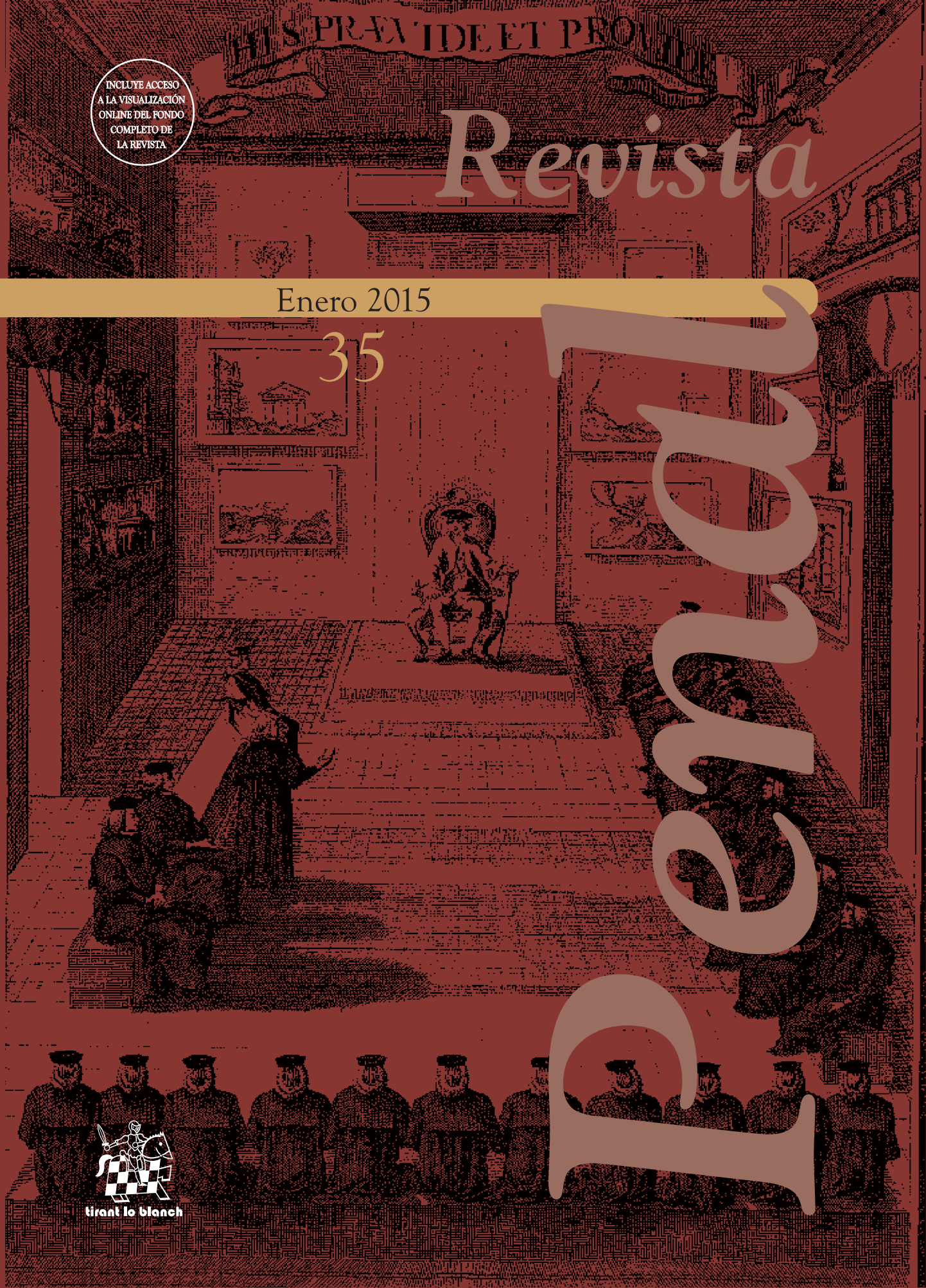
35

INCLUYE ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Revista Penal

Enero 2015

35



Revista Penal

Enero 2015

tirant lo blanch

Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

– Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
– La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
– Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban* 45
– Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
– Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
– La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde* 129
– Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
– Los denominados "tratamientos médicos arbitrarios" ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
– Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
– La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo* 208
– La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
– La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

– Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes) 261

Bibliografía: *por Francisco Muñoz Conde* 313

Noticias:

– Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional) 335

Fe de erratas del número 34 338

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección
Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño(Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Yu Wang (China)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Francesca Consorte (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
R. Baris Erman (Turquía)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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.

Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia)*

Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho penal
Universidad de A Coruña

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO OBJETO DE DEBATE

Descrito del modo más sintético posible, el caso que se analiza a continuación consiste en certificar el fin de una obra por parte de un funcionario público cuando, en realidad, este sabía que la obra todavía no estaba concluida, con el efecto de comportar el abono a la empresa concesionaria del total del importe de la obra.

Un supuesto así descrito fue calificado por nuestro Tribunal Supremo (STS 30-12-2009) como constitutivo de un delito de falsedad en documento público del art. 390-1-4º del Código Penal (CP), existiendo también un pronunciamiento del propio TS en el que se aplicó el delito imprudente del art. 391 en un caso en el que un Secretario Municipal certificó el fin de una obra sin cerciorarse de su conclusión (STS 25-6-1999).

Hay también una línea jurisprudencial que ha calificado el supuesto fáctico relatado como un delito de falsedad de certificados del artículo 398: así, vid. las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (8ª) de 6-7-2001 (ponente C. Mir Puig), de Pontevedra (3ª) de 20-12-2001 (ponente Gutiérrez Rodríguez-Moldes) y de Baleares (2ª) de 5-7-2002 (ponente A. Gili Pascual).

Frente a estas calificaciones jurídicas existe la originalidad galaica del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (en adelante, TSXG), en cuyo Auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de su Sala de lo Civil y Penal, entendió que el caso relatado es penalmente atípico[1].

Así las cosas, en las páginas siguientes, y de la mano del caso enjuiciado por el TSXG, se examinarán críticamente los argumentos jurídicos aducidos por este Tribunal (tanto los del magistrado instructor como los de la sala), unos argumentos que no pudieron llegar a ser analizados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, habida cuenta de que el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la acusación popular ante el auto del TSXG no fue admitido a trámite por el TS, al tratarse de un auto de sobreseimiento libre en el curso de un procedimiento en el que no había persona alguna procesada.

En cambio, quien sí tuvo ocasión de pronunciarse al respecto fue el Fiscal del TS, puesto que en un escrito de 16-6-2011[2], con motivo del recurso de casación

* Este trabajo es la contribución que preparé para el Libro Homenaje al Prof. Dr. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto.

1 La competencia del TSXG obedeció a la circunstancia de que, en el momento de incoarse las diligencias penales, uno de los imputados, Agustín Hernández Fernández, tenía la condición de aforado, por desempeñar el cargo de Conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras del Gobierno autónomo de Galicia (art. 73.3.a LOPJ en relación con el art. 11.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia).

Las diligencias penales se incoaron a raíz de una querella presentada por el Partido socialista obrero español por los delitos de falsedad en documento oficial, estafa y fraude a la Administración pública, contra el mencionado Agustín Hernández, en su condición de Director de Infraestructuras de la Diputación de Pontevedra en el momento de realización de los hechos, y contra los técnicos que, de algún modo, intervinieron en la certificación falsa de fin de obra en la variante de acceso a Lira (Salvaterra de Miño), Baltasar Pujales Estévez, Pablo Montero Carrera y Juan Manuel Sánchez González

2 El escrito dirigido a la Sala Segunda del TS estaba firmado por el fiscal Álvaro Redondo Hermida, con motivo del recurso de casación nº 1/998/11 por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal del querellante contra el auto de 5-4-11, dictado por la Sala de lo civil y de lo penal del TSXG.

interpuesto por la acusación popular, entendió "sin duda alguna" que los hechos eran constitutivos de un delito (doloso) de falsedad en documento público del art. 390-1-4º del CP o, alternativamente, de un delito de falsedad en documento público por imprudencia del art. 391.

En el presente trabajo se coincide plenamente con esta última tesis, así como, en esencia, con los argumentos que la avalan. Y se coincide también con el Fiscal del TS en que "el error jurídico de la resolución impugnada (scil., la del TSXG) es muy claro"[3].

II. EL RELATO DE LOS HECHOS ENJUICIADOS EN EL AUTO Nº 6/2011, DE 5-4-2011, DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA

Expuestos de forma resumida, los hechos enjuiciados comienzan con la confección de una obra vial (EP 4102 Variante de acceso a Lira, en el municipio de Salvaterra de Miño), cofinanciada por la Diputación de Pontevedra y el Ministerio de Administraciones Públicas, que fue adjudicada por la Xunta de Galicia el 27-10-2006 a la constructora "Sercoysa Proyectos y Obras. S.A.". El contrato se firmó el 15-12-2006 y se fijó un plazo de ejecución de cuatro meses, plazo que fue posteriormente ampliado por el referido Ministerio hasta el 31-12-2008 por demoras administrativas en la ejecución.

El día 5-5-2009 se concedió autorización a la constructora para la tala de árboles por parte de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, autorización necesaria para continuar con dicha construcción ya comenzada.

Sin embargo, meses antes de la finalización de la construcción, e incluso antes del otorgamiento de la necesaria autorización de la Confederación Hidrográfica, el 19-12-2008, el imputado Baltasar Pujales Estévez, ingeniero y director de la obra, certificó el fin de la obra ("las obras han sido ejecutadas convenientemente"), con pleno conocimiento de la falsedad de tal afirmación, por cuanto el fin de la obra no se había producido, habiéndose construido hasta ese día solo entre el 18% y el 20% del total de la obra proyectada, según resulta de las investigaciones practicadas; y ello por la mencionada ausencia de autorizaciones.

