NOM

DESPATX

DICTAMEN 03/2011

DE:	Miguel Angel Mas Fusta (advocat del despatx X)
PER A:	Comercial XOP, S.L.
ASSUMPTE:	Consulta formulada per l´assessoria jurídica de la societat Comercial XOP, S.L., en relació a diverses qüestions processals de l´ordre penal relacionades amb una Sentència de l´Audiència Provincial de Barcelona que absol a l´acusat contra qui es va querellar dita societat
DATA:	X de X de 2011

1.-Consulta formulada

L´assessoria jurídica de Comercial XOP, S.L. ens formula una consulta dividida en dues qüestions, a saber:

a) Pot prosperar un recurs de cassació o, per contra, l´exigència d´immediació que deriva de la doctrina del TC exclou aquesta possibilitat?

b) La Sentència de l´Audiència Provincial aplica correctament la tesi de l´heterogeneïtat o, per contra, seria viable un recurs que pretengués que l´acusat fos condemnat per apropiació indeguda (tot i que només va ser acusat per estafa)?

2.-Raonaments jurídics

POT PROSPERAR UN RECURS DE CASSACIÓ?

En quant a la primera qüestió, cal partir de la base que el recurs de cassació contra una Sentència de l´Audiència Provincial **només es podrà interposar en virtut d´infracció de llei o de quebrantament de forma** (art. 847 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en endavant LECrm).

--Pel que fa a la primera, segons l´art. 849 LECrm, la infracció de llei es donarà quan:

a) Donats els fets que s´hagin declarat provats, s´hagués infringit un precepte penal de caràcter substantiu o una altra norma jurídica del mateix caràcter.

b) Hagi existit error en l´apreciació de la prova, atesos els documents que obrin en l´expedient que demostrin l´equivocació del jutjador sense que siguin contradictoris per altres elements probatoris.

--D´altra banda, i de conformitat amb l´art. 850 del mateix text legal, el quebrantament de forma concorrerà quan:

a) S´hagi denegat alguna diligència de prova proposada per les parts.

b) S´hagi omès la citació del processat o de la part acusadora per a la compareixença en judici.

c) El President del Tribunal negui a un testimoni la seva contestació.

d) Es desestimi qualsevol pregunta capciosa, suggestiva o impertinent, que en realitat no sigui com a tal.

e) El Tribunal decideixi no suspendre el judici per als processats compareguts, quan algun dels acusats no ho hagués fet, si hi hagués causa que s´oposés a jutjar-los.

--L´art. 852 LECrm també permet interposar el recurs de cassació per infracció de preceptes de rang constitucional, i l´art. 851.3 de la mateixa llei processal també ho permet quan -entre d´altres supòsits- la Sentència no resolgui sobre tots els punts que hagin estat objecte d´acusació i defensa.

Cal analitzar si pot prosperar un recurs de cassació fonamentat en aquestes causes.

a) L´aplicació de l´art. 851.3 LECrm no s´escau, atès que la Sentència de l´Audiència Provincial sí resol sobre les qüestions plantejades, per bé que considera que els fets s´han qualificat erròniament i, en virtut del *principi acusatori*, no entra al fons de l´assumpte.

b) D´altra banda, és obvi que, en el present supòsit, no concorre cap de les causes que permetrien la interposició del recurs de cassació per quebrantament de forma, que es basen en qüestions estrictament processals l´incompliment de les quals no ens consta. Per tant, caldrà analitzar si podríem recórrer en cassació per *infracció de llei*.

c) Tenint en compte que **els motius de cassació per infracció de llei estan relacionats amb la pràctica de la prova**, la doctrina i la jurisprudència han assenyalat que un dels principis fonamentals que regeix en el procés penal és el d´immediatesa, en virtut del qual el jutge haurà d´assistir a la pràctica de la prova de forma *immediata* i directa. Si la immediació ha estat absent, la possibilitat de recórrer amb èxit queda debilitada, en tant en quant el jutge que ha de resoldre *ad quem* no podrà complir amb els principis imperatius d´oralitat i immediatesa respecte les proves que s´hagin practicat en primera instància. En aquest punt, és necessari determinar què estableix la doctrina del Tribunal Constitucional al respecte.

