

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION 17ª
MADRID**

**Rollo enjuiciamiento de Sala nº 25/2008
(Procedimiento Abreviado)
Diligencias Previas Nº: 7.721/2002
Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid**

MAGISTRADOS:

**Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO
(Presidente)
D. JOSÉ LUIS SÁNCHEZ TRUJILLANO (Ponente)
D. RAMIRO VENTURA FACI**

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, en la causa de referencia, ha dictado

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY,

la siguiente

SENTENCIA

Nº 768 / 2009

En Madrid, a 17 de julio de 2.009

VISTO en Juicio Oral y público ante la Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, el rollo arriba referenciado, **(Procedimiento Abreviado nº 25/2008)**, procedente del Juzgado de

Instrucción nº 32 de Madrid, seguida por **un delito de uso de información relevante**, contra **CESÁREO ALIERTA IZUEL**, nacido en Zaragoza el día 5 de mayo de 1945, con DNI. 17807034- C hijo de Cesáreo y de Juana y contra **LUIS JAVIER PLACER MENDOZA**, nacido en Méjico el día 18 de octubre de 1968, hijo de Luis Javier y de Isabel, con DNI 25154311-Q,; habiendo sido partes, el Ministerio Fiscal representado por don Alejandro Luzón, el acusado don Cesáreo Alierta Izuel representado por la Procuradora Sra. María del Carmen Ortiz Cornago y defendido por el Letrado Sr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Sr. Horacio Oliva García, Sr. Jaime Alonso Callo y Sr. Ignacio Ayala Gómez, el acusado Luis Javier Placer Mendoza representado por el Procurador Sr. José Manuel Fernández Castro y defendido por el Letrado Sr. Nicolás González Cuellar Serrano.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don José Luis Sánchez Trujillano, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de uso de información privilegiada del artículo 285 y 286 3ª del Código Penal, en su redacción anterior a la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, reputando como responsables del mismo en concepto de autores del artículo 28 del Código Penal a Cesáreo Alierta Izuel y a Luis Javier Placer Mendoza, en quienes ente3ndió que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y solicitó la imposición de la pena a Cesáreo Alierta Izuel de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 24 meses con una cuota diaria de 50.000 pesetas, con sujeción a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1 del Código Penal y a Luis Javier Placer Mendoza, la pena de cuatro años de prisión y multa de 24 meses con una cuota diaria de 50.000 pesetas, con sujeción a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, de conformidad con el art. 53.1 del Código Penal, con penas accesorias y costas a ambos. Solicitó también el comiso de la ganancia obtenida conforme al artículo 127 del Código Penal: 1.862.726 euros (309.931.590 pesetas).

SEGUNDO.- Por la representación de Cesáreo Alierta Izuel en su escrito de defensa interesó cuestiones previas de previo pronunciamiento a resolver al inicio del juicio, mostrando su disconformidad con las correlativas al escrito de acusación.

TERCERO.- Por la representación de Luis Javier Placer Mendoza en su escrito de defensa mostró su disconformidad con las correlativas al escrito de acusación y solicitó la libre absolución de su representado.

CUARTO.- Abiertas las sesiones del Juicio oral se comenzó el acto con el análisis y planteamiento de las cuestiones previas alegadas por la defensa de Cesáreo Alierta Izuel, y por la defensa de Luis Javier Placer Mendoza, oponiéndose el Ministerio Fiscal a las mismas, admitiéndose la prueba documental propuesta por la defensa de ambos acusados y por la acusación.

El Tribunal admitió la prueba documental propuesta para la resolución de las cuestiones previas acordando la suspensión del acto del juicio.

Reanudada la segunda sesión del juicio se comenzó resolviendo sobre las cuestiones previas planteadas por las defensas en la sesión anterior rechazando las cuestiones previas planteadas en dicho acto, formulándose la correspondiente protesta, procediéndose a la práctica de la prueba testifical propuesta por la acusación y renunciando a parte de la testifical propuesta por las defensas.

Reanudada la tercera sesión del juicio se procedió a la práctica de la prueba pericial propuesta por la acusación y la defensa.

Reanudada la cuarta sesión del juicio se procedió a la incorporación a la causa de la grabación de la declaración testifical de don José Luis Jaime Dillet, no oponiéndose ninguna de las partes a su incorporación, calificando definitivamente las partes modificando la acusación el punto sexto respecto al comiso de la ganancia obtenida, solicitando proceder a acordar el comiso de la ganancia obtenida, conforme al artículo 127 del Código Penal: 1.862.726 euros, cantidad equivalente a 309.931.590 pesetas, beneficio obtenido por la venta de las acciones o, alternativamente, al menos en la cuantía de 685.447 euros, cantidad equivalente a 114.048. 840 pesetas, beneficio obtenido con la revalorización de las acciones el día 26 de septiembre de 1997.

Por las defensas se elevan las conclusiones provisionales a definitivas, quedando concluso y visto el juicio para sentencia.

HECHOS PROBADOS

1.La incorporación de España a las Comunidades Europeas supuso una serie de transformaciones en cuanto al modo de llevarse a cabo la ordenación del sector tabaquero que hubo de ser regulado por la Ley 38/1985, de 22 de noviembre de 1985- posteriormente derogada por la Ley 13/1998 de 4 de mayo de 1998 cosa que, a los efectos de lo que, seguidamente, se va a contar, no afecta a los hechos- por la cual habría de acomodarse la estructura en aquel momento existente al hecho de la prohibición de monopolios comerciales-impuesta por los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma- configurándose, por tal

motivo, la entidad “ Tabacalera. S.A.” como el organismo dedicado a la administración y gestión del monopolio de la fabricación de las labores de tabaco “... así como los de importación y comercio al por mayor... asumiendo los resultados de la explotación comercial de los mismos...”- art. 4-

Según el art. 4.2 de la mencionada Ley, el Estado tendría siempre la titularidad de la mayoría del capital de “Tabacalera S.A.”.

El día 10 de junio de 1996, Cesáreo Alierta Izuel- persona mayor de edad, titular del DNI 17807034, nacido el 5 de mayo de 1945- fue nombrado Presidente del Consejo de Administración de la sociedad estatal “Tabacalera S.A”.

Por tal motivo quedaba sometido al contenido del art. 7 de la entonces vigente- porque la misma fue derogada con posterioridad por la Ley 5/2006, de 10 de abril de 2006- Ley 12/1995 del 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado y el art. 8 del Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos, cosa que cumplió a través de la declaración de sus bienes. No obstante, existía un Reglamento interno, de vigencia a partir del 1 de febrero de 1.994 por el que, en esencia, se imponía la obligación de no usar la información obtenida por la sociedad bien para aprovecharse personalmente bien para hacerlo a través de terceros.

Durante el año 1996, por consecuencia de su cargo, llevaba a cabo la gestión de la sociedad estableciéndose como objetivos, entre otras cosas, potenciar las áreas comerciales de los tres negocios básicos de la entidad, cigarrillos, cigarros y distribución y ello “... tanto en el ámbito nacional como en los mercados internacionales...”. Así lo expuso Cesáreo Alierta Izuel en la Carta del Presidente confeccionada con motivo del Informe Anual de Tabacalera S.A. correspondiente al año mencionado.

Con el paso del tiempo, en 1997, ese planteamiento se centró en el objetivo, entre otros que no se mencionan por hacer referencia a la comercialización de cigarrillos, de liderar el mercado mundial de cigarros- puros-.

Concedor de que se iba a centrar la política de Tabacalera S.A. a través del impulso que él le fuera a imprimir como Presidente de su Consejo de Administración, Cesáreo Alierta Izuel ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinados datos sustanciales relativos al mercado bursátil, a las operaciones que se iban a realizar y a la repercusión que tales hechos fueran a tener en el desenvolvimiento del mercado de valores para obtener, de ese modo, una ventaja patrimonial considerable.

2. La política mencionada de liderar el mercado mundial de cigarros- cosa que admitió Cesáreo Alierta Izuel en la Carta que remitió a los accionistas por razón del Informe Anual relativo a la gestión del año 1997- pasaba por introducirse en el mercado de los cigarros puros, mercado que habría de encontrarse centrado en los Estados Unidos de América.

Obviamente, tal política no podría llevarse a cabo sino a través de una serie de pasos sucesivos tendentes unos a la creación de la compañía, dentro de Tabacalera S.A., que se hubiera de dedicar a tal fin, otros a la obtención de un distribuidor del producto y una última, no menos relevante, dirigida a la adquisición de una compañía tabaquera a fin de llevar a cabo la fabricación, importación y distribución de cigarros y cigarrillos.

A tal efecto se constituyó la sociedad Tabacalera Cigars International (TCI) con un capital social de 26.000 millones de pesetas, cosa que ocurrió el día 13 de mayo de 1997.

Tal compañía habría de tratarse de una sociedad de cartera que se dedicó a la compra del 100 % de las acciones de Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, por valor de 20, 2 y 6, 7 millones de dólares, respectivamente, entidades que tenían por objeto la fabricación manual de cigarros de alta calidad.

El hecho de denominar a la entidad de ese modo-TCI- no fue casual sino que obedecía a la voluntad de que se le hubiera de vincular a una denominación deliberadamente anglosajona a fin de dar a entender determinada política de expansión.

Política de esta de expansión que continuó por el acuerdo al que llegó TCI con la entidad norteamericana Max Rohr de compraventa para adquirir en el futuro el 100 % de sus acciones, sociedad, la que se ha mencionado, que se encontraba domiciliada en California (USA) y que se dedicaba a la comercialización y distribución de cigarros puros- de sus propias marcas y de terceros- y de otros productos relacionados con el tabaco.

Tales hechos se comunicaron a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hechos relevantes los días 14 de mayo de 1997 y 11 de julio de 1997 figurando como hechos relevantes números 9061 y 9697- este último asociado con el anterior-.

3. La mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco.

Por distintos motivos, fundamentalmente porque las otras tres grandes compañías que hubieran podido cumplir con ese cometido- Consolidate Cigars, General Cigars y Swisher- cotizaban en Bolsa, se centró el interés de Tabacalera S.A. en la compra de Havatampa Inc., entidad que tenía dos fábricas en Tampa (Florida) y en Selma (Alabama).

A tal fin, en enero de 1997 se comenzaron los estudios sobre la situación del mercado de Havatampa.

Durante los días 19 a 21 de febrero de 1997, CESÁREO ALIERTA IZUEL, en compañía de algunos de los directivos más significados de Tabacalera S.A. mantuvieron una reunión en Tampa con los señores Arthur y Morgan a fin de dar a conocer sus respectivas posturas.

Fruto de tales conversaciones, el día 7 de marzo de 1997, CESÁREO ALIERTA IZUEL, como Presidente del Consejo de Administración de Tabacalera S.A., firmó el denominado "Confidencial Agreement" con Havatampa. A través de tal acuerdo, una de las partes, Havatampa, se comprometía a proporcionar a Tabacalera S.A. toda la información necesaria para evaluarla y la otra, Tabacalera S.A., se comprometía a mantener la información obtenida en un ámbito de absoluta discreción.

Durante el mes de junio de 1997, se iniciaron las reuniones de Tabacalera S.A. con la entidad Salomon Brothers, contratada como asesores financieros por Tabacalera S.A. a fin de informar sobre la procedencia del proceso.

El día 23 de julio de 1997 mantuvieron una reunión en Madrid los directivos de una y otra compañías entendiendo Tabacalera S.A. que el precio que se le solicitaba por la operación habría de resultar excesivo.

El 30 de julio de 1997, Salomon Brothers contrató a Freshfield Abogados para el asesoramiento de la operación y el día siguiente Tabacalera S.A. contrató a la compañía Arthur & Andersen a fin de que le informara sobre determinados aspectos relevantes- de auditoría y contabilidad- relativos a la operación.

El día 4 de agosto de 1997, Salomon Brothers confeccionó un informe sobre las estructuras de la operación alcanzándose, definitivamente, el 8 de septiembre de 1997, en Tampa un acuerdo verbal sobre el precio a que habrían de ascender los activos de Havatampa firmándose el día 10 de septiembre el acuerdo de principios para la compra de los activos correspondientes a la división de cigarros de Havatampa Inc.

El día 11 de septiembre de 1997 Tabacalera S.A. comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante número 10.087 la adquisición de las compañías hondureña y nicaragüense antes citadas y la adquisición de los activos (inmovilizado material y marcas) correspondientes a la división de cigarros de Havatampa Inc.

4. De manera simultánea a todo el proceso que se ha ido refiriendo, Cesáreo Alierta Izuel conector del funcionamiento de la Bolsa y de la política de expansión a que antes se hizo referencia, entendiendo que la noticia de la adquisición de la tabaquera antes mencionada iba a tener repercusión en el precio de las acciones de la sociedad, se puso de acuerdo con Luis Javier Placer Mendoza- persona igualmente mayor edad, nacido el 15 de octubre de 1968, titular del DNI 25154311- para que, apareciendo este último como único interviniente de la operación que, seguidamente se va describir, pareciera que fuese Luis Javier Placer Mendoza quien llevara a cabo determinada inversión respecto de la que se sabía, por el conocimiento de las vicisitudes de la negociación, que iba a ser manifiestamente rentable.

Así, Cesáreo Alierta Izuel, antiguo empleado- y de los que hubieron de tener un cargo más relevante en el Banco por haber ocupado con anterioridad la Dirección del área de mercado de capitales de la entidad, entre otros- y su esposa, Ana Cristina Placer Peralta, solicitaron el día 4 de abril de 1997 del Banco Urquijo una propuesta de operación de activo- que fue registrada con el

nº 74/97 de la oficina 0830 de la entidad- de crédito en cuenta corriente con garantía de valores por importe de 400 millones Ptas., con vencimiento a un año. Habría de constituir el objeto de la operación la "... adquisición de valores del IBEX (valores de primera línea)..." y habrían de configurarse como garantías de la operación inicialmente el compromiso de pignoración irrevocable de la compra de las acciones del IBEX (cobertura mínima del 110%) y después pignoración fehaciente figurando como observaciones las siguientes: "... el Sr. Alierta y su mujer tienen en el banco dos pólizas por importe de 60 y 200 millones Ptas. Son los únicos propietarios de la sociedad Barnsley. El Sr. Alierta es el Presidente de Tabacalera S.A...."

