviembre de 2010.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo reitera que D V tendría que haber canalizado su reclamación por la vía general del error judicial del artículo 293 y no por la vía privilegiada del artículo 294.1.

La Sección Sexta afirma que “no se excluye la pretensión indemnizatoria porque se cuestione la culpabilidad o no de la recurrente que, insistimos, nunca se ha cuestionado, sino que la vía procedimental elegida sea la oportuna, conforme a nuestra legislación nacional”.

La sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Wenceslao Francisco Olea, asegura que en este supuesto no se exige a DV prueba alguna de su inocencia, sino simplemente que acuda a la vía ordinaria para obtener la indemnización correspondiente, que es la declaración de error judicial. “No es al interesado al que se le exige prueba alguna de su ausencia de culpabilidad, sino a la misma autoridad nacional a la que se confiere la potestad de declarar la existencia o no de error judicial en la adopción de la medida cautelar”.

La sentencia incluye un voto particular, firmado por la magistrada Margarita Robles, que es partidaria de conceder la indemnización a DV por el tiempo que estuvo en prisión provisional por unos hechos que le son “completamente ajenos”. Cree que la tesis de la mayoría impide que pueda acudir a la vía de la previa declaración de error judicial (artículo 293 LOPJ) por haber transcurrido el plazo de caducidad de tres meses para hacerlo

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO SE HA SUFRIDO PRISIÓN PREVENTIVA: INEXISTENCIA OBJETIVA DE LOS HECHOS BIEN POR NO HABERSE PRODUCIDO MATERIALMENTE EL HECHO DELICTIVO O BIEN CUANDO EXISTIENDO EL HECHO, ESTE FUERA ATÍPICO

1. Los hechos que dan lugar al pleito

El pleito a que pone fin la sentencia a que se refiere el presente comentario tiene su origen en unos hechos que, aunque han pasado algunos años desde que se produjeron, todavía retenemos en la memoria, pues generaron una gran conmoción en el país, hasta el punto de que después han sido recreados mediante el rodaje de un film televisivo.

En lo que aquí interesa conviene recordar que al hallazgo del cadáver de una adolescente le siguió la detención de una mujer, para la que se ordenó prisión preventiva como acusada de un horrible crimen, régimen en el que permaneció desde el día 9 de septiembre de 2000 hasta el día 8 de febrero de 2002. Es necesario recordar también, por ser de interés a nuestros efec-

tos, que por los mismos hechos que fue acusada finalmente fue condenado por delito de asesinato otra persona mediante sentencia de 21 de diciembre de 2006 y que la mujer que había sufrido la prisión preventiva con anterioridad a la sentencia de condena había sido sobreseída de la causa de forma provisional por auto de 11 de agosto de 2004, después confirmado por la Audiencia Provincial por otro de 20 de enero de 2005.

La mujer solicitó de la Administración del Estado el reconocimiento del derecho a ser indemnizada por los daños que le ocasionó la prisión preventiva sufrida, reclamación que fue desestimada mediante Orden de 9 de junio de 2010 del Ministerio de la Presidencia, frente a la cual la representación de la afectada interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

2. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2012 (To/2668956)

Mediante esta sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso que había sido interpuesto con base en el artículo 294. 1 LOPJ¹ frente a la Orden de 9 de junio de 2010 del Ministerio de la Presidencia, pues a juicio del órgano jurisdiccional, aun pasando por alto que dicho precepto sitúa el sobreseimiento libre del procesado como exigencia para que se pueda reconocer el derecho a la indemnización², la doctrina jurisprudencial que viene manteniendo el Tribunal Supremo en los últimos años identifica la inexistencia del hecho imputado, en cuanto presupuesto del derecho a la indemnización, con la inexistencia material del hecho delictivo o con la existencia de un hecho atípico por no concurrir los elementos objetivos y/o subjetivos del tipo penal, algo que no ocurría en el caso considerado en el recurso contencioso administrativo suscitado, toda vez que el hecho delictivo, es decir, el asesinato de la joven, se había producido y, además, su autor había sido condenado por ese delito, por lo que el hecho delictivo había existido y, por ello, no concurría uno

¹ “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

² Recuérdese que mediante auto, en doble instancia, se había decretado el sobreseimiento provisional, pero la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional, al no considerarlo estrictamente necesario, descartó platearse si el sobreseimiento provisional podría tener la consideración de sobreseimiento libre.

de los presupuestos que habilitan el derecho a la indemnización, es decir, la inexistencia del hecho delictivo que, junto a la absolución o el sobreseimiento libre, constituyen las exigencias legales para que sea reconocido el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración conforme prevé el citado artículo 294.1 LOPJ.

3. El recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2012

La recurrente fundamenta el recurso de casación en tres motivos: (1) la vulneración por la sentencia de instancia del artículo 294.1 LOPJ, en la medida en que considera que el sobreseimiento provisional de la mujer sometida a prisión preventiva había de haber sido considerado en este caso como sobreseimiento libre, dado que al haber quedado acreditado que no tuvo ninguna participación en los hechos, toda vez que por los mismos fue condenada otra persona, debía haberse apreciado la inexistencia subjetiva del hecho imputado; (2) el desconocimiento del artículo 24 de la Constitución dado que al haber sido desestimado el recurso interpuesto sobre la base de lo dispuesto en el artículo 294.1 LOPJ, ya no puede solicitar la indemnización por los daños derivados del error judicial de acuerdo con lo previsto en el artículo 293 del mismo texto legal; y (3), finalmente, en la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente de la fijada en la Sentencia de 13 de julio de 2010 (*Tendam vs. España*), en la que se cuestionó el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 294.1 LOPJ desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que contempla el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

4. Argumentos de la Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2015, desestimatoria del recurso de casación

Frente a los argumentos esgrimidos por la recurrente, la Sala tercera del Tribunal Supremo, una vez desestimadas las alegaciones de inadmisibilidad del recurso de casación sobre la base de que el objeto del mismo era la sentencia de instancia y los argumentos que le daban soporte, mantuvo la adecuación a Derecho de la sentencia de instancia con fundamento, en síntesis, en los siguientes argumentos.

1. La recurrente solicitó que le fuera reconocido el derecho a indemnización en aplicación del artículo 294.1 LOPJ, regla especial relativa al error judicial causante de la lesión que exige para que pueda ser reconocido el derecho a ser indemnizado por quien hubiera sufrido prisión preventiva, la absolución o el sobreseimiento libre del procesado por inexistencia del hecho imputado.

Sin embargo, como fundamento para la desestimación del motivo casación, la Sala que resolvió el recurso argumentó que el reconocimiento de la inexistencia del hecho imputado, de acuerdo a la doctrina que viene manteniendo el Tribunal Supremo a partir de sendas sentencias de 23 de noviembre de 2010 (*Tol 2009303* y *Tol 2009117*), ha de realizarse conforme a una *“interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente”*, entendiéndose por inexistencia del hecho imputado o inexistencia objetiva *“no solo la inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva, sino el supuesto de la absolución o auto de sobreseimiento libre por inexistencia de la acción típica o, lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno”*.

Es decir, con esa interpretación del artículo 294.1 LOPJ, contrariamente a la que con anterioridad venían realizando nuestros tribunales, se excluye de la categoría legal denominada la *“inexistencia del hecho imputado”* que contempla dicho artículo, lo que se conoce como inexistencia subjetiva o falta de participación del sujeto en los hechos, sin perjuicio de que estas situaciones puedan dar lugar al reconocimiento del derecho a indemnización, no ya conforme al artículo 294.1 LOPJ, sino de acuerdo con lo previsto en el artículo 293 del mismo texto legal en aquellos casos en que se sufra prisión provisional y después se constate la inexistencia subjetiva del hecho en los términos señalados.

2. El argumento esgrimido por la recurrente de que con la sentencia de instancia se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que instada la reclamación administrativa en aplicación del artículo 294.1 LOPJ en el año 2006, la restrictiva interpretación judicial de este, según se ha dejado anotado, a partir de 2010, no solo ha supuesto la desestimación de la pretensión, sino la imposibilidad de actuar con posterioridad esa misma pretensión resarcitoria conforme al artículo 293 LOPJ, de ahí la supuesta vulneración de la tutela judicial efectiva; todo lo que es refutado por la Sala tercera del Tribunal Supremo con el argumento formal de que la recurrente ha obtenido mediante la sentencia de instancia una decisión fundada en De-

recho, lo que excluye cualquier vulneración del derecho a la tutela judicial, a lo que añade ya desde un punto de vista más sustantivo, la constatación de que no se ha declarado por ningún órgano jurisdiccional penal la inexistencia del hecho delictivo en los términos exigidos por la última doctrina jurisprudencial.

3. En relación con la supuesta vulneración por la sentencia recurrida en casación de la doctrina mantenida por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010 sobre los efectos del derecho a la presunción de inocencia que reconoce el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sobre el sistema español de reclamación de responsabilidad de la Administración por error judicial, nuestro el alto tribunal en la sentencia que es objeto de este comentario mantuvo que en la sentencia de instancia “*en modo alguno se rechaza la pretensión de la recurrente a la indemnización por el hecho de que exista o no duda alguna sobre su culpabilidad, que en nada se cuestiona ni se ha suscitado, sino que esa pretendida indemnización pueda canalizarse por la vía privilegiada que autoriza el 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que debería haberse canalizado por la vía general establecida en nuestro Derecho interno del error judicial que establece el artículo 293, por lo que no puede pretenderse que es contrario al mencionado derecho fundamental a que se refiere el precepto del Convenio, porque, insistimos, éste no imprime una determinada vía de resarcimiento ni, menos aún, un concreto procedimiento para hacerla efectiva*”.

En definitiva, la sentencia resolutoria de la casación viene a afirmar que la recurrida no vulnera la presunción de inocencia, dado que no exige a la solicitante de indemnización que demuestre su inocencia para poder obtener el resarcimiento por el daño asociado a la prisión preventiva que sufrió durante casi dos años, sino que mantiene que se ha hecho uso de un procedimiento —el derivado del artículo 294.1 LOPJ— que exige la absolución o el sobreseimiento libre por inexistencia del hecho delictivo, circunstancia esta última que a todas luces no concurrió en el supuesto enjuiciado, pues el hecho delictivo existió, y por él fue condenada otra persona, por lo que la recurrente hubiera debido hacer uso de otro procedimiento diferente; en concreto, el general en caso de error judicial, sin que con ello se haya cuestionado la inocencia de la recurrente.

5. Voto particular

Para quien suscribe el voto particular, la sentencia de casación debería haber atendido las razones argüidas por la recurrente en los dos primeros

motivos del recurso y, sobre esa base, haber reconocido el derecho a indemnización por la prisión preventiva sufrida.

El punto de partida de la argumentación del voto particular está en la indefensión que a su juicio supuso para la recurrente el cambio de sentido de la doctrina jurisprudencial que hasta entonces venía manteniendo el Tribunal Supremo sobre la categoría legal de inexistencia de hecho imputado al dictar las citadas sentencias de 23 de noviembre de 2003, pues habiendo optado en el año 2006 por solicitar la indemnización por la vía que le ofrece el artículo 294.1 LOPJ en la confianza de que la interpretación judicial de ese precepto en aquel momento le daba garantías de éxito, una vez producido el giro jurisprudencial, como se ha señalado precedentemente, no solo vio desestimadas sus pretensiones en el proceso judicial que promovió, sino que la caducidad del plazo para reclamar por la vía que debería haber utilizado según la sentencia resolutoria de la casación, le impedía hacerlo con garantías de que fuera admitida dicha reclamación al ser extemporánea.

Ante esta situación, la firmante del voto particular, tomando como base la afirmación que mantienen las propias sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010 —mediante las que se abrió el camino al cambio de doctrina sobre lo que ha de entenderse por inexistencia del hecho imputado— de que la inexistencia objetiva del hecho *supone la ausencia del presupuesto de toda imputación*, porque todo delito, como acción típica, antijurídica, culpable y punible ha de estar referido a una persona, que en el caso de autos se trata de alguien sobre el que ni el Ministerio Fiscal acusa, aprecia que no ha cometido ningún hecho delictivo, máxime cuando existe un autor conocido de los hechos y ha sido condenado ellos, siendo estos los mismos por los que la recurrente sufrió prisión preventiva.

Sobre esa base, es decir, apreciada que la ausencia de toda imputación de la persona de la recurrente supone la inexistencia del delito a los efectos del artículo 294.1 LOPJ, el último paso para la aplicación de este precepto como soporte del reconocimiento del derecho a indemnización de la recurrente exige considerar el sobreseimiento provisional que se decretó en la causa penal como sobreseimiento libre, lo que la Magistrada firmante del voto particular justifica en que pasados varios años el Fiscal no ha formulado acusación alguna contra la recurrente.

6. Algunas consideraciones sobre la sentencia

Concededores como somos la mayor parte de los ciudadanos de los hechos que en su derivación contencioso administrativa dieron lugar a la STS de 21 de julio de 2015, seguramente, después de leerla, podamos coincidir

en dos apreciaciones: por un lado, en que el fallo de la misma y los argumentos que le dan soporte son un ejemplo de manual del sentido peyorativo que acoge el aforismo *summum ius summa iniuria*, pues aún en la hipótesis de que técnicamente la sentencia estuviera bien construida, todos coincidiremos en que la recurrente debió ser indemnizada por el daño que la infligió la prisión preventiva o, más aún, aunque no fuera objeto del pleito, también estaremos de acuerdo en que la recurrente padeció el rechazo social y el sufrimiento de haber sido condenada a muchos años de prisión por un crimen en el que no tuvo participación, seguramente durante algún tiempo con el doloroso convencimiento de que los hechos ya nunca se aclararían; y, por otro lado, el voto particular responde al intento de salvar la justicia material que mueve a su autora.

Sin necesidad de remontarnos a la opción por la que se decantó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de noviembre de 2010, mediante las que, como se ha reiterado en la exposición anterior, se limitó la interpretación de la categoría de hecho inexistente a que se refiere este precepto, a la denominada inexistencia objetiva del hecho, es decir, a la inexistencia material del hecho o bien a la inexistencia del hecho típico; excluyendo, por lo tanto, de esa categoría jurídica la vertiente subjetiva de la inexistencia (ausencia de toda participación), con lo que se busca evitar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia que podría derivarse de la distinción entre la situación de absoluta falta de participación en los hechos y la de ausencia de pruebas incriminatorias, todo ello a los efectos del reconocimiento del derecho a indemnización en caso de error judicial, pues, en definitiva, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la absolución a que dan lugar ambas situaciones ha de operar en ambos casos con plenitud de efectos. Lo cierto es que cuando la recurrente planteó la solicitud de indemnización en la vía administrativa, en el año 2006, lo hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo 294.1 LOPJ y de la interpretación que de este precepto y, en particular, de la inexistencia del hecho imputado venían realizando los tribunales, en la cual cabía la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho, por lo que el precepto, según la interpretación jurisprudencial del momento, daba cobertura a la consideración como error judicial cualificado de la orden de prisión preventiva dirigida a quien no había participado absolutamente en el hecho delictivo, aunque el hecho en sí se hubiera producido, situación que era justamente la que se había producido en el caso a que se refería la reclamación.

La vía procedimental de que hizo uso la después recurrente fue correcta; otra cosa es que un cambio de la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del artículo 294.1 LOPJ, en concreto sobre lo que ha de

ser considerado como inexistencia del hecho imputado, en los términos que conocemos, determinara no solo la desestimación de la pretensión sino también, como efecto colateral, que la recurrente ya no pudiera presentar con garantía de ser admitida una nueva solicitud de indemnización conforme al artículo 293 LOPJ, debido que el perentorio plazo de caducidad para hacerlo ya había transcurrido con creces cuando se dictó la sentencia de instancia el 16 de octubre de 2012. La situación, más allá de generar una situación de injusticia material, a mi juicio produjo indefensión a la recurrente, sin que la respuesta supuestamente fundada en Derecho a que alude la sentencia resolutoria de la casación la llegara a mitigar.

Ante ello reacciona el voto particular, en la idea de proporcionar una solución justa a la recurrente, aunque para ello haya forzado el sentido de la doctrina del Tribunal Supremo sobre inexistencia del hecho imputable, que conocemos, ampliando la inexistencia objetiva del hecho a aspectos subjetivos como son la ausencia de imputación de los hechos a la recurrente, con lo que la argumentación del voto particular pasa por encima de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de noviembre de 2010.

Podríamos dar por terminadas estas reflexiones aquí, pero parece oportuno aventurar alguna salida a lo que se considera una solución judicial materialmente injusta.

Una opción sería señalar el camino hacia Tribunal Constitucional para que, mediante la interposición del recurso de amparo pudiera apreciar la considerada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en que incurre la STS de 21 de julio de 2015 y, si así fuera, como forma de otorgar satisfacción real al derecho podría pensarse en la apertura de un plazo para que la recurrente pudiera efectuar la reclamación de la indemnización por la prisión preventiva que sufrió por la vía que permite el artículo 293 LOPJ, con objeto de que se declare lo que a todas luces parece que fue un error judicial sobre el elemento subjetivo de un hecho que lamentablemente se produjo.

Alternativamente, podría iniciarse directamente una reclamación por la vía del artículo 293 LOPJ y, ante la eventual inadmisibilidad por extemporánea, una vez agotadas, en su caso, las instancias correspondientes de la jurisdicción ordinaria de ser ese su pronunciamiento, acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional para que reconozca que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y se ordene la restitución del mismo, que lógicamente pasaría por dictar una resolución judicial que, atendidas las circunstancias del caso, se pronunciara sobre la existencia del error judicial como paso previo al reconocimiento del derecho a la indemnización correspondiente.

Sentencia de 21 de julio de 2015

ENCABEZAMIENTO:**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: SEXTA

S E N T E N C I A*Fecha de Sentencia:* 21/07/2015**RECURSO CASACION** Recurso Núm.: 1273 / 2013*Fallo/Acuerto:* Sentencia Desestimatoria*Votación:* 14/07/2015*Procedencia:* AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1*Ponente:* Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy*Secretaría de Sala:* Sección 006**RECURSO CASACION** Num.: 1273/2013*Votación:* 14/07/2015*Ponente Excmo. Sr. D.:* Wenceslao Francisco Olea Godoy*Secretaría Sr./Sra.:* Sección 006**S E N T E N C I A****TRIBUNAL SUPREMO.****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: SEXTA***Excmos. Sres.: Presidente:***D. Octavio Juan Herrero Pina***Magistrados:***D^a. Margarita Robles Fernández****D. Juan Carlos Trillo Alonso****D. José María del Riego Valledor****D. Wenceslao Francisco Olea Godoy****D^a. Inés Huerta Garicano**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1273/2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Díaz Solano, en nombre y representación de Doña Carlota contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2012, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 649/2010, sobre responsabilidad patrimonial, en el que interviene como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Na-

cional, dictó sentencia el 16 de octubre de 2012, con los pronunciamientos siguientes en su parte dispositiva:

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Doña Carlota ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por la representación procesal de Doña Carlota se presentó escrito de interposición de recurso de casación, basado en cinco motivos, si bien se termina aceptando que se trata de tres, conforme a los siguientes contenidos:

Primero.- Por el motivo que autoriza el artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se denuncia la infracción del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de la jurisprudencia que lo interpreta, de la que se deja cita concreta, en relación a que por la fecha en que se efectuó la reclamación de los daños y perjuicios que efectuó la recurrente en fecha 17 de enero de 2006. Se aduce en ese sentido que el mencionado precepto ha de ser interpretado en un sentido finalista y no meramente literal, permitiendo que se declare la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de justicia en los supuestos de inexistencia subjetiva del hecho imputado por falta de prueba de la participación de la recurrente en el mismo. En este motivo se integra en designado en el escrito de preparación como motivo segundo.

Segundo.- Por la vía del mismo artículo 88.1º d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución, en cuanto se argumenta que de no accederse a la declaración de responsabilidad por la vía indemnizatoria elegida se produciría un quebrantamiento de las garantías fundamentales del proceso, puesto que la razón por la que se desestima es la inadecuación

del procedimiento utilizado para reclamar el derecho de la recurrente, como consecuencia de la existencia de una nueva doctrina jurisprudencial, que determina la imposibilidad absoluta de acudir a los Tribunales a fin de obtener una resolución judicial respecto de unos hechos concretos, pues la vía procesal que a partir de esa nueva doctrina jurisprudencial se considera válida es la del art. 293 LOPJ, cuyo plazo de interposición habría precluido. En este motivo tercero se integra el anunciado motivo cuarto del escrito de preparación.

Tercero.- Por la misma vía casacional que los anteriores se denuncia la jurisprudencia que emana de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010 (caso Tendam contra España), en el que dicho Tribunal entendió que el Estado español debía indemnizar al recurrente cuando había iniciado su reclamación por la vía del art. 294 LOPJ y nada objetó respecto al procedimiento a seguir. En opinión de la parte recurrente, la resolución impugnada es contraria al espíritu y a la propia literalidad de aquella sentencia, pues lo coherente hubiera sido ampliar por la vía de la jurisprudencia los casos en que el ciudadano puede estar legitimado para realizar la petición de reclamación de indemnización por prisión preventiva a fin de no quebrantar el derecho a la presunción de inocencia que se recoge en el artículo 6.2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el mencionado Tribunal declaró vulnerado en ese caso.

Se termina suplicando a esta Sala casacional que *"... previos los trámites legales pertinentes, se resuelva estimando las pretensiones que se esgrimen en el mismo."*

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido por esta Sala el recurso de casación, se emplazó al Sr. Abogado del Estado para que formalice escrito de oposición, en el plazo de treinta días, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala que *"...dicteresolución inadmitiéndolo o subsidiariamente desestimándolo, por ser conforme a Derecho la resolución judicial impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente."*

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 14 de julio de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso por Doña Carlota, contra la sentencia de 16 de octubre de 2012, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 649/2010, que había sido promovido por la mencionada recurrente, en impugnación de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 9 de junio de 2010, por la que se desestimaba la reclamación de los daños y perjuicios que, por importe de cuatro millones de euros, se consideraban se habían ocasionado por haber sufrido prisión preventiva desde el día 9 de septiembre de 2000 hasta el día 8 de febrero de 2002, durante la tramitación de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 6 de los de Fuengirola (Málaga), y por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la muerte de Doña Maribel.

La sentencia de instancia desestima el recurso y confirma la resolución impugnada. Las razones para la mencionada decisión se contienen, en lo que interesa al presente recurso, en los fundamentos tercero y siguientes de la sentencia, en los que se declara: *"En primer término, tenemos que delimitar cual es el objeto del presente recurso contencioso-administrativo, que no es otro que la reclamación de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida recogida en el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, la actora presentó en vía administrativa la reclamación dirigida al Ministerio de Justicia por dicho motivo, aludiéndose en la fundamentación jurídica exclusivamente a los arts. 292 y el citado 294, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, lo mismo ha acontecido en el presente recurso contencioso-administrativo, tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones. Por lo que, con independencia de que en la re-*

solución recurrida se haga referencia, y por ello la Administración pasó a informe la reclamación formulada por la demandante al Ministerio del Interior, sobre la actuación de los servicios policiales, no vamos a entrar en dicho análisis, ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que no se ha acreditado la supuesta descoordinación entre las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en relación con el tratamiento del perfil genético de ADN de Melchor, tal y como se deriva del informe de la Dirección Adjunta Operativa de la Policía y de la Guardia Civil del Ministerio del Interior de fecha 20 de enero de 2009, no proponiéndose ninguna prueba al respecto, pues, las pruebas solicitadas se centraban, como resulta lógico dado el objeto del recurso contencioso-administrativo, en la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida y los daños derivados de la misma, cuestión que pasamos seguidamente a examinar.

La Constitución Española, después de recoger en el art. 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el art. 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a ser indemnizado en los daños causados por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolla en los arts. 292 y siguientes el referido precepto constitucional, recogiendo los dos supuestos genéricos ya citados de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el art. 294, relativo a la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho.

El reseñado art. 294 dispone lo siguiente:...

Para la actora, si bien la causa seguida contra ella se ha sobreseído provisionalmente por Auto de 11 de agosto de 2004 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Fuengirola, luego confirmado en apelación por el Auto de 20 de enero de 2005 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, tendría que ser dicho sobreseimiento sufi-

ciente para que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si tenemos en cuenta que el juicio por el que se declaró la culpabilidad de aquella fue declarado nulo, y, posteriormente, se ha condenado por los hechos que se le imputaban a otra persona. Es decir, lo que esta planteando la recurrente es que en su caso se podría equiparar el sobreseimiento provisional al libre.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido declarando que «... ha de estarse al significado real de la correspondiente resolución de sobreseimiento de la causa penal, de tal forma que un sobreseimiento provisional puede equivaler a un auto de sobreseimiento libre a estos efectos cuando así se infiera de la íntegra lectura del mismo...» (Sentencia de 27 de octubre de 2010 —recurso nº 310/2009—, y, en igual sentido, las Sentencias de 26 de enero de 2005 —recurso nº 4.928/2001—, 6 de junio de 2007 —recurso nº 3.852/2003— y 22 de mayo de 2007 —recurso nº 5.771/2003—).

Por tanto, se tendría que analizar si el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales en relación con la aquí recurrente podría tener la consideración de un sobreseimiento libre, pero, en el caso que nos ocupa, resulta ello innecesario conforme a la nueva jurisprudencia sobre la interpretación del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como expondremos a continuación.

... Desde la Sentencia de 27 de enero de 1989 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a la que le siguieron otras muchas inmediatamente después, como las de 22 de marzo, 27 de abril y 2 y 30 de junio de 1989 y 24 de enero de 1990, se venía entendiendo por el Tribunal Supremo que el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era de aplicación tanto a los supuestos de "inexistencia objetiva" del hecho imputado por el que se decretó la prisión provisional (supuesto que abarcaba los casos en los que no hubiera existido materialmente los hechos delictivos y también aquellos en los que existiendo los hechos estos fueran atípicos), como a los de "inexistencia subjetiva" (supuesto concurrente en aquellos casos en que resultara probada la

falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él) excluyendo, como causa de responsabilidad patrimonial del Estado, los supuestos de prisión preventiva seguidos de sentencia absolutoria por falta de prueba de la participación del afectado (“in dubio pro reo”) o la absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existieran causas de justificación o de inimputabilidad.

Así las cosas, la interpretación extensiva que el Tribunal Supremo realizaba del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expuesta anteriormente, ha cambiado, considerando que en el marco del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo tiene cabida la “inexistencia objetiva” ya que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador,...

... Conforme a la jurisprudencia expuesta en el fundamento de derecho precedente, ha llegado el momento de analizar si nos encontramos ante una inexistencia objetiva del hecho imputado, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal, para analizar si procede una indemnización en el marco del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder.

