

operacionalidade prática dos princípios do inquisitório e contraditório e ainda da necessidade de acautelar a realização da justiça penal - não poderia deixar de considerar-se uma incumbência constitucional do juiz, decorrente da sua reserva de jurisdição na aplicação e na manutenção da prisão preventiva, o poder de oficiosamente declarar a especial complexidade do processo.

Por outro lado, este mesmo Acórdão do TC decidiu julgar inconstitucional a mesma norma —o n.º 4 do artigo 215.º do CPP— quando interpretada no sentido de permitir que, em caso de declaração oficiosa pelo juiz desta especial complexidade do procedimento criminal, esta não ter de ser precedida da audição do arguido, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. Com efeito, e no que concerne a este ponto, o TC concluiu que a «*especial complexidade do procedimento*» permite a elevação dos prazos da prisão preventiva, afectando directamente o arguido, pois incide no núcleo do seu direito fundamental à liberdade. Assim, ao arguido deverá ser dada a oportunidade de ser ouvido previamente a essa decisão do juiz, de modo a assegurar a plenitude do seu direito à defesa.

De realçar ainda que em declaração de voto de vencido apresentou-se o argumento de que o arguido não teria que ser ouvido previamente à declaração da excepcional complexidade do processo, na medida em que esta qualificação processual não implica automaticamente que o arguido venha a estar preso preventivamente por período temporal superior aos normais limites máximos desta medida de coacção.

PROCESAL PENAL*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Posible reforma del Código Penal

Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (aprobada por el Consejo de Ministros el 18 de noviembre de 2008)

El pasado 18 de noviembre de 2008 el Consejo de Ministros aprobó, a propuesta del Ministro de Justicia, un nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (en adelante, el «Anteproyecto» o el «ACP»). De este modo, el Gobierno vuelve a iniciar la tramitación de la reforma del Código Penal. En efecto, durante la anterior legislatura ya se intentó introducir una importante modificación, llegándose incluso a publicar un Proyecto de reforma en el BOE del 15 de enero de 2007 (en adelante, el «Proyecto de 2007»), que no llegó a aprobarse por la llegada de las elecciones de marzo de 2008, salvo en materia de seguridad vial.

A priori podría parecer que la reforma que ahora propone el Gobierno difiere poco del Proyecto de 2007. Pues bien, aunque el reciente Anteproyecto mantenga determinadas modificaciones de gran calado —como lo es la inclusión de la responsabilidad penal para las personas jurídicas—, lo cierto es que, tal y como se verá a continuación, el actual Anteproyecto no es idéntico al anterior proyecto. La reforma, aunque importante, no es tan ambiciosa como podría pensarse.

Por ejemplo, en relación con las reformas previstas en 2007 que han sido eliminadas en el actual Anteproyecto, cabe destacar las relativas a los homicidios imprudentes, la estafa, la apropiación

* Esta sección de Derecho Procesal Penal ha sido coordinada por Esteban Astarloa, y en su elaboración han participado Ana Trenchs, Cristina de la Serna, Tomás Acosta, Assunção M. e Menezes, Rita Castanhera y Adriano M. Squilacce, del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid, Barcelona y Lisboa).

indebida, las insolvencias punibles, los delitos societarios y el delito de obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Mientras el Proyecto de 2007 pretendía modificar algunos de estos tipos penales o crear nuevas modalidades comisivas de ellos, el reciente Anteproyecto mantiene intactos los artículos del vigente Código Penal que tipifican esos delitos.

Exponemos aquí las modificaciones propuestas de mayor interés en el Derecho Penal de la empresa: (i) las relativas a la Parte General —responsabilidad penal y civil de las personas jurídicas y prescripción—; y (ii) las relacionadas con la Parte Especial —la introducción del delito de «*estafa de inversiones*», la modificación del delito de alteración de precios, la inclusión del delito de corrupción entre particulares, las modificaciones a los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y fraude de subvenciones, los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente—.

