

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063444

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 383/2018, de 25 de julio de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 71/2017

### SUMARIO:

**Recurso adhesivo. Falsedad documental. Autoridad o funcionario público.** Respecto al recurso adhesivo de las defensas, nada impide a la defensa, pese a la absolución, y pese a que no interpuso en su momento recurso, introducir como petición propia autónoma una pretensión de absolución basada no ya en la atipicidad (según sostiene la sentencia) sino en la presunción de inocencia. Aunque sea una pretensión en abierta contradicción con el recurso principal, es admisible. Las reticencias que mantuvo la jurisprudencia para aceptar esa fórmula han ido cayendo progresivamente hasta imponerse un criterio de total apertura y laxitud, en armonía con lo que desde siempre se admitió en la jurisdicción civil. La tutela judicial efectiva, no puede convertirse como derecho en un cajón de sastre en el que encajar cualquier infracción legal. Solo una aplicación de la norma manifiestamente contradictoria a la lógica o totalmente a espaldas del sistema de fuentes del derecho violenta la tutela judicial efectiva. Otras diferencias en la interpretación de la legislación penal o procesal que no alcancen ese nivel esperpéntico deben encauzarse a través de los canales ordinarios de infracción de ley. Los guardapescas contratados por una Cofradía de pescadores para labores de vigilancia en la costa en prevención y, en su caso, denuncia del furtivismo no son funcionarios públicos a los efectos del art. 24 CP ni por tanto agentes de la autoridad. No pierden su carácter de particulares ni a efectos de su posible tutela penal; ni para alcanzar la idoneidad para ser sujetos activos de delitos especiales especificados por la condición de autoridad o funcionario público. Hay que descartar la posibilidad de aplicar el art. 390 CP que exige la condición de funcionario público en el autor. La denuncia inveraz de hechos constitutivos de infracción administrativa es falsedad ideológica del art. 390.1.4.º (faltar a la verdad en la narración de los hechos) y, por tanto, no punible, aunque se consigne por escrito, si la realiza quien no es funcionario público.

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 24, 208, 210, 251, 390, 392, 453 y 457.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 852.

Constitución Española, art. 24.

### PONENTE:

*Don Antonio del Moral García.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ  
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

### RECURSO CASACION núm.: 71/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Sentencia núm. 383/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 71/2017 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y la Acusación particular Basilio representado por el procurador Sr. Rafael Fernández Fernández y bajo la dirección letrada de María del Pilar Diez López, contra la Sentencia nº 457/2016 de 11 de octubre de 2016, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra-Vigo y recaído en la causa PA 53/2015, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo (D. Previas nº 766/2014) en causa seguida por un delito de falsificación de documento público; Son partes recurridas D. Casimiro , D. Ceferino y D. Cesareo representados por el procurador D. José Francisco Vaquero Alonso y bajo la dirección letrada de Santiago José Sánchez Oliveira que a la vez ha formulado recurso adhesivo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Vigo incoó Diligencias Previas con el nº 766/2014, contra Casimiro , Ceferino y Cesareo . Una vez conclusas las remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra que con fecha 11 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

« Los acusados, Casimiro , Ceferino y Cesareo , pertenecientes al Servicio de Vigilancia Pesquera de la Cofradía de Pescadores "La Anunciada" de Bayona, en el ejercicio de sus funciones como vigilantes de dicha Cofradía, redactaron un acta de infracción en la que relataban que el día 4 de octubre de 2013 Basilio , que había desempeñado funciones como vigilante también en la misma cofradía, se encontraba realizando actividades de furtivismo en colaboración con otra persona, a la que prestaba labores de vigilancia, siendo sobre las 10.00 horas, en la zona de Pedornes, A Guarda (Concello de Oia), a sabiendas de que dichos hechos no respondían a la realidad. El acusado Casimiro volvió a relatar dichos hechos con ocasión la denuncia presentada el día siguiente, 5 de octubre, ante la Guardia Civil, Puesto P. de Baiona-Nigrán, por otros incidentes producidos ese mismo día 5.

A consecuencia de dicha acta de infracción, le fue incoado a Basilio expediente sancionador NUM000 de la Conselleria de Medio Rural e do Mar, en el que llegó a formularse propuesta de sanción, que se encuentra suspendido mientras no recayese resolución en la causa que nos ocupa.

### Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLO

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Casimiro , Ceferino y Cesareo , de los delitos de falsedad y denuncia falsa objeto de acusación, con declaración de oficio de las costas procesales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal ».

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y Basilio (Acusación Particular), que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único. por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida inaplicación del art. 392 en relación con el art. 390.1.2º CP .