Así las cosas, es palmario que en el caso que nos ocupa, no estamos ante la inexistencia objetiva del hecho imputado, pues el delito de asesinato por la muerte de Maribel existió, y así fue condenada por dicho delito otra persona por Sentencia de 21 de diciembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Málaga. Por tanto, no resulta necesario determinar si el sobreseimiento provisional de la causa en relación con la actora es equivalente a

un sobreseimiento libre como hemos apuntado anteriormente, ya que, aunque a efectos meramente dialécticos tuviese dicha consideración, el resultado en cuanto a la obtención de una indemnización basada en el art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sería el mismo, pues no nos encontramos ante la inexistencia del hecho imputado —inexistencia material del hecho delictivo o existencia de hecho atípico por no concurrir los elementos objetivos y/o subjetivos del tipo penal—, único supuesto que contempla dicho precepto para apreciar la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida.

Por tanto, la reclamación de la actora es inviable en el marco del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues dicho precepto, volvemos a repetir, no resulta aplicable a todos los supuestos en los que la prisión preventiva acaba en sentencia absolutoria, sino que sólo y exclusivamente comprende el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado pero no la llamada inexistencia subjetiva invocada en la demanda por la recurrente...

En virtud de lo expuesto, la reclamación de indemnización por prisión preventiva indebida ha de desestimarse, ya que la recurrente no ha seguido el procedimiento legalmente marcado para hacer valer el error judicial, pues la pretensión de indemnización debería haberse canalizado, en tiempo y forma, en el marco del art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo.”

A la vista de la mencionada fundamentación se interpone el presente recurso, que si bien se anuncia por cinco motivos, en realidad se concreta en tres —los motivos segundo y cuarto se refunden, respectivamente, en los motivos primero y tercero—, todos ellos por la vía del “error in iudicando” del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los que se denuncia, en el primero de los motivos, la vulneración del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia que lo interpreta; en el segundo el artículo 24 de la Constitución; y en el tercero, de la jurisprudencia que se cita del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos y del artículo 293 de la ya mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial. Se termina suplicando a esta Sala casacional que se estimen los motivos, se anule la sentencia impugnada y se dicte otra en la que se estime el recurso originariamente interpuesto, se anule la resolución impugnada y se reconozca el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios en la cantidad reclamada en vía administrativa.

Ha comparecido en el recurso la Abogacía del Estado que suplica, con carácter preferente, la inadmisibilidad del recurso y, de manera subsidiaria, su desestimación.

SEGUNDO. - Procediendo en primer lugar la examen de la inadmisibilidad opuesta por la defensa de la Administración recurrida, debemos recordar que la argumentación del mencionado óbice formal se funda en que el presente recurso se limita a reproducir el debate que ya fue resuelto en la instancia, por lo que se hace exclusión del carácter formal del recurso de casación, que no comporta una nueva instancia, en que se puedan debatir las cuestiones que ya fueron decididas por la sentencia recurrida; de otra parte que se pretende que esta Sala casacional realice una nueva valoración de las pruebas ya realizada por la Sala de instancia.

A la vista de tales argumentos es necesario comenzar por recordar el carácter restrictivo que tienen los supuestos de inadmisibilidad del recurso, acorde con la exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial que se reconoce en el artículo 24 de la Constitución, lo que obliga a reservar dicha declaración a los supuestos en que manifiestamente concurren los presupuestos legalmente previstos. Partiendo de esa premisa debe señalarse, en contra de lo aducido en la oposición al presente recurso, que, de una parte, no es cierto que lo que se esté cuestionando en los motivos es una valoración de la prueba que deba realizar este Tribunal de casación, porque ninguna cuestión se refiere a ese concreto debate que, en todo caso, como se acepta por la misma Abogacía del Estado, no está excluida de manera absoluta de la casación. De otra parte, no puede tampoco aceptarse que, en puridad de principios, se haga en esta vía casacional una

reproducción de las cuestiones ya debatidas en la instancia, porque si bien es cierto, como veremos, que se suscitan esas mismas cuestiones, no puede desconocerse que se hacen desde la perspectiva de los argumentos que se dan en la sentencia recurrida, ateniéndose el recurso a lo que es propio de este remedio extraordinario que es la casación, en el que el objeto del recurso es la sentencia de instancia y los argumentos que en ella se exponen.

Procede rechazar la causas inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado.

TERCERO. - Por lo que se refiere al primer motivo en que se funda el presente recurso, debe señalarse que ante los fundamentos que se dan en la sentencia de instancia para rechazar la pretensión, se aduce por la defensa de la recurrente que el cambio de la jurisprudencia de esta Sala que reinterpreta el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue posterior al inicio de la reclamación en vía administrativa —año 2006—, por lo que en la actualidad se encontraría en la indeseable situación de que no podría reclamar los daños y perjuicios ocasionados por otra vía procedimental, en concreto, por la vía que establece el artículo 293 de la mencionada Ley Orgánica. En este sentido y aceptando la aplicación de la mencionada nueva jurisprudencia de esta Sala que se cita y fundamenta la sentencia de instancia, se considera que aunque no se hubiese dictado contra la recurrente auto de sobreseimiento libre sino provisional, es lo cierto que por las circunstancias del proceso seguido contra ella ha de considerarse que su situación debe ser asimilable al supuesto de un auto de sobreseimiento libre; porque no es solo que el proceso seguido contra la recurrente ha sido declarado nulo, sino que por los hechos de los que inicialmente fue imputada ha sido condenado una tercera persona, de donde se concluye que la recurrente es *“absolutamente inocente de los mismos, puesto que no ha tenido la más mínima participación en ellos, hallándonos ante la presencia de una inexistencia subjetiva”*, que haría aplicable el supuesto contemplado en el mencionado artículo 294. En ese mismo sentido se recuerda que la sentencia que se cita en la de

este Tribunal que provocó el cambio de jurisprudencia, no está referida a supuesto similares al de autos, sino a supuestos en los que la absolución estaba basada en la ausencia de prueba y en aplicación del principio “in dubio pro reo”, que no es el supuesto de autos, estimando que nos encontramos con una excepción a la regla que obliga a interpretar que el sobreseimiento debe asimilarse al libre y no al provisional.

Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario partir de que la fundamentación de la sentencia de instancia es, conforme a lo que resulta de su anterior trascripción, que en el presente supuesto lo que se reclama es la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por el concreto supuesto de error judicial, pero referido a la regla especial que se contiene en el artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referido a aquellos ciudadanos que hubieran sufrido prisión preventiva y posteriormente sean absueltos en sentencia por *“inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre.”* Aun cabría hacer una mayor matización de los términos en que se ha dilucidado el debate, porque se cuida la sentencia de poner de manifiesto que la misma defensa de la recurrente, al invocar la mencionada vía indemnizatoria, considera que se trata de un supuesto de “inexistencia subjetiva”, conforme al alcance del concepto que se fija en la jurisprudencia oportunamente citada por la sentencia recurrida; estimándose que también para estos supuestos era procedente la vía procedimental elegida por la recurrente.

A tenor de dicho planteamiento, se razona en la sentencia que en el presente supuesto el apartamiento de la recurrente de la causa criminal estuvo motivada por el auto de sobreseimiento provisional, dictado en fecha 11 de agosto de 2004 —posteriormente confirmado por el de la Audiencia Provincial de 20 de enero de 2005, al desestimar el recurso de apelación contra él interpuesto—; al tiempo en que se ordenaba continuar la causa criminal contra un tercero a quien, por sentencia del Tribunal por Jurado de 21 de diciembre de 2006 de la Audiencia Provincial, fue

condenado por los hechos por los que se habían iniciado las actuaciones.

A la vista de que la Sala de instancia considera que para la recurrente se dictó auto de sobreseimiento provisional, y que el hecho con relevancia penal por el que se iniciaron las actuaciones existió, como demuestra la ulterior condena, aunque fuera a un tercero, no procedía declarar la responsabilidad por haber sufrido prisión provisional, de acuerdo con lo establecido en el ya mencionado artículo 294.1º. Incluso se razona que se rechaza proceder al examen de que el mencionado auto pudiera formalmente considerarse como libre, dado que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala tras las sentencias de 23 de noviembre de 2010 que se citan expresamente, ello supondría, no la inexistencia objetiva del hecho, entendida en el sentido que se interpreta el precepto citado, sino una inexistencia subjetiva, conforme a la jurisprudencia anterior, que la misma sentencia recoge, de tal forma que habiendo existido el hecho por el que se iniciaron las actuaciones criminales, a juicio de la sentencia de instancia, la vía de la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados a la recurrente no podrían haberse declarado por lo establecido en el ya mencionado artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino por la regla general del error judicial a que se refiere el artículo 293, de dicha Ley.

A la vista de ese planteamiento del debate es necesario señalar que la decisión de la Sala de instancia no comporta en modo alguno rechazar que la situación por la que ha pasado la recurrente por el devenir de la causa criminal no pudiera ser objeto de resarcimiento, lo que ha declarado —bien se cuida de razonarlo la sentencia— es que no procede acceder a esa reclamación por la vía especial que se contempla en el artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haber sufrido prisión preventiva, porque en tales supuestos y conforme a la jurisprudencia que se recoge en la sentencia, que es la correcta, la exclusión de una previa y necesaria constatación de una actuación constitutiva de error judicial, que es la regla general del artículo 293, solo puede ser obviada cuando, tras haber sufrido dicha medida cautelar penal se hubiera declarado en

sentencia o en auto de sobreseimiento libre, la inexistencia del hecho. Y no es ese el caso de autos, en que el hecho existió, como se razona en la sentencia.

Y en el sentido antes apuntado, es necesario recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la interpretación en sentido estricto que requiere la regla especial del artículo 294.1º, que tiene como fundamento la existencia de un “manifiesto error judicial” que no necesita de previa declaración judicial, ha de entenderse referido a los supuestos de inexistencia del hecho imputado, porque sólo esa inexistencia pondría de manifiesto ese extremado error (sentencia de 21 de mayo de 2012, recurso de casación 4357/2010). Es cierto que esa interpretación estricta no ha evitado que se asimile el supuesto de que los hechos carezcan de tipicidad criminal, es decir, existe el hecho pero éste es atípico, porque con ello se contraría la finalidad del precepto indemnizatorio, ya que en tales supuesto, si bien existe el hecho, este no tiene relevancia penal y como quiera que solo los hechos con esa relevancia son los que trascienden al ámbito indemnizatorio, también se excluyen de la concurrencia de la existencia del hecho delictivo, que son los únicos que tienen relevancia jurídico penal para decretar prisión preventiva (sentencia de 29 de marzo de 1999, recurso de casación 8172/1994). Sin embargo, lo que no puede aceptarse, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal tras las sentencias de noviembre de 2010, antes citadas, es que esa inexistencia pueda extenderse a supuestos en el que, como el presente, al momento de presentarse la reclamación; el hecho típico se consideraba acreditado.

No obstante lo anterior, cabría cuestionarse si, como se sostiene en este primer motivo del recurso, pese a que se dictara formalmente un auto de sobreseimiento provisional, en realidad se trataba de un sobreseimiento libre, polémica que no está excluida del debate porque, como ya declaramos en la sentencia 22 de mayo de 2007 (recurso de casación 5771/2003), nada impide que los Tribunales de lo contencioso, a los efectos de estimar la concurrencia de los presupuestos de responsabilidad especial que se contiene

en el artículo 294.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puedan considerar la auténtica naturaleza a la decisión del Orden Penal, pudiendo estimar que se trata de un auto de sobreseimiento libre lo que formalmente fue considerado como un supuesto de sobreseimiento provisional, criterio que se examina en la sentencia mencionada sobre la base de la propia naturaleza de esa decisión típica del proceso penal, con cita de la jurisprudencia de la Sala Segunda este Tribunal Supremo.

No es eso lo que cabe apreciar en el presente supuesto en que, como ya se dijo, el auto por el que la recurrente fue apartada del proceso penal tiene la fundamentación de un auténtico auto de sobreseimiento provisional, como se corresponde de su misma motivación del Auto de la Audiencia, como ya antes se dijo. En efecto, basta con recurrir a la abundante motivación del auto de la Audiencia Provincial de 20 de enero de 2005 para concluir en la procedencia del contenido con la forma de la resolución, porque en el mismo se confirma la anterior decisión del Juzgado de Instrucción, que examina la situación de la entonces acusada. Y esa es la conclusión a que llega la Sala de instancia, conclusión que no se cuestiona en debida forma y que nosotros tenemos que aceptar y compartir a la vista de la fundamentación de la mencionada resolución, en contra de lo que se aduce en el motivo que examinamos. De otra parte, no puede hacerse una lectura finalista de las actuaciones de vincular la mencionada resolución del Orden penal con la declaración de nulidad del anterior proceso seguido con la recurrente y el ulterior, en que resultó condenado por el delito imputado a un tercero, porque no es ese el debate que se había suscitado con la reclamación efectuada en nombre de la recurrente, ni fue ese debate el que se suscitó, como se ha dicho, ante la Sala de instancia; sino la procedencia de considerar que con esa resolución se debía concluir en la ya mencionada inexistencia objetiva del hecho, que es lo que se declara en la sentencia recurrida. Así pues, hemos de concluir que no concurriendo los presupuestos de la inexistencia objetiva del hecho declarada en las resoluciones a que se refiere el artículo 294.1º de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, no procedía declarar la responsabilidad reclamada por la recurrente al amparo del mencionado precepto, como declaró la sentencia recurrida, por lo que debe desestimarse el motivo examinado.

CUARTO.- El segundo de los motivos del recurso, también acogido al “error in iudicando” del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia que la sentencia de instancia vulnera el artículo 24 de la Constitución, por cuanto la desestimación del recurso comporta que la recurrente no pueda ser resarcida de los daños y perjuicios ocasionados, porque al excluir dichos daños por la vía elegida del artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial le es ya imposible acudir a la vía general del artículo 293 de la mencionada Ley, de donde se concluye que se ha vulnerado su derecho a obtener una tutela judicial efectiva de ese derecho de resarcimiento.

A la vista de ese razonamiento el motivo no puede correr mejor suerte que el anterior. En efecto, en primer lugar, resulta indudable que lo que se reconoce en el mencionado precepto constitucional como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es que sus pretensiones sean examinadas por los Tribunales conforme a lo que resulta procedente a la normativa aplicable, es decir, a una respuesta fundada en Derecho, por lo que si convenimos en el anterior fundamento que la decisión adoptada era ajustada a Derecho, no puede estimarse que se hubiese vulnerado el derecho fundamental invocado.

Pero es que además de lo expuesto, en el argumento del motivo se hace presupuesto de la causa, porque se parte de la idea de la procedencia del derecho a la indemnización y, sobre esa premisa, se considera que de no accederse a la misma en el presente proceso, resultaría imposible dicho resarcimiento. Sin embargo, lo que ha de concluirse de la decisión de la instancia es que, conforme a la vía indemnizatoria elegida, no puede concluirse en esa procedencia del derecho reclamado, no se trata de una mera cuestión formal. No puede olvidarse que si bien nadie niega que a la recurrente el devenir del proceso le ha ocasionado un indudable perjuicio personal y

patrimonial, no puede ignorarse que la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene la naturaleza de objetiva propia de la responsabilidad de los poderes públicos, sino que solo procede cuando los daños y perjuicios ocasionados lo sean por error judicial o por cualquier otro funcionamiento anormal, como impone el artículo 121 de la Constitución y reitera el artículo 291 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es decir, es presupuesto necesario del derecho a la indemnización la concurrencia de un funcionamiento anormal o de un error judicial, supuesto éste del error judicial que tiene un régimen especial en el supuesto del artículo 294.1º, porque resulta manifiesto el error cuando se ordenan la prisión preventiva a una persona por unos hechos que no han existido o no tienen relevancia penal, en cuyo supuesto la decisión adoptada por el Orden Penal es suficiente para la procedencia de la responsabilidad. En otro caso, es necesario que se proceda a una expresa resolución en vía judicial que lo declare, conforme al régimen general que se contienen en el artículo 293 de la mencionada Ley; y, en tanto esa resolución no exista, no puede reconocerse la existencia del derecho.

Hemos de concluir que si no concurren los presupuestos del error implícito que comporta la declaración por el Orden Penal de inexistencia del hecho y haber sufrido prisión preventiva y no existe declaración expresa sobre la concurrencia del error por la vía del artículo 293, es indudable que falta la premisa de la que se parte en el motivo para la vulneración del derecho fundamental en que se funda.

Procede desestimar el motivo segundo del recurso.

QUINTO.- El motivo tercero no puede correr mejor suerte que los anteriores. En efecto, como ya dijimos, por la misma vía casacional se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo declarado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010 (asunto Tendam vs España). Pues bien, para rechazar el motivo sería suficiente constatar que lo que se pretende en el motivo es que esta Sala casacional cambie la jurisprudencia seguida tras las dos sentencias

de 23 de noviembre de 2010, y sería suficiente para rechazar el motivo remitirnos a lo que se declara en dichas sentencias, que ha sido reiterada constantemente desde entonces, en particular a lo que se razona en el fundamento tercero en el sentido de realizar una interpretación literal y en sus propios términos del mencionado artículo 294.1º, con el alcance que ya se ha señalado antes.

Y si lo que se pretende es cuestionar lo declarado en la sentencia de instancia con la de referencia del Tribunal Europeo en materia de derechos humanos, ante las alegaciones realizadas debemos señalar las siguientes consideraciones:

Primera.- En sede de derechos fundamentales, el Tribunal de Garantías Europeo tan solo ha examinado la cuestión sobre la indemnización a que se refiere el artículo 294.1º de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, a la vista del derecho a la presunción de inocencia que contempla el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo párrafo segundo se declara el derecho de *“toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*. En congruencia con ello, declara la misma sentencia que no resulta de aplicación a supuestos como el presente y el que se enjuiciaba en la sentencia de 2010, el artículo 3 del Protocolo 7º, que está referido a la procedencia de una indemnización cuando, existiendo error judicial, una persona haya sufrido una pena —no una medida de seguridad como es la prisión preventiva— por una condena en sentencia firme que después ha sido anulada, lo que no es el caso de autos. Sobre esa premisa se llega por el Tribunal a la importante afirmación de que *“ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan derecho a una indemnización por una prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (vid, mutatis mutandis, Dinares Peñalver c. España (dic.), no 44301/98, 23 de marzo de 2000)...”*. Pero dando un paso más en ese devenir lógico de la sentencia, deberá concluirse que si el Tribunal Europeo declaró la vulneración del mencionado derecho fundamental en aquel supuesto concreto, lo fue por las concretas mo-

tivaciones de las resoluciones, tanto administrativas como jurisdiccionales que se dictaron en las actuaciones seguidas por nuestro País, concretamente a la vista de *“su forma de actuar, por la motivación de sus resoluciones o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones internas han sembrado dudas sobre la inocencia del demandante, vulnerando así el principio de presunción de inocencia, tal y como viene garantizado por el artículo 6 § 2 del Convenio (Puig Panella, antes citado, § 54).”* Es decir, la cuestión sobre la declaración o no de responsabilidad patrimonial en el caso de haber sufrido prisión preventiva, solo puede examinarse en sede de derechos humanos, atendiendo a la concreta decisión y motivación en el caso en que se examina. Y en el presente supuesto, bien se cuida de razonar la sentencia de instancia, y esta sentencia de casación, que en modo alguno se rechaza la pretensión de la recurrente a la indemnización por el hecho de que exista o no duda alguna sobre su culpabilidad, que en nada se cuestiona ni se ha suscitado, sino que esa pretendida indemnización pueda canalizarse por la vía privilegiada que autoriza el artículo 294.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que debería haberse canalizado por la vía general establecida en nuestro Derecho interno del error judicial que establece el artículo 293, por lo que no puede pretenderse que es contrario al mencionado derecho fundamental a que se refiere el precepto del Convenio, porque, insistimos, éste no impone una determinada vía de resarcimiento ni, menos aún, un concreto procedimiento para hacerla efectiva. En suma, la decisión del Tribunal Europeo fue examinada atendiendo a la concreta motivación de las resoluciones administrativas y fundamentos de las sentencias dictadas en el caso que se sometió a la decisión del Tribunal, no con el carácter de generalidad que se pretende en el motivo del recurso.

Segunda.- Es cierto que en la mencionada sentencia se declara por el Tribunal Europeo que la distinción entre inexistencia objetiva y subjetiva, en la forma en que se venía interpretando por los Tribunales españoles, realizada *“sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la ino-*

cencia del demandante”, afirmando el Tribunal de Derechos Humanos que “este razonamiento, que realiza una distinción entre una absolución por falta de pruebas y una absolución derivada de la inexistencia de hechos delictivos, no tiene en cuenta la previa absolución del acusado, debiendo respetarse por toda autoridad judicial la parte dispositiva, cualquiera que sean los motivos aducidos por el juez penal.” Sin embargo, sucede que en el caso de autos, ni este Tribunal ni el de instancia, desconocen la declaración de apartamiento del proceso penal de la recurrente ni los efectos que ese apartamiento ha tenido a los efectos de la pretensión indemnizatoria reclamada, sino el concreto procedimiento para hacerla valer, respecto de lo cual ninguna exigencia impone ni el Convenio ni la sentencia mencionada. Es decir, no se excluye la pretensión indemnizatoria porque se cuestione la culpabilidad o no de la recurrente que, insistimos, nunca se ha cuestionado, sino que la vía procedimental elegida sea la oportuna, conforme a nuestra legislación nacional. Y no está de más recordar que este Tribunal Supremo cambió la interpretación del artículo 294.1º tantas veces citado, precisamente porque en el ámbito de la delimitada “inexistencia subjetiva”, se había discriminado entre aquellos supuestos en que existía una falta de prueba sobre la participación del interesado en el hecho; que fue lo que rechazó el Tribunal Europeo; pero ese cambio llevó a una interpretación literal del mencionado precepto por los Tribunales españoles, que son soberanos para interpretar el precepto a la vista de que ni existe imposición alguna del Convenio del reconocimiento del derecho a la indemnización en los términos que se pretenden ni la propia sentencia examinada impone, como se ha visto anteriormente.

Tercera.- Por las razones antes expuestas deben rechazarse que la decisión adoptada en el presente supuesto sea contraria a la declaración que se hace en la sentencia del Tribunal Europeo, en orden al alcance y efectos de una declaración de absolución, basada en los principios del Derecho penal de la presunción de inocencia, así como su incidencia en orden a la valoración de la prueba en el proceso criminal del “in dubio pro reo” que,

en palabras del Tribunal europeo, “constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia” lo que comporta que “no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona... las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal... en el marco del artículo 6 § 2 del Convenio, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutive de una sentencia absolutoria” de donde se llega a la necesaria conclusión de que “el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y denota una violación de la presunción de inocencia...”. No es eso lo que acontece en supuestos como el presente en que los Tribunales nacionales, no es que exijan a los interesados, la recurrente en el presente supuesto, prueba alguna de su inocencia, sino simplemente que se acuda a la vía ordinaria para obtener la indemnización correspondiente, que es la declaración de error judicial; declaración que nuestra legislación interna, confirmando un privilegio procedimental que ninguna norma del Convenio impone, atribuye a las decisiones del Orden penal de inexistencia del hecho criminal origen de la decisión de decretar la prisión preventiva. No es al interesado al que se le exige prueba alguna de su ausencia de culpabilidad, sino a la misma autoridad nacional a la que se confiere la potestad de declarar la existencia o no de error judicial en la adopción de la medida cautelar, potestad que en modo alguno puede estimarse contraria a la exigencia del derecho a la presunción de inocencia que se reconoce en el artículo 6 del Convenio que es, no se olvide, el que puede servir para examinar la legalidad de la decisión administrativa a la luz de la defensa de los derechos fundamentales.

Las razones expuestas obligan a la desestimación del motivo y, con él, de la totalidad del recurso.

SEXTO.- La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4000) la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLO:

No ha lugar al presente recurso de casación número 1273/2013, promovido por la representación procesal de Doña Carlota, contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2012, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 649/2010, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR:

FECHA:21/07/2015

Que formula la Magistrada de la Sala, Margarita Robles Fernández, en el recurso de casación núm. 1273/13, interpuesto por Doña Carlota, contra Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 16 de octubre de 2012, por discrepar del parecer de la mayoría de la Sala.

1.- Al entender, quien suscribe este Voto Particular, que hubieran debido estimarse los motivos de casación primero y segundo y, consiguientemente, entendiéndose vulnerado el art. 294 LOPJ, haberse aceptado la pretensión formulada por la actora y otorgarle la indemnización procedente,

por el tiempo por el que estuvo en prisión provisional por unos hechos respecto a los cuales, no es que se haya descartado su participación por resolución judicial, sino que le son completamente ajenos, como lo demuestra el que en el momento procesal oportuno y una vez practicadas las diligencias correspondientes, se descartó cualquier relación con ellos de la Sra. Carlota y el Ministerio Fiscal no formuló acusación contra la misma, punto clave para aceptar sus pretensiones.

Previamente, por Sentencia de 1 de febrero de 2002 el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se había anulado la Sentencia de 25 de septiembre de 2001, así como el veredicto del Jurado, en la que se había condenado a la actora por un delito de asesinato.

2.- No va a entrar quien suscribe este Voto a pronunciarse sobre el cambio de doctrina efectuado por esta Sala, en la materia que nos ocupa, iniciado a partir de las Sentencias de 23 de noviembre de 2010 (Rec. 4288/2006, y 1908/2006), a la que lógicamente ha de estarse, y a cuya aplicación ha de procederse, aun cuando esta Magistrada comparta los argumentos vertidos en el Voto particular en relación a dicho cambio de doctrina, como también comparte las consideraciones que en dicho Voto se vierten, en cuanto a la indefensión que sin duda se le genera a la recurrente, que no acudió en su momento a la vía del error judicial, porque la amparaba la jurisprudencia existente en 2006, cuando interpuso su reclamación por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, con base a la cual era claro, meridiano e incontrovertible, que hubiera tenido derecho a ser indemnizada por el tiempo que pasó en prisión provisional por unos hechos por los que luego no fue ni siquiera acusada.

La tesis sostenida por la Sentencia de la que se discrepa, impide que la actora pueda acudir a la vía de la previa declaración de error judicial (art. 293 LOPJ) por haber transcurrido el plazo de caducidad de tres meses previsto para ello, siendo así que cuando ella reclamó, acudió a la vía que a la sazón daba cobertura a su pretensión, y de la que ha sido privada no por un cambio legal, sino por una modificación de la doctrina de esta Sala.

3.- Pero es que además de poner de manifiesto la indefensión que el cambio de doctrina jurisprudencial genera a la actora, lo cierto es que con independencia de ello, entiende quien suscribe este Voto, que con la doctrina jurisprudencial actual el supuesto que afecta a la actora es un caso de inexistencia objetiva, que permitiría, sin duda, su indemnización.

Se impone por ello precisar, qué se entiende por “inexistencia objetiva”, remitiéndonos a esos efectos a la más que reiterada doctrina de esta Sala, después del cambio producido por las Sentencias de 23 de noviembre de 2010.

Al respecto se entiende amparado en el art. 294 de la L.O.P.J. el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado, que abarca no sólo la inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva, sino el supuesto de la absolución o auto de sobreseimiento libre “*por inexistencia de la acción típica o, lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno*”, pues en otro caso “*sería tanto como excluir de la indemnización los supuestos en que se hubiese decretado prisión provisional a pesar de no ser los hechos determinantes de la misma constitutivos de infracción punible alguna por no estar tipificados como tales, con lo que se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal utilizada en dicho precepto: <>, no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo estos tienen relevancia jurídica penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional*”

Y hemos dicho también:

“Pues bien, siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado

en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atiende el Juez penal.”