Modificaciones en la Parte General

Responsabilidad penal y civil de la persona jurídica: arts. 31 *bis* y 116.3 ACP

El Anteproyecto vuelve a pretender introducir un cambio —en principio— radical en el tradicional sistema hasta ahora imperante en nuestro derecho penal, en el que venía rigiendo el principio *societas delinquere non potest*; es decir, que la persona jurídica no podía delinquir.

Y decimos *en principio* porque el legislador ya abrió camino en esta dirección a través de la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y en cuya exposición de motivos ya se afirmaba que «*se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas*». En aquella ocasión, el resultado de la reforma operada en virtud de la citada Ley Orgánica se tradujo en la introducción de un nuevo apartado 2 en el artículo 31 CP, en el que se estableció la responsabilidad solidaria de la persona jurídica en cuanto al pago de la pena de multa, así como en la modificación del artículo 129.1 CP (consecuencias accesorias que pueden serle impuestas a la persona jurídica, tales como clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades o intervención).

Ahora, el Anteproyecto (como antes el proyecto de 2007) va mucho más allá y, tras suprimir el citado apartado 2 del artículo 31 CP (después de pocos años de vigencia), introduce un nuevo y extenso precepto, el artículo 31 *bis* ACP, en relación con el cual cabe destacar lo siguiente:

(i) Este nuevo artículo limita su ámbito de aplicación a aquellos preceptos de la parte especial del CP que así lo prevean expresamente (apartado 1). Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de daños (artículo 264 ACP), los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículo 288 ACP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como el fraude de subvenciones (nuevo artículo 310 *bis* ACP), el delito contra los derechos de los trabajadores (apartado 4.º del artículo 318 *bis* ACP) y delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319 ACP), entre otros.

(ii) La persona jurídica no es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a la persona física (como ocurre actualmente en virtud del artículo 31.2 CP), sino que es «*penalmente responsable*» del delito, si bien lo es «*por atribución*» o «*por transferencia*». Esto es, quien delinque es el individuo, pero éste «*transfiere*» su responsabilidad (penal) a la persona jurídica si el delito lo cometió aquél por cuenta o en provecho de ésta. Y ello es posible, según establece este nuevo precepto, tanto en el caso de directivos como en el de los subordinados respecto de los cuales los primeros no hayan ejercido el debido control.

(iii) La responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa respecto de la de las personas físicas mencionadas (directivos, subordinados), sino cumulativa con la de éstos (apartado 2). Ello significa que si el delito en cuestión prevé una pena de multa y además la responsabilidad de la persona jurídica, la multa se impondrá tanto a la persona física como a la jurídica.

(iv) Se establece una separación entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (eximentes, atenuantes y agravantes) aplicables a la persona física y las aplicables a la persona jurídica (apartado 3), añadiendo una lista de circunstancias atenuantes que serían de aplicación específicamente a esta última; en concreto: arrepentimiento espontáneo (apar-

tado 4.a), colaboración con la investigación (apartado 4.b), reparación o disminución de los efectos del delito (apartado 4.c) y el establecimiento con anterioridad al juicio oral de «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica» (apartado 4.d).

(v) El precepto especifica por último (apartado 5) que sus disposiciones serán de aplicación «a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades». Sin embargo, examinando las modificaciones incluidas en el ACP se observa la multiplicidad de términos empleados para referirse, en principio, a una misma realidad; entre otros, las *organizaciones*, en general, de los artículos 129.1 ACP y 286 bis ACP; las *empresas* a las que se refieren los artículos 129.1 ACP y 284.2º ACP; e, incluso, la *empresa mercantil* del artículo 286 bis.1 ACP.

Finalmente, en consonancia con el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 116 ACP en virtud del cual se declara a la persona jurídica responsable civil solidaria (ya no subsidiaria, como ocurre en la actualidad) junto con las personas físicas que hayan resultado condenadas por los mismos hechos.