Por su parte, el imputado Agustín Hernández Fernández de Rojas (a la sazón Director de Infraestructuras de la Diputación de Pontevedra desde el 3-1-2008), quien, por su función oficial, estaba encargado del control de la obra y que había sido anteriormente apoderado y director de construcción de Sercoysa S.A. hasta el 18-12-2007, firmó asimismo la conformidad ("conforme, tramítese") con el referido certificado de fin de obra emitido por el imputado Baltasar Pujales y ordenó al mismo tiempo, en su apuntada condición de Director de Infraestructuras, continuar con los trámites administrativos oficiales hasta realizar el pago de las cantidades debidas contractualmente a la concesionaria por parte de la Administración. A tal efecto, Agustín Hernández actuó o bien con pleno conocimiento de que la obra no se había concluido, o bien (cuando menos) sin haber llevado a cabo averiguación alguna en relación con el grado de realización de la misma, con incumplimiento de las obligaciones profesionales e institucionales que le incumbían.

El día 17-3-2009, a la vista del documento firmado por el imputado Hernández el día 19-12-2008 y fiándose de la veracidad de tal documento oficial, la Diputación provincial pagó a la concesionaria el total del importe de la obra (por valor de 331.629,24 euros), pese a que esta no se concluyó en realidad hasta el mes de julio de 2009.

Por lo demás, según consta en el relato realizado por el magistrado instructor, los imputados declararon que lo que pretendían con la certificación falsa del fin de la obra era cubrir un período de ejecución necesario para no perder una subvención que se había obtenido para la realización de la obra.

III. LOS ARGUMENTOS DEL MAGISTRADO INSTRUCTOR

En un auto de fecha 28-10-2010 el magistrado del TSXG encargado de la instrucción del caso[4], tras practicar las diligencias que consideró convenientes, llegó a la conclusión de no solicitar el procesamiento del aforado, sr. Hernández, al no apreciar en su conducta

3 Con todo, debo advertir de que dicha tesis ya fue expuesta por mí con anterioridad al pronunciamiento del Fiscal del TS en dos columnas de prensa publicadas en el periódico *El País (edición de Galicia)* los días 1-6-2009 y 15-4-11. Por tanto, en puridad de principios habría que decir que es el Fiscal del TS el que está de acuerdo conmigo. Eso sí, con posterioridad al escrito del Fiscal publiqué otras dos columnas en el citado periódico (los días 11-7-2011 y 12-12-2011) en las que yo mostraba mi acuerdo con su contenido.

4 El magistrado fue D. Juan José Reigosa González, que instruyó el sumario nº 2/2010, derivado de las Diligencias Previas nº 2/2010, incoadas en virtud de auto de la Sala de lo civil y penal del TSXG de 13-4-2010.

indicios de responsabilidad criminal, sobre la base de una serie de razones (deficientemente enhebradas tanto desde una perspectiva gramatical como jurídica) que expongo a continuación[5].

Tales razones serán relatadas aquí siguiendo el orden expositivo que adopta el magistrado instructor, por más que deba advertirse de que no responden a un deseable orden lógico que discurre desde lo general a lo particular.

1) Comienza, en efecto, el instructor la redacción de los fundamentos jurídicos de su auto resaltando el dato de que la firma o rúbrica del sr. Hernández fue bajo el epígrafe "conforme, tramítese", con la adjunta firma del director de la Obra, "cuyo significado no deja de ser otro que legitimar la resolución del Director que directamente controlaba la ejecución de la obra" y tiene como finalidad "remitir el expediente a Intervención para el correspondiente abono al contratista". Así descrita, la conducta del sr. Hernández no puede integrarse —a juicio del instructor— en el tipo penal de falsedad del art. 390-4º del CP que se imputa "pues el contenido no se refiere precisamente a una mendaz narración de los hechos, sino simplemente a autorizar con su visto bueno o conforme, avalado por el Director de la Obra, la continuación del procedimiento para el correspondiente abono de la obra en sus dos fases, con la consiguiente aprobación de la Presidencia"[6].

Este primer argumento se completa con un ulterior párrafo que, sorprendentemente, se incluye al final del escrito del instructor, después incluso de plasmar su conclusión: "Finalmente frente a la reiterada referencia que la acusación particular realizaba a las funciones del puesto (…) que desempeñaba el sr. Hernández, reseñar (sic) que, conforme se desprende de la descripción de los Puestos de Trabajo, evidentemente son muy amplias (hasta 11), entre las que se incluyen 'Organizar, dirigir y controlar proyectos de obras' y 'controlar la ejecución de las obras', labor de dirección que no consta fuera ejercitada indebidamente en la obra objeto del presente sumario en cuanto no entraña que deba estar a pie de obra al contar con la cooperación de sus subordinados. Y finalmente la obra fue llevada a cabo a satisfacción aunque fuera con el retraso motivado por causas ajenas a su gestión, por lo demás ello es una cuestión que no es precisamente de las que puedan fundamentar las acusaciones vertidas contra aquél".

2) Por otra parte, el instructor reconoce, empero, que "en el expediente de obra (…) existieron irregularidades administrativas relacionadas con el plazo de su ejecución y la propia certificación a que se hizo mención suscrita por los anteriormente citados; no obstante, aduce que todo ello no fue precisamente con la finalidad de defraudar a la Administración Pública o en ilícito aprovechamiento de fondos públicos, lo que abiertamente descarta cualquier imputación de carácter económico. Al final la obra fue realizada (…) y en el plazo previsto una vez subsanados los obstáculos administrativos que impidieron su inmediata ejecución. Por ello no se puede entender que la Diputación hubiere resultado perjudicada con el abono de la misma, además previa oportuna fianza, como tampoco existe viso alguno de que cualquiera de los querellados hubiera obtenido un lucro ilícito en la contrata administrativa".

3) Añade el instructor que "de las actuaciones practicadas ha resultado evidente (…) que lo pretendido con aquella certificación, al parecer no infrecuente en expedientes de ese tipo, no tenía otra finalidad que cubrir un periodo de ejecución necesario para la percepción de la subvención destinada a una obra pública, donde se había producido un largo retraso en su ejecución de cerca de dos años, no precisamente por causa de la actuación de la Diputación y demás implicados en la obra, sino directamente derivado de necesarias autorizaciones de la Confederación Hidrológica (sic) al haber aparecido elementos que precisaban tal autorización".

4) Como conclusión de todo lo que antecede, el instructor arguye que "evidentemente nos podemos plantear si aquellas conductas en relación con la cer-

5 Vaya por delante que la fórmula lingüística utilizada por el referido magistrado instructor ("todas las razones expuestas conllevan a este instructor") no auguraba precisamente un uso correcto del idioma español. Según el Diccionario de la RAE el verbo "conllevar" es un verbo transitivo que, en la acepción que aquí nos interesa (la nº 2), significa "implicar", "suponer", "acarrear". Obviamente, nunca se construye con la preposición "a" (así, por ejemplo, podríamos decir correctamente que "un deficiente conocimiento del idioma siempre conllevará una deficiente interpretación de las normas jurídicas"). Por su parte el Diccionario panhispánico de dudas nos indica expresamente que no es correcto su uso como sinónimo de "llevar": así, por ejemplo "esa actitud bélica lo conllevó a enfrentarse con el Gobierno".

6 Aclara el instructor a renglón seguido que "es precisamente en el acta de 19 de diciembre de 2008 donde expresamente se hace constar que 'las obras han sido ejecutadas convenientemente', pese a que ello no era cierto en tal fecha, pues parece ser remató en julio de 2009. Pero lo cierto es que en tal acta no intervino ni por tanto la suscribió el sr. Hernández, haciéndolo únicamente las personas antes referidas en su respectiva calidad de representante de la Administración, Director de la obra y contratista adjudicatario, como así han reconocido en sus declaraciones. Se alude también por los dos últimos que (sic) la finalidad de todo ello era para (sic) no perder la subvención existente y para evitar un futuro perjuicio económico se exigió el aval que consta al (sic) folio 436".

tificación de obra aludida, pueden entrar o no dentro del campo de la falsedad penal, descartado ya como hacemos que pueda existir algún otro de los delitos que se imputaban en la querella sobre los que no existe viso alguno de comisión. Me refiero al fraude a la administración o apropiación indebida".

5) A continuación el instructor se centra, pues, en el tipo falsario, partiendo de la base de que "la más autorizada doctrina penal marca la diferencia y relación entre mentira y falsedad". Tras unas disquisiciones que pudiéramos calificar, benévolamente, de pedestres y confusas sobre tan (a su juicio) decisiva cuestión, el instructor obtiene una conclusión que plasma en un párrafo que no tiene desperdicio y que reproduzco literalmente.

En su primer inciso en dicho párrafo se incluye una larga frase que, aplicada al caso que se enjuicia, es para mí, lisa y llanamente, incomprensible: "por todo ello el Derecho penal no puede aferrarse a esa validez teórica hasta el punto de incurrir en el dislate político-criminal de considerar merecedor de represión punitiva a quien expresa, manifiesta o impone una verdad aunque lo haga despreciando los datos aceptados por el Derecho, asumiendo que éste puede incorporar a su esfera de tutela de valores de tráfico diferentes del legítimo deseo de afirmación de la verdad subjetiva".

En el segundo inciso del mencionado párrafo, el instructor agrega un (desde diversos puntos de vista) falaz argumento, que es una proyección *sui generis* del conocido principio de que el fin justifica los medios: "como tampoco se puede olvidar el denominado carácter medial del documento falso, y (…) la necesaria relación entre lo falsificado (primer comportamiento delictivo) con lo que se quiere hacer o conseguir con el instrumento falso (acaso un segundo comportamiento delictivo). Importante cuestión en el presente caso a la vista de la finalidad perseguida con la certificación".