Y ese es el razonamiento al que debe estarse: a la ausencia de toda imputación, teniendo en cuenta la que es más que conocida definición de delito como acción, típica, antijurídica, culpable y punible, en relación a la persona a la que viene referido, lo que exige la concurrencia de unos requisitos subjetivos y objetivos no considerados en abstracto, sino lógicamente en relación a la persona que sufrió la prisión provisional.

Obviamente, cuando concurren dudas sobre la participación de una persona en un hecho delictivo y operan los principios de presunción de inocencia o “in dubio pro reo”, es cuando en una interpretación lógica, debe considerarse un supuesto de inexistencia subjetiva.

Pero cuando, como ocurre en el caso de autos, el Ministerio Fiscal ni siquiera acusa a la ahora actora, es obvio que, en relación a la misma, no cabe apreciar la concurrencia de aquellos elementos que determinarían la comisión de un hecho delictivo, en cuanto acción típica, y esa apreciación de la acción u omisión típica, que define la comisión

de cualquier delito, debe referirse a una persona concreta, y no a la generalidad de la ciudadanía y de los múltiples delitos que a diario se cometen en una sociedad, y mucho más cuando estos tienen autor conocido, como ocurre en el caso de autos.

Por lo demás, aun cuando respecto a la recurrente ha recaído sobreseimiento provisional por Auto de 11 de agosto de 2004, confirmado por Auto de 20 de enero de 2005, dictado por la Audiencia Provincial de Málaga, dicho sobreseimiento debe considerarse como libre, como se demuestra que después del tiempo desde entonces transcurrido, el Fiscal no haya formulado acusación contra la Sra. Carlota.

Como hemos dicho en nuestras Sentencias de 22 de mayo de 2007 (Rec.5771/2003) y 26 de enero de 2005 (Rec.4928/2001) “ *Es indudable que el sobreseimiento provisional de la causa criminal respecto de quien en la misma había sufrido prisión preventiva, a pesar de que en dicha causa se abrió el juicio oral para enjuiciar los mismos hechos por lo que aquél había padecido la privación de libertad debido a que el Ministerio Fiscal mantuvo la acusación frente a otros al mismo tiempo que manifestó (antes de la apertura de dicho juicio) que no había motivo alguno para acusar a aquél, constituye una forma encubierta de la proscrita absolución en la instancia, ya que deja indefinidamente abierto el proceso penal respecto de quien el Fiscal carece de elementos o datos*

para formular acusación, de manera que por livianas sospechas del juez instructor se mantiene a una persona, frente a quien ni siquiera existen indicios para abrir el juicio oral en el que se han de enjuiciar las conductas de otros acusados por los mismos hechos, como una especie de sirvo de la curia marcado por el estigma del deshonor (empleando las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues, si su conducta se enjuiciase, resultaría absuelto por retirada de la acusación contra él”

4.- Así las cosas, debemos concluir apreciando la inexistencia objetiva de hecho delictivo, concretamente referida a la recurrente, y no en abstracto, en relación a otras personas respecto a los hechos por los que estuvo en prisión provisional, por lo que considero hubiera debido estimarse su recurso, y acceder a su pretensión de ser indemnizada.

Fdo.- Margarita Robles Fernández.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

CARLOS MOLERO MANGLANO

Profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid

(Tol 5214786)

Cabecera: Conflicto colectivo. Ediciones El País, sl. Conflicto interpretativo del acuerdo alcanzado en conciliación judicial ante la sala de lo social de la audiencia nacional en el proceso de despido colectivo instado en su día por CCOO y por el comité intercentros (acumuladas). Inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo y falta de legitimación activa (falta de acción) del empresario para impugnar indirectamente por esa vía el despido colectivo

Jurisdicción: Social

Ponente: JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 16/06/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Número Recurso: 339/2014

COMENTARIO:

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 16 de junio de 2015 examina los recursos interpuestos por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, el Comité Intercentros de Ediciones El País y Dña. Isabel Gascón, Delegada de Personal, contra la Sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2014 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada en procedimiento de conflicto colectivo y que estima parcialmente la demanda interpuesta por Ediciones El País, S.L.

Las referencias básicas del pleito son las que a continuación pasan a exponerse.

1. Los hechos

Las circunstancias relevantes, todas ellas recogidas en el relato de hechos probados, son las siguientes:

1^a. En mayo y junio de 2011 se alcanzaron acuerdos, en el seno de la empresa Ediciones El País, S.L, en el contexto de una convocatoria de huelga; uno entre el empresario, los sindicatos UGT y CCOO y los Comités de Huel-

ga, el segundo entre el empresario y los citados sindicatos. De ellos interesa destacar que, además de establecer un método regulador de la baja indemnizada a efectos de desvinculaciones laborales, se acuerda establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades, además de otras compensaciones complementarias.

2ª. En octubre de 2012 el empresario inicia un periodo de consultas para adoptar medidas de despido colectivo, además de reducciones salariales, prejubilaciones y suspensiones de contrato. En el transcurso de las consultas la parte social presentó una oferta de acuerdo consistente en 39 días por año y tope de 42 mensualidades. El periodo de consultas finaliza sin acuerdo levantándose acta en la que el empresario concreta como oferta indemnizatoria la de 35 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades y un tope máximo de 175.000 euros.

3ª. CCOO y el Comité Intercentros presentan ante la Audiencia Nacional sendas demandas de despido colectivo en que se solicita la nulidad o subsidiaria improcedencia de los que se lleven a cabo conforme a los criterios de la empresa. Las partes, previamente al juicio, alcanzan un acuerdo de conciliación en el que, entre otros diversos extremos, se pacta una indemnización de 38 días de salario por año de servicio con ciertos límites cuantitativos.

4ª. Por Diligencia de Ordenación de 6 de febrero de 2013 se declaró la firmeza del Decreto convalidando la conciliación alcanzada y por otro Auto de 30 de mayo de 2013 se despachó su ejecución.

5ª. Demandas de despidos individuales vinculados al despido colectivo acordado por El País habían recibido soluciones variadas, siendo unas estimadas haciendo valer los compromisos indemnizatorios fijados en los Acuerdos de 2011, otras desestimadas y en otros casos llegando las partes a acuerdos en conciliación.

6ª. Por la representación de Ediciones El País, S.L se interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la que se solicitaba una resolución declarativa de que el acuerdo colectivo alcanzado en la conciliación ante la Audiencia Nacional tenía plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado y para modificar la indemnización que preveían los acuerdos del Grupo Prisa de mayo y junio de 2011. La demanda iba dirigida contra el Comité Intercentros, la Federación de Servicios de CCOO, el comité de empresa de Ediciones El País y diversos delgados de personal.

7ª. Con fecha 16 de mayo de 2014 se dictó Sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que, previo rechazo de las cuestiones procesales suscitadas por inadecuación de procedimiento, incompetencia

funcional y falta de acción y de legitimación activa, se estimó parcialmente la demanda declarando que lo acordado entre las partes en conciliación tiene plena validez para fijar la indemnización del despido colectivo realizado, sin que a los trabajadores afectados por dicho despido les alcancen los acuerdos del Grupo Prisa de 2011, acuerdos que sin embargo deben seguirse considerando vigentes a efectos distintos de los de dicho despido colectivo.

8ª. Frente a dicha Sentencia recurre en casación ordinaria la Federación de Servicios a la Ciudadanía y CCOO, el Comité Intercentros de Ediciones El País y una delegada de personal. En todos ellos se plantea la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, y en unos u otros las de incompetencia funcional, falta de acción, de legitimación activa o fraude procesal.

9ª. De la Sentencia del Tribunal Supremo es Ponente el Magistrado Gil Olmo López y no cuenta con votos particulares.

2. El carácter híbrido del debate planteado en el pleito

Resulta de especial interés en el presente caso el observar hasta qué punto se solapan e imbrican aspectos sustantivos del derecho colectivo del trabajo con aspectos netamente procesales que, según se verá, son los que acabarán resultando decisivos en la solución final, lo que no quita un ápice de atractivo a los problemas de fondo planteados y a los que, por tanto, deberemos prestar también la atención que merecen.

Porque, de un lado, tenemos el problema apasionante de la posibilidad de que la conciliación judicial lograda en la Audiencia Nacional en un procedimiento de impugnación de despido colectivo pueda prevalecer o no, y hasta qué punto, sobre los acuerdos logrados en el marco de una huelga en la misma empresa, siendo así que en ambas ocasiones las partes se han referido a los compromisos económicos y de otra índole que resultarían de aplicación en supuestos de despido, ya que nadie ha discutido que unos y otros acuerdos resultan igualmente aplicables al despido colectivo.

Pero, por otro lado, tenemos la delicadísima cuestión procesal de saber hasta qué punto puede interponerse un conflicto colectivo para determinar el alcance de la conciliación lograda en otro procedimiento judicial también de carácter colectivo como es el de impugnación de un despido colectivo y máximo cuando existen acuerdos específicos previos sobre el particular, que los términos de la conciliación judicial han dado, en buena medida, de lado.

Sin duda ninguna, la complejidad de los dos sistemas normativos, el de derecho colectivo del trabajo y el procesal favorecen el que se llegue a una

situación tan discutible y resbaladiza como la que el presente pleito enfrenta y que exige un análisis diseccionado de los diversos aspectos a tener en cuenta, que pasamos a realizar.

3. Sobre la cuestión de fondo

Los acuerdos logrados como consecuencia de una huelga tienen valor de convenio colectivo, según previsión legal no puesta en cuestión jurisprudencialmente, pero el acuerdo logrado en conciliación en un proceso de conflicto colectivo tiene también esa misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el art. 82 del Estatuto de los Trabajadores, según prevé el art. 156.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LJS.

El art. 124 LJS, que regula el proceso de impugnación de los despidos colectivos no contiene una regla similar a la del 156.2, si bien su naturaleza colectiva parece indudable, y con ella la aplicación supletoria del proceso de conflictos colectivos.

En cualquier caso, lo que no admite discusión es que estamos ante dos acuerdos colectivos perfectamente legítimos y que el segundo, el logrado en conciliación, resulta específico, al ir referido exclusivamente a un determinado proceso de despido colectivo, y no a cualquier tipo de desvinculación laboral, y posterior en el tiempo a los acuerdos de 2011. Parece por ello que el criterio sentado por la Sentencia de la Audiencia Nacional en el sentido de considerar que esa conciliación prevalece a efectos indemnizatorios sobre los acuerdos anteriores del Grupo Prisa está plenamente justificada.

El hecho de que las partes de unos y otros acuerdos ofrezcan algunas diferencias no parece una circunstancia decisiva; los acuerdos sobre huelga los suscribe también UGT, que no aparece en la conciliación judicial, aunque sí lo hace orgánicamente a través del Comité Intercentros; en cualquier caso, ello nunca podría privar de eficacia al acuerdo de conciliación, ya que los trabajadores están suficientemente representados, tanto sindical como orgánicamente y lo está también sin duda la empresa.

Y es razonable también el criterio de la Audiencia Nacional en el sentido de que el acuerdo de conciliación se refiera exclusivamente a ese proceso de despido colectivo y no a cualquier otra incidencia laboral, ya que los acuerdos de 2011 deberán quedarse vigentes para todo lo demás.

No tan convincente resulta la Sentencia de la Audiencia Nacional cuando señala que ese carácter contrario a los acuerdos de 2011 debió en su caso emplearse para impugnar la validez de la conciliación alcanzada, lo que no se hizo e impide ahora introducir ese elemento en la controversia. Ni parece lógico lo primero, ya que impugnar la conciliación por quien conocía los acuerdos

y a pesar de ello la firma no resultaría de recibo, ni lo segundo, ya que la acción interpuesta por el empresario es otra distinta de aquella en que se logró la conciliación y no parece que nada impida introducir en el debate una cuestión tan relevante.

Al mismo tiempo, hay que reconocer que la solución dada por la Sentencia de la Audiencia tenía la virtualidad de evitar el rosario continuo de demandas individuales de los trabajadores que se estaba produciendo, y que además estaba recibiendo soluciones distintas, con toda la inseguridad y los problemas que ello origina.

Dado el acierto de ese criterio y dada la multiplicidad de demandas individuales que se estaba produciendo, se echa de menos que el Tribunal Supremo en su Sentencia no viniera, aunque fuera en *obiter dicta*, a reconocer la improcedencia del criterio de fondo de la sentencia impugnada, lo que hubiera ayudado ante los pleitos individuales; pero no lo hace, con lo cual queda en el limbo el criterio al respecto del Tribunal Supremo.

4. Sobre la acción de jactancia

Como se sabe, para evitar el problema de múltiples sentencias individuales referidas a un despido colectivo, el art. 124 de la LJS, alumbrado por la reforma laboral de 2012, estableció la posibilidad de que el propio empresario pueda interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, estando legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores. Es una previsión que siempre me ha parecido un tanto ingenua por parte del legislador, y que nunca recomendaría a una empresa, ya que acudir ante un Tribunal Laboral para que este señale que todo lo realizado por el empresario en una situación tan compleja como la de un despido colectivo ha sido absolutamente correcta resulta un tanto utópico.

Sin embargo, tal posibilidad está en la ley, ha recibido la denominación de acción de jactancia y a ella se refiere tanto la Sentencia de la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo para poner de manifiesto que en el presente caso no estamos ante esa acción, aunque sí se esté planteando el problema de la multiplicidad de demandas individuales de despido con soluciones diversas.

Pero es que, efectivamente, no parece que pueda entenderse otra cosa. Cuando el art. 124.3 LJS regula esta posible acción del empresario exige una serie de condiciones que aquí no se cumplen:

- La primera de ellas es que la decisión extintiva no se haya ya impugnado por los sujetos colectivos o por la Autoridad Laboral, y en nuestro caso sí se había impugnado el despido colectivo.
- En segundo lugar, que no haya transcurrido el plazo de 20 días desde que se agotase el de caducidad aplicable al ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, y en nuestro caso tal plazo se había superado.
- Y lo que es más importante, que el empresario solicite una declaración de que la decisión extintiva ha sido ajustada a Derecho, mientras que en este caso lo que está solicitando es que se apliquen las indemnizaciones acordadas en conciliación judicial y no en los pactos generales de 2011.

En definitiva, no hay acción de jactancia porque no concurren ninguno de sus elementos, concurre el problema por el que se ha regulado la acción de jactancia, pero no las características de ésta, luego a este respecto las decisiones judiciales que estamos comentando resultan absolutamente procedentes.

Sin embargo, hay un matiz que apuntan los recurrentes sobre el que conviene detenerse. Dicen ellos que en este caso falta la buena fe procesal, que puede entenderse que estamos ante un fraude procesal al utilizar el procedimiento de conflicto colectivo para interpretar la conciliación a modo de acción de jactancia pero fuera de los plazos y los requisitos de la misma. El argumento tiene su atractivo, y la contestación que dio la Audiencia Nacional al respecto es bastante convincente, tanto que es confirmada por el Tribunal Supremo, que no aprecia fraude procesal, si bien podría decirse que en cierta medida tal sospecha ayuda al establecimiento de la solución final acogiendo una excepción procesal distinta.

5. La cuestión decisiva de la inadecuación de procedimiento

Tanto en el juicio ante la Audiencia Nacional como en los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo, los recurrentes plantean la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo empleado por la empresa demandante, y recuerdan que estamos ante una cuestión de orden público procesal, lo que aceptado por la Sala lleva a ésta a pronunciarse sobre el particular y, al hacerlo de forma estimatoria, zanjar el pleito sin entrar en el tema de fondo.

Esa solución estimatoria es la suscrita por el Informe del Ministerio Fiscal y fue desechada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en instancia.

Ante la importancia del problema conviene revisar los argumentos de la Audiencia Nacional, los que posteriormente opone el Tribunal Supremo y, por último, efectuar una valoración de ambas posturas.

A) *Los argumentos de la Audiencia Nacional*

En el fundamento de derecho cuarto de la SAN se aborda lo que es el núcleo esencial de su postura y que conduce a la resolución finalmente adoptada. Señala allí la Sala que en el presente caso no se trata de revisar la decisión extintiva empresarial sino lo acordado en conciliación ante la misma Sala, y que por ello el análisis debe centrarse en los términos del art. 153.1 de la LJS conforme a su dicción y a reiterada jurisprudencia, que pasa a recordar. En esa línea señala la consolidada doctrina de que las pretensiones propias del conflicto colectivo se definen por dos elementos, uno subjetivo, la afectación a un grupo genérico de trabajadores, y otro objetivo consistente en la presencia de un interés general correspondiente al grupo en su conjunto, no fraccionable ni divisible.

Y entiendo la Sala que ambos elementos concurren en el caso, ya que hay grupo genérico de trabajadores, los despedidos, una decisión extintiva de despido colectivo que aporta un elemento de homogeneidad, y una controversia que encierra un interés general pues se trata de resolver si lo pactado en conciliación es criterio válido y eficaz para explicar la cuantía indemnizatoria de todos los trabajadores despedidos. Se trata, por tanto, de interpretar un acuerdo de carácter transaccional teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1809 del Código Civil.

B) *Los argumentos de la Sala de lo Social*

Por su parte, el Tribunal Supremo centra su atención de manera preferente en la dicción literal del art. 153.1, que conviene recordar: *“se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo...”*.

Admite la Sala Cuarta que una conciliación alcanzada en sede judicial y en un procedimiento de despido colectivo, materialmente y por afectar a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, cabría equipararla a varios de los instrumentos jurídicos que describe el art. 153.1 LJS. Dicho reconocimiento es importante, aunque finalmente no pese lo suficiente en

el ánimo de la Sala como para confirmar la sentencia de instancia. Lo que ocurre es que a pesar de ello, el Supremo atiende de manera prevalente a que el acuerdo de conciliación judicial no aparece previsto en el 153.1 y, por el contrario, la propia ley quiere dotar a esa conciliación de un mecanismo autónomo de impugnación, el del art. 84.6, y de una eficacia especial en cuanto a su ejecución, por la vía del 84.5.

Redondea su razonamiento la Sala señalando que ni se han respetado los plazos que existía para la acción de jactancia, lo que hace que el empresario carezca de legitimación activa, ni se ha utilizado la acción ejecutiva de la conciliación, que sería la vía adecuada para hacer valer los derechos colectivos que de ella pudieran derivarse.

C) *Valoración crítica*

La verdad es que en este punto de la adecuación del procedimiento no acaban de resultar convincentes los argumentos de la Audiencia Nacional, y ello debido a que utiliza una metodología incompleta, que sólo presta atención a la noción de conflicto colectivo y hace abstracción de la viabilidad de tal procedimiento cuando se trata de determinar el alcance de una conciliación judicial, que es el aspecto que parece clave en este problema.

Acierta por ello el Tribunal Supremo cuando, aun admitiendo la existencia de interés general, considera que el conflicto colectivo no es una vía idónea para determinar el alcance de una conciliación por parte de uno de sus signatarios. La respuesta es adecuada, pero no tanto el bagaje argumental utilizado al efecto.

En primer lugar, resulta sumamente discutible que una conciliación judicial en conflicto colectivo no resulte acogida por el ámbito del art. 153.1 LJS, ya que en dicho precepto se habla de convenios colectivos de cualquier eficacia, y de pactos o acuerdos de empresa, sin mayores especificaciones ni condiciones; y el acuerdo que se logró en la conciliación judicial es un acuerdo amplio, con una regulación extensa sobre cómo llevar a cabo la reducción de plantilla, y previendo todo tipo de compensaciones, la forma de pago, los salarios que se abonarán a partir de ese momento, etc. No parece que pueda decirse que eso no es un instrumento colectivo susceptible de afectación por un conflicto colectivo; la Sala Cuarta se deja llevar ahí de un nominalismo excesivo, que además no resultaba necesario.

Tampoco es determinante la reflexión relativa a la acción de jactancia, ya que está claro que no se trata de este tipo de acción. Y no resuelve tampoco la cuestión la posibilidad que apunta la Sala de una acción ejecutiva en el ámbito colectivo, ya que no es fácil imaginar qué derechos puede el

empresario ejecutar al amparo de dicha conciliación y en las circunstancias de este caso.

Lo cierto y verdad es que no hay una solución en nuestro ordenamiento procesal para este tipo de situaciones, y que el empresario se ve abocado a un panorama de multiplicidad de demandas individuales, como ha concurrido en el caso, y con soluciones diversificadas. Para que un conflicto colectivo evite litigios posteriores de carácter individual tendrían que cumplirse los requisitos del art. 157.1.a), esto es, que la demanda consigne datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados, lo que no se nos dice que haya ocurrido en este caso. La empresa no ha interpuesto más conflicto colectivo que el referido a la conciliación, y lo que ha habido antes ni ha sido en conflicto colectivo, sino un procedimiento de despido colectivo, ni lo ha interpuesto la empresa, sino el sindicato y el Comité Intercentros.

Es evidente que en este caso el contenido de la conciliación judicial resultó insuficiente o imperfecto, y que se hubiera evitado el problema posterior si se hubiese aclarado en la conciliación que en materia de indemnizaciones prevalecían las conciliadas sobre las pactadas en los acuerdos de 2011; pero no es difícil imaginar que si dicha aclaración no se hizo es porque la tal conciliación ya suscitaba suficientes problemas para llegar a feliz término, y el que la empresa hubiera pretendido la previsión específica de las indemnizaciones probablemente hubiera abortado la posibilidad de conciliar. Todos sabemos que al negociar un convenio colectivo, una conciliación o un acuerdo de fin de huelga, no siempre se puede, ni siquiera es aconsejable, incluir todo aquello que a alguna de las partes le hubiera resulta plenamente satisfactorio. Detrás de las transacciones vienen los recíprocos sacrificios.

Ahora bien, todo ello quiere decir que la empresa ya podía esperarse iba a seguir habiendo problemas de demandas individuales a pesar del acuerdo conciliatorio que, sin embargo, para ella suponía un paso positivo, pero no definitivo. Desde tal perspectiva intenta una iniciativa ciertamente ingeniosa y original, que cuenta con escasos antecedentes significativos, por lo que planteaba la necesidad de fijar una doctrina judicial como la que finalmente se ha establecido en el sentido de que no cabe la utilización de conflicto colectivo para determinar contenidos de una conciliación judicial lograda en conflicto colectivo.

Hemos ganado en claridad, pero sigue habiendo un vacío que debería cubrirse para supuestos similares al examinado, ya que la solución finalmente brindada no resulta satisfactoria en el plano práctico.

Sentencia de 16 de junio de 2015

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recursos de casación interpuestos en nombre y representación de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CC.OO; en nombre y representación del COMITE INTERCENTROS DE EDICIONES EL PAIS, y en nombre y representación de DOÑA Evangelina, respectivamente, contra sentencia de fecha 16 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento nº 75/14, promovido por EDICIONES EL PAIS, S.L., contra COMITE INTERCENTROS EDICIONES EL PAIS, S.L.; FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CC.OO.; COMITE DE EMPRESA DE EDICIONES EL PAIS, SL.; María Antonieta; Evelio; Íñigo; Nicanor; Elena y Evangelina, sobre Conflicto Colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de EDICIONES EL PAIS, S.L., se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "... se resuelva que el Acuerdo Colectivo alcanzado en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Empresa y la Representación unitaria de los trabajadores de la misma y la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato CC.OO., en fecha 14 de enero de 2013, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado en la empresa e iniciado el 9 de octubre de 2012 y concluido sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado y para modificar la indemnización que preveían los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenando a las partes demandadas a estar y

pasar por esta declaración, con los efectos legales inherentes a la misma."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 16 de mayo de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Previo rechazo de las cuestiones procesales suscitadas referidas a inadecuación de procedimiento, incompetencia funcional de este tribunal y falta de acción y legitimación activa, estimamos parcialmente la demanda presentada por EDICIONES EL PAÍS SL, declarando que lo acordado entre las partes en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Empresa y la Representación unitaria de los trabajadores de la misma y la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato CC.OO., en fecha 14 de enero de 2013, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado en la empresa e iniciado el 9 de octubre de 2012 y concluido sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado, sin que a los trabajadores afectados por el citado despido y por razón del acuerdo conciliatorio alcanzado les sean de aplicación los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración, con los efectos legales inherentes a la misma."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. Regulan las partes su relación por el convenio colectivo de Ediciones El País SL de 1-12-2011, BOE de 3-2-2012 y vigencia temporal hasta 3112-2013. Su DA 2ª en relación con la estabilidad en el empleo dispone:

Conscientes de la especial situación económica que se vive en estos momentos, las partes entien-

den que es una prioridad la defensa del empleo en la empresa, por lo que se comprometen a trabajar con el fin de mantener la mayor estabilidad posible del mismo.

En particular, y durante el tiempo de vigencia pactada para el presente convenio colectivo, se establecen los siguientes criterios de actuación:

a) En el caso de ser necesarias medidas de reajuste de plantillas, éstas se realizarán a través de las vías legalmente previstas, pero en todo caso con la apertura previa de un período de negociación con la representación de los trabajadores en el que se debatirán las soluciones que permitan minimizar el impacto en el empleo de las medidas que se adopten.

b) Las reestructuraciones colectivas de plantilla que puedan ser necesarias se abordarán dando particular importancia a las medidas no extintivas de contratos, tales como suspensiones de contratos, reducciones de jornada, movilidad geográfica y funcional, etc., sin perjuicio de los acuerdos individuales que puedan alcanzarse entre la empresa y el trabajador.

c) Las entidades promoverán la formación de sus empleados con el objeto de que puedan realizar tareas distintas de las que habitualmente han venido desarrollando, con el fin de facilitar la movilidad y readaptación en caso de producirse reestructuraciones de plantilla..

d) La Comisión Paritaria y el Comité de Empresa conocerá de la evolución del empleo en la empresa.

2. Los días 20-5 y 14-6-2011 se alcanzan acuerdos en el contexto de una convocatoria de huelga, el primero entre el empresario y los sindicatos UGT y CCOO y los comités de huelga, y el segundo entre el empresario y los citados sindicatos. Ambos se dan por reproducidos, si bien a los efectos de este litigio interesa destacar que en ellos se convino:

CUARTO.- Ambas partes convienen en establecer como método regulador de Baja indemnizada, a los efectos de desvinculaciones, los siguientes criterios:

1. Las desvinculaciones se cubrirán acudiendo previamente a los procesos de voluntariedad comprometidos en el punto anterior.

2. Se acuerda establecer como modulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades. A efectos del modulo indemnizatorio se aplicará el prorrateo mensual de los periodos inferiores a un año.

3. Para el establecimiento de dichos módulos, podrán establecerse en el ámbito de cada Unidad Empresarial factores correctores o variabilidad en la aplicación de los topes, en función de condiciones objetivas de los colectivos afectados, siempre que el modulo indemnizatorio resultante sea como mínimo el señalado en este punto para el conjunto de la Unidad Empresarial, y se establecerán, caso de acordarse en las respectivas empresas, escalas progresivas inversamente proporcionales a los niveles retributivos.