Prescripción: artículos 131 y 132 ACP

La redacción modificada del apartado 2 del artículo 132 ACP introduce, como también ocurría en el Proyecto de 2007, una distinción expresa entre casos de interrupción y casos de suspensión del plazo de prescripción.

Comenzando por los primeros y haciendo referencia, en primer lugar, a la regulación actual del instituto de la prescripción, cabe señalar que el vigente artículo 132.2 CP establece que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable [...]». Este artículo del CP ha provocado múltiples problemas de interpretación, fundamentalmente referidos a dos cuestiones: (i) ¿qué concreta actuación procesal es hábil para interrumpir la prescripción? ; y (ii) ¿qué grado de determinación subjetiva debe tener?

Por lo que se refiere a este segundo interrogante, el artículo 132.2 ACP dispone, en su primer inciso, que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, «cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable». Esta expresión continúa sin aclarar si es necesaria una identificación con nombre y apellidos del imputado o si basta, como venía sosteniendo el Tribunal Supremo hasta ahora, que la persona física aparezca suficientemente definida.

En cuanto a la actuación procesal eficaz para interrumpir la prescripción, el segundo inciso del artículo 132.2 del Proyecto señala expresamente que el procedimiento se entiende dirigido contra el culpable «en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención».

En relación con la suspensión (que no interrupción) del plazo de prescripción, el Anteproyecto no hace referencia a tres supuestos expresos de suspensión del plazo de prescripción del delito que sí preveía el Proyecto de 2007 (declaración en calidad de imputado tras la cual «no se formular cargo alguno», solicitud por una de las partes de que fuere declarada la prescripción y solicitud de extradición o la ejecución de la orden europea de detención y entrega). Sin embargo, sí mantiene un supuesto de suspensión de dicho plazo de prescripción del delito: «la presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial contra persona determinada» (penúltimo párrafo del artículo 132.2. ACP).

De este modo, se intenta resolver de manera salomónica la sonada controversia acerca del momento en el que se interrumpe el cómputo del plazo de la prescripción de los delitos entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que tuvo su punto álgido en el conocido como caso «Los Albertos». Mientras que el Tribunal Supremo consideraba interrumpido el cómputo del plazo de prescripción del delito con la mera interposición de denuncia o querrela, el Tribunal Constitucional exigía que tal denuncia o querrela fuese admitida a trámite por el órgano instructor para que la interrupción del plazo de prescripción operase.

Pues bien, el Anteproyecto ofrecería una solución intermedia: el plazo de prescripción sólo puede interrumpirse con «una actuación material sustancial del Juez Instructor» (como lo es la admisión a trámite de la denuncia o querrela), pero dicho plazo puede quedar en suspenso desde la presentación de la denuncia o querrela.

Por otro lado, el Anteproyecto mantiene el establecimiento en el artículo 131.1 ACP de un plazo de prescripción de 10 años para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social regulados en los artículos 305 a 309 CP (a pesar de que, por la duración de las penas señaladas al tipo básico de estos delitos, su plazo de prescripción sería de 5 años). Además, resulta novedosa la inclusión en el régimen de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo «si hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149 (pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad, grave enfermedad o mutilación genital), o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona» (art. 131.4 ACP).

Finalmente, destacamos que el Anteproyecto mantiene el plazo de prescripción de 3 años para los delitos menos graves (castigados con penas de prisión desde los 3 meses hasta los 5 años), a diferencia del Proyecto de 2007, que generalizaba el plazo de prescripción de 5 años para este tipo de delitos.

Modificaciones en la Parte Especial

Delito de «estafa de inversiones» y de alteración de precios: artículos. 282 *bis* y 284 ACP

En el ámbito de los delitos relativos al mercado y a los consumidores se introduce, en primer lugar y como ya hacía el Proyecto de 2007, el delito de «estafa de inversiones», que sanciona una conducta muy similar a la falsedad contable, orientada a la captación fraudulenta de capitales en el ámbito de sociedades cotizadas. En particular, el nuevo artículo 282 *bis* ACP sanciona a «los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos», y ello, como el propio precepto señala, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código», que regula en particular el denominado «fraude de subvenciones».

