



**JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO**  
*Fiscal*

### ENUNCIADO

El concejal y teniente alcalde del ayuntamiento de Bramujos, don Luis Barrios Calleja (que lo era desde hacía veinte años), con la voluntad plenamente decidida, sabiendo a la perfección el contenido y la finalidad de los actos, y conociendo que su actuación era propia del área de urbanismo, ajena a él y a sus funciones, sabiendo que el Secretario de la corporación es el que estaba facultado para hacer lo que se disponía a hacer Luis; con el fin de dar inicio a un proyecto de electrificación de una zona por urbanizar, reclamado por la ciudadanía tiempo atrás, años atrás, sin expediente administrativo alguno, confeccionó, en el mismo día: un acta que declaraba aprobado por el ayuntamiento el proyecto y otro documento que indicaba o atribuía la licencia de obras para una empresa de electricidad, ejecutora del proyecto en la zona. En ambos papeles insertó, ese mismo día, un sello no oficial del Consistorio y registró la salida de los documentos, que evidentemente no se hizo constar en los libros registro que a tales efectos existen en la Institución municipal.

Evidentemente, con base a la aparente legalidad generada, la empresa dio inicio a las obras en el municipio.

La conducta penal del indicado Luis fue sancionada por Sentencia de la Audiencia Provincial (AP), en primera y única instancia, pues contra la sentencia sólo cabría recurso de casación ante el Tribunal Supremo (TS). Contra esta circunstancia recurre Luis, al considerar que se ha vulnerado su derecho a la segunda instancia, inexistente en apelación, sí sólo por casación ante el TS, que tiene limitadas facultades de modificación de lo sentenciado, por las especialidades procesales del recurso. Interpone, en consecuencia el recurso y alega vulneración del artículo 14.5 del Pacto de Nueva Cork de 1966, por infracción de Ley del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.).

A Luis se le consideró autor de dos delitos: un continuado de falsedad del artículo 390 del Código Penal (CP), en concurso ideal del artículo 77 del CP, sancionados por separado por ser más beneficioso y otro delito de prevaricación del artículo 404 del CP.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Está bien sancionada la conducta de Luis?
2. ¿Podría entenderse, sólo a efectos impositivos, que Luis es un particular que comete una falsedad sobre documento oficial, y, en consecuencia, qué connotaciones penales tiene, desde la perspectiva de una correcta calificación?
3. ¿El recurso de casación ha sido interpuesto correctamente y se puede entender vulnerado, de aceptarse, el principio de doble instancia?

### SOLUCIÓN

---

1. La SAP por delito de falsedad doloso de Luis del artículo 390 es cuestionable. Se acepta que Luis sea autoridad y se acepta también que Luis comete falsedad, pues, a sabiendas, confecciona los documentos en su concepto de autoridad del ayuntamiento, veterana, pues sabe y le constan cómo funcionan las cosas y no puede alegar ignorancia excusable de su conducta. Ahora bien, asumiendo esa responsabilidad, lo criticable es que se le condene por el artículo 390. Es sabido que elementos del tipo de la falsedad lo son, no sólo la condición de autoridad o funcionario público, sino también que el actuar sea en el «ejercicio de sus funciones». Si se lee detenidamente el supuesto de hecho, se observa que lo realizado por Luis pertenece al área de urbanismo y que la persona capacitada o designada para la confección de los documentos de autorización del proyecto de electrificación o de otorgamiento de la licencia en su caso, es el Secretario de la Corporación. Falta, en consecuencia, el elemento del tipo de que Luis hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones. Para estos casos la jurisprudencia desplaza la atención impositiva del artículo 390 al 392, que sanciona al particular que comete alguna de las falsedades descritas en el tipo penal básico del 390, cometidas sobre documentos oficiales, públicos o mercantiles.

No es correcto considerar que Luis ha cometido delito del artículo 390 sino del 392, asimilando su conducta a la de un particular (tema que será objeto de tratamiento en la solución a la segunda de las cuestiones).