4. Siempre que las partes lo acuerden en el seno de cada Unidad Empresarial y, exclusivamente para los supuestos de extinción del contrato, la empresa ofertara servicios de outplacement para facilitar la búsqueda de empleo alternativo. Los Comités de Empresa participaran en el proceso de selección de las empresas que provean los servicios.

5. Igualmente, podrá ofertar cursos de formación laboral ocupacional complementaria a sus habilidades profesionales, que la empresa abonara directamente al centro formativo seleccionado.

3. El 9-10-2012 el empresario dio inicio al periodo de consultas para adoptar medidas de despido colectivo, reducción salarial, prejubilaciones y suspensiones de contratos.

En el transcurso de las consultas la parte social presentó una oferta de acuerdo consistente en indemnizaciones de 39 días por año y tope de 42 mensualidades que no admitió el empresario. El periodo de consultas finaliza sin acuerdo el 8-11-2012 levantándose acta en la que el empresario concreta como oferta indemnizatoria por extinciones de contrato la de 35 días de salario por año con el límite de 24 mensualidades y un tope máximo de 175.000 euros.

4. CCOO y el comité intercentros presentan sendas demandas de despido colectivo que se tra-

mitan ante este Tribunal. Su contenido se da por reproducido.

En acta de conciliación previa a juicio se alcanza un acuerdo validado por Decreto de 14-1-2012 de la S' Secretaria en los siguientes términos:

"La parte demandante desiste de Promotora de Informaciones, S.A.. Tras las conversaciones mantenidas entre Ediciones El País, S.L. y la parte demandante, y con el fin de evitar la incertidumbre de un pronunciamiento judicial, se alcanza el siguiente acuerdo de conciliación:

Primero.- Las partes reconocen la existencia, actualmente, de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la empresa.

Segundo.- Con el fin de reducir el impacto en el número de trabajadores afectados por el despido de manera forzosa, se acuerda abrir un plazo de adscripción voluntaria durante los siete días siguientes a la firma del presente acuerdo a las medidas que se detallan en el apartado tercero. Dicho procedimiento de adscripción voluntaria se regirá por las siguientes reglas:

a) Si se adscriben voluntariamente hasta cinco trabajadores, la empresa podrá rechazar hasta tres de ellas. Si se adscriben más de cinco trabajadores, y hasta un máximo de treinta, la empresa tendrá libertad para rechazar la adscripción de hasta el 50%.

b) La empresa ofrecerá la reincorporación a un número de trabajadores despedidos igual al número de trabajadores a los que se haya aceptado su adscripción voluntaria en el plazo de diez días desde la firma del presente acuerdo. Dicha propuesta de reincorporación deberá realizarse al menos en un 50% a trabajadores que prestaran sus servicios antes del despido en centros de trabajo distintos de Madrid o Barcelona, aunque la reincorporación se produciría en uno de esos dos centros de trabajo.

c) La reincorporación estará condicionada a la previa devolución del importe íntegro de la indemnización percibida y se realizará en las mismas condiciones que disfrutaba el trabajador con anterioridad al despido, con abono de los salarios correspondientes al periodo desde el despido hasta la efectiva reincorporación.

d) En el caso de que el número de trabajadores que acepten la reincorporación sea inferior al número de trabajadores a los que se haya aceptado su adscripción voluntaria, la empresa ofrecerá la nueva contratación de un número de colaboradores igual a la diferencia de entre los comprendidos en la lista que ha facilitado el Comité de Empresa, teniendo en cuenta el tiempo de colaboración con la empresa.

e) Una vez transcurrido el plazo de 7 días de adscripción voluntaria, la representación de los trabajadores facilitará a la Empresa el listado de los trabajadores que hayan solicitado su adscripción voluntaria al despido colectivo. Los trabajadores voluntarios cuya adscripción sea finalmente aceptada por la empresa conforme a las reglas previstas anteriormente, se entenderán que forman parte, a todos los efectos, del ámbito personal del despido colectivo objeto de impugnación bajo los presentes autos.

Tercero.- Con el fin de atenuar las consecuencias del despido colectivo, se aplicarán las siguientes condiciones a los trabajadores incluidos en el mismo:

A) Trabajadores con 58 años cumplidos a 31 de diciembre de 2012.

1. El trabajador percibirá por la extinción del contrato una cantidad, en forma de capital o renta, que sumada a la prestación contributiva por desempleo a que tenga derecho a percibir, durante el periodo de duración de la prejubilación, alcance:

Un 70% de la retribución fija neta en el momento de la extinción en el caso de trabajadores que extingan el contrato antes de cumplir 60 años, y Un 75% para los que tengan cumplidos dicha edad en el momento de la extinción del contrato.

2. En todo caso la cantidad total a percibir, en capital o renta, no podrá ser inferior al equivalente a 20 días de salario por año trabajado con el tope de catorce mensualidades para los menores de 63 años. Para los trabajadores que ya hayan cumplido 63 a más años al a fecha de extinción del contrato no podrá ser inferior al equivalente a 20 días de salario por año trabajado con el tope de una anualidad.

3. La empresa se hará cargo del coste de mantener el convenio especial con la Seguridad Social desde la finalización del período de prestación de desempleo hasta que el trabajador cumpla 63 años, computando como base para el mismo la que correspondiera al trabajador en el momento inmediatamente anterior a la extinción del contrato de trabajo.

Durante dicho período, el trabajador deberá comunicar a la empresa cualquier variación en su situación laboral que pueda incidir en el pago de dicho Convenio, asumiendo los perjuicios que puedan suponerle el incumplimiento de esta obligación o la transmisión de una información no ajustada a la realidad.

4. En todo caso, el coste para la empresa por cada trabajador que acceda a esta medida, sumando la indemnización y el coste del convenio especial con la Seguridad Social, no podrá ser superior a 190.000 €.

5. La percepción de la compensación por jubilación en forma de renta es incompatible con la realización de actividades que supongan competencia con las actividades de la Empresa, entendiéndose por tales las actividades en diarios impresos de difusión nacional, con ediciones en papel y digital.

6. La pérdida de la prestación por desempleo por cualquier causa, imputable al trabajador, no podrá suponer para la empresa un incremento de la cobertura establecida.

E) Resto de trabajadores.

La indemnización que percibirá el empleado será la resultante de aplicar Treinta y ocho (38) días del salario por año de servicio, con el límite máximo indemnizatorio del importe de veinticuatro (24) mensualidades del salario regulador. Adicionalmente, se abonará una indemnización complementaria equivalente a la mitad del salario mensual fijo del trabajador en la fecha de extinción del contrato. En todo caso la indemnización no podrá ser superior a 190.000 euros ni inferior a 20.000 euros.

C) Forma de pago.

f) La diferencia entre la indemnización ya abonada al trabajador y el 65% de la indemnización que ahora se pacta se abonará en los quince días

siguientes a la fecha del presente acuerdo y el restante 35% el 30 de septiembre de 2013. A tales efectos se entregará en el mismo plazo de quince días siguientes al presente acuerdo pagará nominativo por la cantidad aplazada. En caso de que el pagará resultara impagado a su vencimiento, la empresa deberá reincorporar al trabajador en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad, siempre que reintegre la parte de indemnización ya percibida. Con abono de los salarios correspondientes al período desde el despido hasta la efectiva reincorporación.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y con el fin de adecuar los costes de personal a la menor rentabilidad del negocio y mejorar la competitividad de la empresa, se acuerda la inaplicación del salario establecido en el convenio colectivo durante la vigencia del mismo, mediante la reducción del salario fijo anual en los porcentajes que a continuación se señalan, con efectos desde el 1 de enero de 2013:

hasta 33.000 € 0%

más de 33.000 hasta 40.000 € 4%

de 40.000 hasta 50.000 € 5%

de 50.000 hasta 60.000 € 6,5%

de 60.000 hasta 70.000 € 7,5%

de 70.000 hasta 80.000 € 8,5%

de 80.000 hasta 90.000 € 9,5%

de 90.000 hasta 100.000 € 10,5%

100.000 € o más 11%

Quinto.- Las condiciones señaladas en el presente acuerdo se mantendrán en el caso de que la empresa, durante la vigencia del convenio, decida la realización de despidos colectivos u objetivos, tomando a tal efecto como salario computable el del año 2012."

5. Por diligencia de ordenación de 6-2-2013 se declaró la firmeza del Decreto convalidando la conciliación alcanzada y por otro Auto de 30-5-2013 se despachó su ejecución en los términos contenidos en el mismo.

6. Demandas de despidos individuales vinculados al despido colectivo acordado por EL PAIS han recibido soluciones variadas, siendo unas estimadas haciendo valer los compromisos indemnizatorios fijados en los acuerdos de 2011,

otras desestimadas y en otros casos las partes han llegado a acuerdos conciliatorios.

7. El 30-10-2013 dictó sentencia el Tribunal Supremo que confirmó la dictada por el TSJ de Madrid de 8-1-2013 que estimó la demanda planteada y declaró no ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por PRISA en proceso anterior de despido colectivo de 26 trabajadores cuyas consecuencias jurídicas y condiciones en materia indemnizatoria deben ser las contenidas en los pactos de 205 y 14-6-2011: abono de 45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades.

8. El presente conflicto se extiende al empresario y a todos los trabajadores de sus distintos centros de trabajo afectados por el acto de conciliación referido en el hecho 4º."

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de: FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CC.OO.; COMITE INTERCENTROS DE EDICIONES EL PAIS; y DOÑA Evangelina, respectivamente.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de diciembre de 2014 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia de los recursos, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de junio de 2015, por el Pleno de la Sala, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La representación letrada de la empresa "Ediciones El País, SL" interpuso el 21 de marzo de 2014 demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional contra el Comité Intercentros, la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato Comisiones Obreras (CCOO en adelante), el Comité de Empresa del centro de trabajo de Madrid, y contra los delegados de personal de los centros de Barcelona (Dña. María Antonieta y D. Evelio), Valencia (D. Íñigo), Santiago de Compostela (D. Nicanor) y Bilbao (Dña. Elena). Por diligencia de ordenación

del 8 de mayo de 2014, se tuvo por personada en las actuaciones a la delegada de personal de Andalucía (Dña. Evangelina), que, pese a constar debidamente citada, no compareció al acto del juicio.

La demanda terminaba suplicando se dictara sentencia que —literalmente— "resuelva que el Acuerdo Colectivo alcanzado en sede de conciliación judicial ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Empresa y la Representación unitaria de los trabajadores de la misma y la Federación de Servicios de la Ciudadanía del Sindicato CCOO, en fecha 14 de enero de 2013, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo efectuado en la empresa e iniciado el 9 de octubre de 2012 y concluido sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización que preveían los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenado a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración, con los efectos legales inherentes a la misma".

2. La sentencia de 16 de mayo de 2014 (procd. 75/14) de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que es ahora objeto del presente recurso de casación común, previo rechazo de las cuestiones procesales suscitadas, referidas a inadecuación de procedimiento, incompetencia funcional de la propia Sala y falta de acción y de legitimación activa, estimó en parte la demanda declarando que lo acordado en conciliación ante dicha Sala el 14 de enero de 2013 por la Empresa, la Representación unitaria de los trabajadores y CCOO, en el procedimiento de impugnación del despido colectivo iniciado el 9-10-2012 y concluido sin acuerdo el 8-11-2012 —también literalmente— "tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización del despido colectivo realizado, sin que a los trabajadores afectados por el citado despido y por razón del acuerdo conciliatorio alcanzado les sean de aplicación los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, condenando a las partes demandantes a estar y pasar por esta declaración, con los efectos inherentes a la misma".

No obstante, en el último párrafo de su fundamento jurídico séptimo, la Sala de instancia ex-

plica su estimación parcial manifestando que, respecto a la pretensión de la parte actora de que se declare que la conciliación también tiene plena validez y eficacia para modificar la indemnización que preveían los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011, —igualmente de modo literal— “la misma no puede aceptarse con carácter general pues dichos acuerdos siguen válidos y vigentes y no pueden verse afectados por el acuerdo conciliatorio y sólo resultaría admisible en el sentido de que no devienen aplicables para fijar las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores afectados por el despido colectivo acordado por el empresario como consecuencia del acto de conciliación alcanzado”.

3. Contra la referida sentencia se han presentado tres recursos de casación común: por CCOO, por el Comité Intercentros y por la Sra. Evangelina, Delegada de personal de Andalucía, habiendo impugnado la empresa los tres, y postulando el Ministerio Fiscal la desestimación de todos ellos con la consecuente confirmación de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- 1. Constituyen circunstancias relevantes para resolver los recursos, de conformidad con la íntegra relación fáctica que figura en los antecedentes de la presente resolución, los siguientes:

A. Los días 20 de mayo y 14 de junio de 2011, en el contexto de una convocatoria de huelga, se alcanzaron sendos acuerdos, el primero entre el empresario y los sindicatos UGT y CCOO y los comités de huelga, y el segundo entre el empresario y los citados sindicatos, en los términos que destaca el ordinal 2º de los hechos probados.

B. El día 9 de octubre de 2012, el empresario dio inicio al período de consultas para adoptar medidas de despido colectivo, reducción salarial, prejubilaciones y suspensiones de contratos.

C. El período de consultas, en el que la parte social presentó una oferta de acuerdo que no fue aceptada por el empresario y que consistía en indemnizaciones de 39 días por año y tope de 42 mensualidades, finalizó sin acuerdo el 8 de noviembre de 2012, levantándose acta en la que el empresario concreta como oferta indemniza-

toría por extinción de contrato la de 35 días por año con el límite de 24 mensualidades y un tope máximo de 175.000 euros.

D. CCOO y el comité intercentros presentaron demandas de despido colectivo (Autos 347/2012), alcanzándose un acuerdo ante la Secretaría de la Audiencia Nacional (AN), en el que, además de desistir la parte demandante frente a “Promotora de Informaciones, SA” y de reconocer las partes intervinientes en la conciliación “la existencia, actualmente, de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la empresa”, tras las conversaciones mantenidas entre “Ediciones El País, SL” y la parte demandante y con el fin de evitar la incertidumbre de un pronunciamiento judicial, se logró el pacto de conciliación recogido *in extenso* en el ordinal cuarto de la declaración de hechos probados.

E. Por Decreto de la Secretaría de la AN de fecha 14 de enero de 2012, en los Autos 347/2012, se acordó tener a la parte actora por desistida de su demanda contra “Promotora de Informaciones, SA” y aprobar la avenencia (que reproduce) alcanzada entre las partes ese mismo día, así como el archivo de las actuaciones.

F. Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2013 se declaró la firmeza del precitado Decreto convalidando la conciliación alcanzada, y por Auto de 30 de mayo de 2013 se despachó su ejecución en los términos contenidos en el mismo (descriptor nº 34), cuya parte dispositiva reza así: “LA SALA ACUERDA estimar parcialmente la demanda ejecutiva, promovida por el COMITÉ INTERCENTROS DE LA EMPRESA DEMANDADA y CCOO y requerimos a EDICIONES EL PAÍS, SL para que en el plazo de cuarenta y ocho horas abone a los demandantes, quienes deberán firmar los recibís de los documentos ya entregados a sus compañeros, o, caso de negarse los trabajadores a suscribir dichos recibís, proceda a la correspondiente consignación, de conformidad con las reglas contenidas en los arts. 1176 y siguientes del CC ”.

G. Pese a que la precitada resolución daba pié de recurso de reposición frente a ella, no consta que la misma haya sido impugnada en forma alguna.

H. Demandas de despidos individuales vinculados al despido colectivo acordado por “Ediciones El País SL” han recibido soluciones variadas, siendo unas estimadas haciendo valer los compromisos indemnizatorios fijados en los acuerdos de 2011, otras desestimadas y en otros casos las partes han llegado a acuerdos conciliatorios.

I. Por sentencia del 30 de octubre de 2013 (R. 47/2013), esta Sala IV del Tribunal Supremo, confirmando la pronunciada en los mismos autos por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, declaró no ajustada derecho la decisión extintiva adoptada por “Promotora de Informaciones, SA” (PRISA) en proceso de despido colectivo de 26 trabajadores, cuyas consecuencias jurídicas y condiciones en materia indemnizatoria deben ser las contenidas en los Acuerdos de 20 de mayo y 14 de junio de 2011: abono de 45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades.

J. El presente conflicto colectivo se extiende al empresario demandante (“Ediciones El País, SL”) y a todos los trabajadores de sus distintos centros de trabajo afectados por el precitado acto de conciliación validado por Decreto de 14 de enero de 2012 de la Secretaría de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- Con base en los precedentes datos fácticos, la sentencia aquí impugnada concluye estimando parcialmente la demanda, en los términos declarativos arriba expuestos (FJ1º.2), por entender, en síntesis, que la pretensión empresarial no persigue “obviamente”, se dice, impugnar su propia decisión extintiva, ni tampoco validarla mediante el ejercicio de la denominada “acción de jactancia” prevista en el art. 124.3 LRJS (se descarta la aplicación al caso de la doctrina de la STS4ª 26-12-2013, R. 28/13; así como la concurrencia de fraude alguno en la interposición de la presente demanda de conflicto colectivo). Partiendo de ahí, la AN analiza si la pretensión ejercitada por la empresa se acomoda a lo previsto en el art. 153.1 de la LRJS, llegando a la conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia que menciona (STS 17-7-2008, R. 152/07), de que: la controversia afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, que versa, en

el caso, sobre la aplicación y/o interpretación de un pacto entre las partes, pues se trata de resolver si lo acordado en conciliación judicial con ese carácter genérico para poner fin a un pleito ya comenzado, mediante la transacción prevista en el art. 1809 del Código Civil, es criterio válido y eficaz para establecer la cuantía indemnizatoria de todos los afectados, al margen de lo que a cada uno de ellos, individualmente considerado, pueda corresponder.

Se trata pues, según la sentencia impugnada, de un acuerdo conciliatorio del art. 84 LRJS, logrado dentro de un proceso judicial y con el fin de ponerle término, que tiene el mismo valor que una sentencia y que de ninguna manera consta objetado mediante la perentoria (30 días de caducidad desde su celebración o, para los terceros perjudicados, desde que pudieras haberlo conocido) acción impugnatoria prevista en el nº 6 de ese mismo precepto procesal.

No ejercitada tal acción por los signatarios de la conciliación ni por posibles terceros perjudicados, la Sala de instancia valida plenamente el acuerdo conciliatorio que, “pacificando la controversia” según se nos dice, puso fin a la impugnación del despido colectivo instada por CCOO y por el comité intercentros (h. p. 4º), en lo referente a la cuantía indemnizatoria, aunque con la matización antes resaltada, que conlleva sólo una estimación parcial de la demanda empresarial origen de estas actuaciones, pues, como ya vimos, la pretensión de que la conciliación también tenga plena validez y eficacia para modificar la indemnización que preveían los Acuerdos del Grupo Prisa de 11 de mayo y 14 de junio de 2011 “no puede aceptarse con carácter general pues dichos acuerdos siguen válidos y vigentes y no pueden verse afectados por el acuerdo conciliatorio y sólo resultaría admisible en el sentido de que no devienen aplicables para fijar las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores afectados por el despido colectivo acordado por el empresario como consecuencia del acto de conciliación alcanzado”.

CUARTO.- 1. El recurso de casación de CCOO articula tres motivos: el primero, amparado en el art. 207.d) LRJS, postula la revisión del ordinal 6º

del relato fáctico, proponiendo la adición de un nuevo párrafo (“en las citadas demandas se demandaba no solo a la empresa Ediciones El País SL sino también a las partes demandadas en el conflicto colectivo, Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, Comité Intercentros Ediciones El País SL y Comité de Empresa Ediciones El País SL”); el segundo, ahora con amparo en el art. 207.e) LRJS, denuncia la vulneración, entre otros, de los arts. 153.1, 154.a) y 124.13.a) de la LRJS, insistiendo, tal como hizo en la instancia, en las excepciones ya alegadas, esencialmente en la inadecuación del procedimiento; el tercero, con el mismo amparo procesal que el anterior, achaca fraude procesal en la demanda empresarial, denunciando la infracción de los arts. 75.1, 75.4, 153.1, 154.a), 157.b) y 8 LRJS.

2. El recurso del Comité Intercentros contiene un único motivo de casación que, con amparo en el art. 207.b) LRJS, denuncia también la infracción de los arts. 153 y 124 LRJS, manteniendo, en resumen, la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo seguido por la empresa demandante y su falta de acción, al entender que en realidad se trata de una verdadera acción de jactancia, así como la incompetencia funcional de la AN (arts. 8 y 75 LRJS, en relación con el art. 6 CC).

3. El recurso de casación de la Sra. Evangelina contiene cuatro motivos que, en lo sustancial, coinciden en los argumentos de los anteriores aunque denuncia la vulneración del principio de buena fe mencionado en el art. 11 LOPJ (motivo 1º), la indefensión padecida, según dice, “por no acordar la Sala de instancia la suspensión del acto del juicio interesada por la recurrente” (2º motivo), la inaplicabilidad general de los llamados “Acuerdos Prisa” de 20 de mayo y 14 de junio de 2011 recogidos en el hecho probado segundo (motivo 3º) y su inaplicabilidad particular para los trabajadores de Andalucía (4º motivo, al que denomina 5º).

QUINTO.- 1. Aduciéndose en los tres recursos cuestiones tales como la falta de acción o la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo empleado por la empresa demandante, por su carácter de orden público procesal, han de

ser analizadas con precedencia a cualquier otra y sin verse afectadas siquiera por la declaración de hechos probados, razón por la cual resulta innecesario pronunciamiento alguno en torno al primer motivo del recurso de CCOO. Lo mismo sucede en relación al cuarto y último del recurso de la Sra. Evangelina a la vista de que el debate que en él se plantea, por tratarse de una cuestión nueva no suscitada en su día en la instancia, según reiterada doctrina de esta Sala (por todas, STS 4-10-2007, FJ 4º.1, R. 5405/05), tampoco podría abordarse en esta alzada.

2. El problema fundamental que plantean los tres recursos se centra en determinar el alcance de la conciliación lograda en sede judicial, en un procedimiento de despido colectivo iniciado por demanda de la representación unitaria y sindical de los trabajadores (RLT en adelante) afectados por esa decisión empresarial de naturaleza colectiva, pero no respecto a su eficacia y/o ejecutividad dentro de aquél litigio ni —es obvio— en los individuales a los que alude el nº 13 del art. 124 LRJS con las reglas especificadas en su apartado b), sino, fuera de cualquiera de ellos, como la posibilidad de que tal conciliación sea objeto de un nuevo procedimiento judicial que, equiparándolo a uno de los instrumentos enumerados en el art. 153.1 LRJS, pueda —o no— constituir la pretensión autónoma de una demanda de conflicto colectivo.

Según se desprende con seguridad de las actuaciones, el período de consultas del despido colectivo concluyó sin acuerdo y, por ello, fue la incontestada RLT (Comité Intercentros y CCOO en el caso) —no la empresa— quién interpuso demanda colectiva el 5-12-2012 con la pretensión de que el despido fuera declarado nulo o subsidiariamente no ajustado a derecho.

3. En ese marco procesal, es decir, el del despido colectivo impugnado por la RLT al amparo del art. 124.1 LRJS, se alcanzó un acuerdo de conciliación ante la AN en virtud del cual, aunque los demandantes desistían respecto a una de las empresas demandadas (“Promotora de informaciones SA”), —literalmente— “las partes reconocen la existencia, actualmente, de las causas económicas, productivas y organizativas

alegadas por la empresa" y, en síntesis, establecieron a continuación, por un lado, determinadas reglas de adscripción voluntaria a la medida empresarial, para reducir así el impacto en el número de trabajadores afectados con carácter forzoso (punto "segundo" de la conciliación), por otro, algunas condiciones para atenuar las consecuencias del despido de determinados trabajadores (punto "tercero", apartado "A"), por otro, los parámetros, límites y forma de pago de las oportunas indemnizaciones en los despidos individuales (apartado "B" del punto "tercero") y, en fin, la inaplicación de señaladas condiciones retributivas de los trabajadores establecidas en el convenio colectivo (punto "cuarto" de la conciliación).

El acuerdo conciliatorio fue convalidado y declarado firme en sede judicial y, después de que la RLT instara su ejecución, la propia AN, mediante Auto de 30-5-2013 que no consta impugnado, pese a que precisa que el título cuya ejecución se pretende no es susceptible de ejecución colectiva de condena, según dice, "porque...no contiene propiamente una condena", estimó parcialmente la demanda ejecutiva en los términos que hemos dejado consignados en el apartado F) del FJ 2º.1.

4. En lo que aquí interesa, conviene tener presente el ámbito de aplicación material del proceso de conflictos colectivos conforme al contenido literal del vigente art. 153.1 LRJS, en la redacción dada por el art. 23.9 de la Ley 3/2012: *"Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales..., o de una práctica empresarial y de los acuerdos de*

interés profesional..., así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el art. 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley".

5. Nuestra constante doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS 17-7-2008, R. 152/07, 28-1-2009, R. 137/07, 5-6-2013, R. 2/12, y las que en ellas se citan) ha venido delimitando, positiva o negativamente, el objeto propio de la modalidad procesal regulada en el Capítulo VIII, Título II, Libro II, de la LRJS, y aunque parece indudable que una conciliación alcanzada en sede judicial y en un procedimiento de despido colectivo, materialmente, en tanto que pudiera afectar a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, cabría equipararla a varios de los instrumentos jurídicos que describe el transcrito art. 153.1 LRJS, lo cierto y verdad es que no aparece como tal en dicho precepto y, por el contrario, la propia Ley ha querido dotarla de un mecanismo autónomo de impugnación respecto a su validez (art. 84.6) y de una eficacia especial al ordenar imperativamente que se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias (art. 84.5). Si esa específica regulación legal respecto a la conciliación lograda en el ámbito judicial la ponemos en relación, además, con la ya reiterada doctrina de esta Sala, representada por nuestras sentencias de 26-12-2013 (R. 28/13) y 22-12-2014 (R. 81/14), conforme a la cual, por recoger la matización introducida por la última de las citadas, cuando, como es el caso, ya no existe ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo porque la empresa y la RLT han reconocido y aceptado la existencia de la causa que lo motivó, e incluso habiendo transcurrido los plazos para que el empleador pudiera ejercitar la denominada "acción preventiva o de jactancia" prevista en el art. 124.3 LRJS y, por todo ello, el empresario carece ya de legitimación activa para impugnarlo, luce con claridad la necesidad de acoger favorablemente la tesis que a ese respecto sostienen de manera coincidente los tres recursos, porque, con no ser legalmente adecuado el procedimiento de conflicto colectivo

para combatir o lograr siquiera una determinada interpretación de lo acordado en una conciliación judicial, el empleador — insistimos—, igual que le sucede cuando existe pacto o avenencia en el período de consultas, tampoco tiene legitimación para cuestionar ante la jurisdicción un acuerdo conciliatorio suscrito, precisamente, por todos los sujetos colectivos de aquél despido, máxime cuando la acción ejecutiva de la conciliación, que sería la vía adecuada en el ámbito estrictamente colectivo para hacer valer los derechos de tal naturaleza que de ella pudieran derivarse, en los muy limitados términos expuestos en nuestra reciente STS4ª de 9-6-2015 (R. 25/2014), ha sido ya al parecer agotada sin impugnación por ninguna de las partes implicadas en la decisión colectiva.