6) Como ulterior argumento dogmático, el instructor invoca sorprendentemente la doctrina jurisprudencial que "viene exigiendo la concurrencia de un específico elemento subjetivo del injusto, denominada (sic) tradicionalmente 'dolo falsario', que consiste en la intención de transmutar la realidad de modo que el documento falso produzca en el tráfico jurídico las consecuencias y efectos propias (sic) de un documento verdadero; dolo falsario que consiste en la conciencia y voluntad del agente de transmutar la verdad (sentencias de 6 de octubre de 1993, 25 de abril de 1994, 21 de noviembre de 1995 y 21 de noviembre de 1996)".

7) Como conclusión de todo lo anterior, el instructor escribe que "se comprenderá que con tales precedentes doctrinales y jurisprudenciales no se aprecien en esta causa motivos para procesar a la persona aforada (…), máxime con la muy limitada intervención que tuvo en los hechos, básicamente limitada a suscribir un 'visto bueno' o conforme frente a lo que hacían sus subordinados a los que correspondía la específica función de controlar directamente la ejecución de la obra. Por lo que bien se puede afirmar que no existió una alteración sensible de la causa pública ni perjuicio patrimonial apreciable aun cuando ciertamente se pueda elucubrar, como alega la acusación particular, las consecuencias derivadas por (sic) no haberse realizado la obra en plazo con un pago adelantado pese a la existencia de fianza. El carácter fragmentario del derecho penal (…), ni está sujeto al rigorismo propio del derecho administrativo, ni es el instrumento adecuado para finalidades que, en no pocos casos, se desvían de su genuina función".

En fin, por todo ello, el instructor decreta "la conclusión del sumario sin necesidad de procesamiento del aforado (…). Conclusión que se debe extender frente a (sic) los otros denunciados a los que no sólo podría ser aplicable la doctrina falsaria expuesta, sino también porque no es competencia de esta Sala, de la que deriva el mandato del Instructor, entrar en el pormenorizado análisis de sus conductas sin perjuicio de lo que pudiera resultar en la jurisdicción penal ordinaria".

IV. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TSXG

En el mencionado auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del TSXG (ponente José Antonio Ballestero Pascual), se comienza afirmando paladinamente que "conocidos estos hechos, se comprenderá con facilidad que debamos compartir los claros razonamientos del sr. Magistrado Instructor cuando concluye que, pese a irregularidades administrativas, no estamos en presencia de ninguno de los delitos por los que se admitió la querella ni de ningún otro".

Hay que entender, pues, que con esta afirmación se están avalando todos los razonamientos anteriormente expuestos del instructor, incluyendo las "perlas" jurídicas que se incluyen en el auto de este. Desde luego, dichas perlas no aparecen corregidas, ni siquiera matizadas. Eso sí, hay que reconocer que en el auto de la Sala se cita, al menos, una jurisprudencia más actualizada y posterior en todo caso a la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995. Asimismo, se menciona como hipótesis la posibilidad de que los hechos se incardinen en el tipo de la falsedad de certificados del art. 398 CP.

Al margen de estas novedades, no hay argumentos jurídicos dignos de ser destacados en el auto de la Sala. Con todo, reproduzco a continuación un resumen del fundamento jurídico cuarto, en el cual se contiene el razonamiento que conduce a la Sala a descartar la tipicidad penal por un delito de falsedad.

En dicho fundamento jurídico cuarto se comienza sentando la afirmación de que si bien "es cierto que las dos certificaciones que daban por recibida y concluida la obra no responden a la realidad", ello no significa, "sin más, que estemos en presencia de un delito de falsedad en documento oficial por faltar a la verdad en la narración de los hechos (artículo 390-1-4º del Código penal) o por librar certificación falsa (artículo 398)".

Ahora bien, para avalar esta conclusión se aducen unas (en parte sorprendentes y en parte ininteligibles) razones que paso a enumerar.

1) En primer lugar se invoca una línea jurisprudencial (sin que pueda barruntarse qué relevancia pueda tener en este caso) en la que se sostiene que "si lo adverado por el funcionario hace referencia a la documentación que él custodia y de la que está autorizado a dar fe de su contenido el hecho reviste una mayor antijuridicidad que en aquellos otros casos en que se certifica algo externo al contenido de lo que consta en su oficina pública"; y ello —se agrega en el auto del TSXG como parte de su propia cosecha— porque "no puede considerarse un mero certificado aquel documento expedido por una autoridad o funcionario en el que se refleja el contenido de un registro, libro o archivo que está a su cargo".

2) A renglón seguido se añade que la jurisprudencia "es uniforme en el sentido de que para la existencia de una falsedad documental es precisa, además de una conducta objetivamente típica, una antijuridicidad material consistente en que la mutación de la verdad varíe la esencia, la sustancia o la genuidad del documento en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho al que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico".

Sentadas estas generalidades, se añaden a continuación dos consideraciones entrelazadas relativas al caso que nos ocupa, que (aparte de ser incorrectas) aparecen indebidamente mezcladas: una nada tiene que ver con la antijuridicidad material y va referida exclusivamente a la acción específica del sr. Hernández (sin que, sorprendentemente, se mencione la conducta de los restantes imputados); y la otra sí tiene que ver con la antijuridicidad material, si bien entraña un grueso disparate.

En efecto, por una parte se afirma que "el acta de recepción y el 'conforme, tramítese' del Sr. Director de infraestructuras de la Diputación en la subsiguiente certificación de referencia generan la progresión del expediente administrativo que termina con el pago de la obra antes de su conclusión, pero no lo es menos que el director de infraestructuras no es quien certifica y que la obra fue rematada de manera satisfactoria, aunque con un retraso de algo más de medio año sobre las prórrogas concedidas por la propia Administración ante las dificultades provenientes de ella misma (…)". Por otra parte, se agrega que "desconocemos así el daño real o potencial que se haya podido causar a la seguridad del tráfico jurídico con la conducta de los funcionarios quienes, antes al contrario, con su actuación (…) lograron que una obra pública no se frustrara (…) con el indudable beneficio que ello entraña para la comunidad, y sin detrimento alguno para las arcas públicas, porque, en primer lugar, la inversión ya estaba presupuestada y comprometida desde que la obra se proyectó, aprobó y adjudicó; y, en segundo lugar, porque la Administración se aseguró la realización de la obra el día 30 de diciembre de 2008 mediante la exigencia de dos nuevos avales (…). Si no hay daño para el bien jurídico (…), con dificultad se puede hablar de antijuridicidad material. Notemos que la falsedad no es gratuita; antes al contrario, suele ser el medio para la consecución de un fin ilícito o inmoral —estafa, apropiación indebida, malversación de caudales públicos, etc.— y, constatada su ausencia, tampoco parece posible referirnos a un dolo falsario como instrumento al servicio de cualquiera de estos reprobables objetivos dañinos para el tráfico jurídico".

3) De todo lo expuesto deduce la Sala del TSXG que no existen tampoco los delitos de estafa y fraude contra la Administración, imputados en la querella, así como el fraude de subvenciones del art. 308 CP, porque "no hay falsedad ni consta engaño antecedente a la disposición de fondos por parte de la Administración central (MAP) a favor de la Diputación".

4) A la vista de tales razonamientos la Sala acordó el sobreseimiento libre con archivo de las actuaciones seguidas contra Agustín Hernández, así como contra los restantes imputados no aforados.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS AUTOS DEL TSXG: EL ESCRITO DEL FISCAL DEL TS DE 16-6-2011

Una vez que se ha expuesto el contenido de los autos redactados por el instructor y por la Sala de lo civil y penal del TSXG, estamos en condiciones de efec-

tuar un análisis crítico de los argumentos utilizados en sus respectivas resoluciones que les llevan a descartar el delito de falsedad[7]. A tal efecto, y adoptando el modelo dogmático de la concepción significativa de la teoría jurídica del delito, mi comentario discurrirá desde lo general a lo particular, esto es, comenzando por la tipicidad en abstracto de la conducta de la certificación falsa de fin de obra y su antijuridicidad material, para pasar posteriormente al examen de los particulares comportamientos de cada imputado con el fin de dilucidar tanto la concreta tipicidad (objetiva) de su conducta como las características que reviste su infracción personal de la norma (ilicitud o antijuridicidad formal).

1. La antijuridicidad material: tipicidad y ofensividad

Prescindiendo, pues, en este epígrafe de la particular contribución de cada interviniente a la conducta que se analiza, hay que partir de la base de que el hecho de certificar falsamente el fin de una obra (que solo estaba ejecutada en menos de un veinte por ciento del total), con el fin de no perder una subvención que se había concedido para su realización y que se supeditaba a su remate en el plazo convenido, constituye un delito de falsedad.

Prima facie, cabría discutir si tal comportamiento entraña un delito de falsedad en documento público tipificada en los arts. 390-1-4º y 391 o un delito de falsificación de certificados del art. 398.

En mi opinión (y en la opinión también del Fiscal del TS), la conducta debe ser calificada como falsedad en documento público, aunque ello requiere una explicación que dejo para más adelante. Ahora bien, de momento, parto de la premisa de la corrección de esta calificación, porque esa es la figura delictiva imputada en la querella y es también, por tanto, la figura enjuiciada por el TSXG en los autos antecitados.

Así las cosas, desde la perspectiva de esta figura delictiva, hay que examinar en primer lugar el argumento de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta imputada, esgrimido tanto por el instructor como por la Sala.