Motivos aducidos en nombre de Basilio (acusación particular).

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.1 CE . Motivo segundo . Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por vulneración del art. 24.2 CP . Motivo tercero. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1 CP . Motivo cuarto. Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 390.1.3º CP . Motivo quinto. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 390.1.4º en relación con el art. 390 CP .

### **Cuarto.**

La representación legal de Jon , Ceferino y Cesareo impugnaron los recursos al tiempo que articulaban un recurso adhesivo autónomo con un único motivo por infracción de precepto constitucional ( art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE ).

### **Quinto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente Basilio , apoyando su motivo quinto y solicitando la desestimación de los restantes, oponiéndose igualmente al recuso adhesivo articulado; la representación legal de Basilio (Acusación Particular) impugnó igualmente el recuso adhesivo y se adhirió al formulado por el Fiscal; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

### **Sexto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se suspendió la deliberación el día 17 de octubre de 2017, dictándose auto con la misma fecha prorrogándose el término ordinario para dictar sentencia hasta la fecha de celebración de un Pleno no jurisdiccional ( art. 264 LOPJ ). .

### **Séptimo.**

En fecha 3 de abril de 2018 se convocó Pleno no jurisdiccional el día 24 de abril, en el que se consideró innecesaria la adopción de acuerdo de carácter general.

### **Octavo.**

Por providencia de fecha 27 de junio se procedió a un nuevo señalamiento para el día 19 de julio de 2018 para deliberación, votación y fallo, las cuales se llevaron a cabo.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A) Recurso adhesivo de Casimiro , Ceferino y Cesareo .

#### Primero.

Examinamos en primer lugar el recurso adhesivo de las defensas. Su viabilidad en la actualidad no ofrece dudas a la vista de la evolución de la jurisprudencia y legislación en este punto. Nada impide a la defensa, pese a la absolución, y pese a que no interpuso en su momento recurso, introducir como petición propia autónoma una pretensión de absolución basada no ya en la atipicidad (según sostiene la sentencia) sino en la presunción de inocencia. Aunque sea una pretensión en abierta contradicción con el recurso principal, es admisible. Las reticencias que mantuvo la jurisprudencia para aceptar esa fórmula han ido cayendo progresivamente hasta imponerse un criterio de total apertura y laxitud, en armonía con lo que desde siempre se admitió en la jurisdicción civil.

El único motivo del recurso adhesivo se ampara en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim . Reclama el abrigo del derecho constitucional a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ); pero lo hace con un largo discurso que desborda lo argumentable en casación bajo esa leyenda.

Se propone una revaloración íntegra de toda la prueba personal. Niega crédito a algunos testigos y pretende imponer sus propias conclusiones sobre las plasmadas por la Sala en la sentencia de forma minuciosa, argumentada y suasoria. Con eso está sobrepasando lo admisible en casación a través de la denuncia de una vulneración de la presunción de inocencia.

Los esfuerzos de los recurrentes para ir desmontando los testimonios incriminatorios tratando de detectar divergencias en los diversos testimonios en las franjas horarias señaladas -que, por otra parte, resultan lógicas y hasta normales cuando son de detalle-, así como otros extremos contradictorios, aunque solo en apariencia si se ven las cosas detenidamente, son estériles y baldíos pues pretenden involucrar a la Sala de casación en tareas atribuidas en exclusiva al Tribunal de instancia. En esta sede basta con constatar que existe prueba correctamente valorada que sostiene la convicción expresada en la sentencia. No podemos adentrarnos en el debate al que nos quieren empujar los recurrentes adhesivos, descalificando declaraciones de testigos. El debate que se pretende reabrir quedó zanjado en la instancia.

No basta con estirar, de forma un tanto forzada, los horarios para intentar cohonestar la indubitada presencia del acusador particular en un curso esa mañana con el momento recogido en la denuncia (ni siquiera estirando también éste y adelantando media hora la cronología que figura en la denuncia). Ni en la mejor de las versiones para las defensas se hace verosímil la hipótesis alternativa mantenida: que los hechos denunciados sucediesen a las 9.30 y no a las diez (como se hizo constar), que Basilio en ese mismo momento se desplazase a Noia invirtiendo una hora y media en un trayecto que ordinariamente exige más de dos horas; y que varios testigos se hayan confabulado para mentir y proteger al denunciado.

El recurso adhesivo ha de ser desestimado.

B) Recursos de las acusaciones.

#### Segundo.

La acusación particular dedica el primero de sus motivos a denunciar una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ). Es una alegación puramente retórica y carente de toda autonomía. No aporta nada al resto de motivos.