6. Procede, pues, estimar la pretensión principal de los tres recurrentes y, en consecuencia, casar y anular la sentencia impugnada, privándola de efecto alguno, porque, como se deduce de todo lo anterior, el empresario no dispone, ni directa, ni indirectamente por la inadecuada vía de la demanda de conflicto colectivo interpretativo, de la mencionada “acción de jactancia” del 124.3 LRJS, incluso aunque descartáramos, como lo hacemos, cualquier intención torticera en su planteamiento que, como nos piden los recurrentes con amparo en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiera permitir el rechazo de plano de su pretensión, y todo ello, desde luego, al margen de las repercusiones que el tan repetido acuerdo conciliatorio, tal vez como otros acuerdos colectivos previos, pudieran tener sobre las acciones individuales de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, en cuyos procesos, necesariamente, habrá de ser llamada la empleadora (como así parece haber sucedido: FJ 2º, H, de nuestro resume fáctico) y podrá aducir y probar cuanto a su derecho con venga.

En definitiva, visto el parecer contrario del elaborado informe del Ministerio Fiscal, acogiendo en lo sustancial la tesis principal de los tres recursos, y sin necesidad de dar respuesta a ninguno de los demás motivos articulados por los recurrentes, procede anular la sentencia impugnada para

desestimar así en su integridad la demanda interpuesta en su día por la empresa. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos los recursos de casación interpuestos en nombre y representación de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CC.OO.; en nombre y representación del COMITE INTERCENTROS DE EDICIONES EL PAIS, y en nombre y representación de DOÑA Evangelina, respectivamente, contra sentencia de fecha 16 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento nº 75/14, promovido por EDICIONES EL PAIS, S.L., contra COMITE INTERCENTROS EDICIONES EL PAIS, S.L.; FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CC.OO.; COMITE DE EMPRESA DE EDICIONES EL PAIS, SL.; María Antonieta; Evelio; Íñigo; Nicanor; Elena y Evangelina, sobre Conflicto Colectivo. Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y desestimamos en su integridad la demanda interpuesta en su día por la empresa EDICIONES EL PAIS, S.L.. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Jordi Agusti Julia Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luermo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada

(Tol 5431024)

Cabecera: Sentencia 150/2015, de 6 de julio de 2015. Supuesta vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: subsunción de la conducta consistente en la emisión de facturas carentes de sustento real en operación económica, en el tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones de facturación (STC 146/2015). Voto particular.

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Santiago Martínez-Vares García

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 06/07/2015

Fecha publicación: 14/08/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Número Sentencia: 150/2015

Número Recurso: 3717/2013

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 3717-2013. Promovido por don XXXX en relación con la resolución sancionadora adoptada por la dependencia regional de inspección de la Delegación Especial de Canarias, y las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

RESUMEN

1. Objeto del proceso

La sentencia del Tribunal Constitucional 150/2015, de 6 de Julio, BOE de 14 de agosto (Tol 5431024) se dicta a consecuencia del Recurso de amparo 3717-2013, promovido por un obligado tributario en relación con la resolución sancionadora adoptada por la dependencia regional de la inspección de la Delegación Especial de Canarias, y las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Se trata de una supuesta vulneración del derecho a la legalidad sancionadora al subsumir la conducta consistente en la emisión de facturas carentes de sustento real en operación económica al tipo infractor relativo al incumplimiento de las obligaciones de facturación. El análisis de la doctrina que en ella se contiene y el de sus consecuencias aconsejan que este trabajo se realice, teniendo en cuenta, también, la STC 146/2015, de

25 de Junio, BOE de 31 de Julio (*Tol 5497763*) que resuelve el Recurso de amparo 6280-2012, que versa sobre idéntica materia y en cuyos fundamentos se sustenta la que sirve del presente comentario.

En síntesis, los antecedentes relevantes para la cuestión central del fallo que comentamos son los que siguen:

A.- El recurrente constaba dado de alta en los ejercicios 2005 y 2006 en los epígrafes del impuesto de Actividades económicas correspondientes a «Albañilería y pequeños trabajos de construcción», «revestimientos, solados y pavimentación» y «trabajo en yeso y escayola». Dicho obligado tributario estaba acogido al régimen de estimación objetiva por módulos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y en el impuesto general indirecto canario. Durante los indicados ejercicios facturó a una Sociedad Limitada unos importes que ascendían, respectivamente, a 213.472,21 y 436.967,63 Euros, declarando en el IRPF unos rendimientos netos de actividad en régimen de estimación objetiva por módulos por importes de 19.632,27 y 36.746,55 Euros.

B.- En octubre de 2008 se iniciaron actuaciones de inspección por la dependencia regional de inspección de la Delegación Especial de Canarias, con un alcance parcial, para la comprobación de los resultados de la actividad económica y la procedencia del régimen de estimación objetiva en relación con el IRPF de los ejercicios 2005 y 2006. Fruto de estas actuaciones se dictó, con fecha de 2 de marzo de 2010, un acuerdo de liquidación, en el que se consideraba que el obligado tributario carecía de la estructura empresarial propia de una empresa, sin oficina, local o cualquier otro centro desde el cual llevar la gestión de su actividad, sin vehículos afectos ni lugar donde guardar los útiles y herramientas de la empresa, facturando a un único cliente, razón por la cual se concluye que «no ejerce ninguna actividad económica como empresario individual, habiéndose construido una apariencia externa y formal de tal actividad, dándose de alta como empresario, emitiendo facturas falsas y proporcionando documentos sin soporte material a trabajadores de la empresa»¹. En suma, concluye el acuerdo de

¹ Resalta el citado acuerdo que nos encontramos ante un obligado tributario que es empleado de la entidad a la que, al mismo tiempo, pretende prestarle servicios de albañilería, revestimientos, solados, pavimentación y trabajos en yeso y escayola, por los que se encuentra dado de alta en el régimen de estimación objetiva, que emite facturas cuyo único destinatario es la indicada empresa, siendo las cantidades facturadas muy elevadas, sirviendo a la mencionada entidad como justificantes de gastos que reducen el importe del beneficio obtenido; que no es el único «modulero» ficticio que ha sido detectado en relación con la indicada entidad receptora de facturas; y que, aunque existen los contratos de trabajadores, los pagos de cotizaciones a la Seguridad Social, el alta en el IAE, la inclusión en el régimen de estimación objetiva a efectos del IRPF y la

liquidación, «la actividad económica del obligado tributario declarada en estimación objetiva, actuando como lo que se conoce por ‘modulero’, es ficticia y orientada a la defraudación en la deuda tributaria del destinatario de las facturas. En el acuerdo de liquidación se regulariza las declaraciones presentadas ofreciendo una cantidad total a devolver de 26.722,51 euros.

C.- Junto con el anterior acuerdo de liquidación, la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Canarias dictó el mismo día 2 de marzo de 2010 un acuerdo sancionador por la comisión de dos infracciones muy graves (una por cada ejercicio) del art. 201 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, relativa al «incumplimiento de las obligaciones de facturación». Tomando como base de la sanción la facturación realizada a la empresa, aplicándose una sanción del 75 por 100, que incrementada en un 100 por 100 (por incumplimiento sustancial de las obligaciones de facturación), ofrece como resultado unas sanciones por importes de 153.112,76 euros (ejercicio 2005) y 655.451,46 euros (ejercicio 2006). La sanción total a ingresar asciende, en suma, a 808.564,22 euros². Los hechos puestos de manifiesto³ «apuntan a la inexistencia de actividad real por parte de los moduleros y que las facturas emitidas carecen de contraprestación real», habiéndose simulado «una actividad económica para girar facturas falsas a la entidad que ésta se computaba entre sus gastos deducibles».

D.- Conforme a lo anterior, se consideran probados⁴, y siendo la participación del sujeto infractor pretendidamente incuestionable, se califican los hechos descritos como «constitutivos de la infracción recogida en el art. 201», conforme al cual «constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conser-

presentación de declaraciones por dicho impuesto, ello no impide apreciar «que forman parte del conjunto de la simulación, de realización de una actividad económica, conjunto necesario para dar la apariencia material y formal requerida».

² La culpabilidad del recurrente se fundamenta en que se trata de un empleado asalariado de la empresa, a la que factura cantidades cuya única destinataria es precisamente esa misma empresa. Se trata de lo que se denomina comúnmente como un «modulero» que le factura a la misma empresa para la que presta servicios como asalariado, habiendo una evidente desproporción en cuanto al margen de beneficios que se deriva de la facturación presuntamente realizada. Como se indica en los antecedentes de la sentencia analizada, «la operatoria resulta obvia: las elevadas facturaciones de los moduleros no repercutían en sus declaraciones tributarias, por el régimen de estimación objetiva de rendimientos que les es aplicable, pero significan elevados gastos deducibles para las empresas destinatarias de las facturas».

³ Continuamos extractando los antecedentes contenidos en la sentencia objeto del presente comentario.

⁴ Sobre esta cuestión, no puede pronunciarse la sentencia, ni el autor su comentario, aunque sería, posiblemente, merecedor de algunas reflexiones críticas sobre el comportamiento de los órganos encargados de la aplicación de los procedimientos tributarios.

vación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos». Se aplica la sanción prevista, incrementada en un 100 por 100 (art. 201.5 LGT), por haberse producido un incumplimiento sustancial de la obligación de facturación, de conformidad con lo previsto en el art. 187.1 c) LGT, que prevé producida la circunstancia del incumplimiento sustancial «cuando dicho incumplimiento afecte a más del 20 por ciento del importe de las operaciones sujetas al deber de facturación en relación con el tributo y obligación tributaria objeto de comprobación o investigación», «falseamiento de los datos» que éste produce «en la totalidad de las facturas emitidas por el obligado tributario».

E.- El recurrente, como se desarrollará con posterioridad, en las diferentes instancias alegará la vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el art. 201.1, 3 y 5 LGT y con los arts. 392 y 390.1 y 2 del Código penal (CP). En sus argumentos subraya que la conducta consistente en expedir «facturas falsas» por quien no es empresario y no ha desarrollado una actividad empresarial solo puede ser castigada en vía penal, subsumiéndola en el tipo delictivo del art. 390.1.2 CP, pero nunca en vía administrativa (en el tipo agravado del art. 201.3 LGT).

2. Debate jurídico y fundamentos

Para presentar el análisis del debate jurídico que pretendidamente ha resuelto el Tribunal Constitucional, presentaremos sucintamente los argumentos vertidos en las diferentes instancias y en el recurso de amparo que da origen a la sentencia objeto de comentario:

A.- Contra el acuerdo sancionador de la Administración tributaria, se presentó un recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Por Sentencia 3/2011, de 24 de enero, de la Sección Segunda, se acordó desestimar el recurso. Según esta resolución judicial «con independencia de que los hechos imputados estén o no suficientemente probados, extremo que ahora no se discute, es claro que lo que se describe en la infracción objeto de recurso, la falsedad de las facturas por inexistencia de contraprestación real, puede, sin que ello suponga una interpretación analógica, encuadrarse en el tipo descrito de la norma».

B.- Interpuesto un recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por Sentencia de su Sección Séptima, con fecha de 22 de marzo de 2013, se desestimó. Para el Tribunal Supremo el recurrente es sancionado por el denominado «fraude de moduleros». A su juicio, «los hechos son subsumibles en el tipo infractor del artículo 201.1 y 3. Ciertamente, si como afir-

ma erróneamente la resolución, el recurrente no fuera empresario no estaría obligado a emitir facturas. Sin embargo, el recurrente es empresario porque voluntariamente se dio de alta como tal en el impuesto de actividades económicas, y solo desde esta condición le es posible la emisión de facturas, contribuyendo así, caso de ser ciertos los hechos, a emitir facturas que el receptor empresario podrá desgravar como gasto.... Si el tipo sancionador castiga a quien siendo empresario emite parcialmente facturas falsas, cubre igualmente la conducta de quien emite todas las facturas falsas. Es evidente que el recurrente, aun cuando todas las facturas emitidas al empresario receptor para el que al parecer trabajaba fueran falsas, habría podido ejercer la actividad para la que estaba dado de alta fiscalmente con el mismo u otros empresarios, por lo que, pese a la confusión en que pueda incurrir el término 'falso empresario', lo único que se desprende de la resolución es que la condición de empresario se adquirió por el recurrente dirigida exclusivamente para emitir facturas falsas contra otro empresario para el que trabajaba exclusivamente».

C.- Como anticipábamos, el recurrente, en amparo, alega la vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el art. 201.1, 3 y 5 LGT y con los arts. 392 y 390.1 y 2 del Código penal (CP). El eje esencial de sus argumentos se basa en afirmar que la conducta consistente en expedir «facturas falsas» por quien no es empresario y no ha desarrollado una actividad empresarial solo puede ser castigada en vía penal, subsumiéndola en el tipo delictivo del art. 390.1.2 CP, pero nunca en vía administrativa (en el tipo agravado del art. 201.3 LGT).

Los argumentos jurídicos más representativos de los presentados son cuantos siguen:

- La inspección de los tributos, tras considerar que el ahora actor es un «falso empresario», siendo consciente de la prescripción de la eventual responsabilidad penal por su propia falta de diligencia, omite pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal por realización del tipo penal previsto en el art. 390.1.2 CP (realización de facturas falsas) y procede a imponer una sanción por comisión de la infracción tributaria agravada del art. 201.3 LGT (falseamiento de facturas). Y lo hace castigando una conducta distinta (expedición de facturas con datos falsos o falseados) de la que le atribuye (expedición de facturas falsas), y, además, por una condición (la de empresario), que previamente le ha negado tener, y con un fundamento en la propia conducta del sujeto (que ha emitido facturas aunque sean falsas).
- A juicio del recurrente en amparo, resulta lógica y jurídicamente imposible que un «falso» empresario que realiza una inexistente, por

simulada, actividad económica, pueda incumplir una obligación de facturación (art. 201.1 LGT), y además efectuar un «incumplimiento sustancial» de la misma (art. 201.3 LGT), con el agravante de que dicho incumplimiento sustancial afecta a la totalidad de «las operaciones sujetas al deber de facturación» (art. 201.5 LGT). Y resulta jurídicamente imposible:

- o En primer lugar, porque un «falso» empresario no puede incumplir una obligación que solo resulta legalmente exigible a los empresarios y a los profesionales;
- o en segundo lugar, porque la Administración sancionadora ha justificado la imposición de una sanción administrativa acudiendo para ello a la figura de los «actos propios», encajando en el tipo un comportamiento que no reúne los requisitos típicos indispensables (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 6), en un claro ejemplo de analogía *in malam partem*;
- o en tercer lugar, porque no puede admitirse que algo es y no es (STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3), no siendo posible que la inspección que considera inexistente, simulada y ficticia una actividad empresarial, deje de considerarla como tal a los únicos efectos de sancionar «el incumplimiento sustancial» de las obligaciones de facturación que hubieran existido, de ser real y efectiva la actividad empresarial «simulada».
- De conformidad con lo que antecede considera el recurrente que no se pueden prescindir de las exigencias (constitucionales y legales) de la legalidad sancionadora, manejando discrecionalmente los tipos infractores tributarios para incluir la supuesta conducta punible (emisión de facturas falsas) en el tipo del art. 201.3 —LGT 2003—, que sanciona como infracción muy grave «la expedición de facturas [no falsas] con datos falsos o falseados», incurriendo con ello en una subsunción totalmente irrazonable de la conducta enjuiciada en el tipo aplicado (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 6). Precisa a continuación el recurrente que el art. 392.1 CP tipifica como delito la falsedad en documento mercantil por particulares y, concretamente, la simulación de un documento en todo o en parte a la que hace referencia el art. 390.1.2 CP, respecto de la cual el documento debe ser falso (pretendiendo acreditar documentalmente algo totalmente inexistente)⁵.

⁵ Para el recurrente, sus razonamientos han sido correctamente incorporados al informe A/2/67/05, de 28 de octubre de 2005, de la Subdirección General de ordenación legal y asistencia jurídica de la Agencia Tributaria, relativo a la «Regularización tributaria de facturas falsas cuando no se

- Conforme a lo anterior, subraya el recurrente que el Código penal solo tipifica para los particulares como conducta de falsedad en documento mercantil, la emisión de facturas falsas (falsedad absoluta), mientras que el art. 201 LGT tipifica como infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones «de facturación o documentación»⁶. De igual forma, el art. 201.3 LGT no acoge como infracción —no podría— la emisión de una factura falsa, pues esa conducta está tipificada penalmente y, ante tal eventualidad, la Administración debe ejercer «la acción penal por el delito de falsedad en documento mercantil»⁷
- En esta misma línea de planteamiento, llama la atención el recurrente sobre el hecho de que ni siquiera el art. 201.3 LGT acoge como tipo infractor la expedición de facturas «con datos falsos o falseados» pues «dicha conducta no se contempla expresamente a efectos de su tipificación como infracción, pues se entiende contenida en el tipo infractor del apartado 1 al que expresamente se remite, sino a efectos de su calificación como infracción muy grave» (resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 2011), de

aprecien indicios de delito contra la Hacienda Pública». De acuerdo con este informe, «[e]n el caso de que las facturas reflejen operaciones totalmente inexistentes o simuladas, y de que la falsedad impregne totalmente al propio documento,... nos encontraremos ante un supuesto de falsedad documental subsumible en el apartado 2 del artículo 390.1 del CP, y por tanto ante un delito tipificado en la Ley Penal». «Cuando las irregularidades detectadas por la Inspección en las facturas sí constituyan indicios de la existencia de un delito de falsedad... ésta deberá poner los hechos en conocimiento de la jurisdicción penal..., a través de la correspondiente denuncia. «A este respecto debe tenerse en cuenta que al tratarse de un delito menos grave [artículos 13.2 y 33.3 a) CP] prescribirá, tal y como dispone el artículo 131.1 del mismo cuerpo legal, a los tres años, por lo que podrá darse el caso de que cuando la Inspección detecte la posible falsedad, ésta haya prescrito».

⁶ Y, concretamente, continúa argumentando el recurrente, «el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de factura, justificantes o documentos sustitutivos» (apartado 1), que califica de «grave» cuando se incumplan «los requisitos exigidos por la normativa reguladora de la obligación de facturación» [apartado 2 a)] o cuando el incumplimiento «consista en la falta de expedición o en la falta de conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos» [apartado 2 b)], y de «muy grave» cuando el incumplimiento consista «en la expedición de facturas o documentos sustitutivos con datos falsos o falseados» [apartado 3].

⁷ (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2011), pues «cuando la factura refleje operaciones simuladas inexistentes o ficticias, ésta [la Inspección] deberá poner los hechos en conocimiento de la jurisdicción penal a tenor de lo dispuesto en los artículos 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 95.3 de la LGT y 7 del RGI, a través de la correspondiente denuncia» (informe de la Subdirección General de ordenación legal y asistencia jurídica de 25 de octubre de 2005).

manera que la infracción consiste en incumplir el deber de expedir facturas, incumplimiento que se considera muy grave cuando la factura expedida responde a una relación jurídica real y existente, pero incorpora algún o algunos datos falsos o falseados. Por consiguiente, lo que acoge el art. 201.3 LGT es una circunstancia de agravación de la responsabilidad administrativa para aquellos empresarios o profesionales que, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, emiten facturas falseadas.

- Y concluye argumentando que de conformidad con el mandato de taxatividad, la diferencia entre la conducta a la que se anuda un reproche administrativo y aquella a la que se anuda el penal se encuentra en la naturaleza de la conducta: manipulación documental de una realidad existente (sanción administrativa por factura falseada) o justificación documental de una realidad inexistente (sanción penal por factura falsa), resultando patente que la interpretación del art. 201 LGT que efectúa la inspección para sancionar administrativamente la emisión de facturas falsas por simulación de documento, que está prevista y penada en el art. 390.1.2 CP, vulnera las exigencias de la tipicidad y legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), pues, de un lado, la Administración se ha apartado del tenor literal del art. 201 LGT, llevando a cabo una interpretación analógica *in malam partem* al subsumir de un modo irrazonable la conducta de «emisión de facturas falsas» en el tipo administrativo del art. 201.3 LG que sanciona la expedición de facturas «con datos falsos o falseados», y, de otro lado, el órgano judicial se ha limitado «a condenar a quien, como «dueño» del negocio, ha dejado de ingresar un tributo, no solo soslayando la errónea actuación de la Administración en la calificación tributaria de la situación, sino asumiéndola como propia ante una eventual prescripción de la acción del Estado para regularizar los impuestos» (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3).

D.- El Abogado del Estado en el correspondiente trámite de alegaciones incorpora los siguientes argumentos al debate jurídico:

* En primer lugar, el recurrente es denominado «falso empresario» no porque no sea un empresario individual sino porque todas las facturas que ha emitido en el período objeto de comprobación no se corresponden con trabajos reales porque no realizó actividad real aunque la facturara como tal, pero no incorpora mayor prueba ni mayor fundamento al respecto.

* No se ha producido la lesión del art. 25.1 CE, porque el art. 201 LGT (infracción por incumplir las obligaciones de facturación o documentación),

claramente tipifica como infracción el incumplimiento de la obligación de facturar consistente en la expedición de facturas con datos falsos⁸.

E.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, solicita la desestimación del recurso de amparo al considerar que la lesión del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) carece de fundamento.

Para ello sigue, esquematizados sucintamente, los siguientes argumentos:

- En primer lugar, parte de la doctrina constitucional relativa a las derivadas del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)⁹. De esta manera, para valorar la validez constitucional de la subsunción en un tipo sancionador efectuada por una resolución sancionadora deben analizarse tres aspectos: la semántica de los términos utilizados por la proposición normativa; las reglas compartidas de la interpretación jurídica aceptadas por la comunidad jurídica (operadores jurídicos y estudiosos del Derecho) y la axiología constitucional (los valores y principios constitucionales). Y en su análisis relativo al caso enjuiciado señala que no ha habido vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en su vertiente de garantía material, en las interpretaciones que han subsumido la conducta del demandante de amparo en el tipo sancionador aplicado, por las siguientes razones:

1^a. El comportamiento sancionado mediante la aplicación del art. 201 LGT, según la resolución administrativa, es «la emisión de facturas falsas», infracción que se entiende cometida «cuando se emite cada factura falsa»¹⁰. No hay pues una interpretación extensiva ni analógica *in malam partem*.

⁸ Por su parte, añade para fundamentar su alegaciones que, según el Real Decreto 1496/2003, relativo a las obligaciones de facturación, quienes tienen que cumplir las obligaciones de facturación son los empresarios, profesionales y contribuyentes sujetos al régimen de estimación directa (art. 26), estando el recurrente obligado a facturar por su doble condición de empresario individual y contribuyente del IRPF por actividades. A su juicio, el recurrente, como contribuyente, tiene la obligación de facturar y al facturar operaciones irreales ha incumplido esta obligación cumpliendo con el tipo de la infracción prevista en el art. 201.3 LGT: emitir facturas con datos falsos.

⁹ Concluyendo que no solo vulneran el principio de legalidad penal las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —con una argumentación ilógica o extravagante— o axiológico —con una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a situaciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.

¹⁰ A su juicio, no se habría producido un apartamiento del significado de los términos del precepto, en la medida que interpretaría que dentro de las previsiones legales del incumplimiento de las

2ª. La interpretación realizada ha sido compartida por otros órganos judiciales distintos¹¹, lo que resulta sintomático y revelador de su admisibilidad constitucional desde la perspectiva de los parámetros y métodos comúnmente aceptados en la comunidad jurídica por otros operadores jurídicos.

3ª. El proceder interpretativo resulta intachable desde la perspectiva axiológica, al no chocar con valores y principios constitucionales, sin que conduzca a resultados contrarios a ellos.

- En segundo lugar, producido el triple respeto a las exigencias reseñadas, queda asimismo asegurado el acatamiento a la condición de previsibilidad exigible de cara a los ciudadanos, que perfectamente pueden programar sus comportamientos a partir de la dicción legal de la norma sancionadora, sin serle sorpresivo que si emiten facturas falsas no correspondientes con una contraprestación real incurrir en la esfera de lo ilícito administrativo al margen de su condición real o no de empresarios.
- En tercer lugar, el Ministerio Fiscal extracta las razones por las que las sentencias de las que trae causa el recurso de amparo confirman la subsunción realizada por la Administración sancionadora¹², para alcanzar las siguientes conclusiones:
 - o El entendimiento realizado por la resolución administrativa ha sido acorde con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE, pues nunca se tuvo al recurrente como no empresario y como empresario a la vez¹³.
 - o La resolución administrativa no ha vulnerado ni el art. 25.1 CE ni ningún otro derecho fundamental, siquiera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.
 - o Las sentencias no han reconstruido el tipo ni la sanción buscando argumentos al margen de la esencia fáctica y jurídica de la resolución administrativa sancionadora.

obligaciones de facturar cabe incluir la expedición de facturas con contenidos totalmente falsos o, en suma, la emisión de facturas falsas, no violenta en absoluto aquellos términos.

¹¹ Concretamente, por la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha de 26 de septiembre de 2012.

¹² No obstante se ha de poner de manifiesto que, a nuestro juicio, la pretendida justificación presentada —según los parámetros incorporados en la sentencia de referencia—, no avalan, por ausencia, las conclusiones que después enumera.

¹³ Y ello, porque, según sostiene, las resoluciones judiciales convalidaron la resolución administrativa desde la perspectiva del art. 25.1 CE, por estimar correcta la subsunción de los hechos en el art. 201.1 y 3 LGT, puesto que formalmente el recurrente adquirió la condición de empresario al darse de alta fiscal en dicho concepto.

- o Todas las resoluciones coinciden en que la conducta de quien se da de alta en el IAE como empresario, constituyéndose en tal a efectos fiscales de modo completamente o parcialmente falsario, y se acoge al régimen de estimación objetiva en su tributación y emite facturas falsas, es subsumible en los tipos sancionadores de las disposiciones contenidas en el art. 201.1 y 3 LGT.

3. Decisión del Tribunal

El mayoría del Tribunal comienza sus argumentos jurídicos indicando que la única cuestión que se somete a su consideración es la posible vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), que derivaría, según el demandante de amparo, de la aplicación del art. 201 LGT para dar cobertura sancionadora a una conducta que no puede subsumirse en el tenor legal de aquel precepto ni en su modalidad básica, ni en la agravada¹⁴.

Inmediatamente precisa que la función que compete al Tribunal es la de verificar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo, administrativo o penal, (o lo que es lo mismo, que la concreta aplicación de la norma sancionadora), respeta las exigencias del derecho a la legalidad penal¹⁵.

En esta línea de planteamiento, comienza su argumentación indicando que el principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones —*lex certa*—, en su virtud el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito, y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8).