La operación propuesta se aprobó con fecha 8 de abril de 1997 y se ratificó al día siguiente por el Director de inversiones, Sr. Cuervo, resultando tal propuesta ratificada en Comisión Delegada de 30 de abril de 1997.

El día 7 de mayo de 1997, Cesáreo Alierta Izuel, en compañía de Ana Cristina Placer Peralta constituyó la entidad Creaciones Baluarte S.A., con un capital social de 10 millones de Ptas. suscribiendo Cesáreo Alierta Izuel el 49,5 %, Ana Cristina Placer Peralta el 49,5% y el 1 % restante la sociedad Barnsley S.A., también vinculada al matrimonio, nombrándosele a Ana Cristina Placer Peralta como Administradora Única, figurando como domicilio social el del matrimonio y como objeto social la intervención de operaciones de bolsa. La constitución de la sociedad fue autorizada por escritura pública otorgada por el Notario Sr. Caballería Gómez y fue inscrita en el Registro Mercantil el 22 de mayo de 1997.

No bastante, antes de que tuviera lugar la inscripción en el Registro Mercantil, la mencionada sociedad, recién constituida, se configuró, respecto de la propuesta de operación de activo a que antes hizo mención, como la parte acreditada del contrato de apertura en cuenta corriente número 194/97 que se instrumentó, con la intervención del fedatario mercantil D. Ignacio de la Mora Leblanc, contrato en el que se hacía mención, como destino exclusivo de la póliza, "... la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera S.A...." (sic).

Dicha póliza contenía determinadas otras cláusulas, alguna de ellas, de vencimiento anticipado, de las que caben destacar las 6 e/, que disponía "... cuando se produzca un cambio en el accionariado de la parte acreditada, de tal manera que su principal accionista reduzca su participación porcentual en el capital social, con respecto al que tiene en el momento de suscribir la póliza ..." y la 14, que disponía "... una vez adquiridas por la parte acreditada las acciones de Tabacalera S.A. cuya compra se financia con el presente crédito, la parte acreditada se compromete irrevocablemente a constituir sobre tales acciones- que quedan depositadas en el banco Urquijo S.A. mientras se encuentre vigente la presente operación de crédito garantía pignoraticia a favor del Banco que se formalizará en Anexo a la presente póliza intervenida por fedatario mercantil según modelo de impreso que se une como Anexo al presente documento en garantía del buen fin de la presente operación de crédito y ello sin perjuicio su responsabilidad personal ilimitada.

La parte acreditada se compromete a que los valores pignorados representen en todo momento, al menos computados por su valor de cotización, una

cobertura de 110% respecto del capital concedido del crédito por lo que si las oscilaciones del mercado bursátil hicieran bajar la cobertura que inicialmente representan respecto dicho porcentaje deberá entregar al Banco nuevos valores en cuantía suficiente para complementar la garantía inicial o garantizar el fin en suficientemente la diferencia a plena satisfacción del Banco y si no le hiciere, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que fuera requerida para ello por el Banco, podrá este, dar por resuelto el presente contrato y realizar la prenda conforme al procedimiento que se establece al efecto en y la cláusula de pignoración y aplicar el importe de las ventas a rebajar el saldo dispuesto de la cuenta de crédito.

El incumplimiento por la parte acreditada de tal compromiso de constitución de prenda dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que sean adquiridas las acciones cuya compra se financia con el presente crédito facultada al Banco para proceder a la venta de las citadas acciones y aplicar su importe líquido a la cancelación anticipada hasta de alcance el presente crédito para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta...”.

No consta que la evolución bancaria del crédito generara ningún tipo de incidente.

En cualquier caso, a poco de haberse firmado la póliza de crédito- no antes del 13 de mayo de 1.997- se comunicó el cambio de titularidad del crédito al Banco tomando el Banco nota del mismo y manteniéndose las nuevas condiciones y garantías, cosa que sí se difirió a la aprobación por la Comisión Delegada, que lo ratificó como Creaciones Baluarte S.A. (antes Cesáreo Alierta y Sra.).

En su momento se presentó una póliza de fecha 2 de junio de 1997, otorgada ante la Corredora de Comercio doña Julia Sánchez López por la que Luis Javier Placer Mendoza adquirió la totalidad de las acciones de Creaciones Baluarte S.A.

Figuran determinados contratos suscritos el 5 de junio de 1997 entre Luis Javier Placer Mendoza en nombre y representación de Creaciones Baluarte S.A., a la que se le asignó el domicilio de la c/ Claudio Coello 78 de Madrid, y Beta Capital SV S.A., entidad también vinculada con Cesáreo Alierta Izuel para la gestión de cartera y apertura de cuenta, depósito y administración de valores.

5. A los efectos de invertir en bolsa Luis Javier Placer Mendoza solicitó a José Luis Jaime Dillet y a Rafael Collada Barreno determinada cantidad de dinero- 55.000.000 Ptas.-dinero que le proporcionaron los mencionados Dillet y Collada, lo que no impidió que Cesáreo Alierta Izuel satisficiera a ambos dos por las cantidades dadas en préstamo.

6. Una vez Luis Javier Placer Mendoza como propietario de las acciones de Creaciones Baluarte S.A., y en parte por determinados cargos de 29.193.632 y 24.283.212 Ptas., entre los días 10 y 12 de junio de 1997 compró 13.410 acciones de Tabacalera S.A., por valor de 97.476.741 Ptas. que se vendieron

entre los días 8 y 10 de julio de 1997 por 111.415.919 Ptas., generándose unas ganancias de poco menos de 14 millones Ptas.

7. Previendo el impacto que habría de suponer en el mercado el anuncio de la compra de Havatampa, entre el 14 de agosto de 1997 y el 5 de septiembre de 1997, Creaciones Baluarte S.A. compró a la Bolsa de Madrid 48.948 acciones de Tabacalera S.A. por un precio de 388.109.640 Ptas. que vendió con posterioridad entre los días 21 de enero de 1998 y 27 de febrero de 1998 por valor de 609.041.230 Ptas., generándose una ganancia de 309.931.590 Ptas.

8. Prácticamente a la vez, porque la última habría sido el 1 de marzo de 1997, se decidió una subida de las labores del tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna) en una cifra cercana al 10%,- el 9'43%- cosa que se hizo por resolución del 11 de septiembre de 1997 de la Delegación del Gobierno en el monopolio de tabacos, que se publicó en el BOE del día siguiente y que fue comunicada el día 15 - lunes- a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

Tales extremos determinaron un impacto alcista de los valores de Tabacalera S.A. que persistieron a lo largo del tiempo.

9. Por los hechos mencionados interpuso querrela el Procurador Sr. Hidalgo Senén, en la representación procesal de la entidad AUGE, querrela que fue presentada el día 22 de noviembre de 2002 dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas/Procedimiento Abreviado 7721/2002 del Juzgado de Instrucción nº 32 de los de esta Villa de Madrid.

Interpuesta la querrela, por auto de 2 de diciembre de 2002 se dispuso tener por interpuesta la misma y, previo a resolver, dar traslado al Ministerio Fiscal "...para que emita informe sobre competencia y, en su caso, procedimiento y trámite a seguir..."

Con fecha 9 de diciembre de 2002 el Ministerio Fiscal emitió informe entendiendo que, en función de la relación circunstanciada de hechos contenida en la querrela, la misma habría de integrar los delitos de uso de información privilegiada y prevaricación, aparentemente conectados entre sí, y que los mismos se habrían de haber cometido en Madrid afirmando, en definitiva, que habría de resultar procedente la admisión a trámite de la querrela y la tramitación por parte del Juzgado de Instrucción nº 32 del pertinente procedimiento solicitando, por otrosí, la exigencia de prestación de fianza al querellante por 3.000 €.

Abstracción de determinadas otras cuestiones,-relativas al requerimiento de prestación de fianza, al juego de recursos que tal hecho motivó y al requerimiento de la Fiscalía (Anticorrupción) de las Diligencias de Investigación 1/2002- por auto de 14 de febrero de 2003 se dispuso la inadmisión a trámite de la querrela por no ser los hechos que daban lugar a la misma constitutivos de delito, resolución que, recurrida por el querellante en reforma,- reforma que

impugnó el Ministerio Fiscal- fue desestimada por auto de 14 de marzo de 2003 y recurrido en apelación por el querellante- recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal- fue estimado parcialmente- en cuanto al delito de uso de información privilegiada, no en cuanto a determinado delito de prevaricación que también fue objeto de la querrela-por auto de la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial de Madrid de 6 de junio de 2003 disponiéndose, definitivamente, por auto de 1 de septiembre de 2003, la admisión a trámite de la querrela, momento en el que se dispuso dar traslado de la misma a los querrellados en calidad de imputados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Sobre las cuestiones previas.

Una parte relevante del acto del juicio fue la que se dedicó, por parte de las defensas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 786.2 de la LECrim., al planteamiento y exposición de las cuestiones previas.

La defensa de Cesáreo Alierta Izuel, -el Letrado Sr. Oliva, porque los Letrados convinieron que uno hubiera de intervenir para exponer las cuestiones previas que se fueran a plantear y el otro el que llevara a cabo el resto de la actuación del juicio, cosa que se efectuó, todavía, dividiéndose el cometido entre los diferentes Letrados- propuso tres cuestiones previas que habrían de hacer a la prescripción del delito, a la inexistencia- acaso- del requisito de procedibilidad que el concreto tipo que da lugar a este proceso hubiera de requerir y la que habría de afectar a la -eventual- vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en tanto que, por el devenir del proceso, la actuación del Tribunal Supremo, en cuanto que estimó determinado recurso de casación, hubo de producir una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La defensa de Luis Javier Placer Mendoza por su parte, se adhirió, obviamente, a las cuestiones que se expusieron por la otra defensa y, a su vez, planteó otras dos más: una relativa a una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por haberse de considerar ineficaz el auto de transformación a Procedimiento Abreviado en su momento dictado y otra que habría de hacer referencia al principio *non bis in idem* por consecuencia de haberse sustanciado, respecto de Luis Javier Placer Mendoza, en su momento determinado otro proceso a fin de depurar las responsabilidades por motivo de estos mismos hechos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la cuestión previa que habría de hacer referencia a la prescripción, en tanto que este extremo -que se configura como una causa de extinción de la responsabilidad criminal- va a desarrollarse con posterioridad, a fin de no quebrantar el hilo lógico de la presente resolución, será después, cuando se examinen los elementos del delito y los hechos impeditivos o extintivos del mismo, cuando sea examinada.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión previa que habría de hacer referencia al- eventual- incumplimiento del requisito de procedibilidad prevenido en el artículo 287 del Código Penal, no ha lugar.

Disponía el artículo 287 del Código Penal antes de la reforma operada por la L.O: 15/2003 "...1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas..." y dispone el artículo 287 después de la reforma prácticamente lo mismo pero sustituyendo la mención que se hacía antes al término Capítulo por el término Sección acotando, en consecuencia, el requisito de procedibilidad a los contenidos en esta última lo que supuso, fundamentalmente, la modificación de la naturaleza de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que pasaron a ser delitos públicos.

Agraviado es el participio de agraviar y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua agravio es *"ofensa que se hace a uno en su honra o fama con algún dicho o hecho"*

El término agraviado aparece en el Código Penal en el artículo 23- con motivo de la circunstancia mixta de parentesco- y 113- en cuanto al contenido de la responsabilidad civil- y el término agraviada, persona agraviada, que es el que emplea el art. 287 del Código Penal, aparece mencionado en los artículos 161, 191, 201, 228, 267 y 296 -además del propio artículo 287- en cuanto a los delitos y 620, 621 y 639 en cuanto a las faltas.

Normalmente el Código Penal tiende a asociar el uso de ese concepto al de la legitimación para posibilitar la existencia de proceso

De eso se trata la cuestión previa que en este momento se está resolviendo.

Procede, no obstante, una reflexión inicial.

La definición que se ha mencionado con anterioridad de agraviado parece llevar consigo, de manera intrínseca, la idea de causación de un perjuicio- resultado este que habría de ser el fundamento de la pretensión punitiva que, normalmente, se materializa en la denuncia-.

Sin embargo, esta se trataría de una afirmación muy discutible porque agraviado viene a asociarse más con víctima, con sujeto paciente, mientras que perjudicado pudiera hacer referencia a otro matiz distinto, bien al titular del bien jurídico protegido, bien al titular de la pretensión de resarcimiento.

En cualquier caso- cfr. FJ 7º STS de 4 de junio de 2004- ha de estarse a lo que dispone la doctrina en relación con esta materia indicando la resolución que se acaba de mencionar que "... las personas agraviadas (afirmación que se está haciendo para resolver sobre el requisito de procedibilidad) no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados..."

Y, si cabe, la cosa se habría de complicar todavía un poco más.

Examinado el tipo, el mismo se puede cometer a través de diferentes acciones que generan, a su vez, resultados distintos: obtener un beneficio o causar un perjuicio.

Parecería- reflexión de la que se hizo eco el Letrado Sr. Oliva a la hora de plantear y exponer la cuestión previa- que la acción que, en principio, hubiera de configurarse como de mayor gravedad, la relativa a la causación de un perjuicio, hubiera de quedar condicionada a su persecución por el hipotético perjudicado.

Pero tal planteamiento no habría de transmitirse a la otra hipótesis porque, supuesto que la modalidad de la acción consistente en la obtención de un beneficio no hubiera de generar perjudicados, no habría de haber agraviados, a los efectos del delito, que se pudieran encontrar en la condición que menciona el Código Penal para poder dar lugar al proceso correspondiente para la persecución de delito llegando a la conclusión de que el legislador habría construido una hipótesis de imposible aplicación y que la misma no podría ser obviada por el Ministerio Fiscal a salvo de un acto de retorcimiento en la interpretación de la ley.

Con reconocer al Letrado de la defensa la relevancia del argumento planteado, de mucho más calado que el que pudiera parecer en principio, no es procedente la estimación de esta cuestión previa.

Y ello por dos razones. La primera porque si bien el requisito de procedibilidad se expresa del modo que se ha indicado, no es menos cierto que se ha ido abriendo la posibilidad de la participación en el proceso de otros intervinientes distintos al de los propios perjudicados.