Ciertamente, como queda dicho, no hay duda de que si un funcionario público en el ejercicio de sus funciones certifica la finalización de una obra que, en realidad, está todavía en su fase inicial, realiza una conducta que encaja perfectamente en el tipo penal de la falsedad en documento público, porque está "faltando a la verdad en la narración de los hechos". Ahora bien, para que esa conducta formalmente típica llegue a ser delito habrá que demostrar, con arreglo a una perspectiva material y valorativa, que además vulnera el bien jurídico que condujo al legislador a castigarla en el Código, un bien jurídico que en las falsedades documentales usualmente se define como la seguridad del tráfico jurídico. De aquí surge la distinción doctrinal y jurisprudencial entre falsedades inocuas o de nula potencialidad lesiva para afectar al tráfico jurídico (impunes) y falsedades que sí son relevantes para vulnerar este bien jurídico (punibles).

La razón básica por la cual el TSXG entiende que ninguno de los imputados comete delito es sorprendente: se afirma que no se ve afectado el bien jurídico protegido, esto es, "no hay daño real o potencial para la seguridad del tráfico jurídico".

Sin embargo, esta razón es insostenible, porque es indudable que con la falsedad descrita se lesiona el bien jurídico (que, más allá de una genérica seguridad del tráfico jurídico, consiste concretamente aquí en la función que cumple el certificado en dicho tráfico, esencialmente la función probatoria)[8], y, desde luego, se altera el tráfico jurídico, dado que se van a obtener unos fondos públicos a los que no se tiene derecho. En este sentido, como afirma correctamente el Fiscal del TS, "no podemos compartir este razona-

7 No entraré en el estudio de los delitos de estafa y de fraude a la Administración, incluidos en la querella, porque entiendo que, a la vista de los hechos relatados en las diligencias penales, no existen indicios de la tipicidad de tales figuras delictivas.

8 A pesar de que en la jurisprudencia, e incluso en un sector de la doctrina, se siga identificando el bien jurídico en los delitos de falsedad documental con una genérica seguridad del tráfico jurídico (o fe pública) lo cierto es que lo tutelado en esta clase de infracciones son, en rigor, las específicas funciones que cumplen los documentos en dicho tráfico jurídico, funciones que se descomponen en tres: función de perpetuación, que alude a la capacidad del documento de hacer constar su contenido de forma estable (permanencia), función de garantía, relativa a la capacidad de identificar a su autor (autenticidad) y función probatoria, referente a su capacidad de ser instrumento de prueba de su contenido (veracidad). Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, *Las falsedades documentales*, en SILVA SÁNCHEZ (dir.): **Lecciones de Derecho penal. Parte especial**, Barcelona 2006, pp. 289 s., quien añade, con razón, que solo este punto de vista es lo suficientemente preciso como para delimitar con claridad las conductas merecedoras de sanción y, de este modo, proporcionar una guía de la interpretación de los enunciados legales. Vid. además ulteriores precisiones en ORTS BERENGUER, en T.S. Vives Antón y otros, **Derecho penal. Parte especial**, 3ª ed., Valencia 2010, pp. 674 ss.

miento (scil., el de la sala del TSXG), puesto que en efecto sí se conoce perfectamente el daño real, o al menos potencial (STS 6-10-93), que se causó al tráfico jurídico, consistiendo éste en que se provocó un error en la Administración por el que ésta abonó a una constructora el importe de unas obras no construidas, obras que en ese momento ni siquiera se sabía si algún día serían o no acabadas, y ello merced a la emisión de un documento en que falsamente se hacía constar la finalización de dicha construcción, condición ésta esencial y determinante para que se realizara el mencionado pago indebido". A lo anterior añade el fiscal del TS, certeramente, que "la falsedad investigada viene por tanto referida no a un elemento inocuo o intrascendente del documento (STS 26-11-90), sino a un elemento esencial, precisamente el elemento consistente en la constancia cuya declaración justifica '*per se*' la emisión del documento (STS 21-1-94). El delito investigado en todo caso es consumado, aunque no llegara a producirse daño alguno (STS 6-10-93), ni perjuicio económico alguno (STS 19-2-03)".

Esta última afirmación permite además salir al paso de la increíble argumentación de la sala del TSXG de que "si no hay daño para el bien jurídico (…), con dificultad se puede hablar de antijuridicidad material. Notemos que la falsedad no es gratuita; antes al contrario, suele ser el medio para la consecución de un fin ilícito o inmoral (sic) —estafa, apropiación indebida, malversación de caudales públicos, etc.— (…)".

Merced a esta argumentación, el TSXG está introduciendo un requisito implícito en el delito de falsedad documental, consistente en una finalidad ilícita o delictiva ulterior que trascendería a la acción falsaria, a modo de elemento subjetivo del tipo. Sin embargo, este requisito carece de todo fundamento y de todo apoyo legal, lo que se confirma con el dato de que, cuando el legislador ha considerado oportuno exigir el ulterior requisito del perjuicio para dotar de lesividad a la falsedad, lo ha incorporado expresamente al tipo, como sucede en los arts. 393, 395 y 396 CP. Con respecto a ello, indica acertadamente el Fiscal del TS que "la Sala identifica de modo inadecuado en el referido razonamiento los delitos patrimoniales con los delitos contra la fe pública, siendo dichos géneros delictivos completamente independientes entre sí, al afectar a bienes jurídicos distintos (STS 29-1-03). Ello es así hasta el punto de que, de cometerse una falsedad en documento público y un delito patrimonial relacionado con la misma, ambas infracciones penales entrarían en concurso de delitos (STS 21-6-06), debiendo penarse ambas, si bien con las particularidades derivadas en su caso de la existencia misma del concurso, que sería de tipo ideal medial (art. 77 CP y STS 3-7-03). En el caso de los delitos de falsedad, el enriquecimiento del falsario puede o no ser el móvil del delito, cuestión que no interesa al Derecho penal, al que solo preocupa la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito, entre los que no figura el móvil (STS 29-1-03)".

Por lo demás, a la vista de estas reflexiones se comprenderá fácilmente por qué es completamente irrelevante el posterior argumento del TSXG, consistente en afirmar que, a la postre, la obra se realizó "sin detrimento alguno para las arcas públicas, porque, en primer lugar, la inversión ya estaba presupuestada y comprometida desde que la obra se proyectó, aprobó y adjudicó; y, en segundo lugar, porque la Administración se aseguró la realización de la obra el día 30 de diciembre de 2008 mediante la exigencia de dos nuevos avales (…)".

A las consideraciones que expuse anteriormente baste con añadir que la circunstancia de que no haya existido un perjuicio patrimonial para las arcas públicas (e incluso que se hayan adoptado medidas para evitar ese perjuicio) podrá servir de base para descartar el delito de fraude a la Administración pública del art. 436 (imputado en la querella), pero carece de toda relevancia a la hora de destipificar el delito de falsedad en documento público. En este sentido, el Fiscal del TS razona juiciosamente que si "el daño real o potencial para la causa pública se produjo en cuanto la Administración abonó a una constructora el importe total de unas obras no construidas, merced a la emisión de un documento en que falsamente se hacía constar la finalización de dicha construcción, condición ésta esencial y determinante para que se realizara el mencionado pago indebido, no cabe duda de que el razonamiento de la Sala recurrida no puede compartirse, por cuanto identifica de modo inadecuado el daño para la causa pública con el enriquecimiento injusto del falsario responsable del mismo, realidades totalmente independientes".

Y, a mayores cabría interrogarse, en concreto, ¿qué sucede cuando se firma un certificado falso de fin de obra con el objetivo de no perder una subvención? Pues, obviamente, acontece que, además de obtenerse unos fondos públicos a los que no se tiene derecho, se impide que los consigan otras personas o instituciones: de este modo se frustra el cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones (bien jurídico protegido en este delito), dado que la terminación de las obras es requisito esencial para la concesión de los fondos, y se impide que el

dinero vaya a otras personas o instituciones que cumplen la legalidad[9]. Es más, el comportamiento descrito encajaría también en otro tipo delictivo, el de fraude de subvenciones, que, en síntesis, castiga la obtención de fondos públicos falseando las condiciones requeridas para su concesión, siempre que la cuantía de la subvención supere los límites incluidos en los tipos respectivos para el caso de fondos de las Administraciones públicas españolas o para los fondos de la Comunidad Europea[10].

Tampoco puede admitirse el argumento añadido del TSXG de que lo que se pretendía es "que una obra pública no se frustrara (…) con el indudable beneficio que ello entraña para la comunidad". Ante tamaño razonamiento hay que responder que no se ve la razón por la cual el beneficio para los habitantes de la zona de Salvaterra de Miño tenga que prevalecer sobre el interés de toda la comunidad (de todos los españoles) en que se cumpla la normativa jurídica en materia de subvenciones, ni existe en nuestra legislación eximente alguna que permita justificar la realización de una falsedad documental[11].

Por último, cabe destacar que el fiscal va más allá. No se limita a subrayar que la conducta de certificar falsamente el fin de una obra para mantener indebidamente una subvención constituye un delito de falsedad, sino que añade que en la causa examinada hay indicios racionales de que los responsables penales no serían solo los técnicos de la Diputación, sino también el propio Agustín Hernández, y que "para determinar con certeza" su grado de responsabilidad, dolosa o imprudente, "habría sido necesario celebrar el juicio oral".

2. ¿Falsedad en documento público o falsedad de certificado?

Expuesto lo que antecede con relación a la antijuridicidad material, queda una cuestión pendiente en materia de tipicidad, esto es: determinar si la falsedad que se analiza es la falsedad en documento público, que se tipifica en los arts. 390 y 391, o es la falsedad de certificado incluida en el art. 398.