Discrepa el recurrente de la respuesta jurídica que se ha dado a su pretensión acusatoria, una respuesta motivada y razonada. Su legítima divergencia habrá de canalizarla, como hace efectivamente en los siguientes motivos, a través de los respectivos cauces casacionales. Nada relevante, salvo lo que conlleva de ostentoso adorno efectista, añade la mención del derecho a la tutela judicial efectiva. No puede convertirse tal derecho en un cajón de sastre en el que encajar cualquier infracción legal. Solo una aplicación de la norma manifiestamente contradictoria a la lógica o totalmente a espaldas del sistema de fuentes del derecho violenta la tutela judicial efectiva. Otras diferencias en la interpretación de la legislación penal o procesal que no alcancen ese nivel esperpéntico deben encauzarse a través de los canales ordinarios: infracción de ley del art. 849.1º LECrim .

#### Tercero.

Tal precepto ( art. 849.1º LECrim ) aparece ya en el segundo motivo. Intenta convencernos de que la Sala de instancia se equivocó al no considerar funcionarios en el sentido del art. 24 CP a los acusados. Estos estaban



contratados como vigilantes por la cofradía de Pescadores "La Anunciada" de Bayona. Razona el recurso partiendo de la configuración de las Cofradías de Pescadores como Administración corporativa.

Eso no es suficiente para inferir que quien trabaja al servicio de ellas queda automáticamente constituido en funcionarios público.

De una parte, las Cofradías solo desarrollan funciones de carácter administrativo cuando actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración - art. 1 del Decreto 8/2014, de 16 de enero por el que se regulan las cofradías de Pescadores en Galicia y sus federaciones-, lo que no es el caso en relación a tales contratados. El art. 2 de tal Decreto referido al régimen jurídico de tales corporaciones resalta el carácter no administrativo del resto de sus actuaciones, las no estrictamente vinculadas con esa actividad consultiva y auxilio a la Administración. Entre ellas hay que ubicar todo lo referido a la contratación de personal para tareas varias entre ellas la protección de sus intereses corporativos con un sistema de vigilantes (guardapescas) privados.

Los guardapescas marítimos ( art. 123 bis de la Ley 6/2009, de 11 de diciembre que modifica la Ley 11/2008, de 3 de diciembre de Pesca de Galicia) colaboran con el Servicio de Guardacostas de Galicia para fortalecer las actividades de vigilancia e inspección; pero eso no les otorga la condición ni de agentes de la autoridad, ni de funcionarios públicos. No pierden su carácter de particulares ni a efectos de su posible tutela penal (como destaca la defensa en su impugnación al recurso); ni para alcanzar la idoneidad para ser sujetos activos de delitos especiales especificados por la condición de autoridad o funcionario publico.

Su contratación por la Cofradía de pescadores los hace trabajadores al servicio de aquélla; pero no constituye un nombramiento para ejercer funciones públicas. Continúan siendo particulares que colaboran con quienes sí desempeñan directamente funciones publicas (guardacostas).

Hay que descartar la posibilidad de aplicar el art. 390 CP que exige la condición de funcionario publico en el autor.

#### Cuarto.

Orillada esa tipicidad, entra en juego la argüida en el único motivo del recurso del Fiscal que en este punto coincide con el tercero de la acusación particular: sería de aplicación el art. 392 (falsedad cometida por particulares) en relación con el art. 390.1.2 CP (simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad).

La pretensión no puede ser acogida.

Se zambullen ambas acusaciones en la tortuosa jurisprudencia sobre el alcance de la destipificación en cuanto a los particulares de las falsedades ideológicas en el CP 1995 y la exégesis que deba darse al art. 390.1.2 CP de enrevesada dicción.

Es un tema ciertamente lleno de aristas. Pero en este caso se nos antoja cristalino que el precepto invocado (art. 390.1.2) no es apto para acoger lo que se presenta como una de las más claras falsedades ideológicas: narrar unos hechos que no se ajustan a la realidad (a ello se vino refiriendo desde sus primeros escritos de alegaciones en la causa la acusación: vid folio 111). Que se haga por escrito y en un impreso protocolizado por la cofradía no incrementa la antijuricidad de la conducta que es ilícita pero sin relevancia penal. Ninguna diferencia esencial en ese orden se descubre comparando la denuncia efectuada al día siguiente ante la Guardia Civil y ese impreso relleno por los acusados que dió lugar a un expediente disciplinario. Ni el impreso (acta de inspección) cumplimentado manualmente ni las manifestaciones ante la Guardia Civil (que en principio intuitivamente pudieran tener más entidad) hacen prueba. Son denuncias.