En efecto, como agudamente planteó el Ministerio Fiscal en su réplica al trámite de las cuestiones previas, se ha ido abriendo una interpretación por la cual se tiende a ir flexibilizando los requisitos impuestos por la ley de cara a la legitimación. Eso es lo que habría de suceder con lo que dispone, de cara a la intervención en procesos que hubieran de afectar a intereses difusos, con los artículos 6.7 y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos que habrían de trasladarse al proceso penal por el carácter supletorio de la LECivil respecto del resto de procesos existentes -cfr. art. 4 del mencionado texto legal-.

En cualquier caso dispone el artículo 11 de la LECivil lo siguiente: "...1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones

de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios...”

Ex ante, por su propio objeto y por la actividad a la que se dedicaba, la entidad AUGE se configuraba como una entidad que hubiera de tener cierta aptitud para intervenir en el proceso como aglutinadora de eventuales afectados por el hecho.

Por otro lado, porque con independencia de lo que seguidamente se va a decir cuando se examine la tercera de las cuestiones previas, la solución- en parte- ya la habría de haber proporcionado el Tribunal Supremo en el planteamiento del presente supuesto expresado en la Sentencia de 8 de junio de 2007: siguiéndose la presente causa por un hecho complejo, habría de ir de la mano de la seguridad jurídica- cfr. art 9.3 de la Constitución-no actuar con precipitación.

Pues bien, habrá de tenerse en cuenta que el párrafo segundo del artículo 285 del C.P. prevé la figura por a que no habría de ser necesaria la presentación de denuncia por el perjudicado cuando el delito afecte a los intereses generales.

Y no habría de ser óbice el hecho de que, acaso, no se hubiera de acoger el subtipo agravado por el que el Ministerio Fiscal mantuvo acusación porque, en cuanto tal, el mismo habría de exigir la causación de grave daño a los intereses generales, cosa, que no exige el requisito de procedibilidad que sólo se refiere a la intervención- directa- del Ministerio Fiscal en los supuestos en que el hecho tenga la posibilidad de afectar a tales intereses generales.

En cualquier caso, se trataría de un supuesto dudoso, supuesto que, por la materia a la que habría de afectar, habría de ser resuelto conforme a los

principios que la habrían de resultar aplicables, en este caso el principio “*pro actione*”.

En resumen, habiendo comenzado el proceso en virtud de querrela de quien, en principio, hubiera de tener- cierta- aptitud para configurarse como persona agraviada y habiendo intervenido el Ministerio Fiscal en un procedimiento previamente iniciado por parte de quien pudiera tener el derecho a ello, habría de resultarle de aplicación la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002 por la que “... una vez presentada (se está refiriendo a la denuncia) la continuación del proceso escapa del control del denunciante, incluso en aquellos delitos en que tiene la naturaleza de presupuesto de procedibilidad, con la única excepción de los casos en que se admite el perdón y queda en manos del denunciante “ abortar las diligencias judiciales por su sola voluntad...” y en la sentencia de 16 de marzo de 2007 que establece que “...si bien en los llamados delitos semipúblicos, como titular del bien jurídico protegido, es a la persona agraviada a quien compete, como inexcusable requisito de procedibilidad, formular la denuncia, como una verdadera “*legitimatío al processum*” que le legitima para la iniciación y substanciación del procedimiento, a salvo las iniciativas que puede adoptar el Ministerio Fiscal, por atribución de su Estatuto (art. 3.7 Ley 30/81) y del propio Código Penal (art. 296.1 y 2), sin embargo, aunque la víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia, no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido, o su apartamiento del procedimiento, no extingue la acción penal...”

Y por lo que se refiere a la tercera cuestión previa alegada por la defensa de Cesáreo Alierta Izuel- como ya se anticipó en la sesión del juicio del 17 de abril de 2.009, una vez que se plantearon las cuestiones previas de conformidad con lo expuesto en el artículo 786.2 de la LECrim.- no ha lugar.

Y ello, fundamentalmente, por los mismos motivos que se expusieron para fundamentar la decisión que se había adoptado y que permitían entrar de lleno al acto del juicio oral, poco antes comenzado.

Es el momento de recordar los dos recursos de amparo que se interpusieron- registrados con los números 6.905 y 7.048 de 2.006, sustancialmente idénticos- interpuestos por entender que los autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 febrero y de 10 de mayo de 2006, que declararon recurrible el auto de 2 de noviembre de 2005 dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid- de hecho, a través de otra resolución posterior, lo revocaron- habrían de vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente del deber de respetar la intangibilidad de las resoluciones firmes en la medida que permitieron la prosecución del presente proceso que hubo de darse por definitivamente concluido por haberse dictado- y ello por el conocimiento que tuvo la Sala en virtud de determinados recursos de apelación interpuestos- un auto de sobreseimiento libre.

La cuestión no es de solución sencilla.

Cierto que, por el régimen jurídico contenido en la LECrim.- arts 757 y ss.- la causa, razonablemente, habría de haber concluido por consecuencia de la resolución de la Audiencia Provincial de 2 de noviembre de 2005 que, por consecuencia del conocimiento de la misma- atribuido en plenitud de jurisdicción y por el desenvolvimiento del juego ordinario de los recursos, a fin de resolver determinado recurso de apelación- acordó el sobreseimiento libre de la misma por entender que en el delito que habría de ser su objeto habría de concurrir la causa de extinción de la responsabilidad criminal en que consiste la prescripción.

Pero no es menos cierto que, aún planteándose inicialmente las cosas del modo que se acaba de exponer, existe el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005 que habría de regular la materia que se está tratando y que dice lo siguiente:”... Autos en procedimiento abreviado recurribles en casación.

PRIMERO.- Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

- 1) Se trata de un auto de sobreseimiento libre.
- 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.
- 3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación...”.

En cualquier caso, la cosa no habría de generar gran discusión porque, abstracción expresa de determinadas otras consideraciones, es lo cierto que este órgano jurisdiccional no puede ni desconocer ni dejar de acatar tal decisión.

Dicho de otra forma. No desconoce la Sala el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, una de cuyas manifestaciones es la del derecho a la eficacia de las resoluciones judiciales y una de cuyas proyecciones, de manera específica, es el derecho- además del derecho a la firmeza de la sentencia- a la intangibilidad de las resoluciones jurídicas declaradas -cfr. STC 314/1994-.

Pero tampoco desconoce la estructura jerárquica del principio de unidad jurisdiccional sucediendo que el Tribunal Supremo es el órgano superior de todos los órdenes- cfr arts. 117.5 123.1 de la Constitución-.

Pues bien, ha de recordarse en relación con el punto que ahora se resuelve, la aguda reflexión contenida en el voto particular expresado por el Magistrado del Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, en ambos dos recursos de amparo.

No puede este Tribunal dejar de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada- en realidad, cierto es que todavía habría de existir la posibilidad de plantear, en sede jurisdiccional ordinaria la cuestión: esta parte de la resolución habría de ser consecuencia de ello- y entender que el trámite contemplado en el artículo 786.2 se ha empleado para la exposición, por parte de una de las defensas, de lo que han estimado por conveniente acerca de la vulneración de algún derecho fundamental.

Pero tampoco puede dejar de dar cumplimiento a Sentencia del Tribunal Supremo dictada- porque, de no dar tal cumplimiento, se había de interponer por la acusación determinado recurso de casación que llevaría al Tribunal Supremo a mantener su doctrina existiendo la posibilidad de reproducirse, de manera fatigosa, la cuestión de una forma circular e indefinida y porque, en cuanto tal, es lo cierto que la resolución del Tribunal Supremo ha sido dictada al amparo del Acuerdo no jurisdiccional al que antes ha hecho mención, acuerdo que, ex ante, preveía la posibilidad de recurso para la hipótesis que se está contemplando-.

Por las razones expuestas ha de desestimarse la tercera de las cuestiones previas promovidas por la defensa de Cesáreo Alierta Izuel.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones previas planteadas por la defensa de Luis Javier Placer Mendoza- en rigor, la cuarta, porque la defensa de Luis Javier Placer Mendoza no hizo otra cosa que adherirse a las cuestiones previas planteadas por la defensa de Cesáreo Alierta Izuel haciéndolas suyas de tal modo que, a mayores de las tres ya expuestas, vino a plantear otras dos- no ha lugar la misma.

Tal cuestión previa afirma que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por infracción de la cosa juzgada, a un proceso con toda las garantías en tanto que habría de suponer una afectación del principio “non bis in idem” en su vertiente procesal y por infracción del principio de legalidad- del artículo 25 de la Constitución- por la estimación, por parte del Tribunal Supremo del recurso alegado contra el auto

de sobreseimiento libre acordado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial sucediendo que, por consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007, la Audiencia Provincial de Madrid- la Sección 6ª- consideró revocado no sólo el auto de transformación a Procedimiento Abreviado sino también otra resolución autónoma- el auto de 14 de febrero de 2006 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por las defensas contra el auto de 17 de junio de 2005 que dispuso la transformación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado y contra el auto de 8 de julio de 2005 que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el anterior-. Considera, en definitiva, que el auto de Procedimiento Abreviado no es válido y que se vulnera- a través del auto de 27 de junio de 2007 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial- el derecho a un proceso con todas las garantías así como al principio acusatorio por revocarse por la Sala una resolución firme- que, todavía, no fue combatida por las acusaciones-.

Pocas veces se habrá podido ver en el ámbito procesal una vida tan tortuosa como la que hubo de tener el rollo de apelación de trámite- RT - registrado en la Sección 6ª con el nº 500/2005.

Y, de hecho, el devenir de su desenvolvimiento tuvo lugar como expuso la defensa.

Efectivamente, en un determinado momento de la instrucción- esto es, se insiste en ello, en fase de instrucción- se articuló por una de las defensas la pretensión de entender prescrito el delito.

Tal pretensión fue desestimada por auto de 7 de junio de 2005 que entendió que no habría prescrito el delito.

Recurrida tal resolución por las defensas, se desestimó el recurso de reforma por auto de 29 de junio de 2005 y el de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial por auto de 2 de noviembre de 2005. (A partir de ahí se combatió esta última resolución por las acusaciones, es de prever que primero en queja pero, en cualquier caso, acabó sustanciándose respecto de la misma el recurso de casación interpuesto, recurso, el interpuesto por las partes acusadoras, que fue estimado por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007).

Como sucediera que la sustanciación del juego de recursos no hubiera de producir un efecto suspensivo de la instrucción, ésta siguió adelante llegando el momento en que hubo de considerarse agotada la misma dictándose, a tal fin, auto de transformación a Procedimiento Abreviado el 17 de junio de 2005. Recurrido en reforma por la defensa, el recurso de reforma

fue desestimado por auto de 8 de julio de 2005, interponiéndose recurso de apelación por la defensa que promueve esta cuestión.

Como hubiera de suceder que en el momento en que se hubo de resolver sobre tal recurso ya había entrado la Sala a conocer sobre el extremo relevante de la causa que hacía a la prescripción misma- y por ello que, al haberlo estimado, había dispuesto el sobreseimiento libre- el recurso de apelación contra el auto de transformación a Procedimiento Abreviado, que hubo de llegar a la Sala con posterioridad, hubo de carecer de objeto, razón por la cual se estimó- así se pronunció de manera específica la Sala-

Sucedió, sin embargo, que el Tribunal Supremo casó el auto de 2 de noviembre de 2005 en virtud de sentencia de 8 de junio de 2007 ocurriendo, desde el punto de vista del resultado, que se modificó de forma sustancial la situación- por haber desaparecido el presupuesto que impedía el dirigir la causa contra los acusados-. Tal hecho se lo vino a plantear la Audiencia Provincial. A tal efecto dictó el auto de 27 de junio de 2007- que no figura en el procedimiento- en el que hubo de enfrentarse con la situación resolviéndola en el sentido de disponer expresa y claramente la continuación de la tramitación del Rollo para la valoración y resolución de los recursos de apelación en su momento resueltos.

Cierto, en tal sentido, que el recurso de apelación genérico interpuesto contra el auto de incoación de Procedimiento Abreviado se estimó- por auto de 14 de febrero de 2006- y que, respecto del mismo, no hubo de interponer recurso alguno ninguna parte acusadora.

Pero no es menos cierto que tal estimación obedeció a la existencia de determinada decisión previa, anterior, de sobreseimiento libre.

En la medida que desapareció el argumento en que se hubo de fundamentar la resolución dictada, la Sala hubo de resolver tal situación- no podía dejarla sin resolver de manera indefinida- cosa que hizo a través del auto de 27 de junio de 2007 que “rehabilitaba” el Rollo para la valoración de resolución de los recursos de apelación.

Cierto, por último, que el auto de 14 de febrero de 2006 habría de considerarse una resolución firme y contra la misma no hubo de interponer recurso alguno ninguna de las partes acusadoras.

Pero no es menos cierto que, en principio, notificada la existencia del auto de 27 de junio de 2007 a las partes, la representación procesal de la ahora denunciante de la cuestión previa no interpuso recurso ninguno- así se afirma expresamente el auto de 20 de julio de 2007 que desestima el recurso de apelación contra el auto de transformación a Procedimiento Abreviado- y que el mismo era razonable por haberse anulado la decisión de sobreseimiento libre- por estimar la prescripción- en tanto que la misma había sido el fundamento de la decisión de estimación del recurso.

En cualquier caso, la indefensión- efecto que ha de ir anudado a la vulneración del derecho fundamental denunciado- no se vino a producir porque, en cuanto tales, la Sala hizo un examen de todos los motivos alegados por las defensas en sus escritos de recurso optando la decisión que se tuvo por conveniente, decisión- el auto de 20 de julio de 2007- que, definitivamente, hubo de devenir firme porque fueron desestimados tanto los incidentes de nulidad como el recurso de súplica interpuestos contra el mismo.

No se considera, en definitiva, que se haya producido la vulneración denunciada o que no exista, como se afirma, un auto de transformación a Procedimiento Abreviado ineficaz, razón por la que se ha de desestimar la primera de las cuestiones previas planteadas por la defensa de Luis Javier Placer Mendoza.

Y por lo que se refiere, por último, a la segunda de las cuestiones previas planteadas por tal defensa, relativa a la vulneración del derecho fundamental al principio de legalidad- artículo 25 de la Constitución- porque, en el presente supuesto, se ejercitó el *ius puniendi* del Estado a través de la incoación de un proceso en el que los acusados fueron objeto de determinada investigación categóricamente exhaustiva, razón por la que la sustanciación de la presente causa habría de suponer una vulneración del principio non bis in idem, no ha lugar.