¿Es correcto calificar la conducta de Luis como delito continuado de falsedad en documento del artículo 74 del CP? La llave de la respuesta a esta pregunta está evidentemente en el artículo citado. Por virtud de él la pluralidad de acciones ejercitadas es lo importante en un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión y con la infracción del mismo precepto o semejante. Se han confeccionado dos documentos. Esto no quiere decir que haya una pluralidad de acciones, pues no consta que se realizaran en distintos días; al contrario, el caso práctico claramente indica que en el mismo día se confeccionan los documentos y se ponen los sellos y las firmas. La falta de constancia de la elaboración en distintas fechas, circunstancias, etc., impide considerar que haya una pluralidad de

acciones y admite más pacíficamente que todo tiene un único instante, en clara unidad de acción. Lo cual permite decir que la apreciación de la continuidad delictiva es un error de sanción que debe ser corregido, por constante doctrina jurisprudencial.

2. Es, por tanto, Luis un particular, a los efectos del artículo 392 del CP; pero dado que la realidad del cargo que ocupa (Teniente Alcalde) impide decir que lo sea en su totalidad, poner en relación su conducta contemplada en el artículo 390.1, de alteración de documentos en elementos de carácter esencial con el 392 de simple particular, así, a simple vista, no parece tener un encaje adecuado, pues lo realizado por él no va a quedar tan sólo en una conducta básica de falsedad dolosa, por la sencilla razón de que de algo le habrá servido su condición de Teniente de Alcalde para cometer el delito, perfectamente diferenciada de un particular que hiciera lo mismo y que no podría prevalerse de esa condición de autoridad para mejor cometer el hecho o más accesible realización del mismo en el Ayuntamiento. Supongo que la razón de la sin razón de la cuestión que plantea el caso se adivina: Si no es conducta del 390, por faltar la condición de que actúe en el ejercicio de sus funciones, tampoco lo por él realizado debe que un acto asimilable en su totalidad al del particular. Es el prevalimiento del carácter público de lo que estamos hablando; es, en consecuencia, la agravante de tal naturaleza del artículo 22.7.<sup>a</sup> del CP, lo que diferencia y agrava la conducta de Luis respecto de cualquiera otra persona que actuara en su condición de particular. Y la aplicación de esta agravante genérica no produciría indefensión, respecto de un condenado a quien no se le hubiera aplicado en la Sentencia de la Audiencia y posteriormente sí por el TS tras una probable casación de la sentencia, pues se le acusó de un delito de 390, que contempla en su tipo penal actuar en el ejercicio de sus funciones, y la transformación del elemento constitutivo del tipo del artículo 390 en circunstancia agravante en el artículo 392, respeta el derecho de defensa del acusado.

3. Plantea la tercera cuestión dos cuestiones en realidad: una el tan debatido principio de la doble instancia, en su vertiente de las Sentencias que dicta la Audiencia, en primera y única instancia, que sólo acceden a la casación ante el TS, sin que, previamente, sean susceptibles de apelación. Y ello con las connotaciones de la casación en cuanto a la posibilidad de modificación de hechos probados o de la calificación jurídica realizada por el órgano a quo. Otra, la correcta interposición del recurso de casación por Luis, invocando el artículo 849 de la LECrim. y el 14.5 del Pacto internacional de Nueva Cork. A ambas damos debida respuesta a continuación, de manera interrelacionada, pues son siamesas, y, por ende, inseparables.

La conducta de Luis, sancionada como hemos visto incorrectamente, no tiene más impugnación que ante el TS con la casación. Es evidente que no podría interponerse recurso de apelación, a diferencia de lo que sucede con las sentencias de los Juzgados de lo Penal para ante las AP. ¿Se está vulnerando lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto de Nueva Cork de 1966, del cual se deduce la necesidad de que se pueda modificar la calificación jurídica y la valoración probatoria? El TS ha dicho en reiteradas ocasiones que el recurso de casación lo permite y que, por tanto, no hay vulneración alguna del artículo 14.5 referido. También el Tribunal Constitucional (TC) se ha manifestado en tal sentido. La alegación de infracción de preceptos constitucionales por el recurrente [arts. 5.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la Ley Procesal Criminal],

la vía de la alegación de la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española), la alegación de un proceso con todas las garantías legales y la tutela judicial efectiva son las armas que debe emplear la defensa para que la sentencia en casación cumpla con las exigencias del Pacto de Nueva Cork.