Segons el TC, el sistema de recursos és de configuració legal i no constitucional, excepte en l´àmbit penal per als supòsits de sentències condemnatòries. Per tant, fins i tot es podria preveure legalment la inexistència de recursos sobre Sentències absolutòries. Tanmateix, el nostre ordenament processal permet impugnar-les a través

dels recursos d´apel·lació o cassació, en els termes i sota els requisits exigits per la LECrm. D´acord amb això, la doctrina fixada pel TC a partir de la STC 167/2002, de 18 de setembre, estableix que, pel que fa a la possibilitat de recórrer una resolució judicial en l´ordre penal, hi ha certes limitacions derivades dels principis d´immediació i contradicció, de tal forma que "*en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funde en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia…*" (STC, Sala Primera, de 18 de maig de 2009. Ponent Rodríguez-Zapata Pérez). Per tant, segons el TC, la garantia de la immediació consisteix en que la prova es practiqui davant l´òrgan judicial que ha de valorar la mateixa per via de recurs, per bé que –en aplicació de la doctrina del TEDH- hi ha flexibilitat en determinats supòsits sempre que es garanteixi el dret de defensa de l´acusat. En conclusió, considera el TC que les sentències absolutòries es poden revisar però de forma limitada, i que per la via revisora de la cassació, "*cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia*" (STC, Sala Segona, de 20 d´octubre de 2008, FD2. Ponent Sala Sánchez), de tal forma que els pronunciaments del jutjador *a quo* no son directament extrapolables a la cassació penal, que presenta una caràcter limitat i taxat en comparació amb el recurs d´apel·lació.

En virtut de tot això, el TS no vulnerarà el principi d´immediació, quan es limiti a controlar si ha concorregut infracció de llei en la resolució recorreguda: "*su labor ha consistido tan sólo en inferir unas conclusiones distintas del factum de la sentencia de instancia sobre la tipicidad de la conducta atribuible al recurrente*". És més, "*la decisión condenatoria de la Sala no se sustenta en una alteración de los hechos declarados probados en la instancia, sino que se fundamenta exclusivamente en una distinta consideración jurídica… a partir de unos datos objetivos que ambos órganos judiciales dan por acreditados… sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario… la reproducción de… la inmediación*" (mateix fonament jurídic de la repetida STC de 20/10/2008).

D´altra banda, el TC considera que el recurs de cassació té una assimilació *funcional* amb el dret a la revisió de les sentències dictades *a quo*, sempre i quan es realitzi una interpretació àmplia de les possibilitats de revisió en seu cassacional i que aquell dret no s´interpreti com un "dret a una segona instància" amb repetició íntegra del judici, sinó com un dret a que un tribunal superior controli la correcció del judici realitzat en primera instància (STC, Sala Segona, de 26 de maig de 2008, FD4. Ponent Sala Sánchez). Finalment, la possibilitat de recórrer en cassació una Sentència absolutòria no produeix -per al *recorregut*- una "*vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva…, ya que ha dispuesto para el enjuiciamiento de su causa de dos instancias, donde ha podido contradecir los argumentos de las demás partes con plenitud de armas procesales… con ocasión de su escrito de impugnación al recurso de casación presentado contra la inicial sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, no apreciándose así atisbo de indefensión alguna con relevancia constitucional…*" (el mateix FD4 de la STC, Sala Segona, de 26 de maig de 2008. Ponent Sala Sánchez).

Qüestió diferent és la qualificació d´autoencobriment impune que efectua la Secció de l´AP, respecte la falsedat en document mercantil que sembla que comet l´antic gerent de la societat. Així, el *modus operandi* de l´acusat fa pensar que ens trobem davant un concret il·lícit penal que presenta substantivitat pròpia i que és comès amb la finalitat última d´obtenir lucre, de tal forma que es pot dubtar de la qualificació del jutjador *a quo*. La doctrina entén que l´autoencobriment impune té fonament en l´art. 8.2 CP, i suposa que es comet un acte amb la finalitat única de buscar la impunitat d´un anterior. En el present cas, tractant-se –com ha quedat provat- de l´elaboració de factures falses (les factures són documents mercantils) amb l´objectiu d´obtenir un benefici econòmic -i no només d´encobrir l´apropiació indeguda-, aquesta decisió és més que qüestionable.

D´acord amb tot l´exposat, considero que **la cassació només podria prosperar si s´invoca una infracció de llei (infracció d´un precepte penal) com l´exposada**, que ve referida a una deficient qualificació jurídica de l´il·lícit, ja que no podem posar en qüestió els fets declarats provats per l´Audiència Provincial. En resum, podríem impugnar la qualificació d´autoencobriment impune i al·legar una estafa documental de l´art. 392.1 CP, en relació a l´art. 849.1 LECrm.

S´APLICA CORRECTAMENT LA TESI DE LA HETEROGENEÏTAT?