Cierto que este Tribunal no desconoce el contenido- y lo que ha dado de sí- de la doctrina que se expresa en la STC 177/1999 de 11 de octubre pero no es menos cierto que la doctrina que impuso no ha venido a reiterarse- cfr. STC 2/2003, que se aparta expresamente de lo establecido en las STC 177/1999 y 152/2001- y que se mantiene la primacía de la actuación jurisdiccional sobre la

administrativa en torno a la actuación que tuviera por objeto investigar conductas a fin de declarar determinada responsabilidad criminal sobre la que tuviera por objeto declarar determinada responsabilidad administrativa, prueba de lo cual es el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores que establece "... *El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento...*".

En cualquier caso, la cuestión es un tanto ociosa porque, planteada por la posible existencia de un hipotético bis in idem, para que pudiera tener la cuestión previa que ahora se analiza un punto de virtualidad, habría de arrancar del extremo de que por los hechos que constituyen este proceso, en la medida en que hubieran de ser coincidentes con los hechos que dieron lugar al expediente administrativo en su momento sustanciado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se hubiera generado una determinada responsabilidad administrativa- que hubiera de obviar la responsabilidad criminal que ahora se dilucida- cosa que no ha tenido lugar.

Por tal motivo, ha de ser desestimada tal cuestión previa.

Sobre la prueba

El Tribunal, a la vista de la prueba practicada, llega a la conclusión de que Cesáreo Alierta Izuel y Luis Javier Placer Mendoza participaron- en el modo que se va a ver seguidamente- en el hecho imputado.

Y ello por varios motivos- que, ordenados, habrían de hacer referencia a las circunstancias que hubieron de rodear la concesión de la póliza de crédito; a la constitución misma de la entidad Creaciones Baluarte S.A.; a la existencia de determinado préstamo de Luis Javier Placer Mendoza, asumido por Cesáreo Alierta Izuel, para llevar a cabo las operaciones que se desarrollaron en los meses de junio /julio de 1997 y a la forma de hacerse efectiva la operación de "regreso" de las ganancias obtenidas.

1. El primero de ellos hace mención a las vicisitudes que hubo de atravesar la póliza- nº 194/97- del Banco Urquijo de apertura de crédito en cuenta corriente.

La misma, y en cuanto copia que se supone fiel- porque va acompañada de determinado escrito del propio Banco Urquijo- se encuentra en los f. 502 y ss.

de las Diligencias de Investigación de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción, confeccionadas al amparo del antiguo art. 785 bis de la LECrim.

En relación con la misma han de hacerse las siguientes reflexiones.

- Carece de fundamento que la propuesta de operación- f. 513- hubiera de referirse a la adquisición de acciones del IBEX (valores de primera línea) cuando a la póliza misma- en cuanto instrumento con fuerza ejecutiva por ser intervenida por la fe pública mercantil- lo que trascendió fue que "... el destino exclusivo del crédito es el de financiar a la parte acreditada (Creaciones Baluarte S.A.) la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera S.A...."

La mención que hace Cesáreo Alierta Izuel de que "... apareció que eran las acciones de Tabacalera (lo que se constituyó como objeto de la operación) por sorpresa..." afirmación expresada así en el acto del juicio, no resulta en absoluto convincente.

- Se puede deducir la voluntad de Cesáreo Alierta Izuel de colocar, prácticamente desde el principio, a otras personas como deudoras en la referida operación. Así se desprende del contenido del f. 523 que dice *"... Reconsideración acuerdo de 8 de abril 1997 modificando la titularidad del crédito de 400 millones como a favor de Creaciones Baluarte, y adopta el acuerdo de que la Comisión toma nota del cambio de titularidad (en principio, la comunicación se habría de encontrar fechada el día 13 de mayo de 1997, al día siguiente de haberse formalizado la póliza) manteniéndose condiciones y garantías..."* Concluye dicho documento con un pie manuscrito que dice *"Ratificado en C Delegada (el) 28 de mayo de 1997."*

El Anexo I -f. 525- habría también de poner de manifiesto tal situación al decir *"... se aprueba el cambio del titular del crédito, manteniendo las condiciones y garantías propuestas..."*

- Supuesto que no fuera Cesáreo Alierta Izuel el acreditado sino Creaciones Baluarte S.A., todavía habría de deducirse en Cesáreo Alierta Izuel una voluntad de distanciarse del acreditado y ello porque, una vez que se configuró Creaciones Baluarte S.A. como titular del crédito, todavía, el día 2 de junio de 1997, sin hacerlo explícito de ningún modo, se remitió determinado documento por el que se hubiera de deducir el cambio del accionariado de la parte acreditada. Pues bien, siendo así las cosas, entra dentro de lo razonable que el referido producto financiero no se hubiera concedido a la sociedad mencionada porque carecía de cualquier activo relevante- a salvo del valor nominal de las propias acciones, que no llegarían sino al 2,5 % del valor del crédito y cuya capacidad de crédito habría de situarse en torno a una cifra muy inferior a la que hacía referencia la póliza.

2. En relación con la constitución de Creaciones Baluarte S.A.

Declaró Cesáreo Alierta Izuel que se constituyó por consejo de su asesor fiscal pero sucedió que, una vez constituida, dejó de interesarle manifestando Luis Javier Placer Mendoza que compró (la sociedad) porque ya estaba constituida y porque iba a estar fuera.

No resultan convincentes tales afirmaciones. La de Cesáreo Alierta Izuel porque si constituyó una sociedad habría de haberlo sido para algún tipo de finalidad, no para aburrirse de ella antes de haber transcurrido un mes desde su constitución pero habiendo conseguido, eso sí, para la misma una póliza de financiación para la compra de acciones de la entidad de la que era Presidente por valor de 440 millones de pesetas.

La de Luis Javier Placer Mendoza porque, en rigor, no se limitó a comprar una sociedad ya constituida respecto de la cual su tío se hubiera podido aburrir- extremo tampoco convincente porque en el peor de los casos hubo de haber una mínima actividad de compra de acciones de Tabacalera S.A., vendidas a pérdida, que no hubo de generar ningún tipo de efecto desde el punto de vista económico o financiero- sino porque lo que se estaba comprando era una sociedad que tenía concertado un crédito concedido intuitu personae por ostentar Cesáreo Alierta Izuel el cargo que ocupaba y por la situación de solvencia que, además de por otras operaciones, al Banco le pudiera proporcionar al vincular tal operación con Cesáreo Alierta Izuel resultando razonable, llegado el caso, que a Luis Javier Placer Mendoza no se le hubiera concedido el préstamo mencionado por sus propias condiciones personales.

Por otro lado, han de tenerse en cuenta los siguientes extremos:

- Creaciones Baluarte S.A. se constituye en virtud de escritura pública de 7 de mayo de 1927.
- Con solo seis días de vida se configura como acreditada de una póliza de crédito de 400/440 millones de Ptas. resultando que su único activo tangible habría de serlo el capital, íntegramente desembolsado- 10 millones de Ptas.- a salvo, naturalmente, de la solvencia de tal entidad por poderse vincular con Cesáreo Alierta Izuel y el propio Grupo Alierta.
- Se inscribe en el Registro Mercantil el 22 de mayo de 1997. Llama la atención que disponiendo el artículo 7.1 LSA que “... *con la inscripción adquirirá la sociedad su personalidad jurídica...*” se accediera, por el Banco, a la concesión de una línea de apertura de crédito cuando no se había cumplido todavía el requisito de inscribirla en el Registro a los efectos de dotarla de publicidad de cara a terceros.
- Carece de fundamento que, declarando Luis Javier Placer Mendoza como declaró ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativamente poco después de los hechos- declaración mucho más cercana en el tiempo en relación con tales hechos que la que hubo de prestar en el acto del juicio- se contradijera con lo manifestado a lo largo

del proceso acerca de la forma de pago del precio de las acciones manifestándose ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores que el pago del precio de las acciones no hubo de tener lugar en el momento de la compraventa sino posteriormente, a través de la compra por Creaciones Baluarte S.A. de unas acciones de la compañía de interiorismo Isabel López Quesada S.A., por un precio de 14 millones de pesetas aunque en su valor fuera nulo.

Desde otro punto de vista, supuesto que Luis Javier Placer Mendoza hubiera de necesitar, para iniciar el apalancamiento en que consistió la inversión, 54 millones de pesetas, y que si hubo de actuar así, hubo de ser porque no tenía esa cantidad, habría de carecer de fundamento que no hubiera de guardar memoria acerca del hecho de cómo pagó el valor de las acciones de la sociedad que, luego, a la postre, hubo de generarle un rendimiento económico extraordinario.

En relación con el contrato de gestión de cartera -doc. 7 del acta que figura en el folio 1332 de la causa, antes mencionada- cierto que el 5 de junio de 1997 Luis Javier Placer Mendoza era accionista único de Creaciones Baluarte S.A. pero no es menos cierto que, supuesto que interviniera en nombre y representación de Creaciones Baluarte S.A. ni todavía había sido nombrado Administrador Único- lo habría de ser después, en virtud de la Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de 23 de junio de 1997 -ni el domicilio de la sociedad habría de serlo Claudio Coello 78- que no lo fue nunca porque pasó de L. 25, original, al de la urbanización TB de Zaragoza-

3. El tercero habría de hacer referencia a determinado préstamo obtenido por Luis Javier Placer Mendoza.

De su existencia no cabe ninguna duda.

Desde el punto de vista de prueba personal, lo reconoce Luis Javier Placer Mendoza y, en cuanto prueba testifical, Rafael Collada Barreno. También lo reconoció expresamente Cesáreo Alierta Izuel que manifestó que, habiendo tenido conocimiento del préstamo solicitado por su sobrino- a José Luis Jaime Dillet y a Rafael Collada Barreno, con quienes tenía amistad desde antiguo- satisfizo su importe.

Desde el punto de vista de prueba documental, tal hecho se reconoce por la defensa de Luis Javier Placer Mendoza en el escrito que figura en los folios 1086 y siguientes y en el escrito de defensa.

Cierto que, en cuanto tal, la cantidad que se está mencionado- de la que habría de salir la cifra de 44 millones de pesetas que el Ministerio Fiscal vincula con el cuadro confeccionado para la compra de acciones de Tabacalera S.A. en los meses de junio y julio de 1997- no acabó en la cuenta asociada al crédito concedido a la compra de acciones.

Pero no es menos cierto que se trata de una operación, por parte de Cesáreo Alierta Izuel que carece de fundamento. Supuesto que Luis Javier Placer Mendoza recabara dinero para invertir, habría de carecer de fundamento que Cesáreo Alierta Izuel viniese a satisfacer la cantidad en términos tales de poder extinguir la deuda del modo al que se refiere el art. 1158 del Código Civil.

Tal incongruencia, por otro lado, ha de ponerse en relación con determinados otros hechos: por un lado, la asunción de tal responsabilidad- en principio de determinada inversión que habría de ir por riesgo y ventura de quien la protagoniza- por quien no tuviera que cargar con ella- persona, Cesáreo Alierta Izuel, que era quien había solicitado el crédito, había cambiado la persona acreditada y había constituido la entidad Creaciones Baluarte S.A. y que era el Presidente de Tabacalera S.A.-. Por otro, por el comportamiento exteriorizado por Luis Javier Placer Mendoza con motivo de la devolución.

4. Y el cuarto habría de ser la forma de revertir las ganancias obtenidas de la inversión, en las que no hay la menor duda en cuanto a su acreditación porque la misma- y su desenvolvimiento- lo asume Luis Javier Placer Mendoza en el escrito remitido a Fiscalía con fecha 24 de mayo del 2002 -cfr. f. 565 a 649 del Tomo II de Fiscalía- y por Cesáreo Alierta Izuel en escrito de 11 de marzo de 2004 reiterando la petición de sobreseimiento.- f. 1348 y ss. de la causa-.

La historia, más o menos, habría de resumirse del siguiente modo. En 1996 Barnsley S.A. y los miembros de las familia Alierta asumieron las deudas de PLAISA- acrónimo de Pedro Luis Alierta Izuel S.A.- por 246 millones de Ptas.; deuda generada, en cualquier modo, por la mala gestión de la empresa por parte de Antonio Jaime Dillet.

Por contrato de 26 de diciembre de 1996 PLAISA- cuyas acciones habían sido adquiridas poco antes, el 12 de diciembre de 1996, por Mauricio Civeira Murillo- reembolsaría al Grupo Alierta las cantidades satisfechas por esta por las deudas avaladas- y ello en los cinco años siguientes por el 50 % de los dividendos-.

Antonio Jaime Dillet garantizaría personalmente las obligaciones y el 12 de diciembre de 1996 también las garantizaría José Luis Jaime Dillet.

El día 27 de marzo de 1998 Barnsley S.A. cedió- es el momento de recordar, en este específico punto la afirmación hecha en el acto del juicio por Cesáreo Alierta Izuel de que PLAISA era una entidad que se habría de encontrar al borde de la quiebra y que no quería que, llegado el caso, se pudiera asociar su nombre con el de una empresa en quiebra- los créditos a Creaciones Baluarte S.A. que en ese momento habían bajado a 225 millones de Ptas., adquiriéndoles por 210 millones de Ptas. Creaciones Baluarte S.A.. justificó la rebaja del precio, según sus propias manifestaciones, por el riesgo de un posible impago y por el retraso en el cobro.

El 22 de mayo de 1998, Creaciones Baluarte S.A., propietaria de crédito, lo vendió por 225 millones de pesetas a José Luis Jaime Dillet- que canceló la deuda-.

Pues bien, supuesto que este fuera el devenir de la operación, habría de carecer de fundamento que determinado crédito adquirido por 210 millones de pesetas se vendieron dos meses después por 235.

Cierto que habría de ser legítimo- y que, desde el punto de vista de rentabilidad, la operación hubiera de encontrarse justificada- pero no es menos cierto que habría de carecer de fundamento que la última venta le generara al vendedor- Luis Javier Placer Mendoza- alrededor de un beneficio de 15 millones de Ptas. respecto de quien, poco antes, había sido su prestamista, eso sí, prestamista en términos manifiestamente altruistas porque José Luis Jaime Dillet, una vez que se le pidió por parte de Luis Javier Placer Mendoza el dinero, no tardó en proporcionárselo estipulándose su devolución sin conformar ningún tipo de documento por escrito, ni ningún plazo de devolución ni pago de intereses de ninguna clase no aprovechándose la ocasión, puesto que la devolución de la deuda todavía hubo de diferirse al 1 de marzo de 1999- cfr. f. 1.088- para efectuar un pago parcial a través de la compensación en la cantidad resultante.