Ahora bien, siendo cierto que la Jurisprudencia del TS y la doctrina del TC son proclives a no entender vulnerado el principio de la doble instancia por los circunstancias dichas, la verdad es que el legislador no lo tiene tan claro cuando, por reforma de Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se introduce en la LOPJ el artículo 73.3 c) que literalmente dice, aún sin desarrollo ni, por tanto, en actividad ordinaria, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) conocerán «de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las AP».

La resolución a esta cuestión no deja ajeno a Luis de cierta razón; pero, hasta que se haga efectivo el desarrollo del artículo 77.3 c) de la LOPJ, con las facultades de los TSJ, la invocación de la vulneración de un derecho con todas las garantías o de la tutela judicial efectiva por infracción del artículo 1.º 5 del Pacto de Nueva Cork, no prosperará, si se utiliza la vía de la invocación de los artículos 5.º 4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., según la nueva redacción de la disposición final duodécima.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, porque, como queda dicho, el TS sí puede modificar la calificación jurídica y proceder a una nueva valoración de prueba. Además conviene añadir para finalizar, que de dicho artículo 14.5 del Pacto se derivó un requerimiento a España para garantizar la doble instancia, a raíz de un asunto de una resolución del comité de la ONU de 20.7.2000, que no es vinculante para el TS ya que las resoluciones no son jurisdiccionales y sus dictámenes, recomendaciones o resoluciones se dirigen al país requerido y al legislador, a fin de que adopte las medidas para que se garantice el contenido de ese artículo en la legislación interna, lo cual ha sido recogido ya, como ha quedado dicho.

En cualquier caso, y con esto concluimos, el planteamiento en casación de Luis es incorrecto. Debe recurrir por la vía de los artículos 852 de la LECrim. y 5.º 4 de la LOPJ. y no por el artículo 849 de la ley procesal; y debe saber que invocando los presupuestos del artículo 24 de la Constitución, sobre el derecho a un proceso con todas las Garantías, la Presunción de Inocencia y la Tutela Judicial Efectiva, en relación con el artículo 14.5 del Pacto de Nueva Cork, la impugnación en casación estará bien planteada, aun cuando no será aceptada, en lo que a la doble instancia se refiere, por cuanto queda apuntado más atrás sobre la interpretación que el TS hace acerca de ella en casación y de las posibilidades reales de modificación de la calificación jurídica y de nueva y más correcta valoración de la prueba, si correctamente interpuesto el recurso, se llega a la conclusión de que la Audiencia ha vulnerado los criterios de la lógica en la valoración de la prueba, o lo que es lo mismo, si la Audiencia ha efectuado una interpretación con arreglo a las máximas de la experiencia, dentro de un pensar o razonar adecuado; o si los hechos han sido calificados de manera manifiestamente ilegal (art., ahora sí, 849 de la LECrim.), lo que permitiría la modificación, como así ha sucedido, de delito continuado del artículo 77 en no continuado de falsedad y del artículo 390.1 a favor del 392 (por particular) con la agravante de prevalimiento del artículo 22.7.ª del CP.

---

---

**SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 849 y 852.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 5.º 4 y 73.3 c).
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.7.º, 74, 77, 390, 391, 392 y 404.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.
- SSTS de 21 de marzo de 1989, 20 de octubre de 1992, 9 de diciembre de 1993, 27 de septiembre de 1994, 15 y 26 de mayo de 1997, 7 de mayo de 1999, 4 de abril de 2000, 19 de abril y 26 de octubre de 2001, 4 de junio de 2003 y 12 de enero de 2004.
- Autos del TS de 14 de diciembre de 2001 y 16 de febrero de 2004.