De otro lado, y en segundo lugar, el Anteproyecto modifica el actual artículo 284 CP (delito de alteración de precios), añadiendo a la actual pena de prisión o alternativa de multa otra de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador, separando en distintos apartados y precisando con mayor rigor las distintas modalidades comisivas, relativas al empleo de violencia, amenaza o engaño (apartado 1.^o), la difusión de noticias o rumores total o parcialmente falsos (apartado 2.^o) y el uso de información privilegiada (apartado 3.^o).

Delito de corrupción entre particulares: artículo 286 *bis* ACP

Dentro del capítulo del Código Penal en el que se regulan los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, el Anteproyecto mantiene la creación de una «nueva» Sección 4.^a con aparente olvido de que ésta ya existe y contiene disposiciones comunes a las secciones anteriores- rubricada «De la corrupción entre particulares», consecuencia, según la exposición de motivos del Anteproyecto, de la necesaria incorporación al CP de los compromisos asumidos en el marco de la Unión Europea en relación con la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Esta «nueva» sección está integrada por un único artículo, el 286 *bis* ACP, que sanciona una conducta similar a la del cohecho (tanto activo como pasivo), pero en el ámbito de las personas jurídicas privadas. En concreto, este precepto castiga al particular que, por sí o por persona interpuesta, «prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales» (apartado 1), así como al directivo, empleado o colaborador de estas

mismas entidades que también por sí o por persona interpuesta reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a aquél que se los ofrece u otorga, incumpliendo las mismas obligaciones (apartado 2).

Delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y fraude de subvenciones: artículos 305 y ss. ACP

En la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social se introducen menos modificaciones que las que constaban en el Proyecto de 2007. La brecha entre el plazo de prescripción aplicable a la infracción administrativa en virtud de la Ley de Garantías del Contribuyente (4 años) y el plazo de prescripción de la infracción penal (5 años actualmente y 10 de conformidad con el Anteproyecto), lejos de eliminarse, se incrementa todavía más.

Y, precisamente, para evitar cualquier duda interpretativa acerca de lo que deba entenderse incluido como responsabilidad civil dimanante del delito fiscal tipificado en el artículo 305 ACP, el ACP vuelve a añadir un nuevo apartado 5 a este precepto legal, señalando expresamente que por tal ha de entenderse «*el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora*». Junto a esto, se prevé también la colaboración de la Administración tributaria a la hora de recabar el pago tanto de la multa que haya sido impuesta como del importe fijado en concepto de responsabilidad civil dimanante del delito, cantidades ambas que se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio previsto en la Ley General Tributaria.

Finalmente, también se añade un nuevo artículo 310 *bis* ACP, en virtud del cual se admite la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de los delitos de los artículos 305 y siguientes del ACP, fijándose al efecto una pena de multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada junto con otra de inhabilitación para contratar obras, servicios y suministros con las Administraciones públicas durante un período de 2 a 5 años, o la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social durante el mismo período de tiempo.

Delitos relativos a la ordenación del territorio y al urbanismo: artículos 319 y 320 ACP

El Anteproyecto vuelve a incluir en los artículos 319 y 320 ACP una modificación que persigue introducir mejoras técnicas en la actual regulación de ambos tipos penales. En este sentido, las obras ilegales a las que pueden referirse los preceptos citados se amplían para comprender también las de urbanización, porque, como explica la exposición de motivos del ACP, «*las obras de urbanización pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de construcción o edificación, a las que además suelen preceder*». Asimismo, se dota de uniformidad a la dicción legal de estos dos artículos, incluyendo en ambos la misma referencia a las obras de urbanización, construcción y edificación.

Al margen de lo anterior, y por lo que respecta, al artículo 319 ACP, éste prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, para la que se señala una pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado y, en su caso, la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.