Parece fuera de lógica el comportamiento que se describe, uno- Barnsley S.A. salvando su responsabilidad y evitando que se pudiera asociar Cesáreo Alierta Izuel con la situación de crisis empresarial de determinada entidad, aunque tuviera un origen familiar, que hubiera avalado- y otro, Luis Javier Placer Mendoza no teniendo con José Luis Jaime Dillet la misma actitud de desprendimiento que este último tuvo con aquél un año antes- y que le hubo de permitir la realización de un negocio que le generó un rendimiento razonable-.

Por último, en cuanto a la prueba, y por cerrar los argumentos que se acaban de exponer, mencionar determinadas pinceladas que, acaso, pudieran servir para arrojar un punto de- mayor- claridad a la valoración de la prueba.

No se discutió la compra de las acciones por parte de Luis Javier Placer Mendoza en la época agosto/septiembre de 1997. No lo niega Luis Javier Placer Mendoza y su acreditación objetiva habría de derivarse del contenido de los folios 159 y ss. de las Diligencias de Investigación de la Fiscalía Anticorrupción que figuran en los folios 159 y ss. (Tomo I de Fiscalía). Acaso se podrá discutir el beneficio o, con más rigor, el momento adecuado para el cálculo del mismo, extremo éste que habrá de diferirse a un momento posterior de la presente resolución, cuando se analicen los diferentes conceptos que hayan de conformar el delito.

No se cuestiona el Tribunal la existencia de un contrato de gestión que hubiera de vincular a Luis Javier Placer Mendoza con Beta Capital pero el mismo habría de adolecer de las peculiaridades que antes se han ido indicando.

Por último, y abstracción de la mordaz réplica del Ministerio Fiscal a determinar respuesta acerca de si un individuo pudiera, a la postre, configurarse como acreditado en un producto financiero como la póliza 194/97, poner de manifiesto la reserva con la que se habrá de tomar la declaración de Ana Estella Carvajal, segundo testigo, acerca sobre la posibilidad de que "...(a) cualquier cliente (se le concedería la operación) siempre que se encuentre garantizada la operación aunque no tenga nada más que 20 € en la cuenta...".

Los extremos anteriormente apuntados llevan a la convicción, por parte de esta Sala, de que, lejos de no haber ninguna relación entre la operación llevada a cabo por Luis Javier Placer Mendoza respecto de la compra de acciones- de una entidad de la que su tío, Cesáreo Alierta Izuel era su Presidente- existía un concierto común entre ambos materializándose la idea de sacar un provecho económico asumiendo, no sabemos desde que fecha, Luis Javier Placer Mendoza un protagonismo que no le correspondía haciendo acopio de un considerable número de acciones de Tabacalera S.A. a fin de obtener una más que previsible revalorización por conocer Cesáreo Alierta Izuel datos sensibles que iban a afectar al mercado.

Sobre el delito.

El artículo 285 del Código Penal establece lo siguiente: "...Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.

2ª. Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.

3ª. Que se cause grave daño a los intereses generales..."

El delito de utilización de información privilegiada en la época a la que se contraen los hechos, porque el artículo 285 del Código Penal fue objeto de

determinada modificación por la reforma operada por la L.O. 15/2003, decía lo siguiente : “...Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido ...”

El artículo 286- relativa a los subtipos agravados, ahora introducidos en el apartado 2 del artículo 285- decía lo siguiente: “...Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando en las conductas descritas en el artículo anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª) Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2ª) Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3ª) Que se cause grave daño a los intereses generales...”

Completaban el régimen jurídico relativo al delito que se está examinando los artículos 287 y 288 relativos al requisito de procedibilidad, el art. 287, ligeramente modificado por la reforma de la L.O.15/2003- modificación que hubo de consistir en cambiar la expresión Capítulo por Sección, dejando fuera a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial que venía a conformar las secciones primera y segunda, excluyéndoles de tal requisito de procedibilidad y haciéndoles públicos- y el art. 288, por su parte, artículo que no ha sido modificado por ninguna de las reformas operadas en el Código Penal, que dice lo siguiente: “...En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el art. 129 del presente Código...”.

Presenta el delito de uso de información privilegiada una dificultad inicial. Y es el hecho de que, habiéndose introducido como consecuencia de la promulgación del Código Penal de 1995, no existe cuerpo de doctrina penal acerca del mismo en los términos a que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, en términos tales que pudiera marcar unas pautas de interpretación acerca de los múltiples problemas que presenta.

Es más, hasta donde conoce la Sala, el Tribunal Supremo sólo se ha pronunciado en relación con este delito en una única ocasión, en la Sentencia de 8 de junio de 2007, resolución ya conocida por lo expuesto cuando se resolvió la tercera de las cuestiones previas, resolución que, además de ser única, tiene un contenido un tanto tangencial respecto del hecho que hubo de motivar su existencia- porque no se hubo de pronunciar tanto sobre los elementos del tipo o sobre aspectos sustanciales del mismo cuanto sobre la conveniencia, en aras al principio de seguridad jurídica, de diferir al resultado del acto del juicio, de este acto de juicio, precisamente, las cuestiones complejas cuya existencia se planteaban a fin de dilucidar si las mismas habrían de darse o no con la trascendencia que hubiera de tener tal pronunciamiento- y ha determinado no sólo la continuación del proceso sino también la celebración del acto del juicio del modo que en su momento se expuso cuando se anticipó la decisión acerca de las cuestiones previas planteadas.

Planteadas las cosas del modo que se está exponiendo, la Sala ha tenido que acudir, a fin de obtener un tanto de información que le permitiera resolver la controversia jurídica que se ventila en este proceso, acudiendo tanto al ámbito del Derecho Administrativo como a la doctrina científica.

Al ámbito del Derecho Administrativo porque el concepto de información privilegiada podría obtenerlo el intérprete del Derecho Penal de lo que en su momento se haya podido decir del mismo por la doctrina administrativa. Por otro lado, porque, aunque no de una manera categóricamente exacta, se podría configurar, en relación con este tipo, una suerte de paralelismo con la infracción administrativa a modo de lo que pudiera suceder con las infracciones relativas a la Hacienda Pública- en que, hasta determinada cuantía, determinado hecho habría de integrar una infracción administrativa y, a partir de determinada otra cuantía, el mismo pasaría a integrar un ilícito penal- habiendo de tener como referente de tal criterio el régimen jurídico contenido en los arts. 99 y concordantes de la Ley del Mercado de Valores y, a partir del mismo, los pronunciamientos que se hubieran podido hacer en relación con dicho régimen jurídico.

En este sentido, el Derecho Penal habría de atender a los supuestos contemplados en el artículo 285 del Código Penal mientras que las demás infracciones, no penales- no obstante configurarse como infracciones graves- habrían de atender a los supuestos contemplados en los apartados ñ/ y o/ del artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores.

En cualquier caso, el Derecho Penal, a la hora de resolver sobre el supuesto del que ha de conocer, y no existiendo, como se ha dicho, pautas de interpretación, ha de valerse de los conceptos empleados por el Derecho Administrativo.

A la doctrina científica ha tenido también que acudir la Sala para resolver determinados problemas porque, ya se ha dicho, no existiendo antecedente alguno de interpretación en cuanto al tipo, va de la mano del rigor intelectual

tener en cuenta la opinión de los autores a la hora de enfrentarse con los problemas y dificultades- que los tiene- que encierra el delito.

Tal criterio, obteniendo la información de los lugares indicados, es lo que permite al Tribunal resolver el objeto del presente proceso de la forma más objetiva posible.

Tipo, por otro lado, peculiar donde los pueda haber porque, en cuanto tal, queda manifiestamente alejado de las acciones que “iuris naturalis” pudieran integrar, por el contenido de la acción que se describe y de los demás elementos que menciona, de una manera intuitiva un hecho que hubiera de revestir caracteres de delito.

Delito complejo al emplear conceptos como información relevante, cotización, valores o instrumentos negociados, mercado organizado, oficial o reconocido o acceso reservado o al derivar su posible existencia- abstracción de la peculiaridad de configurarlo como un delito semipúblico- a la obtención de un beneficio o a la causación de un perjuicio de 600.000 €, cifra, por la general, bastante alejada del común- de ahí que Prieto del Pino afirme que “... *la consecución de un beneficio superior a 75 millones de pesetas (o 600.000 €) a través de la explotación de una noticia relevante para la cotización de un valor, aún no divulgada, es un evento de carácter excepcional...*”.

Concluye con la afirmación de que “... *la cantidad que es necesario invertir para obtener más de 75 millones (600.000 € ahora) de beneficio es muy elevada...*”.

En relación con la naturaleza jurídica del delito, se habría de plantear si éste se trata de un delito de mera actividad o de un delito de resultado.

En tal sentido, habría de compartir la Sala el criterio expresado por Calderón Susín de considerarlo como un delito de peligro abstracto porque lo que tiende a proteger es determinado bien no individual- en el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, que entiende que el delio protege el interés supra individual difuso que consiste en el correcto funcionamiento del mercado de valores en tanto que hubiera de respetar el principio de igualdad de oportunidades de los inversores y ello aunque tenga que cumplir con la exigencia de obtener determinado beneficio o causar determinado perjuicio por la cantidad que menciona el precepto porque no es necesaria la existencia de concretos perjudicados-.

La acción es compleja. Habría de consistir en usar alguna información relevante para la cotización de valores negociados en el mercado, a la que se haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de una actividad profesional o empresarial o suministrarla obteniendo, para sí o para un tercero, un beneficio económico superior a 600.000 € -o causando un perjuicio por tal cantidad-.

El delito puede cometerse a través de dos actividades diferentes: usar o suministrar tal información. Usar es emplear, utilizar, manejar algo que se tiene disponiendo de ello y suministrar es proporcionar, proveer de aquello a quien no lo tiene.

En cualquier caso, no habría de generar gran problema lo que hubiera de entenderse por usar o suministrar de tal modo que los comportamientos que integrasen la acción se habrían de corresponder con aquello que proporciona la interpretación gramatical de los términos usar o suministrar.

Sin embargo, lo relevante de tal uso o de tal suministro habría de ser la cosa a la que se hubiera de referir, que había de serlo información relevante- y ello para la cotización de valores- a la que se hubiera tenido acceso reservado y esto último habiendo tenido lugar con motivo del ejercicio profesional o empresarial.

De tal modo, el concepto esencial sobre el que se configura el delito habría de radicar en el concepto de información relevante.

Se ha de acudir al concepto que de información relevante contiene el art. 81.1 de la Ley del Mercado de Valores que, en la época a la que se contraen los hechos era el art. 81.3 y decía lo siguiente: "...A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores. ..."

Curiosamente, en la redacción original de la LMV, el artículo 81 -párrafo segundo- establecía que "...A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores. ..."

Y no habría de haber gran inconveniente en acoger tal concepto. Y ello tanto por su mayor precisión cuanto porque ese concepto ya habría de venir contemplado en el artículo 1.1 de la Directiva 89/592- de 13 de noviembre de 1989- que decía- afirmación que se hace porque ha sido derogado por la directiva 6/2003, de 28 de enero de 2003, que dice lo mismo- "...A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) "información privilegiada": la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables o a uno o varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores..." resultando tal legislación directamente aplicable por derivar el ámbito del Derecho Comunitario.

Concepto, el de información privilegiada, que requiere las notas de concreción, proyección sobre el mercado, confidencialidad y capacidad, aunque hubiera de ser potencial, de haber influido de manera apreciable en el mercado de haberse hecho pública- cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 17 de junio de 2008-.

Desde el punto de vista doctrinal, los requisitos que se habrían de exigir a tal información- cfr. Bajo Fernández- habrían de ser prácticamente coincidentes: a/ que sea relevante para la formación de los precios, b/ que sea reservada, es decir, mantenida en secreto legítimo conforme al artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores y c/ que se haya obtenido a través de la actividad profesional o empresarial.

No se configura el delito previsto en el artículo 285 -cfr. Martínez-Buján Pérez- como una norma penal en blanco, con remisión al contenido de la Ley del Mercado de Valores, sino como una norma penal en la que alguno de sus elementos son normativos habiendo de acudir al concepto que se proporcionan de los mismos por la norma correspondiente de Derecho Administrativo.

Parece coincidir la doctrina que, desde el punto de vista del sujeto activo, se trata de un delito especial propio - Martínez-Buján Pérez, Prieto del Pino, Bajo Fernández- en el que los posibles sujetos activos habrían de quedar acotados a quienes hayan tenido acceso reservado a la información relevante y que a la misma se haya tenido acceso reservado con ocasión de su ejercicio profesional o empresarial.

En relación con el sujeto activo, dos últimas precisiones: la primera, como agudamente observa Bajo Fernández- con la repercusión que ello habrá de generar en este caso que se resuelve- habrán de jugar un papel fundamental los criterios básicos de la actuación en nombre del otro del artículo 31 del Código Penal.

La segunda y, al hilo de lo que se está comentando, la participación se puede llevar a cabo bien "... de forma directa o bien por persona interpuesta..."- cosa que también habrá de tener su trascendencia en relación con este asunto- habiéndose de resolver este extremo con arreglo a las normas generales de la participación recogidas en el párrafo primero del artículo 28 del Código Penal.

El uso o suministro de tal información ha de proyectarse a la cotización en valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, esto es, a todo tipo de instrumentos financieros con tal de que incorporen derechos económico- financieros y sean negociables en mercados organizados, cosa que habría de comprender, de facto, la totalidad de los mercados con excepción de los mercados no organizados que, en la actualidad, se reducen a uno, el creado por el Real Decreto 710/1986 de 4 de abril desarrollado por la Orden de 27 de septiembre de 1986, que no se ha caracterizado por su manifiesta actividad- Martínez-Buján Pérez y Prieto del Pino-.

Habría de tratarse- es unánime la doctrina- de un delito doloso porque el comportamiento que se describe no habría de admitir la posibilidad de su comisión de forma imprudente.