Imputar hechos falsos, si son delictivos, constituirá un delito de acusación y denuncia falsa si se hace ante la autoridad o ante quien tenga obligación de perseguirlos ( art. 456 CP ). Si es otro el escenario podrán dar vida al delito de calumnia (art. 205). Pero ni en uno ni en otro caso puede predicarse de los documentos generados donde plasman esas imputaciones que sean "falsarios". Difundir hechos deshonrosos no reales relatados en un documento y no constitutivos de delito podrá constituir una injuria ( art. 208 y 210 CP ), también cuando se trata de una infracción administrativa. Pero nunca un delito de falsedad si el autor es un particular.

No podemos tildar de documento simulado en el sentido del art. 390.1. 2º al escrito donde se plasman esos hechos falsos: estamos ante el más claro caso de un "faltar a la verdad en la narración de los hechos", falsedad destipificada cuando es obra de particulares.

Lo manifestado por un particular por escrito no merece mayor crédito que sus palabras. No tendría sentido que mentir en otros ámbitos mereciese una penalidad superior a la asignada a la mendacidad realizada ante un Juzgado después de emitir juramento o promesa de decir verdad (delitos de falso testimonio). En el caso presente



esa paradoja, que constituye un argumento de coherencia interna del Código, resulta definitiva para desechar la tipicidad falsaria alegada por Fiscal y acusación particular.

Si en lugar de relatar hechos constitutivos de una infracción administrativa se hubiese denunciado al querellante como autor de un delito (de homicidio, si se quiere), la pena no podría exceder de dos años; ni de multa si lo que se le hubiese imputado fuese otro delito no grave. Es absurdo -y hay que rechazar una exégesis que lleve a ello-, que, al tratarse de una infracción administrativa en lugar de un delito, se incremente la pena pudiendo elevarse hasta tres años de prisión ( art. 392 CP ). Que la denuncia se haga por escrito o verbalmente no modifica las cosas. No deja de ser una denuncia mendaz que, si no se refiere a un delito, no es típica penalmente como acertadamente ha concluido la Sala de instancia.

No se ha simulado un documento: el documento es real. Se han recogido en el mismo hechos que no eran ciertos. Por figurar en ese documento no eran acreedores jurídicamente de mayor credibilidad que la que habrían merecido si se tratase de testimonios verbales. No goza tal documento de ningún valor probatorio de su contenido. Va destinado precisamente a abrir un procedimiento para esclarecer y acreditar los hechos que se denuncian. Demuestra el acta que los hechos se denuncian en una fecha y por unas personas; pero no que el relato que se consigna sea cierto.

No se simula el documento, sino la narración. El uso del término simular en otros lugares del Código (vid. arts. 251.3º ó 457 CP ) invita a esa diferenciación.

El motivo tercero de esta parte así como el recurso del Fiscal han de ser desestimados.

#### **Quinto.**

No muy distintos serán los razonamientos para rechazar también el motivo cuarto de la acusación particular que ahora se fija en el art. 390. 1. 3º : (suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido).

Yerra también el recurrente en la exégesis de ese apartado del art. 390. Sanciona una falsedad ideológica: la consistente en hacer constar como partícipes en un acto (el acto documentado) a personas ajenas al mismo. No encaja en tal modalidad que el documento narre unos hechos en los que se imputa a personas una participación que no han tenido. Esta morfología falsaria se refiere a los que intervienen en el acto documentado, en este caso, el acta de inspección; no a terceros a los que se imputan los hechos que se narran. Las tres personas que firman el acta han intervenido en ella en efecto.

#### **Sexto.**

El motivo quinto no es más que el corolario de la estimación de motivos anteriores: si fuesen funcionarios públicos estaríamos ante la falsedad del art. 390.1.4. Ciertamente. Pero habiéndose negado esa condición a los acusados es insorteable el consiguiente fracaso de este motivo.

#### **Séptimo.**

Habiéndose desestimado tanto el recurso principal como el adhesivo, cada parte deberá correr con las costas causadas, a salvo el Fiscal cuya posición institucional es incompatible con una condena en costas ( art. 901 LECrim ).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y la Acusación particular Basilio , contra la Sentencia nº 457/2016 de 11 de octubre de 2016, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra-Vigo en causa seguida por un delito de falsificación de documento público.

2. Imponer el pago de las costas ocasionadas en su recurso a Basilio y a la pérdida del depósito legal si en su día lo hubieren constituido.

3.DESESTIMAR el recurso adhesivo de Casimiro , Ceferino y Cesareo contra sentencia y Audiencia arriba reseñada.



4.Imponer el pago de las costas ocasionadas en su recurso a Casimiro , Ceferino y Cesareo .

Notifíquese la presente resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro  
Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.