¹⁴ Señala el Tribunal, en su Fundamento jurídico IIº, que esta cuestión ha sido recientemente resuelta por este Tribunal en la STC 146/2015, de 25 de junio, en un recurso de amparo (núm. 6280-2012) en el que la problemática planteada era idéntica a la que ahora nos ocupa, y se analizaba si la emisión de falsas facturas carentes de sustento real en operación económica alguna podía entenderse como un «incumplimiento de las obligaciones de facturación», y si tal entendimiento suponía una extralimitación del ámbito típico de aquel precepto con la consecuente violación del principio de tipicidad sancionadora.

¹⁵ Y en ese sentido, recuerda que la doctrina del Tribunal relativa al art. 25.1 CE, con relación a la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica.

En el examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora el primero de los criterios a utilizar es la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma y con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. A dicho criterio inicial se añade un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, dirigido a comprobar que la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, consistente en verificar la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional¹⁶.

En la proyección de los indicados criterios, el Tribunal afirma que atendiendo a la literalidad del precepto, el art. 201 LGT presenta como conducta típica básica el «incumplimiento de las obligaciones de facturación» que surge debido a la realización efectiva de concretas transacciones económicas sujetas a tal deber de documentación. El problema reside en determinar si constituye una extralimitación interpretativa incluir dentro del tipo infractor relativo al incumplimiento de las obligaciones de facturación, no solo la conducta consistente en la no expedición de facturas (o incluso la emisión de facturas con datos falsos o falseados) por quien realiza efectivamente una transacción económica, sino también la conducta de elaboración de falsas facturas simulando la realización de transacciones inexistentes¹⁷.

Precisado el alcance de su pronunciamiento¹⁸, el Tribunal sostiene que no puede calificarse de irrazonable la subsunción de la conducta realizada

¹⁶ SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 45/2013, de 25 de febrero, FJ 2; 193/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, y 2/2015, de 19 de enero, FJ 8.

¹⁷ De considerarse infringido el tenor legal por forzar los límites plausibles de la dicción legal en relación con la infracción básica—incumplimiento de la obligación referida— la tacha se extendería a la aplicación de los subtipos agravados del apartado 3 y del apartado 4 del propio art. 201 LGT, que condujeron a la imposición de la concreta sanción.

¹⁸ Después de indicar que la propia inspección, que dicta tanto el acuerdo de liquidación y el acuerdo sancionador, reconoce la ausencia del presupuesto fáctico necesario para el nacimiento de la obligación jurídico-tributaria de facturación. La simulación de una actividad mediante la confección de facturas falsas ciertamente constituye una conducta ilícita con fines fraudulentos cuyo encaje sancionador puede residir en determinados preceptos del Código penal, como señala el propio recurrente, pero tal análisis no le compete en la resolución del presente recurso de amparo. Su enjuiciamiento ha de limitarse al precepto que sirvió de fundamento a la sanción recurrida, y únicamente al efecto de determinar la compatibilidad de la subsunción efectuada con la dicción y sentido de aquél en el marco de las exigencias del principio de legalidad sancionadora.

(simulación de una actividad económica mediante la emisión de unas facturas que se califican como falsas) en el tipo infractor del art. 201.1 LGT¹⁹.

Desarrollando su argumentación, afirma que el Reglamento de obligaciones de facturación únicamente recoge expresamente los supuestos en los que es preceptiva la expedición de factura, y lo es en el caso de los empresarios y profesionales que ejercen su actividad económica de forma habitual, personal y directa (art. 1 del Reglamento), y de las personas que realizan determinadas operaciones económicas por cuenta propia de forma no habitual (arts. 2 y 3 del citado Reglamento). Así las cosas, ateniéndonos a la previsión sancionadora específica «incumplimiento de las obligaciones de facturación», y al hecho de que éstas se refieren a la expedición, remisión, rectificación y conservación de las facturas pertinentes por transacciones comerciales, el ámbito típico sancionador del art. 201.1 LGT sería el del empresario o profesional infractor²⁰.

Sentado lo anterior, señala como «evidente» que, si de conformidad con la resolución sancionadora el recurrente no ha realizado actividad económica alguna siendo todas las operaciones que se decían realizadas irreales, éste no tenía autorización normativa para expedir facturas y, en consecuencia, su conducta puede razonablemente subsumirse en el tipo infractor relativo al «incumplimiento de las obligaciones de facturación» (art. 201.1 LGT). En consecuencia, una vez que la Administración tributaria consideró inexistente la actividad pretendidamente realizada, actuó de forma correcta al imponer una sanción por el incumplimiento de las obligaciones de facturación.

Añade el tribunal que esta aplicación concreta del precepto controvertido (art. 201.1 LGT) no solo respeta el tenor literal del enunciado normati-

¹⁹ Y ello, según sostiene, en una interpretación más que cuestionable, porque el empresario o profesional a efectos del IRPF o del IVA-IGIC no es el único posible sujeto infractor del art. 201.1 LGT, en la medida en que el «incumplimiento de la obligación de facturación» mediante la emisión de facturas con datos falsos o falseados se puede materializar tanto por quien ejerce una actividad empresarial o profesional como por quien no la ejerce, pues ambas actuaciones vulneran deberes de facturación que aquella norma impone a los sujetos pasivos, sean o no empresarios o profesionales.

²⁰ No obstante, aquellas personas que no estén expresamente obligadas a expedir facturas y aun así las expidan, como lo son aquellos contribuyentes del IRPF que no obtienen rendimientos de actividades económicas de ninguna clase (y mucho menos determinados en régimen de estimación objetiva, como en el caso enjuiciado), estarían violando los arts. 1.1 y 26 del Reglamento de Obligaciones de Facturación; esto es, estarían incumpliendo el deber de expedir facturas. De este modo, los incumplimientos de las obligaciones de facturación a que se refiere el art. 201.1 LGT podrían llevarse a cabo, por un lado, por omisión por parte de las personas expresamente obligadas a ello (empresarios y profesionales); y, por otro, por comisión por parte de las personas implícitamente no autorizadas normativamente.

vo, sino también, desde el punto de vista metodológico, resulta conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica²¹.

Desde un punto de vista metodológico, insiste la sentencia objeto de comentario, el hecho de atribuir el incumplimiento de la obligación de facturar, a los efectos de subsumir esa conducta en el tipo infractor del art. 201 LGT, a quien se le niega con carácter previo la realidad de las operaciones facturadas, no incurre en quiebra lógica. A juicio del Tribunal, y aquí reside, según pensamos, la quiebra más evidente del fallo objeto del comentario y de sus razonamientos jurídicos²², «resulta lógico entender que el bien jurídico protegido que subyace al tipo infractor citado reside en la correcta información de la realidad de las transacciones económicas a través de la documentación fidedigna que se dirige a la Administración tributaria. Información necesaria para que la Administración referida pueda cumplir adecuadamente su función de gestión de los diferentes tributos»²³.

Por último, señala el Tribunal que tampoco desde un punto de vista axiológico puede afirmarse que la aplicación del precepto contradiga las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional en cuanto al fundamento de la garantía del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), ya que no puede negarse la previsibilidad del carácter ilícito de la conducta en cuestión y de las correspondientes consecuencias punitivas en el orden tributario. La subsunción en el tipo infractor del art. 201 LGT de la conducta consistente en aparentar, mediante la expedición de facturas falsas, de unas transacciones económicas irreales, no puede considerarse que quede fuera del campo semántico del precepto aplicado, concluyendo que, en conse-

²¹ Adicionalmente, atendiendo a una interpretación teleológica de la disposición sancionadora aplicada, si la norma persigue favorecer el correcto cumplimiento de la obligación de facturar para garantizar a la Administración tributaria una adecuada información que le permita una correcta gestión de los distintos tributos, no es irrazonable asumir como fundamento de la infracción controvertida no solo el falseamiento de los datos de una factura que responde a una transacción económica, sino también el falseamiento de la propia factura por no responder a ninguna operación real.

²² También, como veremos, las nefastas consecuencias que pueden derivarse de la doctrina sentada en la sentencia estudiada.

²³ «Por ello, si las obligaciones de veracidad en la emisión de las facturas, en cuanto a los datos económicos relevantes, requieren que la información refleje fielmente la realidad de lo que se documenta, no puede considerarse incoherente concluir que quien emite una factura falsa por falta de correspondencia total con la realidad, incumple asimismo aquella obligación de fidelidad a la verdad de los datos contenidos en aquella factura. La subsunción en el tipo infractor del art. 201.1 de la conducta consistente en simular haber llevado a cabo concretas operaciones económicas, totalmente ficticias, afecta de lleno a ese legítimo interés de la Administración pública que tutela el citado precepto, cifrado en el deber de los obligados tributarios de suministrarle información veraz a efectos de la correcta gestión de los tributos correspondientes».

cuencia, «la interpretación realizada por la Administración tributaria no es, pues, incoherente con la finalidad perseguida por la infracción prevista y con la defensa del bien jurídico protegido».

Con dichos argumentos, se sentencia que debe rechazarse que la sub-sunción en el art. 201.1 LGT de los hechos descritos haya vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE)²⁴.

4. Relevancia de la sentencia

La relevancia de la sentencia se pone de manifiesto en que su contenido incide en el punto nuclear de uno de los principios básicos del ejercicio del «*Ius puniendi del Estado*»: el principio de legalidad²⁵

El principio de legalidad punitiva, como se pone de manifiesto en la sentencia objeto de comentario, presenta tres exigencias básicas que históricamente lo han conformado: *lex stricta*, *lex previa* y *lex certa*. Cronológicamente, la primera manifestación fue el mandato de tipificación en una norma

²⁴ Y sentada esta tesis, sostiene que tampoco puede considerarse que la modalidad agravada contradice el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 LGT, puesto que la conducta imputada al recurrente es la de emitir facturas sin contraprestación real; es decir, facturas falsas, que se subsume directamente en la agravante del art. 201.3 LGT.

²⁵ En el sentido en el que el propio Tribunal había sentado su doctrina, desde muy pronto. Por todas: “El principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7.º), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la C.E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.

Este Tribunal ha hecho referencia a esta configuración del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 de la C.E. en diversos pronunciamientos. Así, ha establecido, por una parte, la necesidad de la ley previa y, como consecuencia de ella, la prohibición de extensión analógica del Derecho penal, al resolver sobre los límites de la interpretación de los textos legales del Código Penal (por ejemplo, en sus SSTC 89/1983; 75/1984; 159/1986) Por otra parte (en las SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico 10) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad” (F.J. IVº de la STC 133/1987, de 21 de julio).

previa, con el que se pretendía lograr una seguridad jurídica al ciudadano que podría por tal motivo estar en la confianza que no sería castigado por una conducta que no estuviera calificada de antemano de reprochable; con posterioridad, se impone que la *lex previa* sea también *lex certa*, en el sentido de precisa; de esta forma se llega al mandato de tipificación, que no es sino una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma; a este contexto, se añade un tercer elemento, que, en rigor, no coincide con los anteriores: la exigencia de que esta norma previa y cierta tenga rango de ley, que actúa como una garantía acumulada en virtud de la cual se acelera el proceso de neutralización de la Administración.

En consecuencia, nuestro Tribunal Constitucional ha perfilado el contenido material del estudiado principio en torno a la llamada doble garantía: la reserva de Ley y la tipicidad²⁶. Y aunque la distinción pueda parecer sutil, puesto que podría pensarse que la reserva legal y el mandato de tipicidad son mandatos inescindibles, legalidad y tipicidad son conceptos que no han de identificarse, sino que el segundo tiene un propio contenido como modo especial de realización del primero. *“la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en una ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición que la ley considere pueda imponerse, siendo en definitiva el medio para garantizar el principio constitucional de la Seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una lex previa, la de una lex certa”*²⁷.

²⁶ Y lo ha realizado en una canonizada definición, constantemente reproducida en la jurisprudencia posterior y en las propias Sentencias de nuestro Tribunal Supremo: “Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado —dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988— que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989)”. (FJ. VIIº de la STC 61/1990, de 29 de marzo).

²⁷ Vid. STS de 20 de diciembre de 1989.

La sentencia objeto de comentario incide de lleno sobre el principio de tipicidad en el sentido en el que tradicionalmente ha sido entendido por nuestro Tribunal Constitucional²⁸. Cosa distinta es que, en ocasiones, el problema se plantee en relación con la determinación de la precisión tipificante, ya que la misma admite el uso de conceptos jurídicos indeterminados²⁹ e, incluso, resulta permitida la acotación de conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación, siempre que, como veremos, en ningún caso se autorice a la Administración, o al juez, el empleo de la analogía *in peius*³⁰ ni mucho menos se definan las conductas ilícitas, en unos términos que, por su vaguedad o amplitud, den lugar a la más absoluta indefensión³¹. Siendo

²⁸ Que puede quedar resumido en los siguientes términos expresados, entre otras muchas, en su Sentencia 61/1990, de 29 de marzo: “afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación o escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que —como se dice en la STC 219/1989— el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta” Vid. Su FJ. IX°.

²⁹ Puesto que si bien es cierto que: “... los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables. Sin embargo, según declaró este Tribunal en la STC 69/1989, no vulnera la exigencia de *lex certa* la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Del mismo modo, puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión” FJ. V° de la STC 219/1989, de 21 de diciembre. En parecidos términos ver entre otras muchas las Ss.TC 122 y 133/1987; 69/1989; 149/1991; 117/1993...

³⁰ “Tampoco aparece mínimamente fundamentada la alegación de principio de legalidad del art. 24 de la norma fundamental pues, aparte otras consideraciones, la tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad, concepto indeterminado para cuya concreción es procedente acudir, como en el expediente disciplinario y en la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se hace, al contenido semántico del término, aparece en una norma de rango legal, la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado”. (F. J. II° de la STC 50 /1983 de 14 de junio).

³¹ “Dicha interpretación del mencionado precepto no resulta constitucionalmente admisible ya que, como declaramos en nuestra STC 116/1993, fundamento jurídico 3., del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el art. 25.1 C.E. no sólo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, lo que, en principio, se opondría a toda definición de dichas conductas en términos que, por su amplitud o vaguedad, dejen a las mismas en la más absoluta indefinición, tales como «forma de vida», «actividades que desarrollen», «conducta que observen», «relaciones que mantengan» u «otras causas análogas».

igualmente conforme con la plasmación del principio de tipicidad comentado, la remisión de la Ley a otras normas donde se especifiquen obligaciones concretas cuyo incumplimiento producirá la infracción³².

Pero, hemos de insistir, a los efectos de la importancia que despliega la sentencia objeto de comentario, que el reconocimiento constitucional del principio de legalidad con todos sus corolarios, incluye, sin duda, la prohibición de analogía *“in peius”* como una de sus exigencias básicas, y, más concretamente, del principio de tipicidad. De esta forma, siguiendo la propia doctrina del Tribunal Supremo, incluso antes de la entrada en vigor de la Constitución, *«si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de legalidad de la pena operan con atenuado rigor, cuando se trata de infracciones administrativas, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables... el que debe rechazarse la interpretación extensiva o analógica y la*

A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido”. (F.J. VIº. STC 270/1994).

32

“Del mismo modo, puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión”. (F. J. Vº de la STC 219/1989, de 21 de diciembre).

En este sentido es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las llamadas normas penales en blanco, que puede quedar resumida con las siguientes exigencias contenidas en su Sentencia 120/1988, de 15 de junio: “La doctrina contenida en la STC 127/1990 declaró que «es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco», añadiendo que se deben cumplir los siguientes requisitos: «que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (en el mismo sentido, SSTC 118/1992, 111/1993, 62/1994 y 24/1996)”. (F. J. Vº).

posibilidad de sancionar un supuesto diferente a que la misma contempla»³³. Los pronunciamientos de nuestro máximo intérprete han sido, al respecto, tajantes y reiterados³⁴

En consecuencia, el propio Tribunal Constitucional ha tratado de ofrecer los criterios en base a los cuales se debe enjuiciar la imprescindible labor interpretativa que han de realizar los órganos competentes para la aplicación de las normas sancionadoras y los límites que la seguridad jurídica y el monopolio normativo en la determinación del ilícito impone a la labor aplicativa: el respeto al tenor literal de la norma aplicada, la utilización de criterios interpretativos lógicos y no extravagantes y la realización de la interpretación de acuerdo a los valores constitucionales³⁵. Criterios, que si bien son seguidos formalmente por la sentencia objeto de comentario, su

³³ STS de 23 de mayo de 1974.

³⁴ Valga como ejemplo el que aquí se transcribe: "En rigor, la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas normas «concretas y precisas, claras e inteligibles» (STC 34/1996). Estas garantías concretan así diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 C.E. Así, el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite de la función esencial de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla (STC 137/1997). Como afirmaba la STC 133/1987, «el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador» (F.J. IIº, de la STC 232/1997, de 16 de diciembre).

³⁵ En este sentido: "No cabe duda que la extensión analógica de los tipos de infracción es una práctica vedada, no sólo en el ámbito penal, sino ex art. 25.1 C.E. en todo el ámbito sancionador (SSTC 182/1990, 81/1995, 151/1997). Para constatar cuándo el órgano de aplicación de los tipos sancionadores, más allá de su lícita e inevitable tarea de interpretación, los ha extendido a supuestos que no quedaban comprendidos en sus fronteras, en detrimento de la seguridad jurídica y del monopolio normativo en la determinación de lo ilícito, este Tribunal ha establecido como criterios para efectuar el control de constitucionalidad el respeto al tenor literal de la norma aplicada, la utilización de criterios interpretativos lógicos y no extravagantes, y el sustento de la interpretación en valores constitucionalmente aceptables (SSTC 137/1997, 151/1997, 225/1997, 232/1997, 236/1997)". (F.J. VIIIº de la STC 56/1998, de 16 de marzo).

aplicación a los hechos y al tipo infractor aplicado en sede administrativa, en modo alguno puede ser compartido por quien redacta esta líneas por las razones que desarrollaremos en el siguiente apartado.

5. Análisis crítico

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la sentencia analizada guarda un directo paralelismo con la STC 146/2015, de 25 de junio, que compartiendo la misma doctrina, contiene un voto particular formulado por la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al que se adhiere el Magistrado don Andrés Ollero Tassarà³⁶.

En él se resumen, básicamente, los aspectos sobre los que hemos de incidir a la hora de presentar un análisis crítico de su contenido, razón por la cual, en este apartado seguiremos la secuencia de razonamiento de los votos particulares indicados.

Como indicábamos líneas arriba, la sentencia objeto de comentario presenta correctamente los diferentes parámetros sobre los que se debe enjuiciar el respeto al principio de legalidad punitiva, sin embargo resulta claramente criticable la aplicación que realiza la mayoría del tribunal de los indicados criterios en resolución del recurso de amparo planteado.

A este respecto, compartimos plenamente el punto de partida de los magistrados que emiten los aludidos votos particulares que resulta especialmente gráfico para realizar el análisis material de la subsunción realizada por el órgano sancionador y la compatibilidad constitucional avalada posteriormente por los órganos administrativos y judiciales.

Se trata de analizar la importancia del principio de legalidad sancionadora desde su significado como garantía de la separación y delimitación de las funciones del poder legislativo respecto al judicial y al ejecutivo, especialmente, respecto a los órganos de la Administración encargados de aplicar las previsiones sancionadoras: «Cualquier consideración de justicia material, preferencias en la modalidad de sanción, o espacios de discrecionalidad queda estrictamente excluida o, en su caso, restringida a lo que permita el marco de la ley aplicable». «No es suficiente, aunque sea ineludible, comprobar que se cumplen las exigencias de certeza y claridad de la ley en su dicción, la previsibilidad y accesibilidad de su contenido para cualquier persona, asesorada en su caso, de manera que pueda reconocer el carácter ilícito de la conducta, y el alcance de la sanción correspondiente. Es

³⁶ Magistrado, éste último, que vuelve a realizar un voto particular, remitiéndose a lo ya manifestado en el presentado a la sentencia 146/2015.

necesario además que la sanción que se imponga se ajuste a las previsiones del legislador en cuanto a su clase o gravedad, en correlación con el precepto que tipifica aquella precisa conducta. El órgano sancionador no está facultado para optar discrecionalmente por un precepto u otro, alterando la graduación y diferenciación prevista en la ley³⁷ ».

Y es, desde esta perspectiva desde la que resultan claramente criticables los razonamientos, más bien su ausencia, como para avalar una interpretación extensiva de la previsión contemplada en el art. 201.1. (LGT). Extensiva, utilizando la literalidad de las expresiones indicadas por los magistrados discrepantes, «hasta el punto de incluir bajo la dicción legal una modalidad de conducta que choca con el sentido literal, el significado material del concreto ilícito tributario, la estructura y la ubicación sistemática del precepto aplicado, y que por ello, desborda los límites de la legalidad sancionadora».

Por estas razones, a juicio de quien realiza el presente comentario, la sentencia del Tribunal Constitucional avala una interpretación analógica del tipo aplicado que claramente violenta la garantía constitucional del art. 25.1 CE.

En efecto, como se pone de manifiesto en los votos particulares aludidos, «el incumplimiento de un deber positivo (*tributario*) —deber de emitir factura fiel, conservarla— difiere claramente de la transgresión de una prohibición (*penal*) o deber de abstenerse —creación de una apariencia emitiendo factura falsa— por lo que resulta difícil forzar el tenor legal que ha sido formulado a todas luces para sancionar el incumplimiento de aquel deber. Con la interpretación efectuada se amplía de tal modo el campo del art. 201.1 LGT que se hace decir a la ley lo que no dice, se desvirtúa la técnica diferenciadora de ilícitos para extender la aplicación del art. 201.1 LGT a conductas defraudatorias de mayor alcance que las que constituyen incumplimientos de aquellas obligaciones de facturación que no necesariamente se dirigen a defraudar...».

Es el legislador el que ha querido claramente diferenciar el tipo infractor contenido en el art. 201.1 LGT, «Infracción tributaria por incumplir obligaciones de facturación o documentación», que se refiere al «incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutos», de la conducta de emisión de falsas facturas para documentar transacciones inexistentes, puesto que la prohibición explícita de crear documen-

³⁷ Siguiendo la literalidad de voto particular aludido.

tos mercantiles falsos se encuentra en el Código penal —Art. 392.1, y, en su caso art. 395 CP—.

Razonar como lo hace la mayoría del Tribunal en la sentencia objeto de comentario, sobrepasa —siguiendo de nuevo la argumentación de los magistrados discrepantes— el sentido literal posible del tipo infractor tributario que se construye sobre la existencia de una previa obligación de facturar. La ampliación del ámbito de la conducta típica se transforma, por una interpretación del órgano administrativo sancionador, en un mandato/prohibición genérico de no obstaculizar o alterar de cualquier forma la información que Hacienda requiere, argumento validado por el Tribunal constitucional en la sentencia comentada, y que, digámoslo de forma clara, no respeta la previsión del legislador.

Y la argumentación vertida por la mayoría del Tribunal no deja de ser sorprendente, por pobre³⁸. Utilizando, una vez más, los términos literales de los magistrados discrepantes, «resulta cuando menos un eufemismo sorprendente, una especie de retruécano, afirmar que las “personas implícitamente no autorizadas normativamente” para emitir una factura falsa, al hacerlo cometen la infracción consistente en incumplir un deber de facturar. Pero debe suponerse que no se trata de mera falta de autorización sino de una prohibición, la prohibición de emitir facturas falsas»³⁹.

Lo realmente grave de la interpretación que avala la Sentencia comentada es que deja sin aplicación la previsión del Código penal a estos efectos, permitiendo que el órgano sancionador degrade a infracción administrativa la reprobación penal prevista para tales conductas, abriendo «un portillo al ejercicio de la arbitrariedad conforme a criterios de oportunidad generadores de inseguridad jurídica e indefensión, permitiendo al órgano san-

³⁸ «[A]quellas personas que no estén expresamente obligadas a expedir facturas, y aun así las expidan, como lo son aquellos contribuyentes del IRPF que no obtienen rendimientos de actividades económicas de ninguna clase (y mucho menos determinados en régimen de estimación objetiva, como en el caso enjuiciado), estarían violando los arts. 1.1 y 26 del ROF; esto es, estarían incumpliendo el deber de expedir facturas. De este modo, los incumplimientos de las obligaciones de facturación a que se refiere el art. 201.1 LGT podrían llevarse a cabo, por un lado, por omisión por parte de las personas expresamente obligadas a ello (empresarios y profesionales); y, por otro, por comisión por parte de las personas implícitamente no autorizadas normativamente.»

³⁹ «¿Una prohibición implícita, situada en el reverso del mandato explícito de facturar a quienes llevan a cabo transacciones económicas? Lo cierto es que la prohibición explícita y contundente de crear documentos mercantiles falsos se encuentra en el Código penal (CP) en su art. 392.1 (aparte de la previsión del art. 395 CP, en su caso) donde se contemplan penas de prisión». Según continúan indicando los magistrados discrepantes en el voto particular indicado.

cionador ámbitos de decisión incompatibles con la garantía de legalidad sancionadora»⁴⁰.

Junto con lo anterior, se ha de poner de manifiesto que la interpretación analógica, que según pensamos es utilizada por la sentencia, no solo se encuentra prohibida en el ejercicio del *«ius puniendi»*, sino que en el supuesto y tipo que resulta enjuiciado, alterando, de esta forma, y de manera nítida, la voluntad de la ley.

A este respecto resulta especialmente gráfico el razonamiento presentado por los magistrados discrepantes, según el cual se ha de tener en cuenta que junto al precepto interpretado —art. 201 LGT—, existen, en el mismo capítulo titulado «Clasificación de las infracciones y sanciones tributarias», otras previsiones en las que el legislador utiliza la misma técnica de delimitación de los sujetos de la infracción en función del tipo de operación económica o de determinada obligación derivada de aquella⁴¹, en las que es el órgano constitucionalmente competente, el legislador, quien acomoda la definición de la infracción y las sanciones a las peculiaridades de cada modalidad diferenciada. Y es esta diferenciación legal expresa la que el órgano sancionador debe respetar en un sistema constitucional de división de poderes y funciones.

En esta línea de planteamiento, para interpretar el art. 201 LGT en un sentido distinto, no solo a la literalidad de sus propios términos sino al propio contexto normativo en el que se inserta, la Sentencia, en una nueva extralimitación de sus propias competencias, como anticipábamos, identifica el bien jurídico tutelado en el art. 201 LGT como «la correcta información de la realidad de las transacciones económicas a través de la documentación fidedigna que se dirige a la Administración Tributaria». Y lo realmente preocupante de la sentencia comentada es que la utilización de esta «metodología», ampliaría, como de nuevo sostienen los magistrados discrepantes, «los ámbitos típicos de todas la infracciones tributarias, lo que supondría desconocer la cuidadosa diferenciación que el legislador realizó distinguiendo las modalidades de incumplimiento, obstrucción, engaño o defraudación a través de las concretas y separadas formulaciones típicas. La vulneración del principio de tipicidad, derivado del art 25.1 CE sería patente».

⁴⁰ Utilizando, nuevamente, la literalidad de los votos particulares presentados a las sentencias analizadas.