En relación con el artículo 320 ACP, referente a la prevaricación urbanística cometida por autoridades y funcionarios públicos, se introduce una nueva modalidad comisiva consistente en la ocultación de actos ilícitos observados por los inspectores, se incluye una referencia expresa a las normas de ordenación territorial y se incrementa la pena privativa de libertad hasta la de prisión de uno a tres años.

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: artículos 325 y 328 ACP

La reforma de los delitos medioambientales que introduce el Anteproyecto es más extensa que la que se incluía en el Proyecto de 2007. Esta vez, no sólo se refuerzan considerablemente las penas previstas en el artículo 325.1 CP, sino que también se modifica el apartado segundo del artículo 325.2 y el artículo 328 CP.

En relación con el artículo 325, la redacción actual de este apartado castiga la liberación, emisión o introducción de «*radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles*». Con la reforma que se pretende introducir ahora en el artículo 325.2, se castigaría, con las mismas penas que las establecidas en el artículo 325.1 ACP, una conducta adicional y diferente: al que, «*contraviniendo la normativa nacional, comunitaria o internacional protectora del medio ambiente traslade una cantidad importante de residuos*».

La conducta típica a la que hasta ahora se refiere el actual 325.2 CP se incluiría, dotando de una mayor sistematización al Código Penal, en el artículo 343 CP (cuya modificación también se pretende con el Anteproyecto), es decir, dentro del ámbito de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, pertenecientes al Título XVII —De los delitos contra la seguridad colectiva.

Se pretende así recoger la más reciente jurisprudencia en materia de delitos medioambientales, que en los últimos tiempos ha evolucionado hacia la exigencia de un mero riesgo abstracto para considerar como penalmente reprochables las emisiones de residuos. Así que, de aprobarse finalmente la modificación propuesta, el debate jurisprudencial y doctrinal residirá en la concreción de lo que ha de considerarse «*una cantidad importante de residuos*», dicho de otro modo, en la distinción entre lo sancionable por vía administrativa y lo constitutivo de delito.

Por otro lado, se propone una profunda modificación del artículo 328 CP, que actualmente castiga el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos. La nueva redacción de este artículo se divide en tres apartados, e incluye también otras conductas típicas: la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, y la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos poniendo en peligro la vida, la integridad o la salud de una o varias personas.

2 · JURISPRUDENCIA

[España]

Condena por calumnias a una letrada por las expresiones vertidas contra un juez en un recurso de apelación

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 10 de abril de 2008

La resolución estudiada confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condenaba a la acusada como responsable de un delito de calumnias a la pena de multa de 6 meses a razón de 6 euros diarios y al pago de la responsabilidad civil por importe de 18.000 euros, por las expresiones vertidas contra el juez en un recurso de apelación en el ámbito de un procedimiento contencioso-administrativo. En dicho recurso se atribuía al juez *a quo* los elementos típicos de un delito de prevaricación, si bien la letrada no interpuso denuncia ni solicitó la deducción de testimonio por parte del Tribunal *ad quem*.

A modo de extracto, en el referido recurso se contienen manifestaciones del siguiente tenor: «*Si inicialmente el error judicial [...] pudiera ser considerado un despiste, un ignorancia (inexcusable, es cierto pero sin mala voluntad), el devenir del recurso ha demostrado la intención del juzgador de apartamiento del derecho y de sustituirlo por su voluntad.; El Juzgado [...] terminó de perder el norte, hizo gala de un subjetivismo inaceptable, personalizó el asunto olvidándose de la Ley y de que en nuestro Estado de Derecho los Jueces están sometidos al imperio de la Ley.; El Juzgado, con plena conciencia y voluntad, privó al recurso de su finalidad legítima [...] manteniendo la arbitrariedad e ilegalidad que han sido la norma del proceso [...] el Juzgado [...] ha incurrido en el mismo exceso de poder del Ayuntamiento, y además de forma continuada; La persistencia del Juzgador en seguir imponiendo su voluntad por encima de la ley y de la Justicia no deja lugar a dudas. Se ha apartado de la ley y la ha reemplazado por su voluntad [...] Esta parte siempre ha estimado que el Juez a quo ha dictado una sentencia manifiestamente irrazonable*

y arbitraria, que no puede ser considerada expresión del ejercicio de la justicia sino simple apariencia de la misma.»