Habría de admitir, según Martínez-Buján Pérez, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución- cosa que se podría cuestionar en cuanto que uno de los elementos del tipo habría de serlo determinado resultado. Sin embargo, como señala el autor mencionado, el problema habría de tratarse de la prueba en relación con las acciones verificadas tendentes a la consecución de dicho resultado. En relación con esto último, como curiosidad, señalar que la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27, de la que desde el punto de vista doctrinal todavía se hace eco de ella Prieto del Pino- que figura en la causa y sobre la que se disertó- parece recoger una hipótesis de tentativa. En cualquier caso, no conviene proyectar los efectos que hubieran de derivarse de la resolución mencionada por el propio planteamiento procesal de la misma al tratarse de determinada sentencia de conformidad.

Elemento final del delito habría de ser el resultado material de que el beneficio obtenido- o, en su caso, causando un perjuicio económico por la misma cantidad- hubiera de ser superior a 600.000 €.

En relación con este elemento, vaya por delante una reflexión inicial.

La doctrina ha venido a considerar como acciones que hubieran de integrar el tipo tanto la obtención de un beneficio como la causación de una pérdida. Pero, todavía, la primera- Prieto del Pino- habría de admitir otra posible forma de tener lugar que habría de ser aquella en que el beneficio hubiera de consistir en aminorar determinada pérdida previsible por la misma cuantía.

Elemento este, el del beneficio, que se está tratando que ha generado no poco debate y que habría de resultar manifiestamente relevante tanto respecto de aquello en lo que habría de consistir cuanto en relación con el momento en que el mismo hubiera de tener lugar, extremo éste último particularmente decisivo de cara a plantear la prescripción del delito.

Volviendo a sobre lo que antes se apuntó de la relación existente entre Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal, y en relación con el extremo que ahora se está analizando, conviene saber qué haya podido decir la jurisprudencia contencioso-administrativa acerca de tal elemento del beneficio.

La sentencia de la Audiencia Nacional antes citada habría de construir el concepto de beneficio por la diferencia- matemática- entre el valor de adquisición de las acciones y el valor de venta de las mismas (aunque, todo hay que decirlo, dicho caso presenta una diferencia relevante con el hecho que motiva este proceso porque entre la compra y la venta de las acciones no transcurrieron sino 48 horas, cosa que no sucede en el hecho que motiva la causa en que la primera de las compras que se consideran como integrantes

de la acción hubo de tener lugar el 14 de agosto de 1997 y la última de las ventas de las acciones se produjo el 27 de febrero de 1998)-. Parece, no obstante, el criterio mencionado un criterio consolidado en la doctrina contencioso administrativa porque el criterio de la diferencia de valor es también el que emplean las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 y del 31 de diciembre de 2002, esta con la cita de la de 23 de octubre de 1995.

Cuestión la del beneficio, por otro lado, que ya se planteó como polémica incluso en los momentos preprocesales a la incoación misma del procedimiento porque la Fiscalía General del Estado, con motivo del examen de las Diligencias de Investigación realizadas por la Fiscalía Anticorrupción, examinó la cuestión e informó sobre la no presentación de la querrela- cuyo borrador se encontraban prácticamente terminado y a punto de presentar en el Juzgado de Guardia- por resultar dudoso el momento de producirse el resultado.

Tal polémica viene reflejada en tales diligencias de la Fiscalía Anticorrupción en los f. 2014 y ss. dentro del Tomo III de las Diligencias de Investigación de la propia Fiscalía.

Se abre, pues, de este modo, un elenco de opiniones acerca del momento en el que hubiera de obtenerse el beneficio que habrían de sistematizarse de modo siguiente:

Sobre este específico punto, La Fiscalía General del Estado dijo que "... el momento consumativo del delito y los problemas derivados del transcurso del tiempo también exigen una detenida reflexión. Como quiera que los hechos datan de 1997 es esencial examinar los posibles problemas de prescripción. La cuestión se halla íntimamente ligada con la calificación del delito por el tipo básico del art. 285 (prescribe en cinco años, artículo 131 del Código Penal) o por el tipo agravado del artículo 286 (prescribe en 10, artículo 131 del Código Penal).

En principio la conducta se lleva a cabo cuando se adquieren las acciones (última fecha de compra: 5 de septiembre de 1997 conforme a la cual el tipo básico estaría prescrito). Ahora bien, el tipo exige- además de la compra de acciones- que con ello se obtenga un concreto beneficio (más de 75 millones de pesetas) sin el cual no es posible incurrir en una infracción penal. La cuestión por tanto se centra en determinar cuándo se produce dicho beneficio.

Varias tesis son posibles.

La primera, estima que el beneficio se produce con la venta de las acciones. Esto orilla el problema de la prescripción (las ventas se producen en febrero de 1998 y desde entonces hasta hoy- en el momento que eso se escribía- no han transcurrido cinco años).

La segunda, entender que el beneficio se obtiene con la mera revalorización del valor de las acciones mientras se tienen en el patrimonio. Conforme a ello, el beneficio no necesita ser hecho líquido mediante la venta sino que la acción tiene un valor por sí y se obtiene un beneficio cuando su valor sube. La venta de las acciones no es precisa para la consumación. Esta tesis parece más correcta. A ella apunta incluso el propio texto del borrador de

la querella... piénsese, a modo de ejemplo ilustrativo, en que, de seguirse la otra tesis se llegaría al absurdo de entender que no cometería delito quien compra con información privilegiada un paquete accionario que se revaloriza en cientos de millones y que, sin embargo, no llega a vender por la razón que sea (incluida la amenaza en tal caso de la sanción penal). También, siguiendo con los ejemplos, se negaría carácter de delito a la conducta de quien, tras haber tenido las acciones revalorizadas por encima de los 75 millones, espera a vender en un momento en que las acciones se sitúan justo por debajo de esa cifra.

Una tercera interpretación entiende que el delito se consuma en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, por cesar entonces la afectación del bien jurídico, ya que a partir de ese instante se restablece el principio de igualdad en la concurrencia en el mercado de valores, fin de protección de la norma penal prevista en el artículo 285. Conforme a tal entendimiento el momento consumativo se sitúa en los días 11 de septiembre (Havatampa) o 13 (subida de precios anunciada en el BOE) con la evidente repercusión, tanto a efectos de prescripción como de determinación del beneficio típico cifrado en la cuantía de 75 millones de pesetas.

Ninguna de las tesis expuestas tiene valor absoluto pero todas ellas ponen de manifiesto la extrema dificultad conceptual para afirmar, en el plano técnico, la tipicidad de los hechos...”

Según Prieto del Pino “... la cantidad superior a 75 millones de pesetas sólo puede ser considerada como una condición objetiva de punibilidad dada su ajenidad respecto del injusto. A mi juicio, le asistía la razón a TERRADILLOS cuando afirmaba que resultado del delito sólo puede ser la consecución de un beneficio, mientras que el límite cuantitativo ha de ser considerado como una condición objetiva de punibilidad.

La existencia de un nexo causal entre la acción típica y la obtención de un beneficio superior a 75.000.000.00 de pesetas no impide que ésta sea calificada como condición objetiva de punibilidad... Sólo quienes pueden obtener un beneficio tan alto necesita ser sancionados penalmente pues frente a otros sujetos la sanción administrativa puede ser suficientemente disuasoria...”

Según Calderón Susín “...Exige el art. 285 del Código Penal la obtención para sí o para un tercero de un beneficio económico superior a 75 millones de pesetas o causar un perjuicio de idéntica cantidad.

Exigencia con la que se ha pretendido política-criminalmente reducir, en aras al principio de intervención mínima, el campo de lo punible para que accedan a él sólo hechos gravemente atentatorios a la pureza y confianza en el correcto y libre funcionamiento del mercado de valores; la elección de esa cifra que delimita el ámbito penal del administrativa no es, como en otras esferas, en cierto modo “mágica” o arbitraria, pero supone una opción legislativa que ha sido criticada por no tener parangón con otras figuras delictivas... y sobre todo porque hacen que el delito, abstracción hecha de los problemas probatorios de esos resultados), por la restricción que ello implica, se configure como una cuasientelequia, pudiéndose conjeturar la escasa aplicación en la práctica....

Parece, por tanto, más un resultado típico, con el que se ha marcado el límite con el ilícito administrativo y que debe ser abarcado por el dolo (evidentemente bastará el eventual) del autor...”

Según Martínez-Buján Pérez“... el resultado material del tipo, conceptualmente separable de la acción de usar o suministrar la información, viene descrito de un modo alternativo por el hecho de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio económico superior a 600.000 € o por el hecho de causar un perjuicio por idéntica cantidad... al tratarse de un resultado material, habrá de ser abarcado por el dolo del autor, que deberá proyectarse también sobre el límite cuantitativo. Téngase en cuenta, no obstante, que será suficiente el dolo eventual con relación al mismo...El delito puede surgir a través de la producción de cualquiera de los dos resultados que se tipifican, obtener un beneficio o causar un perjuicio...Muy raras veces estas operaciones de información privilegiada causarán un daño patrimonial a los particulares siendo ciertamente difícil, por lo demás, probar fehacientemente los perjuicios económicos efectivamente causados ...”

Según Bajo Fernández “... Como venimos diciendo, la conducta debe producir un resultado consistente en un beneficio o un perjuicio o naturalmente ambos a la vez superior a 75 millones de pesetas.

Para Muñoz Conde esa es una condición objetiva de punibilidad ya que la cuantía de 75 millones no sólo es una indicación de límite entre infracción administrativa y delito, sino también una voluntad de dejar impune la tentativa, lo que no sería posible entender el beneficio o perjuicio como resultados del delito... Son auténticos resultados que deben ser abarcados por el dolo, producidos causalmente e imputables a la conducta del autor...”

Todavía habría de quedar una opinión mas, la expresada por Luzón Cánovas- cfr. en su artículo de “El resultado en el delito de abuso de información privilegiada”, que entiende que “...La regla general de determinación del momento de obtención del beneficio y, por tanto, de consumación del delito será la de la máxima revalorización o depreciación de las acciones, criterio que ha de completarse con dos exigencias derivadas de la necesaria causalidad material que debe existir entre la actividad del sujeto y el resultado obtenido. La primera, referida a los supuestos en que la información se utiliza para adquirir acciones, requiere que el beneficio siempre se establezca cuando los valores estén en poder del autor, a fin de excluir beneficios puramente hipotéticos calculados sobre la base de acciones que ya han sido transmitidas. La segunda exigencia impone que el beneficio sea siempre atribuible a la información `privilegiada, de tal forma que ésta se haya incorporado por completo al precio de la acción...” opinión sobre la que, por una cuestión de sensibilidad procesal, no se va a pronunciar la Sala porque, obvio es, se trataría de la opinión de una de las partes intervinientes en este proceso.

Y una última opinión: la expuesta por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial cuando se pronunció -cfr. auto de 2 de noviembre de 2005- sobre este tema y acabó disponiendo el sobreseimiento libre de la causa que vino a

entender que siendo el delito que motiva la causa un delito de resultado el mismo habría de consumarse con la máxima cotización que hubieran tenido en la bolsa las acciones de Tabacalera S.A. tras hacerse pública la información que con carácter de privilegiada poseían con anterioridad aquellos pues es en ese momento temporal cuando se produce el mayor beneficio patrimonial para los acusados, lo que acaece el 26 de septiembre de 1.997...A tenor de ello y visto que la querrela iniciadora del presente procedimiento se presenta el día 22 de noviembre de 2002, ya habrían transcurrido desde la consumación del delito al inicio del procedimiento el plazo de cinco años que de prescripción se establece en el art 131 del Código Penal...”

Pues bien, llegados a este extremo, esta Sala, en relación con el elemento que se está examinando opta por acoger, a los efectos de la condición objetiva de punibilidad que requiere el delito- porque, de no obtenerse, aún entendiendo que hubieran de concurrir el resto de los elementos del delito, no se habría venido a producir la infracción penal- el criterio que contempla el beneficio por la diferencia del valor del instrumento financiero, las acciones, entre el momento en el que se hubieron de adquirir- como consecuencia de la posesión de información sensible que, de una forma ventajosa respecto de los demás inversores le llevó a efectuar el acto de inversión- y el momento de liquidar el rendimiento económico de aquella operación.

Y ello por una razón sencilla- que es la que apunta Monroy Antón- de que hasta que no se lleva a cabo la liquidación del rendimiento económico de tal operación no se sabrá si la misma hubo de causar un beneficio o no.

En efecto, sinónimo de beneficio habría de serlo ganancia y tal concepto habría de ser el resultado entre la cantidad invertida y los efectos de aquella inversión en el momento de la liquidación y se ha de exigir la liquidación porque, hasta ese momento, el beneficio que pudiera existir no se había venido a realizar de una forma efectiva porque la inversión, en cuanto tal, todavía habría de quedar sometida a la fluctuación de la evolución del mercado mismo pudiendo, todavía, cambiar su valor, al alza o a la baja, en función del transcurso del tiempo y en función del resto de hechos, más o menos trascendentes con la inversión, que le pudieran afectar.

Y una última precisión, el criterio que se acaba de exponer ha de ser entendido en la inteligencia de que en el momento de la venta, en concreto, el momento de la última venta se supere el ámbito de los 600.000 € que requiere el tipo, cosa que según el escrito de acusación del Ministerio Fiscal habría de derivarse a la específica fecha del 20 de febrero de 1997.

Sobre la comisión del delito.

En el presente supuesto y en los términos que se han ido exponiendo con anterioridad en el apartado relativo a la prueba, Cesáreo Alierta Izuel era conecedor, por ser el Presidente de Tabacalera S.A., por asumir como primer responsable de la empresa la gestión de la misma y por tener la empresa el

objeto de constituirse como la compañía internacional más fuerte en la comercialización de cigarros puros, de la negociación existente con Havatampa, con más rigor de la progresión de la negociación con Havatampa, y la repercusión que tal hecho iba a tener, así como la previsión favorable de que tal hecho fuese a tener en el mercado, con más motivo, cuando ya se habría creado en mayo de ese mismo año TCI y esta última, filial de Tabacalera S.A. había llegado a un preacuerdo de compra de la distribuidora Max Rhor poco antes.