Tal i com estableix l´art. 653 LECrm, les parts acusadores poden presentar, en els corresponents escrits de qualificacions, dues o més conclusions jurídiques pels mateixos fets (anomenades "qualificacions alternatives"), de tal forma que si el jutge no considera aplicable una d´aquestes ***qualificacions eventuals***, podrà estimar la escaiença de l´altra. D´aquesta manera, el tribunal podrà condemnar l´acusat a tenor d´una o altra; ara bé, si no s´utilitza la qualificació alternativa per part de cap acusador, el dret de defensa no permetria condemnar l´acusat per un altre tipus penal que aquell sol·licitat per les parts actores, amb el consegüent risc que, finalment i a pesar d´existir un fet il·lícit, aquest quedi impune per una deficient qualificació.

Així, cal tenir en compte que un dels principis fonamentals que operen en el procés penal és el dret de defensa, que impedeix que un acusat sigui condemnat sense que s´hagi pogut defensar, per exemple, per haver estat condemnat en Sentència en virtut d´un tipus penal del qual ningú l´havia acusat.

Dit això, **la doctrina jurisprudencial ha establert abastament la *tesi de la heterogeneïtat* entre els tipus penals d´estafa i apropiació indeguda**, de tal forma que aquests presenten una diferenciació que s´observa en els diferents requisits objectius que requereixen per a la seva comissió: en l´estafa, un *engany suficient*, mentre que en l´apropiació indeguda un *abús de confiança*. La diferència també s´observa, fins i tot, respecte el bé jurídic protegit penalment: la estafa és un delicte defraudatori i contra el patrimoni, mentre que l´apropiació indeguda és un delicte d´apoderament i contra la propietat (SSTS de 4 de juny de 1993 i de 16 de desembre de 1999). Per contra, dos tipus penals són homogenis quan entre ells hi ha "*identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y de la sentencia… sin que* –en aquest cas- *el principio acusatorio exija la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes…*" (STS, Sala Segona, de 15 de

febrer de 2002, FD1. Ponent Saavedra Ruiz). Aquesta mateixa Sentència cassa el recurs interposat contra una Sentència d´una Audiència Provincial que condemnava l´acusat per un delicte d´estafa, quan la qualificació jurídica de l´acusació era la d´apropiació indeguda, establint que la resolució recorreguda produïa indefensió doncs, entre aquells dos tipus penals, hi ha una relació de heterogeneïtat.

Així doncs, **la heterogeneïtat impossibilita que es condemni a algú per uns fets constitutius d´apropiació indeguda si l´acusació només ha pretés la condemna per estafa**. Per exemple, la SAP de Barcelona, de 29 de gener de 2010 (ponent Magaldi Paternostro), disposa –en un cas similar al present- que "*el Tribunal no puede más que pronunciar una sentencia absolutoria al ser heterogéneos los delitos de estafa y el delito de apropiación indebida, única infracción por la que… sostuvo acusación el Ministerio Fiscal, pues hace vulnerar el principio acusatorio*", per continuar dient que "*por lo que el respeto debido al principio acusatorio traba al Tribunal, que está vinculado al contenido de la acusación…*" (FD7). En el mateix fonament jurídic s´exposa que, en virtut del repetit principi acusatori, es prohibeix al Tribunal que "*califique o pene los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, o condene por delito distinto, salvo que respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos*", citant les SSTC 90/1988 i 32/1994, entre d´altres.

En definitiva, la jurisprudència entén que **el contingut de la Sentència ve condicionat per l´acusació que es formuli en les conclusions definitives** aportades en l´acte del judici oral, "*aunque difiera de las provisionales anteriormente presentadas, siempre que se mantenga la identidad esencial de los hechos sobre los que recae la acusación… Si así fuere, no se producirá vulneración del principio acusatorio ni puede aducirse indefensión, ya que el acusado estará perfectamente impuesto e informado de lo que se le imputa y puede ejercer su defensa sin restricción alguna*" (STS, Sala Segona, de 16 d´octubre de 2006, FD5. Ponent Monterde Ferrer).

3.-Conclusions

En quant a la primera qüestió, el recurs de cassació només podria prosperar (de conformitat amb l´art. 849.1 LECrm) si al·leguem la infracció d´una norma penal de caràcter substantiu; concretament, la qualificació d´autoencobriment impune d´uns actes que, en realitat, serien constitutius del delicte continuat de falsedat en document mercantil de l´art. 392.1 CP.

Pel que fa a la segona qüestió, la secció de l´AP ha aplicat correctament la tesi de la heterogeneïtat delictiva entre els delictes d´estafa i apropiació indeguda, recollint en la seva fonamentació jurídica la doctrina jurisprudencial consolidada.

Miguel Angel Mas Fusta