Ante este interrogante hay que efectuar una aclaración previa sobre el contenido del art. 398. En la actualidad, y tras la reforma del Código penal llevada a cabo por la L.O. 7/2012 de 27 de diciembre, el texto de dicho precepto incluye una modificación con respecto a la primigenia redacción proveniente del Código penal de 1995[12]. Dicha L.O. introdujo una especificación en la definición de la conducta de librar certificación falsa: ha de poseer "escasa trascendencia en el tráfico jurídico". Y dicha especificación se completa con una ulterior matización: "este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública"[13]. La aclaración puede tener su incidencia en el estudio

9 Resulta incomprensible, por ello, la alegación del Fiscal del TSXG quien, para descartar la responsabilidad del sr. Hernández por este delito, argumentaba que tampoco podía responsabilizarse a Hernández del delito de fraude de subvenciones porque "además de que no interviene en la gestión de la subvención procede afirmar que cualquiera que sea el bien jurídico protegido no se ve lesionado" (Vid. el diario *El País*, edición de Galicia, de 23-10-2010). Frente a ello hay que oponer, de un lado, que lo único relevante aquí es que el sr. Hernández interviene en la falsedad que sirve para mantener indebidamente la subvención, por lo que no hay duda de que —de existir un delito de fraude de subvenciones— sería coautor o, cuando menos, cooperador necesario. Y, de otro lado, no alcanzo a comprender por qué el Fiscal considera que no se vería lesionado el bien jurídico de dicho delito, puesto que es obvio para cualquiera que, al falsear una de las condiciones esenciales requeridas para cobrar la subvención, se frustra el plan, proyecto o fin para el que se estableció la mencionada subvención, que es el (único y sin discusión posible, por cierto) bien jurídico tutelado.

10 Causa profundo estupor, por ello, la alegación que, en su defensa, hizo en su día el sr. Hernández, al considerar "práctica habitual" de todas las administraciones públicas la certificación de obras inacabadas "cuando es necesario cumplir el plazo para cobrar una subvención" (vid. el diario El País, ed. Galicia, 3-5-2009). Y causa no menos sorpresa la afirmación del Presidente de la Xunta de Galicia, Alberto Núñez Feijoo, de que certificar el fin de una obra que no esté terminada es una "práctica administrativa legal". Obviamente el Presidente incurría en una grave confusión, puesto que lo que sí puede ser legal es abonar el importe de la obra a la empresa encargada de ejecutarla, siempre que se constituya un aval por dicho importe; pero, certificando el estado real en que se encuentra la obra.

11 Resulta increíble que el TSXG se haga eco del razonamiento de destacados políticos del Partido Popular de Galicia, quienes sustentaron la insólita afirmación de que quienes certificaron el fin de la obra actuaron "en defensa del interés público", así como la no menos tremenda la de que "la ley permite que en circunstancias de fuerza mayor se pueda certificar una obra que no esté concluida", afirmación que sólo sería correcta en el caso de que al autor material de la certificación se le pusiese una pistola en el pecho para que la firmase; claro que entonces el que empuña la pistola sería el autor (mediato) del delito.

12 Según esta redacción, el tipo del art. 398 se limitaba castigar (con la misma pena que se sigue previendo en la actualidad, o sea, pena de suspensión de seis meses a dos años) a "la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa".

13 En el Preámbulo de la L.O. 7/2012 se justificaba la modificación del art. 398 para excluir del tipo a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda pública con el siguiente pasaje: "No es infrecuente la falsificación de los certificados de situación de cotización por las empresas deudoras de la Seguridad Social que, como contratistas o subcontratistas, remiten a las empresas principales o contratistas en el marco de la relación jurídica de las contratas o subcontratas. Existiendo un tipo penal propio de falsedad de certificados,

de la conducta que nos ocupa, dado que la certificación falsa de fin de obra que aquí se enjuicia se realizó bajo la vigencia de la redacción anterior, siendo así que los pronunciamientos sobre la tipicidad realizados por el instructor, por la Sala de lo civil y de lo penal del TSXG y por el Fiscal del TS, así como las resoluciones jurisprudenciales que en su caso se citan, van referidos a la primitiva redacción del art. 398.

En este sentido, cabe recordar que el instructor se limita a mencionar el delito del art. 390, que fue el delito inicialmente imputado en la querella, sin aludir en ningún momento de su argumentación al delito del art. 398. Por su parte, la Sala del TSXG sí alude a ambos preceptos, aunque rechaza la tipicidad de la conducta enjuiciada valiéndose de la genérica argumentación que reflejé en el epígrafe anterior, y sin efectuar especificación alguna con respecto al art. 398.

Únicamente es el Fiscal del TS, en fin, el que se plantea en su escrito expresamente la posibilidad de que los hechos imputados constituyan el tipo del art. 398. No obstante, el Fiscal afirma tajantemente que "el caso estudiado no puede ser reconducido a un mero caso de certificación falsa, del art. 398 CP, sino a un delito de falsedad (…), siendo un supuesto muy similar al resuelto por la STS 30-12-09"[14], añadiendo a renglón seguido que también en la STS 25-6-99 se entendió que en un hecho similar al aquí enjuiciado se aplicó el delito de falsedad en documento público (en su modalidad imprudente) en el caso de un secretario municipal que certificó el fin de una obra sin cerciorarse de su finalización, con efecto económico posterior.

Con todo, según indiqué más arriba, en la jurisprudencia de las Audiencias provinciales pueden encontrarse sentencias en las que ante casos similares al que aquí nos ocupa se sostiene que existe el delito de falsedad de certificado del artículo 398, al entender que concurren todos los elementos del delito y se lesiona el bien jurídico, consistente en este caso —se afirma en alguna de ellas— en la "función probatoria del documento": SAP Barcelona (8ª) de 6-7-2001 (ponente C. Mir Puig), SAP Pontevedra (3ª) de 20-12-2001 (ponente Gutiérrez Rodríguez-Moldes) y SAP Baleares (2ª) de 5-7-2002 (ponente A. Gili Pascual).

A mi juicio, la conducta consistente en certificar falsamente el fin de una obra debe ser calificada como una falsedad en documento público y no como una mera falsedad de certificado. Y esto tanto con arreglo a la nueva redacción del art. 398, tras la reforma realizada por la L.O. 7/2012, como conforme a la redacción anterior[15]. Y a esta conclusión se llega merced a una interpretación lógico-sistemática y teleológica, que se ve corroborada además con la interpretación histórica, dado que la exégesis gramatical no permite extraer diferencia conceptual alguna[16].

Aunque jurídicamente el concepto de certificación y certificado carece de contornos precisos, es evidente que la creación de un genérico delito de falsedad de certificados en el CP de 1995[17] obedeció a la necesidad

surgía la duda de si debían calificarse estas conductas como falsedad en documento oficial cometido por particulares, o como falsedad de certificados cometido (sic) por particulares. Se ha estimado conveniente una nueva redacción del artículo 398 al que se remite el artículo 399 del Código Penal, que restrinja su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia y que excluya expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, dada la trascendencia en el tráfico jurídico de certificados falsos en el ámbito tributario y de la Seguridad Social".

14 A continuación el Fiscal del TS reproduce el siguiente pasaje de dicha sentencia: "el certificado emitido es un documento necesario para la realización del gasto en los términos en que era conocido por el acusado, hoy recurrente, que a tal efecto se había asesorado sobre la forma de actuar para la obtención del dinero con el que sufragar unos gastos no autorizados. Se trata de un documento oficial que dispone la realización del gasto público. Es, además, un documento en el que, pese a ser identificado como certificado, es un documento necesario para el libramiento económico y por lo tanto afecta a las funciones que debe reunir un documento para integrarse en el concepto de documento oficial. De no existir tal documento, aunque se llame certificación, no procedería el gasto que se libra, por lo tanto es un documento de naturaleza constitutiva especialmente protegido por el ordenamiento penal".

15 En mi opinión, es evidente que el requisito de la "escasa trascendencia" de la certificación falsa del art. 398 podía deducirse también implícitamente de la redacción anterior, habida cuenta de que la pena era la misma (suspensión de seis meses a dos años) y muy inferior a la prevista para el delito de falsedad en documento público del art. 390 (prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años), amén del castigo de la modalidad imprudente en el art. 391 (multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año).

16 Según el diccionario de la RAE, el término "certificado", en su función de sustantivo, nos remite a la palabra "certificación". Por su parte, el legislador penal utiliza asimismo indistintamente los vocablos "certificado" y "certificación": en la rúbrica de la sección 3ª del capítulo II emplea, como concepto genérico, la voz "certificados", para usar después indistintamente "certificado" en el art. 397, en el caso del facultativo, y "certificación" en el art. 398, en el caso de la autoridad o funcionario público, aunque en el párrafo segundo de este precepto vuelve a utilizar la palabra "certificado".

17 Con anterioridad al CP de 1995 el legislador del CP de 1944/1973 únicamente preveía tipicidades específicas para la falsificación de concretas clases de certificados: así, en el art. 308, la falsificación de documento de identidad; en el art. 311, la falsificación de certificado

de reunir en un tipo privilegiado de falsedad aquellas conductas que no revestían la gravedad que se ha venido otorgando a los delitos de falsedad en documento público u oficial, algo que se vio explícitamente confirmado en la reforma realizada por la L.O. 7/2012, al añadirse en el dictado del art. 398 el requisito de la "escasa trascendencia en el tráfico jurídico"[18]. Y, en este sentido, la doctrina penalista dominante ha venido identificando las certificaciones tipificadas en el art. 398 con aquellos documentos que se proporcionan para dar prueba o certeza de un hecho que le interesa a la persona a la que se entregan o de un dato que le concierna y que son expedidos bien por funcionarios públicos, bien por determinados profesionales particulares[19].