La Sala entiende que las anteriores manifestaciones, y otras tantas no reproducidas de similar tenor, suponen una imputación delictiva al juez destinatario de éstas. A fin de determinar la posible concurrencia de una eximente completa, la sentencia realiza una ponderación entre el derecho al honor del juez objeto de las anteriores manifestaciones y la libertad de expresión y derecho de defensa alegados por la letrada condenada. Para la realización de dicha valoración, se trae a colación la jurisprudencia recaída en esta materia, extrayéndose las siguientes conclusiones: (i) El derecho al honor de las personas que ejercen cargos públicos no puede recibir una protección tan severa como la de los particulares, en la medida en que la información en cuestión trasciende su esfera íntima y se proyecta sobre su actividad social; (ii) Las limitaciones a la libertad de expresión deberán permitirse y valorarse en la medida en que la persona que ejerce dicha libertad tenga conocimiento de la norma que otorga cobertura a esas limitaciones. De este modo, esos límites no pueden valorarse de igual manera cuando la libertad de expresión es ejercida por un particular que cuando lo es por un letrado en ejercicio; y (iii) La condición de cargo público del juez no ampara las frases formalmente injuriosas o desprovistas de interés público, entendiéndose como tales aquellas que trasciendan de la crítica a la resolución judicial formulando expresiones directamente dirigidas al juez.

Aplicando la anterior doctrina al caso concreto, la sentencia considera que no puede aceptarse la concurrencia de una eximente al haber transgredido la letrada los límites de la libertad de expresión y el derecho a la defensa, por los siguientes motivos: (i) La defensa de los intereses de su defendido no requería imputaciones tan graves como las realizadas; (ii) No existe prueba de la comisión de un delito por parte del juez objeto de las expresiones calumniosas; (iii) La crítica a las resoluciones judiciales no permite que pueda faltarse al respeto a los jueces ni pueden justificarse las expresiones vertidas por considerar injusta la resolución dictada, ya que ésta no era firme y podía ser revisada. Asimismo, la sentencia considera que las expresiones calumniosas se vierten, cuando menos, con temerario desprecio hacia la verdad, habida cuenta de la condición de letrada de la acusada.

Caso «AVE».
Falsedad
documental en
documento
mercantil y cosa
juzgada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de noviembre de 2008

Esta sentencia resuelve distintos recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en el conocido como «caso AVE», relativo a la simulación de facturas para justificar comisiones ilegales para las adjudicaciones de los contratos del AVE. Dada la extensión de la sentencia, nos centramos en las dos cuestiones analizadas por el alto Tribunal de mayor interés, esto es, la falsedad en documento mercantil cometida por particulares y el concepto de cosa juzgada.

Falsedad en documento mercantil cometida por particulares

(i) La falsedad ideológica frente a la simulación de documento

En el Código Penal se distingue entre la falsedad documental cometida por funcionario público en el ejercicio de sus funciones y la falsedad documental cometida por particulares. Mientras que en el primer caso se castiga: (i) la alteración en algún elemento esencial del documento; (ii) la simulación de un documento en todo o en parte; (iii) la suposición en un acto de la intervención de personas que no lo han tenido o declaraciones diferentes a las que se realizaran; y (iv) la falta a la verdad en la narración de los hechos (o falsedad ideológica), en el caso de la falsedad documental cometida por particulares sólo se castigan las tres primeras modalidades comisivas, despenalizando la falsedad ideológica.