⁴¹ «Así, en relación a obligaciones de documentación asociadas a operaciones aduaneras, cuyo incumplimiento se sanciona (arts. 198 y 199 LGT); o en relación a quienes tienen la obligación de llevanza de contabilidad u otras obligaciones registrales, se sanciona su incumplimiento como infracción contable (art. 200 LGT), precisamente una figura de aplicación subsidiaria respecto a la de delito contable tipificado en el Código penal para supuestos de mayor gravedad».

La propia interpretación sistemática de los demás preceptos del mismo capítulo corrobora que el tipo está configurado sobre el supuesto de transacciones reales cuantificables en valor dinerario, de manera que la multa opera como una detracción de las ganancias o ingresos efectivos. Y similares argumentos han de oponerse como crítica a la aplicación del tipo doblemente agravado. De nuevo utilizando la literalidad de los términos vertidos en el voto particular de la sentencia objeto de comentario⁴², «no puede incumplir las obligaciones de facturación (art. 201.1 LGT), ni mucho menos hacerlo de forma «sustancial» (art. 201.5 LGT), quien, de conformidad con el ordenamiento tributario, por sus circunstancias subjetivas y objetivas, no quedaba dentro del ámbito de aplicación de esa obligación. Por otro lado, también resulta contradictorio que la supuesta prestación de servicios cuya inexistencia fue declarada probada por la administración tributaria, pretenda tomarse como fundamento de una obligación a cuyo incumplimiento se le aparea la comisión de la infracción controvertida, y por la que se le impone una multa en función del supuesto montante de una cantidad ficticia».

A mayor abundamiento, y en esta misma línea de argumentación crítica a la fundamentación jurídica del fallo de la sentencia comentada, se ha de tener en cuenta que el art. 201.3 LGT hace referencia expresa a la emisión de facturas «con datos falsos o falseados» y no a «facturas falsas» y ello obedece a una decisión legislativa congruente con su previsión de que las conductas infractoras básicas necesariamente requieren un precedente de transacción económica real. Es decir «factura falsa» (en la que la falsedad afecta al propio documento por reflejar operaciones inexistentes) y la «factura con datos falsos o falseados» (en la que la falsedad afecta a algún dato de una operación real) son supuestos claramente diferenciados en nuestro Ordenamiento de los que se ha de derivar consecuencias jurídicas nítida-

⁴² Por remisión al establecido en la STC 146/2015, de 25 de Junio.

mente diferenciadas⁴³. Y es que el legislador, cuando ha querido integrar en los tipos ambas conductas, lo ha realizado expresamente⁴⁴.

De todo cuanto antecede, se ha de concluir que con la interpretación administrativa avalada por la sentencia comentada se realiza una extensión del contenido del tipo infractor tributario, que rebasa, claramente, los límites que la garantía del principio de legalidad del art. 25.1 CE permite.

6. Un apunte sobre las consecuencias de la doctrina establecida

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la relevancia de la sentencia seleccionada incide sobre uno de los principios básicos del ejercicio del «*ius puniendi estatal*»: el principio de legalidad cuyo contenido material incorpora la doble garantía de la reserva de ley y la tipicidad. Dicho contenido, entre otras manifestaciones, proyecta su significado como garantía de la delimitación y separación de funciones de los diferentes poderes del Estado.

⁴³ Como se ha indicado en la nota 2º del presente comentario, el propio recurrente en amparo presenta el informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria de 28 de octubre de 2005, con referencia en su fundamentación a la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dentro de las falsedades documentales en relación con confección de facturas, pueden darse dos situaciones: la expedición de facturas que reflejen operaciones totalmente inexistentes o ficticias que integraría un supuesto de falsedad documental cometida por particulares subsumible en el art. 390.1.2 CP, y la expedición de facturas referentes a operaciones reales pero con algún o algunos datos falsos o falseados, en los que concurre una falsedad ideológica no punible penalmente sancionable por el tipo previsto en el art. 201.3 LGT.

⁴⁴ En efecto, argumentario que también se puede localizar en los votos particulares indicados, cuando el legislador ha querido distinguir las dos modalidades de conductas falsarias (separando la de falsear el documento respecto a la de alterar o falsear datos del contenido del documento) lo ha hecho expresamente, y en el mismo capítulo en el que se encuentran los tipos objeto de controversia, por citar algunos ejemplos: a la hora de estructurar los «criterios de graduación de las sanciones», uno de los cuales es «el empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados» [art. 184.3 b) LGT]; asimismo en la infracción prevista en el art. 191.2 a) y 3 a) LGT «por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación», que se agrava «[c]uando se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados»; en la infracción contemplada en el art. 192 a) y 3 a) LGT «por incumplimiento de la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones», que se agrava cuando «se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados»; en la infracción prevista en el art. 193.2 a) y 3 a) LGT «por obtener indebidamente devoluciones» en la que ha distinguido claramente entre la factura o documento «falso» y la factura o documento «falseado».

Aquí radica el núcleo esencial de las consecuencias, claramente criticables, que pueden desprenderse de la sentencia objeto de comentario: el principio analizado garantiza la diferenciación de las funciones legislativas de las que competen a los órganos administrativos encargados de aplicar las normas. Y ello ha de realizarse al margen de cualquier consideración de justicia material o de oportunidad en el ejercicio de sus respectivas funciones.

En materia punitiva, no caben espacios de discrecionalidad a la hora de la aplicación de los tipos, el órgano administrativo no es competente para elegir la aplicación de un precepto u otro, aun cuando la seguridad jurídica se oponga a la justicia material.

Y esto, creemos, es lo que ha sucedido en la actuación administrativa de la que trae causa el recurso de amparo que deriva en la sentencia analizada, la posible prescripción del eventual tipo penal, en pos de una mal entendida justicia material, fuerza la tipicidad administrativa para sancionar el comportamiento ilícito del administrado.

Pero que este proceder del órgano administrativo, al margen de lo que claramente ha querido —equivocadamente o no— el legislador, sea declarado ajustado a la constitucionalidad, y concretamente al principio de tipicidad, puede tener unas consecuencias irremediables en el propio comportamiento de los órganos encargados de aplicar nuestro ordenamiento, confiriéndole a la Administración unos poderes pseudo legislativos que atentan, digámoslo de forma clara, contra el eje nuclear de nuestros principios punitivos.

En suma, como hemos afirmado a lo largo del presente comentario, utilizando voces mucho más autorizadas de la quien lo suscribe, lo realmente grave de la interpretación que avala esta sentencia es que con la reinterpretación realizada por el Tribunal del bien jurídico protegido del tipo, al margen de sus propias competencias y en pos de una mal entendida justicia material que violenta el propio Estado de Derecho —aunque tenga el terreno abonado por nuestros tribunales de justicia—, se permite al aplicador del derecho degradar el tipo penal a una infracción administrativa, abriendo «un portillo al ejercicio de la arbitrariedad conforme a criterios de oportunidad generadores de inseguridad jurídica e indefensión, permitiendo al órgano sancionador ámbitos de decisión incompatibles con la garantía de legalidad sancionadora»⁴⁵.

Como hemos reiterado, en quizás demasiadas ocasiones, el todo vale, para casi todo, por muy pragmático que pudiera resultar y muy dignos de

⁴⁵ Compartiendo, una vez más, la literalidad de los votos particulares discrepantes de la sentencia analizada.

protección sean los intereses que se intentan «proteger» desde las Administraciones públicas, nunca supone la mejor forma de encauzar los retos que se presentan en la eterna lucha del Derecho Público. Esperemos que el «portillo» abierto en la doctrina que se infiere de la sentencia analizada, se cierre de un «portazo» en futuras decisiones, más congruentes, de nuestro máximo intérprete.

Sentencia de 22 de marzo de 2014

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3717-2013, promovido por don XXXX, representado por el Procurador de los Tribunales don XXXX, bajo la dirección del Letrado don XXXX, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2013, por la que se desestima el recurso de casación núm. 3785-2011 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de fecha 24 de enero de 2011, desestimatoria, a su vez, del recurso contencioso-administrativo núm. 119-2010 promovido contra el acuerdo núm. A23-70337741 de fecha 2 de marzo de 2010 de la dependencia regional de inspección de la Delegación Especial de Canarias, por el que se le imponen dos sanciones tributarias por importe total de 808.564,22 euros por la comisión de la infracción prevista en el art. 201 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don

Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Por escrito registrado en este Tribunal el día 14 de junio de 2013, don XXXX, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don XXXX, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales y la administrativa que se indican en el encabezamiento de esta Sentencia. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El actor, empresario individual, constaba dado de alta en el impuesto sobre actividades económicas durante los ejercicios 2005 y 2006 en los epígrafes del impuesto sobre actividades económicas (en adelante, IAE) 501.3 («Albañilería y pequeños trabajos de construcción»), 505.1 («Revestimientos, solados y pavimentación») y 505.7 («Trabajo en yeso y escayola»), estando acogido el régimen de estimación objetiva por módulos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (en adelante, IRPF) y en el impuesto general indirecto canario (en lo sucesivo, IGIC). Durante esos ejercicios prestó servicios de albañilería a la empresa Félix Santiago Melián, S.L., facturándole, respectivamente, unos importes de 213.472,21 euros y 436.967,63 euros. En sus autoliquidaciones del IRPF declaró unos rendimientos netos de actividades económicas en régimen de estimación objetiva por módulos por importe de 19.632,57 euros (2005) y 36.746,55 euros (2006), con una cuota tributaria a ingresar de 5.425,83 euros (2005) y 6.882,17 euros (2006).

b) Con fecha de 15 de octubre de 2008 se iniciaron actuaciones de inspección por la dependencia regional de inspección de la Delegación Especial de Canarias, con un alcance parcial, para la comprobación de los resultados de la actividad económica y la procedencia del régimen de estimación objetiva en relación con el IRPF de los ejercicios 2005 y 2006. Fruto de estas actuaciones se dictó con fecha de 2 de marzo de 2010 un acuerdo de liquidación (A23-71632645), en el que se consideraba que el obligado tributario carecía de la estructura empresarial propia de una empresa, sin oficina, local o cualquier otro centro desde el cual llevar la gestión de su actividad, sin vehículos afectos ni lugar donde guardar los útiles y herramientas de la empresa, facturando a un único cliente (la entidad Félix Santiago Melián, S.L.), razón por la cual, se concluye que «no ejerce ninguna actividad económica como empresario individual, habiéndose construido una apariencia externa y formal de tal actividad, dándose de alta como empresario, emitiendo facturas falsas y proporcionando documentos sin soporte material a trabajadores de la empresa» (página 10).

Resalta el citado acuerdo que nos encontramos: ante un obligado tributario que es empleado de la entidad Félix Santiago Melián, S.L., y, al mismo tiempo, pretende prestarle servicios de albañilería, revestimientos, solados, pavimentación y trabajos en yeso y escayola, por los que se encuentra dado de alta en el régimen de estimación objetiva (página 20); que es familiar directo de unos de los administradores de la entidad Félix Santiago Melián, S.L.; 3) que emite facturas cuyo único destinatario es la misma entidad Félix Santiago Melián S.L., siendo las cantidades facturadas muy elevadas, sirviendo a la mencionada entidad como justificantes de gastos que reducen el importe del beneficio obtenido; que no es el único «modulero» ficticio que ha sido detectado en relación con la misma entidad receptora de facturas (página 21); y que aunque existen los contratos de trabajadores, los pagos de cotizaciones a la Seguridad Social, el alta en el IAE, la inclusión en el régimen de estimación objetiva a efectos del IRPF y la presentación de declaracio-

nes por dicho impuesto, ello no impide apreciar «que forman parte del conjunto de la simulación, de realización de una actividad económica, conjunto necesario para dar la apariencia material y formal requerida» (página 21).

En suma, concluye el acuerdo de liquidación, «la actividad económica del obligado tributario declarada en estimación objetiva, actuando como lo que se conoce por 'modulero', es ficticia y orientada a la defraudación en la deuda tributaria del destinatario de las facturas, la entidad Félix Santiago Melián S.L., que computa toda esta facturación entre sus gastos» (página 28), razón por la cual, procede a excluir de la parte general de su base imponible del año 2005 los 19.632,57 euros declarados como rendimientos de actividades económicas, dando lugar a una cuota negativa de 8.053,14 euros, que se incrementa unos intereses de 1.221,67 euros; y de la base imponible del año 2006 los 36.746,55 euros declarados como rendimientos de actividades económicas, dando lugar a una cuota negativa de 16.308,70 euros, que se incrementa en unos intereses de 1.139 euros. Todo ello da lugar a una cantidad total a devolver de 26.722,51 euros.

c) Junto con el anterior acuerdo de liquidación (A23-71632645), la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Canarias dictó el mismo día 2 de marzo de 2010 un acuerdo sancionador (A23-70337741) por la comisión de dos infracciones muy graves (una por cada ejercicio) del art. 201 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT), relativa al «incumplimiento de las obligaciones de facturación». Tomando como base de la sanción la facturación realizada a la empresa Félix Santiago Melián, S.L. (que descontando las facturas prescritas asciende a 102.075,17 euros en el ejercicio 2005 y a 436.967,63 euros en el ejercicio 2006), se le aplica una sanción del 75 por 100 (76.556,28 euros y 327.725,73 euros, respectivamente), que incrementada en un 100 por 100 (por incumplimiento sustancial de las obligaciones de facturación), ofrece como resultado unas sanciones por importes de 153.112,76 euros (ejercicio 2005) y 655.451,46 euros (ejer-

cicio 2006). La sanción total a ingresar asciende, en suma, a 808.564,22 euros.

La culpabilidad del recurrente se fundamenta en que se trata de un empleado asalariado de la empresa Félix Santiago Melián, S.L., que factura cantidades cuya única destinataria es precisamente esa misma empresa (página 6). Se trata de lo que se denomina comúnmente como un «modulero», que le factura a la misma empresa para la que presta servicios como asalariado, habiendo una evidente desproporción en cuanto al margen de beneficios que se deriva de la facturación presuntamente realizada (página 7). «La operatoria resulta obvia: las elevadas facturaciones de los moduleros no repercutían en sus declaraciones tributarias, por el régimen de estimación objetiva de rendimientos que les es aplicable, pero significan elevados gastos deducibles para las empresas destinatarias de las facturas» (página 8). Los hechos puestos de manifiesto «apuntan a la inexistencia de actividad real por parte de los moduleros y que las facturas emitidas carecen de contraprestación real», habiéndose simulado «una actividad económica para girar facturas falsas a la entidad Félix Santiago Melián, S.L., que ésta se computaba entre sus gastos deducibles» (página 8).

Conforme a lo anterior «se consideran probados los hechos que aquí constituyen el ilícito administrativo sancionable —la emisión de facturas sin contraprestación real, es decir, falsas, simulando la realización de una actividad inexistente— y siendo la participación del sujeto infractor incuestionable, resulta ajustado a Derecho proceder a la imposición de la sanción correspondiente a los hechos descritos» (página 8). Los hechos «son constitutivos de la infracción recogida en el art. 201», conforme al cual «constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos» (páginas 11 y 12). Se aplica la sanción prevista, incrementada en un 100 por 100 (art. 201.5 LGT), por haberse producido un incumplimiento sustancial de la obligación de facturación de conformidad con lo previsto en el art. 187.1 c) LGT, que pre-

vé producida la circunstancia del incumplimiento sustancial «cuando dicho incumplimiento afecte a más del 20 por ciento del importe de las operaciones sujetas al deber de facturación en relación con el tributo y obligación tributaria objeto de comprobación o investigación», «falseamiento de los datos» que ese produce «en la totalidad de las facturas emitidas por el obligado tributario» (página 13).

d) Contra el anterior acuerdo se presentó un recurso contencioso-administrativo (núm. 119/2010) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Por Sentencia 3/2011, de 24 de enero, de la Sección Segunda, se acordó desestimar el recurso. Según esta resolución judicial «con independencia de que los hechos imputados estén o no suficientemente probados, extremo que ahora no se discute, es claro que lo que se describe en la infracción objeto de recurso, la falsedad de las facturas por inexistencia de contraprestación real, puede, sin que ello suponga una interpretación analógica, encuadrarse en el tipo descrito de la norma. A ello se añade que como afirma el Abogado del Estado, el art. 25 CE no comprende la garantía de que la elección del tipo infractor sea acertada, como el derecho que consagra el art. 24 CE a la tutela judicial, no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales (fundamento de Derecho tercero).

e) Interpuesto un recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (núm. 3785-2011), por Sentencia de su Sección Séptima con fecha de 22 de marzo de 2013 se desestimó. Para el Tribunal Supremo el recurrente es sancionado por el denominado «fraude de moduleros», en el que una persona física con vínculos con una sociedad mercantil se da de alta en una actividad económica que tributa bajo el régimen de estimación objetiva por módulos y de esta manera emite una facturación elevada. A su juicio, «los hechos son subsumibles en el tipo infractor del artículo 201.1 y 3. Ciertamente, si como afirma erróneamente la resolución, el recurrente no fuera empresario no estaría obligado a emitir facturas. Sin embar-

go, el recurrente es empresario porque voluntariamente se dio de alta como tal en el impuesto de actividades económicas, y sólo desde esta condición le es posible la emisión de facturas, contribuyendo así, caso de ser ciertos los hechos (cuestión en la que dados los límites de este proceso no podemos entrar), a emitir facturas que el receptor empresario podrá desgravar como gasto.... Si el tipo sancionador castiga a quien siendo empresario emite parcialmente facturas falsas, cubre igualmente la conducta de quien emite todas las facturas falsas. Es evidente que el recurrente, aun cuando todas las facturas emitidas al empresario receptor para el que al parecer trabajaba, fueran falsas, habría podido ejercer la actividad para la que estaba dado de alta fiscalmente con el mismo u otros empresarios, por lo que, pese a la confusión en que pueda incurrir el término 'falso empresario', lo único que se desprende de la resolución es que la condición de empresario se adquirió por el recurrente dirigida exclusivamente para emitir facturas falsas contra otro empresario para el que trabajaba exclusivamente» (fundamento de Derecho séptimo).

2. Se alega en la demanda de amparo la vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el art. 201.1, 3 y 5 LGT y con los arts. 392 y 390.1 y 2 del Código penal (CP). Tras precisar los antecedentes de hecho de los que trae causa la demanda de amparo, arranca el recurrente en sus argumentos subrayando que la conducta consistente en expedir «facturas falsas» por quien no es empresario y no ha desarrollado una actividad empresarial sólo puede ser castigada en vía penal, subsumiéndola en el tipo delictivo del art. 390.1.2 CP, pero nunca en vía administrativa (en el tipo agravado del art. 201.3 LGT). Sin embargo, la inspección de los tributos, tras considerar que el ahora actor es un «falso empresario», siendo consciente de la prescripción de la eventual responsabilidad penal por su propia falta de diligencia, omite pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal por realización del tipo penal previsto en el art. 390.1.2 CP (realización de facturas falsas) y procede a imponer una sanción por comisión de la infracción tributaria agravada del art. 201.3 LGT (falseamiento

de facturas). Y lo hace castigando una conducta distinta (expedición de facturas con datos falsos o falseados) de la que le atribuye (expedición de facturas falsas), y, además, por una condición (la de empresario), que previamente le ha negado tener, y con un fundamento en la propia conducta del sujeto (que ha emitido facturas aunque sean falsas).

Señala a continuación el recurrente que, tanto la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias como la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no sólo no han corregido la errónea actuación de la Administración sancionadora en la calificación y tipificación de la conducta infractora, sino que la asumen como propia, tolerando que la inspección de los tributos sancione administrativamente una conducta (la de la emisión de facturas falsas) que sólo estaría tipificada por el legislador penal.

A juicio del recurrente en amparo, resulta lógica y jurídicamente imposible que un «falso» empresario que realiza una inexistente, por simulada, actividad económica, pueda incumplir una obligación de facturación (art. 201.1 LGT), y además efectuar un «incumplimiento sustancial» de la misma (art. 201.3 LGT), con el agravante de que dicho incumplimiento sustancial afecta a la totalidad de «las operaciones sujetas al deber de facturación» (art. 201.5 LGT). Y resulta jurídicamente imposible, en primer lugar, porque un «falso» empresario no puede incumplir una obligación que sólo resulta legalmente exigible a los empresarios y a los profesionales, al igual que el falso Inspector de Hacienda no puede incumplir las obligaciones legalmente impuestas a los Inspectores de Hacienda, ni el falso médico puede incumplir los deberes deontológicos que resultan exigibles a los profesionales de la medicina. En segundo lugar, porque la Administración sancionadora ha justificado la imposición de una sanción administrativa acudiendo para ello a la figura de los «actos propios», encajando en el tipo un comportamiento que no reúne los requisitos típicos indispensables (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 6), en un claro ejemplo de analogía *in malam partem*. En tercer lugar, porque no pue-

de admitirse que algo es y no es (STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3), no siendo posible que la inspección que considera inexistente, simulada y ficticia una actividad empresarial, deje de considerarla como tal a los únicos efectos de sancionar «el incumplimiento sustancial» de las obligaciones de facturación que hubieran existido, de ser real y efectiva la actividad empresarial «simulada». Con ello, la inspección de los tributos afirma una cosa cuando le conviene (a efectos liquidatorios) y su contraria cuando le vuelve a convenir (a efectos sancionadores).

De conformidad con lo que antecede considera el recurrente que ni la inspección de los tributos, ni la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ni, en fin, la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pueden prescindir de las exigencias (constitucionales y legales) de la legalidad sancionadora, manejando discrecionalmente los tipos infractores tributarios para incluir la supuesta conducta punible (emisión de facturas falsas) en el tipo del art. 201.3 LGT 2003 que sanciona como infracción muy grave «la expedición de facturas [no falsas] con datos falsos o falseados», incurriendo con ello en una subsunción totalmente irrazonable de la conducta enjuiciada en el tipo aplicado (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 6).

Precisa a continuación el recurrente que el art. 392.1 CP tipifica como delito la falsedad en documento mercantil por particulares y, concretamente, la simulación de un documento en todo o en parte a la que hace referencia el art. 390.1.2 CP, respecto de la cual el documento debe ser falso (pretendiendo acreditar documentalmente algo totalmente inexistente). En efecto, basta asomarse a la doctrina legal establecida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para comprobar cómo dicho tipo exige incurrir en una simulación «radical y absoluta» (SSTS 1649/2000, de 28 de octubre, y 514/2002, de 29 de mayo), al confeccionarse «deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente» (SSTS 1647/1998, de 28 de enero de 1999, y

1649/2000, de 28 de octubre), de manera que el documento debe tener un contenido «enteramente mendaz» (STS 495/2011, de 1 de junio), por no responder a realidad alguna (STS de 29 de enero de 2003), intentando «acreditar en el tráfico una relación jurídica irreal» (SSTS 828/1998, de 18 de noviembre; y 1647/1998, de 28 de enero de 1999), «como ocurre con una factura confeccionada, simulando que se trataba de un auténtico documento acreditativo de trabajos que ni se habían realizado en el montante o concepto consignado, ni se habían realizado por importe o concepto alguno, no existiendo en absoluto la relación u operación jurídica que se pretendía acreditar simulando un documento que la reflejase» (STS 815/2007, de 5 de octubre; y en el mismo sentido, SSTS número 1647/1998, de 28 de enero de 1999; y 1649/2000, de 28 de octubre. En igual dirección, SSTS 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre; 2028/2002, de 2 de diciembre; 325/2004, de 11 de marzo; 145/2005, de 7 de febrero; 37/2006, de 25 de enero; 900/2006, de 22 de septiembre; 63/2007, de 30 de enero; 641/2008, de 10 de octubre, y 35/2010, de 4 de febrero).

Para el recurrente, la anterior doctrina legal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha sido correctamente incorporada al informe A/2/67/05, de 28 de octubre de 2005, de la Subdirección General de ordenación legal y asistencia jurídica de la agencia tributaria, relativo a la «Regularización tributaria de facturas falsas cuando no se aprecien indicios de delito contra la Hacienda Pública». De acuerdo con este informe, «[e]n el caso de que las facturas reflejen operaciones totalmente inexistentes o simuladas, y de que la falsedad impregne totalmente al propio documento,... nos encontraremos ante un supuesto de falsedad documental subsumible en el apartado 2 del artículo 390.1 del CP, y por tanto ante un delito tipificado en la Ley Penal» (página 4). «Cuando las irregularidades detectadas por la Inspección en las facturas sí constituyan indicios de la existencia de un delito de falsedad (recordemos que esto ocurrirá cuando la factura refleje operaciones simuladas inexistentes o ficticias) ésta deberá poner los hechos en conocimiento

de la jurisdicción penal, a tenor de lo dispuesto en los artículos 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 95.3 de la LGT y 7 del RGI, a través de la correspondiente denuncia» (página 6). «A este respecto debe tenerse en cuenta que al tratarse de un delito menos grave [artículos 13.2 y 33.3 a) CP] prescribirá, tal y como dispone el artículo 131.1 del mismo cuerpo legal, a los tres años, por lo que podrá darse el caso de que cuando la Inspección detecte la posible falsedad, ésta haya prescrito» (página 6).

Conforme a lo que antecede, subraya el recurrente, el Código penal sólo tipifica para los particulares como conducta de falsedad en documento mercantil, la emisión de facturas falsas (falsedad absoluta), mientras que el art. 201 LGT tipifica como infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones «de facturación o documentación» y, concretamente, «el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de factura, justificantes o documentos sustitutivos» (apartado 1), que califica de «grave» cuando se incumplan «los requisitos exigidos por la normativa reguladora de la obligación de facturación» [apartado 2 a)] o cuando el incumplimiento «consista en la falta de expedición o en la falta de conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos» [apartado 2 b)], y de «muy grave» cuando el incumplimiento consista «en la expedición de facturas o documentos sustitutivos con datos falsos o falseados» [apartado 3]. De este modo, el art. 201.3 LGT no acoge como infracción—no podría— la emisión de una factura falsa, pues esa conducta está tipificada penalmente y, ante tal eventualidad, la Administración debe ejercer «la acción penal por el delito de falsedad en documento mercantil» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2011), pues «cuando la factura refleje operaciones simuladas inexistentes o ficticias, ésta [la Inspección] deberá poner los hechos en conocimiento de la jurisdicción penal a tenor de lo dispuesto en los artículos 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 95.3 de la LGT y 7 del RGI, a través de la correspondiente denuncia» (informe

de la Subdirección General de ordenación legal y asistencia jurídica de 25 de octubre de 2005). Pero no sólo eso, llama la atención el recurrente sobre el hecho de que ni siquiera el art. 201.3 LGT acoge como tipo infractor la expedición de facturas «con datos falsos o falseados» pues «dicha conducta no se contempla expresamente a efectos de su tipificación como infracción, pues se entiende contenida en el tipo infractor del apartado 1 al que expresamente se remite, sino a efectos de su calificación como infracción muy grave» (resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 2011), de manera que la infracción consiste en incumplir el deber de expedir facturas, incumplimiento que se considera muy grave cuando la factura expedida responde a una relación jurídica real y existente, pero incorpora algún o algunos datos falsos o falseados. Por consiguiente, lo que acoge el art. 201.3 LGT es una circunstancia de agravación de la responsabilidad administrativa para aquellos empresarios o profesionales que, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, emiten facturas falseadas.