Así las cosas, es obvio que la certificación del fin de una obra es una conducta que no encaja en este entendimiento de falsedad privilegiada (y residual), sino que reviste mayor gravedad, puesto que no se trata de un documento que se limite a dar prueba de algo que le interese o concierna al receptor sino de un documento oficial necesario para el mantenimiento de una subvención pública y para la realización de un ulterior gasto público, de tal modo que –como bien indica la STS 30-12-2009, "de no existir tal documento, aunque se llame certificación, no procedería el gasto que se libra" y, por tanto, "es un documento de naturaleza constitutiva especialmente protegido por el ordenamiento penal".

En definitiva, el verbo "certificar", referido a un fin de obra, debe entenderse, pues, en el sentido que se recoge el Diccionario de la RAE en la primera acepción "asegurar, afirmar, dar por cierto algo" o, dicho más precisamente desde el punto de vista jurídico, en la tercera acepción (específicamente jurídica) "hacer constar por escrito una realidad de hecho por quien tenga fe pública o atribución para ello"[20]. Por su parte, "certificación" se recoge en el Diccionario con dos acepciones: "acción y efecto de certificar" y "documento en que se asegura la verdad de un hecho"[21].

Frente a este entendimiento, los argumentos esgrimidos en las sentencias de las Audiencias Provinciales antes mencionadas no pueden convencer.

Así, en la citada SAP Baleares (2ª) de 5-7-2002, recogiendo la tesis sostenida en la STS 677/2001, de 19 de abril y en la SAP Barcelona (8ª) de 6-7-2001, se arguye que "el delito de libramiento de certificación falsa descrito en el artículo 398 tiene hoy un contenido especialmente amplio, al no hacer distinción en cuanto a la clase de certificación. Resulta de este modo inadecuada, y con independencia de la penalidad prevista, la interpretación que con inercia histórica abogue por la comprensión estrecha del precepto como simple sustituto del que, en el artículo 312 del código derogado, recogía conductas que pudieran estimarse de escasa gravedad. No siendo pues lícito distinguir, en perjuicio del reo, donde la Ley no distingue, debe entenderse que la falsificación de certificación está comprendida en precepto especial respecto de la incriminación de la falsedad de documentos, por lo que de acuerdo con la regla 1ª del artículo 8 del Código Penal el artículo 398 habrá de entenderse de aplicación preferente respecto al 390.1".

---

de enfermedad o lesión para eximir de algún servicio público por un facultativo; en el art. 312, la falsificación de certificado de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas. En atención a ello, una falsificación de certificación de fin de obra tenía que ser incluida en el delito de falsificación de documentos públicos cometida por funcionarios públicos del art. 302.

Por su parte, el CP vigente sigue conservando el delito de falsificación de certificado por un facultativo en el art. 397, falsificación que debe entenderse referida a un médico que actúa como particular, puesto que si se tratase de un funcionario público sería aplicable el art. 398 (vid. por todos MUÑOZ CONDE, **Derecho Penal, Parte Especial**, 19ª ed., Valencia 2013, p. 694, ORTS BERENGUER, PE, cit., L. XXXVII, 11.

18 Este requisito debe valorarse en función de la finalidad que pretenda darse al certificado en el tráfico jurídico. Y así, ejemplifica, MUÑOZ CONDE, **Derecho Penal,** cit., pp. 694 s.) "un certificado de residencia, a los efectos de conseguir un permiso de residencia o incluso una nacionalidad, tiene sin duda una 'trascendencia' importante y, en general, se puede decir que la mayoría de los certificados librados por un funcionario o autoridad la tienen".

19 Vid. por todos VILLACAMPA ESTIARTE, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García/González Cussac (dirs.), Valencia 2010, p. 450, quien, por lo demás, se hace eco del concepto de certificado en la doctrina italiana, en la que se define como una declaración de ciencia o de conocimiento del funcionario público que no ha de referirse necesariamente a una actividad directamente desarrollada por él o que haya acontecido en su presencia, de manera que la declaración de hecho se anuda a circunstancias de hecho percibidas por otra persona o notorias.

20 Obviamente, queda descartada la segunda acepción, por ser manifiestamente inaplicable al caso que aquí se estudia: "obtener, mediante pago, un certificado o resguardo por el cual el servicio de correos se obliga a hacer llegar a su destino una carta o un paquete que se ha de remitir por esa vía" o la cuarta (que es acepción antigua e intransitiva): "fijar, señalar".

21 A su vez, el verbo "librar", en la acepción del Diccionario que conviene al delito del art. 398, que es la nº 3, significa: "Dar o expedir algo, especialmente una orden. Librar sentencia, real provisión, decretos, carta de pago" (sin que interese aquí la nº 4, aunque es una acepción jurídica, porque es específicamente mercantil).

Sin embargo, frente a este razonamiento hay que oponer que el delito del art. 398 no puede ser caracterizado como ley especial frente al delito del art. 390, en el sentido de que el art. 398 sea una subclase lógica de este (o simple tipo derivado) del art. 390, en la medida en que aquella norma no reproduce todos los presupuestos del concepto de esta, añadiendo después ulteriores notas individualizadoras.

Eso sí, Lo único que cabría afirmar es que el "certificado" del art. 398 es una clase *específica* de documento, que se caracteriza por el dato, más arriba reflejado, de servir para dar prueba o certeza de un hecho que le interesa, primordialmente, a la persona a la que se entrega o de un dato que le concierna exclusivamente a ella; pero, precisamente, y como ya se indicó, sucede que, en el caso que nos ocupa, la certificación falsa de fin de obra no es, desde luego, un documento de estas características.

Por último, esta conclusión se ve corroborada con la interpretación histórica, toda vez que en el CP anterior a 1995 los delitos de falsedad de certificados se circunscribían a las conductas específicas más arriba señaladas, realizadas por un funcionario o por un "facultativo", en virtud de lo cual lo lógico es interpretar que la ampliación (o, mejor dicho, la generalización) que se produce en el nuevo CP de 1995, incluyendo ahora en el art. 398 cualquier certificación falsa librada por una autoridad o funcionario público, mantiene incólume el tradicional entendimiento de la conducta típica de falsificación de certificados de los arts. 308 y ss. del CP anterior (fuese el sujeto activo un funcionario o fuese un facultativo), o sea, en el mencionado sentido de concebir dicho certificado falso como aquel documento que se proporciona para dar prueba o certeza de un hecho que le interesa primordialmente a la persona a la que se entrega o de un dato que le concierna, y no, por tanto, como un documento con relevancia directa para toda la comunidad (como es la certificación del fin de una obra).

Por lo demás, ni que decir tiene que la calificación jurídico-penal con base en uno u otro delito poseía una trascendencia capital en el caso aquí analizado, y no ya solo por la enorme diferencia en la penalidad de ambas figuras delictivas, sino también —y sobre todo— porque el delito de falsedad en documento público cometida por un funcionario admite la comisión imprudente, cosa que no ocurre en el delito de falsedad de certificado. Esta última circunstancia cobraba especial relieve a los efectos de calificar el comportamiento del director de infraestructuras, sr. Hernández, puesto que en este caso cabría plantear, al menos como hipótesis de trabajo, que su conducta no fue dolosa sino meramente imprudente, según se expondrá *infra*.

3. La antijuridicidad formal o ilicitud: dolo o imprudencia

Examinada la vertiente relativa a la antijuridicidad material (u ofensividad), estamos en condiciones de pasar a analizar la vertiente relativa a la antijuridicidad formal o ilicitud y, en particular, la materia referente a las formas o instancias de ilicitud, esto es, el dolo y la imprudencia, dado que tanto el magistrado instructor como la Sala del TSXG hacen especial hincapié en sus autos en el dato de que no hay indicios de dolo en la conducta de los imputados.

Vaya por delante algo obvio, a saber, la sorpresa que, desde la propia lógica argumentativa de los autos analizados, produce ese especial hincapié que se hace en la ausencia de dolo. Y es que, en efecto, si se parte de la premisa (sentada en dichos autos) de que no existe ya antijuridicidad material en la conducta de los imputados, ¿qué sentido tiene entrar a analizar si concurre o no dolo en un comportamiento que ya de entrada no es relevante para el Derecho penal? ¿Habrá sido acaso por la necesidad de sentirse obligados a aportar ulteriores razones, a la vista de la total inconsistencia de los argumentos esgrimidos para sostener la ausencia de antijuridicidad material?

Vaya por delante asimismo la sorpresa que provoca el hecho de que el instructor y la Sala del TSXG deduzcan ya la inexistencia de dolo de unas diligencias previas, circunscritas prácticamente a la declaración de los imputados, sin esperar a la celebración del juicio oral. En este sentido, el Fiscal del TS critica con razón que "la Sala afirma la inexistencia de dolo en los imputados, y deduce de dicha afirmación, a todas luces prematura antes de la celebración de la vista, la inexistencia de delito alguno".

Ahora bien, lo que resulta ya verdaderamente inconcebible es que ni el instructor ni la Sala del TSXG hubiesen tenido en cuenta que, si bien la falsedad definida en el artículo 398 solo puede cometerse con dolo, la del artículo 390 admite, en cambio, desde el nuevo Código penal de 1995, la comisión por imprudencia (en el art. 391), lo cual obligaba a razonar por qué no concurre imprudencia, especialmente en lo que atañe a la argumentación del magistrado instructor, que solo analizaba la posible existencia del delito de falsedad en documento público y afirmaba que era imprescindible el dolo (citando únicamente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al anterior Código penal). Y máxime

cuando existe ya jurisprudencia de nuestro TS —según indiqué más arriba— en la que se castiga un hecho similar al aquí enjuiciado con base en el mencionado art. 391, en el caso (del que se hace eco el Fiscal del TS) de un secretario municipal que certificó el fin de una obra sin cerciorarse de su finalización, con efecto económico posterior (STS 25-6-99). De ahí que en el caso en comentario el Fiscal del TS concluyese sin ambages que "los hechos investigados son sin duda alguna constitutivos de un delito doloso de falsedad en documento público del art. 390.1.4º del Código penal, o alternativamente de un delito de falsedad en documento público por imprudencia del art. 391".