Por otro lado, cierto que no habría de depender de Cesáreo Alierta Izuel la decisión, en cuanto tal decisión, de la subida del precio de las labores del tabaco. Pero no es menos cierto que su opinión, por el cargo que estaba desempeñando, era razonable que se hubiera de asumir por el Ejecutivo.

En tanto que ambos dos extremos también hubieran de integrar el concepto de información privilegiada, en cuanto que el mismo se proyectó en una inversión- que, lógica y cronológicamente tenía por causa tales hechos que se sabía que se iban a producir- y en cuanto tal operación hubo de suponer un beneficio que habría de rebasar con creces de la cifra de 600.000 € que integra el tipo, la Sala ha de llegar a la conclusión final de que las acciones de Cesáreo Alierta Izuel y de Luis Javier Placer Mendoza habrían de quedar integradas en el tipo que contempla el artículo 285 del Código Penal.

Gran parte del esfuerzo de las defensas pasó por tratar- a través de una copiosa actividad de prueba- de convencer al Tribunal del hecho de agotarse el impacto de la información relevante en un escasísimo espacio de tiempo, tan corto que ni siquiera un hecho relevante de determinada fecha, podría considerarse como elemento que pudiera tener influencia de cara a la conformación del precio de la acción en la siguiente cotización del valor.

A tal finalidad se dedicó la prueba testifical- fundamentalmente el primer testigo, Jesús Romero Albarrán- y pericial- fundamentalmente la pericia practicada de manera conjunta por los Sres. Fernández y Campo-. Sin embargo, tales conclusiones no le resultan persuasivas al Tribunal.

Y ello fundamentalmente por el hecho de que, volviendo sobre la definición de información relevante, la misma se configura como aquella información que, siendo sensible, "...de hacerse pública, podría o hubiera podido influir en la cotización..." cosa que, efectivamente, ocurrió y que determinó, eso sí, a la larga, en el momento de la liquidación, la obtención del beneficio típico.

En conclusión, la conducta realizada por Cesáreo Alierta Izuel y Luis Javier Placer Mendoza habrían de configurar los elementos del delito – tipo básico del artículo 285 del C.P de uso de información privilegiada.

Sobre el subtipo agravado del número 3 del art. 285 del Código Penal por el que mantuvo acusación el Ministerio Fiscal.

Es esencial decidir si los hechos que se han declarado como probados pueden integrarse- o acaso no- en el subtipo agravado que se menciona en el art. 286.3 del Código Penal antes de la reforma operada por la L.O.15/2003, calificación mantenida por el Ministerio Fiscal desde la presentación del escrito de acusación y que ha quedado, definitivamente, consolidada como pretensión punitiva en cuanto que la misma fue elevada, con motivo del trámite de calificación, a calificación definitiva.

Para resolver este problema han de hacerse una serie de reflexiones.

1. Un mero examen de la expresión empleada por el legislador para llevar a cabo la descripción del hecho en que habría de consistir el subtipo agravado, lleva a la consideración de que nos entramos ante una oración gramatical ambigua redactada empleando un verbo en subjuntivo que se expresa de modo admonitivo y que se proyecta en un complemento directo-que se construye, a su vez, con un sustantivo y un adjetivo que no se desarrollan- y en un complemento directo genérico.

Tal forma de describirse el subtipo agravado lleva, con carácter previo, a elucubrar lo que sea su concepto habiéndose de llegar a la conclusión de que se habría de tratar de un concepto jurídico indeterminado, conceptos que no son frecuentes, por razón del principio de taxatividad, de emplearse en la redacción de los tipos penales.

Los arts. 2 y 4 del Código Penal al configurar el principio de tipicidad y el art. 3 del Código Civil al restringir el ámbito de interpretación de la ley penal recogen la tradición constante a la hora de llevar a cabo la interpretación de la ley penal que resalta la tipicidad y, correlativamente, restringe la analogía y la interpretación extensiva, tradición que está hoy recogida en los textos constitucionales y recoge también el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2. El art. 286.3 del Código Penal agrava la conducta descrita cuando se cause grave daño a los intereses generales.

Emplea, por tanto, esta expresión -gramatical- dos conceptos, uno de carácter más o menos objetivo -causar grave daño- y otro que habría de hacer referencia al destinatario de tal grave daño que habría de ser los antes mencionados intereses generales.

No consta en el art. 285 ni en todos los demás que se agrupan dentro de la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII- con la denominación de los delitos relativos a los mercados y consumidores- definición ninguna acerca de lo que hayan de consistir los intereses generales. Por otro lado, tampoco aparece recogido en la ley penal criterio de ningún tipo para medir la magnitud del daño, que, por otro lado, se exige que sea agrave.

3. Así las cosas, ha de llevarse a cabo -es una obligación ineludible-una interpretación de los conceptos calificados como indeterminados.

Cierto que la doctrina ha teorizado sobre lo que sean los conceptos jurídicos indeterminados, pero no es menos cierto que no se ha elaborado un cuerpo de doctrina útil para resolver los problemas que los mismos suscitan y, sobre todo, cuál haya de ser el proceso de razonamiento del Tribunal ante un concepto tan extraño a la exigencia de determinación, propia de la ley penal.

Según García Salgado la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados exige algo más que un esfuerzo de interpretación cuando deben aplicarse a un caso concreto pues, en su criterio, "...exigen que el Juez procese información, pondere valores y proceda a la construcción del mandato produciéndose así un desarrollo judicial del Derecho pretendido por el legislador...".

Pues bien, aunque la Sala comparte tal planteamiento, también llega a la conclusión de que si bien puede tener su virtualidad de cara a la labor de interpretación de otras ramas del Derecho, precisa de importantes matizaciones cuando el objeto de tal acto de interpretación es una ley penal.

4. Se echa, pues, en falta una teoría penal sobre el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados puesto que, aún reconociéndose un cierto antagonismo entre concepto jurídico indeterminado y tipo penal, sucede que el CP contiene importantes elementos de indeterminación conceptual- grave daño a la salud, ex art 368; grave daño a la causa pública ex art 417; intereses vitales de España ex art. 592 o alarma ex art. 561-.

El uso por parte del legislador de conceptos que responden a conceptos indeterminados es una realidad. Hasta tal punto lo es que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido y ha admitido la constitucionalidad del concepto jurídico indeterminado siempre que el mismo se contenga en el ordenamiento jurídico. La STC 89/1993 precisa con claridad la disyuntiva a la que se ha de enfrentar el legislador.

Dice esta sentencia en cuanto a las ineludibles exigencias que debe tener la ley penal: "...Con reiteración ha declarado este Tribunal que el principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley -a la ley formal- como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula "lex scripta, praevia y certa" (por todas, SSTC 133/1987, 150/1989 y 127/1990...".

También sigue afirmando la constitucionalidad de la ley cuando el concepto-jurídico indeterminado-que ha de interpretarse se puede obtener del propio ordenamiento "... Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede -esto es, la inserción de toda norma en el

sistema que es el ordenamiento-, una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones. ...”

5. Sucede que los conceptos jurídicos indeterminados se han incorporado a las legislaciones penales a través del empleo reiterado de los mismos.

Prueba de los innegables problemas que genera la indeterminación de conceptos y la función de la jurisprudencia a la hora de fijar su exacto contenido es lo que ha sucedido y sigue sucediendo en el concepto de notoria importancia que se emplea en el art. 369 CP. Fue necesario que el Tribunal Supremo pusiera freno a las desigualdades que se producían entre unos Tribunales y otros para perfilar el concepto dictando el Acuerdo no jurisdiccional- que lo fue el de 19 de octubre de 2001- por el que se determinaron las cantidades que deberían tener esta consideración. Cuestión esta que ha devuelto, en cierta medida, los límites de los subtipos agravados pero que no ha podido evitar la extraordinaria injusticia objetiva que significa que lo que ahora no es notoria importancia lo fuera hasta el Acuerdo antes mencionado.

6. Dicho todo lo que antecede, se plantea ahora el extremo relativo al hecho de que determinadas personas puedan ser acusadas por un subtipo penal agravado descrito por meros conceptos jurídicos indeterminados cuando la acusación -en este caso el Ministerio Fiscal- no han establecido con claridad los hechos que habrían de servir fundamento a tal subtipo.

O, con otras palabras, la acusación debería hacer específica la determinación concreta de los hechos que habrían de dar pie al subtipo agravado por el que viene a mantener acusación porque, sólo en este supuesto, se daría a los acusados la posibilidad de defenderse adecuadamente de la misma.

7. Se trataría de una exigencia del principio acusatorio. Si la acusación ha de formularse con claridad para que el acusado sepa de qué tiene que defenderse, cuando se acusa por un subtipo agravado, se ha de hacer mención a los específicos hechos que habrían de dar viabilidad al mismo para que el acusado pueda, primero, conocerlos y, después, en consecuencia, poderse defender de ellos.

A modo de ejemplo, en una hipótesis por un posible delito de estafa, no habría de existir la posibilidad de que se acogiera si las acusaciones no describen los hechos que hubieran de conformar el engaño. De forma paralela, no parece que pueda resultar aceptable que se pueda acusar a alguien por un delito de uso de información reservada en su subtipo agravado del artículo 286.3 del Código Penal sin hacer una descripción específica acerca de en qué y cómo se causó grave daño y en qué y cómo hubo de haber afectación de los intereses generales.

Y prueba de que las cosas son como se está poniendo de manifiesto es que por aplicación del principio de tipicidad a que antes se ha hecho mención, por el que se proscribía la analogía en la interpretación de la ley penal, la interpretación de un concepto jurídico indeterminado nunca podrá ser analógica y siempre habrá de ser restrictiva.

En este específico supuesto, toda la mención que contiene el escrito de acusación del Ministerio Fiscal acerca de la existencia de una hipotética afectación de los intereses generales se centra prácticamente al principio del mismo con la mención a la descripción de la acción realizada y a su resultado "... dañando gravemente los intereses generales al vulnerar tanto la confianza de los operadores económicos en la transparencia y correcto funcionamiento del mercado de valores como el principio de igualdad de todos los inversores y operadores en bolsa...".

8. A pesar de la imposibilidad que se acaba de indicar de que se respete el principio acusatorio cuando una persona sea acusada por la comisión de un delito, en este caso de un subtipo agravado, sin que la acusación haya expuesto los hechos en los que pudiera sustentarse tal afirmación, el Tribunal va a razonar como si efectivamente lo pudiera hacer.

Éste es el criterio que se ha seguido para la formación de esta sentencia de modo que, para el caso de que, supuesto que el Tribunal superior- que probablemente también acabe conociéndola- no compartiera nuestra tesis, tenga elementos suficientemente elaborados que le permita llegar a sus propias conclusiones.

9. Para interpretar correctamente el Tribunal los conceptos jurídicos indeterminados ha de efectuar una interpretación restrictiva que no pueda ir en perjuicio de reo y que ha de seguir dos pautas esenciales: procesar información y ponderar valores.

En cuanto a la actividad de procesar información, la información que ha tenido en cuenta el Tribunal ha sido información interna- que habría de surgir del propio texto del Código Penal y de otros textos que permitan su aplicación así como de la jurisprudencia que los interpreta- y externa, consistente, fundamentalmente, en la constatación real de expresiones indeterminadas.

10. Por lo que se refiere al propio texto del Código Penal, prima facie se descubre la existencia de hasta tres agravantes específicas, respondiendo cada una de ellas a determinada situación.

La primera habría de ser que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.

El siempre difícil concepto de habitualidad requiere una reiteración, una repetición de actos que, en el presente supuesto, es ocioso plantearse porque toda la acusación hubo de reducirse a un único hecho- cierto, eso sí, que dilatado en el tiempo, desde el momento en que se solicitó al Banco Urquijo determinado producto financiero hasta la venta de las últimas acciones-.

El segundo hace referencia a que la cuantía del beneficio obtenido sea de notoria importancia. Este segundo subtipo agravado se reitera en la abstracción en el modo de expresarse planteándose de nuevo la indeterminación de la magnitud de la cuantía, indeterminación que, como se ha venido diciendo, ha causado y causa graves problemas de proporcionalidad y de justicia efectiva máxime cuando, curiosamente, el Código Penal utiliza conceptos cuantitativos indeterminados para evaluar hechos que pueden calificarse como delitos de peligro abstracto con lo que la determinación de los tipos agravados resulta insegura nada menos que para la correcta imposición del castigo previsible- que es, por otro lado, la esencia del Derecho Penal-.

En cualquier caso, el hecho de que el legislador haya venido a configurar un específico subtipo agravado porque el beneficio sea de notoria importancia, supone, de manera automática, que el subtipo agravado de grave daño a los intereses generales no puede integrarse por referencia a la cuantía económica del beneficio obtenido porque, de procederse así, se estaría llevando a cabo una interpretación extensiva del subtipo- vedada- y se estaría incumpliendo el principio de legalidad porque el concepto de una agravante se habría de construir a través del objeto de otra- aparte de que, desde el punto de vista procesal, no habría de haber base para poder proceder de tal modo al no haber mantenido la acusación tal hipótesis-.

11. Enlazando lo que se está diciendo con el tipo básico, nada encontramos en él que permita de manera clara saber a qué tipo de intereses generales se refiere el artículo 286.3 del Código Penal que se está analizando salvo la propia ubicación de este tipo delictivo en el lugar al que antes se hizo mención: bajo la rúbrica “De los delitos contra el mercado y los consumidores”.

Esta ubicación es la que ha permitido que la doctrina haya establecido con claridad la naturaleza del bien jurídico protegido por este delito- repárese que cuando se examinaron los distintos elementos del mismo apenas se hizo ninguna mención al bien jurídico protegido- lo que nos lleva a plantear si de la propia ubicación del tipo- dentro de los delitos que protegen al mercado- se puede deducir que los intereses generales a que se refiere la agravante son los del mercado o si, por el contrario, al constituir éstos la naturaleza del bien jurídico protegido por el tipo básico, debemos buscar en otros lugares tales intereses generales.

De las diferentes posturas doctrinales existentes, el Tribunal ha optado por seguir a Calderón Susín que entiende que el bien jurídico protegido en este delito habría de venir conformado por tres criterios concurrentes que habrían de ser “... los intereses de la economía en general, al hacer peligrar la confianza del inversor y, por tanto, el funcionamiento del mercado de capitales; el abuso de confianza respecto de la empresa en la cual o para la cual trabaja el iniciado y la violación del principio de igualdad de oportunidades...”