En consecuencia, de conformidad con el mandato de taxatividad la diferencia entre la conducta a la que se anuda un reproche administrativo y aquella a la que se anuda el penal se encuentra, conforme a la literalidad de los preceptos y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la naturaleza de la conducta: manipulación documental de una realidad existente (sanción administrativa por factura falseada) o justificación documental de una realidad inexistente (sanción penal por factura falsa). Resulta patente, entonces, que la interpretación del art. 201 LGT que efectúa la inspección para sancionar administrativamente la emisión de facturas falsas por simulación de documento, que está prevista y penada en el art. 390.1.2 CP, vulnera las exigencias de la tipicidad y legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), pues, de un lado, la Administración se ha apartado del tenor literal del art. 201 LGT, llevando a cabo una interpretación analógica *in malam partem* al subsumir de un modo irrazonable la conducta de «emisión de facturas falsas» en el tipo administrativo del art. 201.3 LG que sanciona la expedi-

ción de facturas «con datos falsos o falseados», y, de otro lado, el órgano judicial se ha limitado «a condenar a quien, como «dueño» del negocio, ha dejado de ingresar un tributo, no sólo soslayando la errónea actuación de la Administración en la calificación tributaria de la situación, sino asumiéndola como propia ante una eventual prescripción de la acción del Estado para regularizar los impuestos» (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3). El Ordenamiento jurídico no habilita a la Administración tributaria a elegir entre lo que considera más conveniente para el interés público subyacente, optando entre imponer una sanción administrativa o recurrir al ámbito penal, según su exclusivo arbitrio (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 4), menos aun cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en materia sancionadora (SSTC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 7; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6, y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4), pues el principio de legalidad penal veda «todo margen de arbitrio o de discrecionalidad» (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 4).

En suma, la sanción por expedir facturas falsas, en lugar de por el tipo penal del art. 390.1.2 (falsedad en documento mercantil), por el tipo infractor agravado del art. 201.3 LGT (falseamiento de facturas), supone una decisión irrazonable fundamentada en una exégesis y aplicación de las normas que queda fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan, es decir, que se sustenta en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Con ello, se incurre en una interpretación analógica y extensiva *in malam partem* contraria al art. 25.1 CE, al subsumir erróneamente la conducta del ciudadano en un tipo administrativo que no es el previsto para el supuesto de hecho.

3. Por providencia con fecha de 21 de julio de 2014, la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo. Asimismo, y en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica de este Tribunal, se acordó dirigir comunicación tanto a la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como a la Sala de lo Conten-

cioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, a fin de que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los recursos núms. 3785-2011 y 119-2010, interesándose al mismo tiempo que se emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer ante este Tribunal si así lo deseasen.

4. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 28 de julio de 2014 el Abogado del Estado suplicó se le tuviera por personado en el procedimiento.

5. Mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de diciembre de 2014, la Sala Primera acordó tener por personado y parte al Abogado del Estado en la representación que ostenta, así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que, conforme determina el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, presentasen las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 30 de diciembre de 2014, don XXXX, representado por el Procurador don XXXX y defendido por el Letrado don XXXX, evacuó el trámite de alegaciones conferido suplicando se dictase Sentencia conforme a lo interesado en el escrito de demanda de amparo.

7. El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el día 23 de enero de 2015, en el que instaba la desestimación del amparo pretendido. En su escrito, tras señalar los antecedentes y concretar el objeto del amparo pretendido, precisa antes que nada que el recurrente es denominado «falso empresario» no porque no sea un empresario individual sino porque todas las facturas que ha emitido en el período objeto de comprobación no se corresponden con trabajos reales porque no realizó actividad real aunque la facturara como tal.

Una vez hecha la anterior precisión considera el Abogado del Estado que no se ha producido la

lesión del art. 25.1 CE, porque el art. 201 LGT (infracción por incumplir las obligaciones de facturación o documentación), claramente tipifica como infracción el incumplimiento de la obligación de facturar consistente en la expedición de facturas con datos falsos. Por su parte, según el Real Decreto 1496/2003, relativo a las obligaciones de facturación, quienes tienen que cumplir las obligaciones de facturación son los empresarios, profesionales y contribuyentes sujetos al régimen de estimación directa (art. 26), estando el recurrente obligado a facturar por su doble condición de empresario individual y contribuyente del IRPF por actividades. A su juicio, el recurrente, como contribuyente, tiene la obligación de facturar y al facturar operaciones irreales ha incumplido esta obligación cumpliendo con el tipo de la infracción prevista en el art. 201.3 LGT: emitir facturas con datos falsos. En suma, el demandante de amparo es un empresario que tiene la obligación de facturar, y al emitir facturas falsas, ni pierde su condición de empresario ni se sustrae a la obligación de facturar.

8. El día 9 de febrero de 2015 presentó su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal solicitando la desestimación del recurso al considerar que la lesión del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) carece de fundamento. Tras precisar los hechos que han dado lugar a la presente demanda de amparo pasa el Fiscal a concretar la posición del recurrente, tras lo cual, para apreciar o no la concurrencia de la vulneración constitucional denunciada, parte de la doctrina constitucional relativa a las exigencias derivadas del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), concluyendo que no solo vulneran el principio de legalidad penal las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico — con una argumentación ilógica o extravagante— o axiológico —con una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a situaciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus desti-

narios. De esta manera, para valorar la validez constitucional de la subsunción en un tipo sancionador efectuada por una resolución sancionadora deben analizarse tres aspectos: la semántica de los términos utilizados por la proposición normativa; las reglas compartidas de la interpretación jurídica aceptadas por la comunidad jurídica (operadores jurídicos y estudiosos del Derecho) y la axiología constitucional (los valores y principios constitucionales).

Pues bien, según el Fiscal el análisis de estos aspectos revelan que no ha habido vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en su vertiente de garantía material, en las interpretaciones que han subsumido la conducta del demandante de amparo en el tipo sancionador aplicado por las siguientes razones.

En primer lugar, porque el comportamiento sancionado mediante la aplicación del art. 201 LGT, según la resolución administrativa, es «la emisión de facturas falsas», infracción que se entiende cometida «cuando se emite cada factura falsa». A su juicio, no se habría producido un apartamiento del significado de los términos del precepto, en la medida que interpretar que dentro de las previsiones legales del incumplimiento de las obligaciones de facturar cabe incluir la expedición de facturas con contenidos totalmente falsos o, en suma, la emisión de facturas falsas, no violenta en absoluto aquellos términos. Considerar que en la conducta contemplada en la norma (expedición de facturas con datos falsos o falseados) se incluyen las facturas falsas en su totalidad (las que no se corresponden con operaciones reales) no supone una extravagancia desde la perspectiva literal, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde un prisma lógico, pues una factura que no responde a la realidad no es sino una factura con todos sus datos falsos. No hay pues una interpretación extensiva ni analógica *in malam partem*. En segundo lugar, porque la interpretación realizada ha sido compartida por otros órganos judiciales distintos (concretamente, por la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha de 26 de septiembre de 2012 y otras resoluciones judiciales procedentes de otros

órganos judiciales), lo que resulta sintomático y revelador de su admisibilidad constitucional desde la perspectiva de los parámetros y métodos comúnmente aceptados en la comunidad jurídica por otros operadores jurídicos. En fin, en tercer lugar, porque el proceder interpretativo resulta intachable desde la perspectiva axiológica, al no chocar con valores y principios constitucionales, sin que conduzca a resultados contrarios a los mismos.

En suma, producido el triple respeto a las exigencias reseñadas, queda asimismo asegurado el acatamiento a la condición de previsibilidad exigible de cara a los ciudadanos que perfectamente pueden programar sus comportamientos a partir de la dicción legal de la norma sancionadora, sin serle sorpresivo que si emiten facturas falsas no correspondientes con una contraprestación real incurrir en la esfera de lo ilícito administrativo al margen de su condición real o no de empresarios.

A continuación, precisa el Ministerio Fiscal las razones por las que tanto la Sentencia de 24 de enero de 2011 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, como la Sentencia de 22 de marzo de 2013 de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, confirman la subsunción realizada por la Administración sancionadora, para alcanzar las siguientes conclusiones: Primera) El entendimiento realizado por la resolución administrativa ha sido acorde con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE, pues nunca se tuvo al recurrente como no empresario y como empresario a la vez. Segunda) La resolución administrativa no ha vulnerado ni el art. 25.1 CE ni ningún otro derecho fundamental, siquiera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Tercera) Las resoluciones judiciales convalidaron la resolución administrativa desde la perspectiva del art. 25.1 CE, por estimar correcta la subsunción de los hechos en el art. 201.1 y 3 LGT, puesto que formalmente el recurrente adquirió la condición de empresario al darse de alta fiscal en dicho concepto. Cuarta) Las sentencias no han reconstruido el tipo ni la sanción buscando argumentos al margen de la esencia fáctica y jurídica de la

resolución administrativa sancionadora. Quinta) Todas las resoluciones coinciden en que la conducta de quien se da de alta en el IAE como empresario, constituyéndose en tal a efectos fiscales de modo completamente o parcialmente falsario, y se acoge al régimen de estimación objetiva en su tributación y emita facturas falsas, es encuadrable en los tipos sancionadores de las disposiciones contenidas en el art. 201.1 y 3 LGT.

9. Por providencia de 2 de julio de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 6 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El presente recurso de amparo se dirige la contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2013, por la que se desestima el recurso de casación núm. 3785-2011 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 24 de enero de 2011, desestimatoria, a su vez, del recurso contencioso-administrativo núm. 119-2010 promovido contra el acuerdo núm. A23-70337741 de fecha 2 de marzo de 2010 de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Canarias, por el que se imponen dos sanciones tributarias por un importe total de 808.564,22 euros, por la comisión de la infracción prevista en el art. 201 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT), relativa al «incumplimiento de las obligaciones de facturación» (apartado 1), en su modalidad agravada consistente en la expedición de facturas «con datos falsos o falseados» (apartado 3), incumplimiento que, además, se califica como «substancial» (apartado 5).

Como ha quedado expuesto con mayor detalle en los antecedentes, la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Canarias concluyó mediante acuerdo de fecha 2 de marzo de 2010 que el actor carecía, respecto de la actividad objeto de comprobación (pequeños trabajos de albañilería y construcción), de la estructura propia de una empresa, considerando que no había ejercido una actividad económica

como empresario individual sino que había creado una situación aparente y simulada con el único propósito de defraudar mediante la emisión de facturas falsas por servicios inexistentes. Por esta razón, se le excluyen de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas los rendimientos declarados por la actividad económica aparentemente desarrollada, con devolución del exceso ingresado, para imponerle acto seguido la sanción controvertida. A continuación, la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de enero de 2011 confirmó la sanción impuesta al considerar que, con independencia de que los hechos imputados estuviesen o no suficientemente probados, la falsedad de las facturas por inexistencia de contraprestación real, puede, sin que ello suponga una interpretación analógica, encuadrarse en el tipo descrito por el art. 201.1 y 3 LGT, sin que el art. 25 CE comprenda la garantía de que la elección del tipo infractor sea acertado. Por último, para la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2013, los hechos son subsumibles en el tipo infractor del artículo 201.1 y 3 LGT, porque si el tipo sancionador castiga a quien siendo empresario emite parcialmente facturas falsas, también cubre la conducta de quien emite todas las facturas falsas, tanto más cuando la emisión de facturas falsas sólo era posible si previamente el recurrente se daba de alta fiscalmente como empresario.

Conforme a lo que antecede, considera el demandante de amparo que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con los arts. 201.1, 3 y 5, todo ello de la Ley general tributaria, y 392 y 390.1 y 2, ambos del Código penal, pues tras calificársele como un «falso empresario», se le impone una sanción por el tipo infractor previsto en el art. 201 LGT (incumplir obligaciones de facturación o documentación), en su modalidad agravada (expedición de facturas con datos falsos o falseados), en lugar de hacerlo por el tipo penal del art. 390.1.2 (falsedad en documento mercantil), por la sola razón de estar prescrita la

acción penal, mediante una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Por su parte, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal interesan la desestimación del recurso de amparo al considerar ambos que no concurre la vulneración denunciada. Para el primero, porque el recurrente como contribuyente tiene la obligación de facturar y al facturar operaciones irreales ha incumplido esa obligación incidiendo su conducta en el tipo de la infracción prevista en el art. 201.3 LGT. Para el segundo, porque el hecho de haberse interpretado que dentro de las previsiones legales del incumplimiento de las obligaciones de facturar cabe incluir la emisión de facturas falsas no violenta en absoluto los términos del precepto aplicado, en la medida que una factura que no responde a la realidad no es sino una factura con todos sus datos falsos.

2. La única cuestión que se somete a nuestra consideración es la posible vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE) que derivaría, según el demandante de amparo, de la aplicación del art. 201 LGT para dar cobertura sancionadora a una conducta que no puede subsumirse en el tenor legal de aquel precepto ni en su modalidad básica, ni en la agravada. Esta cuestión ha sido recientemente resuelta por este Tribunal en la STC 146/2015, de 25 de junio, en un recurso de amparo (núm. 6280-2012) en el que la problemática planteada era idéntica a la que ahora nos ocupa, y en el que analizamos, si la emisión de falsas facturas carentes de sustento real en operación económica alguna podía entenderse como un «incumplimiento de las obligaciones de facturación», y si tal entendimiento suponía una extralimitación del ámbito típico de aquel precepto con la consecuente violación del principio de tipicidad sancionadora.

Para dar respuesta a la cuestión planteada señalábamos en la citada STC 146/2015, FJ 2, que la interpretación del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados es una cuestión ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción al ser esta una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3

CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios (por todas, STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13). La función que compete a este Tribunal, entonces, es la de verificar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo, administrativo o penal, (o lo que es lo mismo, que la concreta aplicación de la norma sancionadora), respeta las exigencias del derecho a la legalidad penal. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal relativa al art. 25.1 CE, la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Por ello, no solo vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas, SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5).

No debe olvidarse que el derecho a la legalidad penal y sancionadora supone que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente, en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo que resulta aplicado (por todas, SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

El principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predetermina-

ción normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones *lex certa*, en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). De esta manera, ese principio, no sólo fija el límite interpretativo de los preceptos en la subsunción irrazonable en el tipo que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí, de manera, que de sobrepasarse tal límite, la sanción impuesta resultaría sorpresiva para su destinatario (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5), sino que «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora el primero de los criterios a utilizar es la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma y con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. A dicho criterio inicial se añade un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, dirigido a comprobar que la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, consistente en verificar la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional (SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 45/2013, de 25 de febrero, FJ 2; 193/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, y 2/2015, de 19 de enero, FJ 8).

3. En la proyección de los criterios expuestos al caso que nos ocupa, atendiendo a la literalidad

del precepto, el art. 201 LGT dispone, bajo el título de «Infracción tributaria por incumplir obligaciones de facturación o documentación», que «[c]onstituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras, la de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutos» (apartado 1), esto es, por incumplir las obligaciones de facturación contempladas en el entonces vigente Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprobaba el Reglamento por el que se regulaban las obligaciones de facturación, concretamente, por incumplir la obligación de documentación, bien de las operaciones económicas realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional (arts. 1 y 26 del Reglamento de obligaciones de facturación), bien de operaciones económicas concretas respecto de las que naciese aquella obligación de facturar (arts. 2 y 3 del citado Reglamento).

Atendiendo al tenor legal, considerábamos en la citada STC 146/2015, FJ 3, que la conducta típica básica del precepto aplicado se configura como el «incumplimiento de las obligaciones de facturación» que surge debido a la realización efectiva de concretas transacciones económicas sujetas a tal deber de documentación. El problema reside en determinar si constituye una extralimitación interpretativa incluir dentro del tipo infractor relativo al incumplimiento de las obligaciones de facturación, no sólo la conducta consistente en la no expedición de facturas (o incluso la emisión de facturas con datos falsos o falseados) por quien realiza efectivamente una transacción económica, sino también la conducta de elaboración de falsas facturas simulando la realización de transacciones inexistentes. De considerarse infringido el tenor legal por forzar los límites plausibles de la dicción legal en relación a la infracción básica —incumplimiento de la obligación referida— la tacha se extendería a la aplicación de los subtipos agravados del apartado 3 y del apartado 4 del propio art. 201 LGT, que condujeron a la imposición de la concreta sanción.

Como se refleja en los antecedentes, el acuerdo sancionador aquí recurrido fue precedido, aun-

que fechado el mismo día 2 de marzo de 2010, del acuerdo de liquidación en el que se afirma que el recurrente «no ejerce ninguna actividad económica como empresario individual habiéndose construido una apariencia externa y formal de tal actividad, dándose de alta como empresario emitiendo facturas falsas y proporcionando documentos sin soporte material a trabajadores de la empresa». Se constataba así por la propia inspección, que dicta tanto el acuerdo de liquidación y el acuerdo sancionador, la ausencia del presupuesto fáctico necesario para el nacimiento de la obligación jurídico-tributaria de facturación. La simulación de una actividad mediante la confección de facturas falsas ciertamente constituye una conducta ilícita con fines fraudulentos cuyo encaje sancionador puede residir en determinados preceptos del Código penal como señala el propio recurrente, pero tal análisis en absoluto nos compete en la resolución del presente recurso de amparo. Nuestro enjuiciamiento debe ceñirse al precepto que sirvió de fundamento a la sanción recurrida, y únicamente al efecto de determinar la compatibilidad de la subsunción efectuada con la dicción y sentido de aquél en el marco de las exigencias del principio de legalidad sancionadora.

Desde esta premisa, y aplicando el parámetro que nos es propio, el de la razonabilidad, debe ya señalarse que no puede calificarse de irrazonable la subsunción de la conducta realizada (simulación de una actividad económica mediante la emisión de unas facturas que se califican como falsas) en el tipo infractor del art. 201.1 LGT. Y ello porque el empresario o profesional a efectos del IRPF o del IVA-IGIC no es el único posible sujeto infractor del art. 201.1 LGT, en la medida que el «incumplimiento de la obligación de facturación» mediante la emisión de facturas con datos falsos o falseados se puede materializar tanto por quien ejerce una actividad empresarial o profesional como por quien no la ejerce, pues ambas actuaciones vulneran deberes de facturación que aquella norma impone a los sujetos pasivos, sean o no empresarios o profesionales.

En este sentido, cabe afirmar que es cierto que los arts. 1 y 26 del Reglamento de obligaciones

de facturación únicamente recogen expresamente los supuestos en los que es preceptiva la expedición de factura; y lo es en el caso de los empresarios y profesionales que ejercen su actividad económica de forma habitual, personal y directa (art. 1 del Reglamento), y de las personas que realizan determinadas operaciones económicas por cuenta propia de forma no habitual (arts. 2 y 3 del citado Reglamento). Así las cosas, ateniéndonos a la previsión sancionadora específica «incumplimiento de las obligaciones de facturación», y al hecho de que éstas se refieren a la expedición, remisión, rectificación y conservación de las facturas pertinentes por transacciones comerciales, el ámbito típico sancionador del art. 201.1 LGT sería el del empresario o profesional infractor.

No obstante, aquellas personas que no estén expresamente obligadas a expedir facturas, y aun así las expidan, como lo son aquellos contribuyentes del IRPF que no obtienen rendimientos de actividades económicas de ninguna clase (y mucho menos determinados en régimen de estimación objetiva, como en el caso enjuiciado), estarían violando los arts. 1.1 y 26 del Reglamento de obligaciones de facturación; esto es, estarían incumpliendo el deber de expedir facturas. De este modo, los incumplimientos de las obligaciones de facturación a que se refiere el art. 201.1 LGT podrían llevarse a cabo, por un lado, por omisión por parte de las personas expresamente obligadas a ello (empresarios y profesionales); y, por otro, por comisión por parte de las personas implícitamente no autorizadas normativamente. Resulta, pues, evidente que, si de conformidad con la resolución sancionadora el recurrente no ha realizado actividad económica alguna siendo todas las operaciones que se decían realizadas irreales, éste no tenía autorización normativa para expedir facturas y, en consecuencia, su conducta puede razonablemente subsumirse en el tipo infractor relativo al «incumplimiento de las obligaciones de facturación» (art. 201.1 LGT). Y parece razonable porque, si no ha habido una efectiva prestación de servicios, no podía facturar, ni desde un punto de vista subjetivo ni desde una óptica objetiva, de tal modo que los trabajos

cuya existencia se niega son los que pueden servir luego como fundamento de una prohibición cuyo incumplimiento lleva aparejado la comisión de la infracción controvertida. Una vez que la Administración tributaria consideró inexistente la actividad pretendidamente realizada, actuó de forma correcta, como es, el imponer una sanción por el incumplimiento de las obligaciones de facturación.

Esta aplicación concreta del precepto controvertido (art. 201.1 LGT) no sólo respeta el tenor literal del enunciado normativo, sino también, desde el punto de vista metodológico, resulta conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Y ello porque tal resultado (imposición de la sanción en el caso enjuiciado) se desprende, como hemos visto, tanto de una interpretación literal como de una interpretación sistemática entre las normas tributarias (arts. 201.1 LGT, y 1 y 26 del Reglamento de obligaciones de facturación).

Adicionalmente, atendiendo a una interpretación teleológica de la disposición sancionadora aplicada, si la norma persigue favorecer el correcto cumplimiento de la obligación de facturar para garantizar a la Administración tributaria una adecuada información que le permita una correcta gestión de los distintos tributos, «especialmente en lo referente a las transacciones económicas derivadas del desarrollo de actividades empresariales o profesionales» (como señala el párrafo primero del preámbulo del citado Real Decreto 1496/2003), no es irrazonable asumir como fundamento de la infracción controvertida no sólo el falseamiento de los datos de una factura que responde a una transacción económica sino también el falseamiento de la propia factura por no responder a ninguna operación real. En efecto, incumple la obligación de facturación tanto quien estando obligado a facturar no expide la correspondiente factura o la expide con datos falsos o falseados, como quien no estando obligado a facturar por no haber realizado operaciones respecto de las cuales surgiría esta obligación, expide un documento falso pretendiendo acreditar una realidad inexistente en el tráfico mercantil.

Desde un punto de vista metodológico, el hecho de atribuir el incumplimiento de la obligación de facturar, a los efectos de subsumir esa conducta en el tipo infractor del art. 201 LGT, a quien se le niega con carácter previo la realidad de las operaciones facturadas, no incurre en quiebra lógica. Resulta lógico entender que el bien jurídico protegido que subyace al tipo infractor citado reside en la correcta información de la realidad de las transacciones económicas a través de la documentación fidedigna que se dirige a la Administración tributaria. Información necesaria para que la Administración referida pueda cumplir adecuadamente su función de gestión de los diferentes tributos. Por ello, si las obligaciones de veracidad en la emisión de las facturas, en cuanto a los datos económicos relevantes, requieren que la información refleje fielmente la realidad de lo que se documenta, no puede considerarse incoherente concluir que quien emite una factura falsa por falta de correspondencia total con la realidad, incumple asimismo aquella obligación de fidelidad a la verdad de los datos contenidos en aquella factura. La subsunción en el tipo infractor del art. 201.1 de la conducta consistente en simular haber llevado a cabo concretas operaciones económicas, totalmente ficticias, afecta de lleno a ese legítimo interés de la Administración pública que tutela el citado precepto, cifrado en el deber de los obligados tributarios de suministrarle información veraz a efectos de la correcta gestión de los tributos correspondientes.

En fin, tampoco desde un punto de vista axiológico puede afirmarse que la aplicación del precepto contradiga las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional en cuanto al fundamento de la garantía del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) ya que no puede negarse la previsibilidad del carácter ilícito de la conducta en cuestión y de las correspondientes consecuencias punitivas en el orden tributario. La subsunción en el tipo infractor del art. 201 LGT de la conducta consistente en aparentar, mediante la expedición de facturas falsas, de unas transacciones económicas irreales, no puede considerarse que quede fuera del campo semántico del precepto aplicado. La interpretación

realizada por la Administración tributaria no es, pues, incoherente con la finalidad perseguida por la infracción prevista y con la defensa del bien jurídico protegido.

En suma, debe rechazarse que la subsunción en el art. 201.1 LGT de los hechos descritos haya vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE).

4. Una vez que hemos descartado que pueda considerarse como irrazonable la subsunción en el tipo infractor del art. 201.1 LGT (incumplimiento de las obligaciones de facturación) de la conducta consistente en expedir facturas falsas, resta por concretar, en segundo lugar, si, como defiende el recurrente en amparo, la aplicación de la modalidad agravada del art. 201.3 LGT (expedición de facturas «con datos falsos o falseados») a la conducta consistente en la emisión de «facturas falsas», contradice el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 LGT. Debemos recordar que el art. 201.3 LGT califica de «muy grave» la conducta tipificada en el art. 201.1 LGT (el incumplimiento de las obligaciones de facturación) cuando el incumplimiento consista en la expedición de facturas «con datos falsos o falseados». Y, efectivamente, según el acuerdo sancionador de fecha 2 de marzo de 2010, la conducta imputada al recurrente es la de emitir facturas sin contraprestación real; es decir, facturas falsas, que se subsume directamente en la agravante del art. 201.3 LGT. En sentido parecido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 24 de enero de 2011, considera que la falsedad de las facturas por inexistencia de contraprestación real, puede, sin que ello suponga una interpretación analógica, encuadrarse en el tipo descrito de la norma. En fin, la misma interpretación mantiene la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2013, al afirmar que si el tipo sancionador castiga a quien siendo empresario emite parcialmente facturas falsas, cubre igualmente la conducta de quien emite todas las facturas falsas.

Pues bien, sobre este particular entendimos en la STC 146/2015, FJ 4, que dentro de las posibles

interpretaciones del precepto y desde la limitada perspectiva de nuestro control, como señalan tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, la subsunción de la conducta consistente en expedir facturas falsas dentro de la modalidad agravada de la infracción controvertida relativa a la expedición de facturas con datos falsos o falseados, no puede considerarse que violente los términos del precepto aplicado, ni desde la perspectiva literal, ni desde el punto metodológico, ni, en fin, desde el prisma axiológico, pues, como señalan uno y otro, una factura falsa, por no responder a realidad alguna, no es sino una factura con todos sus datos falsos.

Debe rechazarse, en consecuencia, que la subsunción en el art. 201.3 LGT de los hechos descritos haya vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), como también debe rechazarse que el art. 201.3 LGT plantee problema alguno de constitucionalidad en la medida que, como hemos visto, la inclusión dentro del tipo agravado de la conducta consistente en la emisión de facturas falsas respeta las pautas metodológicas y axiológicas de interpretación del precepto.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIE-

RE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo promovida por don XXXX.

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

Dada en Madrid, a seis de julio de dos mil quince.-Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.-Encarnación Roca Trías.-Andrés Ollero Tassara.-Santiago Martínez-Vares García.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, respecto a la Sentencia de la Sala Primera 150/2015, de 6 de julio, dictada en el recurso de amparo núm. 3717-2013.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, expreso mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el presente recurso de amparo remitiéndome a lo ya manifestado en el Voto particular que formuló la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la STC 146/2015, de 25 de junio, al que me adherí.

Madrid, a seis de julio de dos mil quince.-Andrés Ollero Tassara.-Firmado y rubricado.