Y, más allá de lo que antecede, hay que señalar que, desde luego, el dolo del director de la obra (sr. Pujales) era evidente, puesto que, según consta en el escrito del Fiscal del TS, resulta de las investigaciones practicadas que Pujales "certificó el fin de la referida obra de construcción, con pleno conocimiento de la falsedad de tal afirmación, por cuanto el fin de la obra no se había producido, habiéndose construido hasta ese día solo el 20% de la obra total proyectada".

Ciertamente, podría surgir alguna duda con relación al dolo del comportamiento del sr. Hernández, cuya función consistía en firmar la conformidad ("conforme, tramítese") con el referido certificado de fin de obra emitido por Pujales, pero de lo que no se puede albergar duda alguna es de que actuó, cuando menos, con imprudencia grave, dado que no llevó a cabo averiguación alguna en relación con el grado de realización de la obra, en claro incumplimiento de las obligaciones profesionales e institucionales que le incumbían en su condición de director de infraestructuras de la Diputación.

Es más, con arreglo a los criterios usuales seguidos por nuestro TS para acreditar el dolo (siquiera sea eventual), sobre todo a la vista de su reciente doctrina sobre la ignorancia deliberada, resultan muy claros, a mi juicio, los indicios de dolo en el comportamiento de Hernández: es inconcebible que el director de infraestructuras de la Diputación no conociese el estado de realización de una obra que llevaba tanto retraso, pendiente de diversas autorizaciones administrativas. Además, bastaba con presentarse en el lugar de realización de la obra o, sencillamente, con preguntar a alguno de sus subordinados por el estado de la construcción[22]. Y máxime cuando dicha conformidad comportaba continuar con los trámites administrativos oficiales hasta realizar el pago de las cantidades debidas contractualmente a la concesionaria por parte de la Administración.

Finalmente, cuestión diferente es analizar la tipicidad (objetiva) del comportamiento del sr. Hernández desde la perspectiva del delito de falsedad, pero esta no es una cuestión que tenga que ver con la forma de ilicitud de comisión, o sea, con la infracción de la norma personal de conducta, sino con la relevancia de su comportamiento a los efectos de acreditar la antijuridicidad material. De ahí que, una vez que hemos llegado a la conclusión de que la conducta del director de la obra (sr. Pujales) constituía indudablemente un delito de falsedad documental (vid. *supra* epígrafe 5.1.), proceda analizar ahora, en particular, si el comportamiento del sr. Hernández, consistente en otorgar su visto bueno y conformidad a dicha certificación, integra asimismo un delito de falsedad documental.

4. En particular: la conducta de firmar la conformidad (o visto bueno), realizada por el director de infraestructuras, sr. Hernández

Según indiqué anteriormente, en los autos del TSXG se contienen razones dirigidas específicamente a exonerar de responsabilidad al sr. Hernández. Sin embargo, tales razones no resultan convincentes.

En lo que concierne, en particular, a las razones del magistrado instructor[23], hay que destacar ante todo el argumento de que el visto bueno del sr. Hernández no encerraba una mendaz narración de los hechos, dado que su significado se limitaba a autorizar o legitimar la resolución del director de la obra (que era quien se encargaba directamente de su ejecución) con el fin de que pudiese continuar el procedimiento y que la obra pudiese ser abonada.

Frente a ello cabe responder desde una doble perspectiva. En primer lugar, resulta literalmente increíble semejante argumentación, desde el momento en que el contenido del visto bueno del sr. Hernández se circunscribía precisamente —como acertadamente arguye el Fiscal del TS— al dato de que la obra estaba finali-

22 En esta línea de pensamiento, en la SAP Pontevedra (3ª), de 20-12-2001 (ponente Gutiérrez Rodríguez-Moldes) se acredita la existencia de dolo a través de la siguiente argumentación: "el profesional no puede desconocer el estado real de un obra sobre la que está certificando, siendo tan evidente como es que la obra no estaba terminada, dolo constatable tanto si estuvo presente en la obra y la vio, como si no lo hizo incumpliendo la elemental obligación de comprobación de lo que certifica".

23 Vid. supra epígrafe III, apartados 1) y 7).

zada. En segundo lugar, frente a dicho argumento hay que oponer además que (como, por cierto, reconoce el propio magistrado instructor) entre las amplias funciones que incumbían al sr. Hernández se incluían las de "organizar, dirigir y controlar proyectos de obras" y "controlar la ejecución de las obras". Pues bien, ante la definición de estas funciones ¿cómo se puede afirmar —como hace el magistrado instructor— que "no consta que la labor de dirección fuera ejercitada indebidamente (…) en cuanto no entraña que (scil., el sr. Hernández) deba estar a pie de obra al contar con la cooperación de sus subordinados"? Obviamente, una cosa es que el sr. Hernández no tuviese que estar a pie de obra y otra, muy distinta, que, antes de dar el visto bueno al fin de la obra, no estuviese obligado a enterarse de que la obra no estaba ejecutada siquiera al 20 por ciento del total. Asimismo, ni que decir tiene que la alegación del instructor de que "la obra fue llevada a cabo a satisfacción aunque fuera con el retraso motivado por causas ajenas a su gestión" resulta de todo punto extravagante a los efectos de la tipicidad de la falsedad que aquí nos interesa.

Por lo demás, tampoco es de recibo la ulterior precisión del instructor, relativa "la muy limitada intervención que (scil., el sr. Hernández) tuvo en los hechos, básicamente limitada a suscribir un 'visto bueno' o conforme frente a lo que hacían sus subordinados a los que correspondía la específica función de controlar directamente la ejecución de la obra. Por lo que bien se puede afirmar que no existió una alteración sensible de la causa pública". Ante semejante precisión, hay que objetar que el "conforme" del sr. Hernández resultaba imprescindible en todo caso para que la certificación del sr. Pujales entrase en el tráfico jurídico y tuviese efectos jurídicos, con la repercusión de posibilitar el pago a la empresa constructora y de mantener indebidamente la subvención. Es más, desde la perspectiva jurídico-penal que aquí nos interesa, cabría asegurar que la certificación del fin de la obra es un acto administrativo complejo, que se descompone en dos partes: una, la que afecta directamente y en primera línea al sr. Pujales como director de la obra, y otra, la que concierne al sr. Hernández como superior jerárquico, la cual permite continuar con el procedimiento administrativo y supone una garantía ulterior sobre la corrección de dicho procedimiento, consistiendo además el visto bueno de este, precisamente, en dar fe de que la obra se hallaba efectivamente concluida, lo que situaba al sr. Hernández en una posición de garantía específica con respecto a la indemnidad del bien jurídico.

A la vista de todo ello, ¿cómo es posible que el instructor pueda llegar a afirmar que el visto bueno del sr. Hernández no comportaba "una alteración sensible de la causa pública"?

Por su parte, la argumentación de la Sala del TSXG[24] es más parca, sin perjuicio de que —como queda dicho— haga suyo el razonamiento del instructor: "el acta de recepción y el 'conforme, tramítese' del Sr. Director de infraestructuras de la Diputación en la subsiguiente certificación de referencia generan la progresión del expediente administrativo que termina con el pago de la obra antes de su conclusión, pero no lo es menos que el director de infraestructuras no es quien certifica y que la obra fue rematada de manera satisfactoria, aunque con un retraso de algo más de medio año sobre las prórrogas concedidas por la propia Administración ante las dificultades provenientes de ella misma (…)".

De la lectura de semejante párrafo se infiere que el único elemento novedoso con respecto al razonamiento del instructor es el de que el sr. Hernández "no es quien certifica". Sin embargo, este argumento es impertinente en el caso que nos ocupa. Y es que, en efecto, podría ser atendible si el delito atribuido fuese únicamente el de falsedad de certificado del art. 398, porque entonces tal vez pudiera alegarse que el sr. Hernández no realizaría el tipo a título de autor, aunque, con todo, quedaría por investigar si el sr. Hernández había intervenido en esa falsedad a título de inductor o cooperador —lo que sería muy verosímil— dada su condición de superior jerárquico del sr. Pujales y su condición de antiguo gerente de la empresa constructora beneficiaria del pago. Ahora bien, más allá de lo anterior, sucede que lo que estamos enjuiciando (y también la Sala) es, además, la tipicidad con arreglo al delito de falsedad documental de los art. 390 y 391, y no cabe duda alguna de que, desde esta perspectiva, el visto bueno del sr. Hernández es un documento público y que en él se falta a la verdad en la narración de los hechos.

Finalmente, hay que recordar que a esta última conclusión también llegó, el Fiscal del TS, para quien la conducta del sr. Hernández constituiría también indudablemente un delito de falsedad en documento público. La única duda que expone en su escrito residiría en la forma en la que Hernández infringiría su norma de conducta, o sea, la forma de ilicitud (dolo o imprudencia), algo que, como queda dicho, debería dilucidarse

24 Vid. supra epígrafe IV, apartado 2).

en el juicio oral. En concreto, el Fiscal recoge correctamente la alternativa que se planteaba: "el imputado Hernández pudo cometer un delito doloso, en el caso de que hubiese tenido conocimiento de la falsedad del fin de la obra, con dolo que puede ser eventual (STS 4-7-97), o bien un delito culposo, si confirmó el fin de la obra y ordenó continuar con los trámites administrativos de pago sin cumplir en modo alguno con su previa obligación de cerciorarse del solo y único elemento de hecho que tenía que averiguar, a saber, la realidad del fin de la obra".