Pues bien, uno de los recurrentes (en concreto, una de las personas que había resultado condenada por la sentencia de instancia) alega en su recurso que la Audiencia Provincial malinterpreta el tipo penal de falsedad en documento mercantil cometida por particulares, puesto que, a su criterio, las facturas falsas por las que fue condenado encubrían unos servicios distintos a los que constaban en ellas, por lo que en todo caso se trataría de una falsedad ideológica, lo cual no se castiga cuando es cometida por un particular. Según el recurrente, esas

facturas eran un documento real que respondían a un servicio efectivamente prestado, y la única falsedad residía en el concepto de la factura: donde se decía «asesoramiento», debería haber constado «tráfico de influencias».

El TS expone su consolidada doctrina acerca de la falsedad documental cometida por particulares, sobre todo en lo relativo a la difícil distinción entre la simulación de un documento en todo o en parte, y la falsedad ideológica. Pues bien, para que un hecho sea calificado de simulación de documento, establece dos criterios: «a) que exista una discrepancia absoluta entre lo declarado en el contrato o documento y lo verdaderamente acontecido» y «b) que el documento calificado de falso haya sido creado como un elemento completo y para dar apariencia cierta de la realidad que formalmente expresa, cuando nada tiene que ver con la verdad».

En este sentido, la sentencia reconoce que no se puede confundir la alteración en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean (lo cual carece de reproche penal si lo realiza un particular) con la creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente, que sí se castiga. No obstante, acaba desestimando el motivo, porque el Tribunal Supremo considera que el recurrente parte de una premisa falsa cuando dice que las facturas responden a operaciones reales y a actos jurídicos existentes, ya que en realidad esos documentos constituían una falacia en su totalidad y no encubrían ningún acto, sino que creaban una realidad formal inexistente.

(ii) Falsedad documental y autoría

Otros recurrentes (también condenados por la Audiencia Provincial de Madrid) alzan su recurso de casación argumentando que en su actuación no medió una realización de actos propios de autoría, puesto que no tuvieron ningún papel en la confección material de las facturas, sino que estas fueron giradas por otras sociedades, y que ellos se limitaron a pagarlas.

Frente a estos argumentos, el alto Tribunal califica la conducta de los recurrentes de cooperación necesaria puesto que, aunque no confeccionasen materialmente las facturas, participaron en su creación concertándose con las mencionadas sociedades y prestando su consentimiento para que la falsedad tuviera lugar.

La cosa juzgada

El Tribunal de instancia considera que determinados hechos (facturación falsa) deberían haberse juzgado conjuntamente con otros objeto de enjuiciamiento en un proceso anterior (Caso Filesa), dando lugar a un único delito de falsedad documental continuada. Ello conducía a aplicar la cosa juzgada para evitar el doble castigo por una razón de mera gestión procesal.

El TS revoca esta decisión de instancia al considerar que el instituto de la cosa juzgada únicamente es aplicable a aquellos supuestos de identidad objetiva y subjetiva de los hechos, sin que la calificación penal sea un elemento a considerar en su aplicación. Aun cuando los hechos pudieran ser idealmente considerados como un delito continuado, cada uno de ellos, individualmente considerado, es materialmente distinto. Por otra parte, entiende el Tribunal que la aplicación del delito continuado únicamente es posible cuando los hechos sean enjuiciados en unidad de proceso. En definitiva, según la sentencia, no son de aplicación ni el delito continuado ni la cosa juzgada, debiendo castigarse separadamente los hechos enjuiciados en este nuevo proceso.

No obstante lo anterior, el Tribunal considera que la imposición de dos penas distintas por hechos que podrían haber sido castigados conjuntamente debe realizarse respetando los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Entre las diversas soluciones ofrecidas históricamente por la jurisprudencia, la sentencia opta por una estimación conjunta de la pena, con base en los principios de proporcionalidad, culpabilidad, legalidad de las penas y justicia material. Asimismo, toma en consideración diversos preceptos procesales que prevén dicha valoración conjunta en supuestos análogos, con un fin esencialmente de justicia material.