5. La cuestión procesal

5.1. El sobreseimiento de las actuaciones de los imputados no aforados

Dado que la principal línea de investigación jurídica fue la exoneración de responsabilidad del director de infraestructuras, sr. Hernández, cabe preguntarse entonces por qué el TSXG no remitió las actuaciones al juzgado de origen para que prosiguiese con ellas en relación con los restantes imputados no aforados. Y es que, en efecto, aun cuando se admita que la intervención del sr. Hernández no era constitutiva de delito, ello no implica obviamente que las conductas de los restantes imputados (señaladamente, la del directo de la obra, sr. Pujales) debiesen permanecer necesariamente también impunes.

Evidentemente, la respuesta ya quedó esbozada en las páginas anteriores: la sala del TSXG entendió en su auto que, más allá de la concreta aportación de cada uno de los intervinientes, la conducta de certificar falsamente el fin de una obra no revestía carácter delictivo en abstracto, o sea, a su juicio, no es una conducta típica con arreglo al CP español.

Ello no obstante, ante semejante decisión cabe argüir que no es este el modo de proceder habitual en las causas contra imputados aforados. Lo normal es que, declarado el sobreseimiento de las actuaciones contra el aforado, se devuelva la causa al juzgado que la instruyó inicialmente para que este prosiga las diligencias con relación a los restantes imputados.

Es más, ni siquiera el propio magistrado instructor de la presente causa proponía aquella decisión, dado que en sus conclusiones se limitaba a afirmar que "se comprenderá que (…) no se aprecien en esta causa motivos para procesar a la persona aforada ante la inexistencia de los indicios racionales de criminalidad (…)", por lo que decretaba la conclusión del sumario "sin necesidad de procesamiento del aforado querellado" añadiendo paladinamente que, si bien "la doctrina falsaria expuesta (…) podría ser aplicable (…) a los otros denunciados", lo cierto es que "no es competencia de esta Sala, de la que deriva el mandato del Instructor, entrar en el pormenorizado análisis de sus conductas sin perjuicio de lo que pudiera resultar en la jurisdicción ordinaria".

Y en esta misma línea de pensamiento se pronunciaba el Fiscal del TSXG, quien, tras estudiar exclusivamente el comportamiento del aforado, se limitaba a solicitar que "al no haber responsabilidad de la persona aforada, decae la razón que derivó la causa al Tribunal Superior", por lo que "sería competente para continuar la instrucción el Juzgado nº 1 de Pontevedra con el fin de dilucidar el resto de responsabilidades de los otros tres imputados"[25].

En fin, a la vista de todo ello no encuentro explicación racionalmente fundada ante el proceder de la Sala del TSXG. Y, con respecto a ello, no es ocioso recordar que la Audiencia Provincial de Pontevedra (a la que ineluctablemente habría de llegar, en su caso, la apelación del juzgado de instrucción competente) había calificado como delictiva la conducta de certificar falsamente el fin de una obra en su sentencia de 20-12-2001, más arriba comentada.

5.2 El recurso de casación por infracción de ley ante el TS. La contradicción con el caso de la justicia universal

Frente al auto de la Sala de lo civil y de lo penal del TSXG de 5-4-2011, en el que se acordaba el sobreseimiento libre de todos los imputados, la representación procesal del querellante (PSOE) interpuso un recurso de casación por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación de los arts. 390, 391 y 398 del Código Penal.

Sin embargo, el TS no llegó a entrar en el fondo de la cuestión, esto es, no entró a dilucidar si los hechos denunciados eran constitutivos de delito, sino que simplemente se limitó a indicar que, de acuerdo con nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, el auto dictado por el TSXG no era susceptible de ser recurrido en casación, dado que ello solo sería posible cuando en el asunto enjuiciado se entienda que los hechos "no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos, previsión normativa que no concurre en el supuesto del auto que se recurre". De este modo, se archivó definitivamente la querella.

25 Vid. los diarios *El País*, edición de Galicia, de 23-10-2010, y *La Voz de Galicia* de 220-10-2010.

El rechazo a admitir el recurso de casación fue avalado por el Fiscal del TS, si bien con los matices que a continuación expongo.

El Fiscal comienza su escrito afirmando que, en principio, el motivo de casación no puede ser estimado porque la LECrim "establece, en su artículo 848, que la recurribilidad de los Autos de sobreseimiento libre de las Audiencias, órgano al que sin duda debe asimilarse el Tribunal 'a quo', está condicionada a que en el curso del procedimiento se hubiese procesado a alguna persona, hecho que no ha ocurrido".

Ello no obstante, a renglón seguido el Fiscal del TS —consciente de lo insatisfactorio de esta conclusión— decide entrar en el fondo del asunto ante la posibilidad de que el TS admitiese el recurso. En efecto, literalmente afirma el Fiscal: "sin embargo, y para la eventualidad de que la Excelentísima Sala de Casación entendiera, no obstante, que debe tramitar el recurso y decidir sobre el fondo, sea por estimación del principio de doble jurisdicción (STS 22-11-07), sea por aplicación del principio 'pro actione', sea por estimación de que ello conllevaría una mejor tutela del acusador particular (artículo 24 CE), el Fiscal formula 'ad cautelam' las siguientes consideraciones sobre el fondo de la cuestión".

Así las cosas, cabría preguntarse si fue incorrecta entonces la decisión del TS de entender que no cabía recurso contra la resolución del TSXG. *Prima facie* parece que no, porque —como se acaba de indicar— nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal solo admite el recurso de casación contra autos de los Tribunales Superiores "cuando alguien se hallare procesado como culpable" de los hechos investigados, cosa que no sucedía en este caso (y que, en cambio, sí sucedía, por ejemplo, en el caso del presidente valenciano Francisco Camps) aunque dicha decisión no se acompase bien con dos principios procesales básicos (como asimismo señaló acertadamente el fiscal del TS), a saber, el de la tutela judicial efectiva del acusador particular y el principio de doble jurisdicción (en virtud del cual toda resolución judicial debe poder ser revisada por una instancia superior), en la medida en que casos como el presente solo serían examinados en una única instancia, sin posibilidad de que el error en la interpretación de la ley sea corregido por una instancia superior.

Eso sí, aunque dicha decisión no pueda considerarse incorrecta, cabría efectuar unas precisiones al respecto.

De un lado, hay que poner de relieve la perplejidad que causa el hecho de que en el ordenamiento jurídico español no exista posibilidad alguna de recurrir ante una instancia superior cuando se produce un error de derecho notorio (recuérdese que el Fiscal del TS lo calificó como un "error jurídico muy claro"), un error que en el presente caso se extendía además a diversos razonamientos jurídicos de las resoluciones del TSXG, singularmente aquel tan clamoroso que supone partir de la base de que la falsedad en documento público cometida por funcionario público solo puede ser realizada con dolo, pese a que ya desde el año 1995 el Código penal castiga también la comisión imprudente. De ahí que, a la vista de las enseñanzas que nos ha proporcionado este caso, sea oportuno proponer al respecto una reforma de la legislación procesal, en el sentido de que se permita que el TS pueda corregir siempre los errores en la interpretación de la ley. Y ello sin perjuicio de propugnar asimismo que —de mantenerse los aforamientos— los aforados acusados de delitos no sean juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de su Comunidad Autónoma sino por la Sala de lo Penal del TS.

De otro lado, mayor perplejidad causa todavía el hecho de que, con posterioridad al caso aquí relatado, el TS se haya pronunciado en un sentido opuesto al aquí comentado, al tener la oportunidad de volver a ocuparse de la interposición de un recurso de casación por infracción de ley contra una resolución de la Audiencia Nacional en un caso (el conocido caso de la justicia universal) en el que tampoco se encontraba procesada persona alguna[26]. En efecto, sorprendentemente, y en una manifestación más de que, al menos en materia jurídico-penal, en España no rige el principio de legalidad (puesto que de *facto* es el Tribunal Supremo el que modifica a su antojo las normas jurídicas), el TS acordó, por unanimidad, admitir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal[27] contra la resolución de la Audiencia Nacional (AN) en la que se dictó el sobreseimiento provisional de la causa seguida contra ocho narcotraficantes apresados por las autoridades españolas en barcos que navegaban en aguas internacionales cargados con toneladas de hachís, dejándolos en libertad.

26 Vid. STS, 2ª, de 24 de julio de 2014 (Rec. 1205/2014), Ponente J. García Melgar.

27 La posición del Fiscal —diferente también de la mantenida por el Fiscal del caso que se estudia en el presente trabajo— llama asimismo poderosamente la atención. Con todo, en lo que concierne a los fiscales, ya sabemos que en materias de connotación política (como era el caso de la justicia universal) siempre van a seguir las directrices marcadas por el Gobierno de turno, por más que tales directrices comporten una interpretación manifiestamente errónea del Derecho aplicable.

Ni que decir tiene que el TS entendió, a la postre, que la AN había aplicado de manera errónea las letras d), i) y p) del art. 23.4 de la LOPJ (tras su reforma realizada por LO 1/2014, de 13 de marzo) y reconoció la competencia de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los hechos, lo que supuso, consecuentemente, la revocación de los Autos del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, y de la AN confirmatorio del anterior, que habían acordado el sobreseimiento de la causa y la inmediata puesta en libertad de los ocho detenidos[28].

28 No es este el lugar para abordar la cuestión jurídica de fondo, si bien baste con dejar constancia de que, a mi juicio, los argumentos utilizados por el TS para sostener una interpretación contraria a la mantenida por los magistrados de la AN no son convincentes. Simplemente, quisiera deja constancia ahora de que, en lo que se refiere a la cuestión que aquí interesa, los magistrados de la AN expresaron su malestar ante la decisión del TS, por entender que estos "nunca deberían haber admitido el recurso del fiscal porque los jueces de la audiencia dictaron el sobreseimiento provisional, y eso no es recurrible en casación" (vid. tales opiniones en el diario EL PAÍS, de 24-7-14).