Según esta solución, la pena total impuesta en ambos procesos no debe rebasar la que se habría podido imponer racionalmente si los hechos hubieran sido enjuiciados de forma conjunta. En el

presente supuesto, el Tribunal impone la pena mínima (6 meses y un día de prisión menor y 1.200 euros de multa) obteniendo una pena total (2 años, 10 meses y dos días, más 3.000 euros de multa) que se encontraría dentro de los límites penológicos de haber existido un enjuiciamiento conjunto.

La falta de infracción reglamentaria por los empleados excluye la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica ex art. 120.3º CP

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de septiembre

El TS, tras un detenido estudio de los requisitos establecidos en el artículo 120.3.º CP para la responsabilidad civil de la persona jurídica por actos de aquellos que «*dirijan o administren*» sus establecimientos o de sus «*dependientes o empleados*», concluye que en ausencia de violación reglamentaria no procede su imposición.

En el supuesto de hecho contemplado (tipificado como delito de receptación por blanqueo de capitales), el condenado había constituido una sociedad con la única finalidad de «*recibir en España dinero procedente de actividades delictivas*» realizadas en el extranjero, para lo cual abrió una cuenta corriente a nombre de la sociedad en una entidad financiera española.

Poco después, recibió en esa cuenta una transferencia proveniente de la sucursal de un banco extranjero por un importe de 1,97 millones de dólares, cantidad de la que dispuso el condenado una vez superados todos los procedimientos internos de control establecidos por la entidad española y administrados por el director de la oficina en la que abrió la cuenta, que resultó finalmente absuelto.

La sentencia, tras un amplio estudio de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno admitidos en nuestro Derecho, así como de la interpretación jurisprudencial del artículo 120.3.º CP, encuentra numerosos obstáculos a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria en este supuesto, en particular:

- (i) Aun cuando sí se cumple el requisito de existencia de una infracción penal previa, quien resulta condenado es un cliente de la entidad, y no un empleado suyo.
- (ii) La localización del delito en un establecimiento de la entidad resulta problemático, dada la comisión del delito en varias fases y en distintos países. En cualquier caso, se evita situar el delito en España porque ello «*desplazaría la responsabilidad civil hacia la entidad española*» en un supuesto en que fue la entidad extranjera quien no detectó la maniobra y en cuya «*pericia y seriedad*» confió la española.
- (iii) No obstante, el centro de la argumentación del TS se situó en el análisis de una eventual «*infracción reglamentaria o de disposiciones de la autoridad que estén en relación con el hecho punible*».

En efecto, la sentencia estudia la normativa sobre blanqueo de capitales vigente en el momento de comisión de los hechos en relación a la conducta de los empleados de la entidad. En concreto, estudia la aplicabilidad y cumplimiento de diversas obligaciones establecidas en el Real Decreto 925/1995, de 9 junio, de Prevención del Blanqueo de Capitales; tales como «*examinar con especial atención toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico lícito aparente*» (artículo 5.1) o cumplir ciertas obligaciones de información (artículo 7.2).

Al haber sido generados los fondos por un delito de estafa y falsedad, entiende la Sala que esta normativa no vinculaba a la entidad, por lo que ningún incumplimiento podía darse. No obstante, analiza la conducta de los empleados asumiendo su aplicabilidad. Habiendo requerido el director de oficina de la entidad al condenado la documentación necesaria conforme a su protocolo interno y habiendo dado parte al Departamento Internacional de la entidad y a su superior jerárquico, entiende el Tribunal que no existe incumplimiento de obligaciones legales o internas.

Ello hace, por lo tanto, innecesario el análisis de su vinculación causal con el delito cometido. Por todo ello, el TS estimó improcedente la imposición de la responsabilidad civil subsidiaria a la entidad española en un supuesto en el que la conducta de sus empleados no resultó reproachable a la vista de la normativa aplicable, tanto sectorial como interna.