12. Por lo que se refiere a la información interna, ha de ir a buscarse un concepto afín al que se está analizando aunque sea en otros preceptos y aunque sea para regular otras hipótesis distintas.

Sirva de referencia y, como hilo conductor de lo que se está diciendo, que cuando se está tratando un agravante de grave daño lo más habitual en los distintos tipos del Código Penal es referir que el daño en cuestión se haya venido a producir precisamente en el área de protección que pretende salvaguardar el tipo básico.

Así, el artículo 417 elabora una agravante en los delitos cometidos por los funcionarios públicos que hace mención al "... grave daño a la causa pública..." Sin embargo, rastreando la jurisprudencia que lo pudiera interpretar no hemos encontrado referentes que hayan sido útiles en el proceso de interpretación seguido.

Tal precisión nos lleva a aceptar que el fundamento del subtipo agravado ha de encontrarse extramuros del bien jurídico protegido porque, en caso contrario, se estaría confundiendo agravación con fundamento del tipo y se estaría acogiendo una agravante que, por ser el fundamento y estar en el tipo básico, no podría acogerse.

13. Anunciamos, ya se anticipó, la ineludible necesidad de combinar información interna- del precepto penal o de otros más o menos semejantes- con información externa para este complejo proceso de interpretación.

De nuevo de hemos de ir al art. 368 del Código Penal en relación con los delitos contra la salud pública. El mismo- en rigor, la penalidad- habría de construirse de manera diferente según que se trate su objeto de sustancias que causen o no grave daño a la salud.

Pues bien, para despejar las dudas de interpretación de tal concepto, la jurisprudencia ha incorporado, para discernir el concepto de grave daño a la salud, criterios médicos que se han establecido por la Organización Mundial de la Salud a través de los correspondientes Anexos contenidos en los diversos convenios internacionales. Se quiere decir con lo que se está exponiendo que se ha producido un proceso de objetivación de ese daño por criterios médicos, fuera del marco de la pura redacción jurídica.

En el presente supuesto no encontramos ningún referente que nos permita medir ese grave daño que el Ministerio Fiscal invoca con un criterio que pueda acogerse respetando mínimamente el principio de seguridad jurídica- cfr. art. 9.3 de la Constitución-.

Bien es verdad que desde 1989 diferentes Directivas han aprobado la necesidad de sancionar las conductas contenidas en el tipo pero nada hay en las mismas que sirva para integrar el concepto que se está tratando.

14. En cuanto a la información externa, el propio sentir de la sociedad nos permite llegar a la conclusión de que existe una cierta analogía entre el lenguaje habitual, el concepto de intereses generales y el bien común.

En tal sentido, los intereses generales se refieren a que se produzca en la sociedad un equilibrio institucional que permita el desarrollo social deseable de los ciudadanos.

15. Por último, en cuanto a la ponderación de valores, se trata de otra pauta de interpretación que también ha de tenerse en cuenta.

Así, el artículo 285 del Código Penal aspira a proteger el mercado de valores del daño que le pueda causar quienes actúan de forma inadecuada a la hora de operar en el mismo.

Pero tal reproche ha de ponerse en relación con otros valores propios de la sociedad y del ordenamiento jurídico.

Entre ellos destaca, ya se ha ido apuntando, el de seguridad jurídica compuesto del principio de determinación de la ley, por el principio acusatorio y por el de proporcionalidad de las penas.

Pues bien, en este juicio de ponderación debemos reconocer la preeminencia- y ello con diferencia- de los valores propios del ordenamiento jurídico respecto de los que hubieran de tender a la protección, preservación, funcionamiento y seguridad del mercado con más motivo cuando el posible grave daño aparece tan poco determinado.

Consecuencia de todo lo expuesto es que en este proceso de interpretación seguido por el Tribunal se ha llegado a la conclusión de que las acciones que desarrollaron los acusados tal y como se expusieron en el relato de hechos probados, no han podido constituir un grave daño a los intereses generales- que hubiera podido afectar bien a la sociedad bien al mercado- que hubiera podido ir más allá del bien jurídico protegido.

En definitiva, se llega a la conclusión de que el subtipo agravado, acaso, se pudiera haber integrado por una afectación de la Bolsa por el hecho ocurrido que pudiera haber determinado una disminución de la cotización en ejercicios posteriores porque la cuota parte que se hubiera podido ver influida hubiera podido arribar a otros mercados más seguros; por una afectación del sistema financiero que hubiera podido determinar una intervención estatal para asegurar su continuidad- hipótesis que parece que pudiera venir regulada en los apartados j/ y k/ del art. 85.2 de la LMV estableciéndose la procedencia de tal medida "... siempre que sea necesario para la eficaz protección de los inversores o el correcto saneamiento de los mercados (habiéndose de mantener) mientras permanezca la causa que las hubiera motivado..."; por la manifiesta proyección sobre la negociación realizada en términos tales que hubiera podido afectar a desenvolvimiento ordinario del sistema financiero o por haber venido a generar una suerte de colapso financiero en términos que se podido ver afectado el mercado mismo o valores relevantes de él o se hubiera podido proyectar hacia la continuidad de los puestos de trabajo de determinada entidad o colectivo.

Supuesto que tales hipótesis pudieran conformar el subtipo agravado que se examina, ninguna de ellas fue mencionada por el Ministerio Fiscal más allá, como se ha dicho, de una referencia de lo que habría de haber sido el bien jurídico protegido por el delito.

En resumen, no concurre el subtipo agravado por el que se han venido a mantener acusación por el Ministerio Fiscal.

Sobre la prescripción.

1.- Determinación del plazo de prescripción:

Se plantea a continuación si el delito, tal como ha sido considerado probado y tal como ha sido calificado conforme a lo dispuesto en el artículo 285 del Código Penal en su redacción dada por Ley Orgánica 10/1995, se encuentra prescrito y si, sin perjuicio del plazo de prescripción que conlleva las penas previstas para este delito en tal artículo 285 del Código Penal, puede tener trascendencia a la hora de estimar si el delito está prescrito el hecho procesal de que hasta el momento de dictar sentencia el procedimiento ha tenido también por objeto la acusación conforme al subtipo agravado previsto en artículo 286 del Código Penal, hasta el momento del juicio conforme al subtipo agravado segundo tal como acusaba la acusación popular ejercitada por AUGE, o conforme con el subtipo agravado 3º del artículo 286 del Código Penal que hasta la conclusión del juicio ha acusado el Ministerio Fiscal.

La diferencia no es baladí:

- a) La pena prevista el artículo 285 del Código Penal conforme a la redacción dada por Ley Orgánica 10/1995 es la pena de prisión de uno a 4 años y, por lo tanto, conforme a tal previsión de penas, el plazo de prescripción sería de cinco años tal como dispone el artículo 131.1 del Código Penal, por exceder dicha pena de tres años de prisión.
- b) La pena prevista para el subtipo agravado objeto de acusación por el Ministerio Fiscal es la pena de 4 a 6 años de prisión y ante dicha pena el plazo de prescripción previsto en el artículo 131.1 sería de diez años. Considerar que este plazo de prescripción es el que debe regir en el presente momento procesal de dictar la sentencia - incluso a pesar de la calificación conforme al tipo básico-, no plantearía ningún problema respecto de la prescripción, ya que en ningún caso entendemos que el delito estaría prescrito, cualquiera que fuera la postura que adoptáramos de las distintas posturas doctrinales

existentes respecto al momento en que se entiende interrumpida la prescripción.

Existe división en la jurisprudencia respecto este tema clave de si, para el cómputo de la prescripción, la pena que habría de considerarse en caso de delito debía ser la básica o, por el contrario, la exasperada del tipo agravado.

Esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el auto de fecha 14 de abril de 2005 dictado en el Rollo nº 48/2004 P-A resolviendo las Cuestiones previas planteadas por las defensas decíamos en el Fundamento Jurídico Tercero al estudiar la prescripción de los delitos:

«En la actualidad y tal como a continuación razonamos, creemos que se ha generalizado el criterio jurisprudencial de considerar aplicable la pena abstracta. Esto implica que en lo que se refiere a la pena a tener en cuenta a los efectos de la prescripción para el delito continuado debemos optar, por tanto, por el criterio de la pena exasperada. .

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha seguido la siguiente trayectoria. Inicialmente, vigente el anterior Código Penal, pareció dominar el que atendía a la pena señalada abstracta o genéricamente por la Ley para cada delito. Así se pronuncia la sentencia de 22 de junio de 1973.

Por el contrario la Sentencia de 23 de septiembre de 1974 sostiene que “razones legales, sistemáticas, de justicia, de equidad y de igualdad, en el sentido de tratar desigualmente situaciones y participaciones desiguales aconsejan estimar que la pena señalada por la Ley al delito son aquéllas -en el supuesto de que concurrieren- fijadas al tipo, con las gradaciones imperativamente fijadas en los artículos 51 y siguientes del Código, fijadas según el grado de ejecución y las personas responsables...”.

La Sentencia de 2 de marzo de 1990 argumentó que no debía caber ninguna duda en orden a que “la fijación del plazo en estos casos ha de tomar en cuenta la pena resultante y nunca la del tipo genéricamente descrito...”. El razonamiento se reitera en la Sentencias de 23 de octubre de 1992.

La Sentencia de 31 de marzo de 1997 mantiene el criterio contrario. Afirma “a estos efectos de extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta, no es, ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establezca la propia Ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto ("señalada por la Ley"), es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la seguridad jurídica...”

La Sentencia 246/1998, de 16 de febrero, cambia de criterio de nuevo, volviendo a la consideración de la pena correspondiente, en concreto, al hecho delictivo enjuiciado. Dice: "La *vexata quaestio* de si la pena a imponer es la pena abstracta conminada legalmente o la del caso concreto teniendo en cuenta las formas de participación, grado de ejecución y circunstancias no ha sido resuelta tampoco en el artículo 131 del NCP y hay que recordar que la doctrina se había inclinado mayoritariamente por el criterio de la pena en concreto".

Finalmente en los últimos años la jurisprudencia pareció optar, aunque con titubeos, por una solución ecléctica. Y creemos que finalmente se ha impuesto el criterio de la pena abstracta.

La sentencia de 30 de junio del 2000, la de 21 de diciembre de 1999, la de 30 de junio del 2000, la de 29 de julio del 2002 -que recoge expresamente el Acuerdo general de Sala de 29 de abril de 1997-, se pronuncia en ese mismo sentido y, asimismo, la muy reciente de 15 de mayo del 2002 que consideramos de especial interés para este caso y que dice lo siguiente: "En concreto lo que resulta claro es que **a efectos de la determinación de la pena para calcular el plazo de prescripción ha de tenerse en cuenta la exasperación penal** derivada de la posible aplicación de **subtipos agravados o de la continuidad delictiva**".»

De ahí que consideremos que a lo largo de la instrucción e incluso a lo largo de la celebración del juicio oral se haya tomado como ámbito de prescripción la correspondiente a los tipos penales objeto de instrucción y enjuiciamiento, los tipos agravados previstos en el artículo 286 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) que establecen un plazo de prescripción de 10 años.

Es la tesis que guarda coherencia con la Sentencia del Tribunal Supremo nº 517/2007, de 8 de junio (Ponente: Joaquín Delgado García) dictada en este mismo procedimiento durante la fase de instrucción, resolución que decía:

«Si el delito objeto de la querrela había prescrito o no, dependía de dos factores fundamentales:

a) El primero se relaciona con la posible aplicación de alguna de las agravaciones específicas del actual artículo 286, concretamente la 2ª (beneficio de notoria importancia) o la 3ª (grave daño a los intereses generales), introducida en el debate por el Ministerio Fiscal y la parte querellante. Caso de aplicar alguna de estas agravaciones, la pena de prisión a imponer habría de ser la de 4 a 6 años, con lo que el plazo de prescripción sería el de 10 años conforme al art. 131 (la pena máxima excede de 5 años).

b) El segundo se refiere al momento en que habría de considerarse consumado este delito de abuso de información privilegiada, figura compleja que exige como uno de sus elementos la obtención de un beneficio superior a los 600.000 euros o un perjuicio por idéntica cantidad. Este momento de la consumación del delito es el que sirve para fijar cuándo ha de comenzar el cómputo del plazo de prescripción (*dies a quo*) según el artículo 132.1 CP.

Las cuestiones fácticas derivadas de estos dos factores, impedían que la Audiencia Provincial de Madrid pudiera pronunciarse como lo hizo: acordar un sobreseimiento libre del nº 3º del art. 637, sin someterse a la tramitación que, fuera de esos casos de evidencia, es obligada: en el presente procedimiento, la sumisión a lo dispuesto en el art. 786.2 LECr (turno de intervenciones, una vez realizados los correspondientes escritos de acusación con la consiguiente apertura de juicio oral, calificación de los defensores de los acusados, admisión de pruebas y señalamiento para dicho juicio, todo ello conforme a las normas del procedimiento abreviado; o en último término dentro del mismo plenario si se considera necesaria la práctica de las pruebas que hubieran de aclarar las cuestiones a debatir, también a efectos de fijar los hechos imprescindibles para resolver sobre la prescripción).

Repetimos: la resolución de esta cuestión con tal antelación, sin concurrir esas premisas fácticas con claridad indubitada, no fue correcta. Como dicen las partes recurrentes, el auto recurrido fue una resolución extemporánea por prematura al faltar la necesaria claridad.

Véanse, como respaldo de lo que acabamos de decir, la doctrina de esta sala expuesta en nuestras sentencias 24.2.62, 28.1.82, 10.6.90, 1604/98, 1132 y 1173/2000, 2231/2001, 222/2002, 435/2002, 863/2002, 1651/2002 y 71/2004.

En esta última podemos leer lo siguiente en su fundamento de derecho 1º:

"A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 222/02, en un supuesto también de continuidad delictiva, se refiere a la inconveniencia de anticipar <<cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas>>. Aunque ello no sea un principio absoluto y pueda aplicarse anticipadamente la prescripción en casos de diafanidad incontrovertible, lo cierto es que en línea de principio no es este el supuesto del delito continuado donde es preciso asentar previamente los elementos fácticos y jurídicos que lo integran, como es la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, máxime cuando su imputación alcanza a una pluralidad de autores o cooperadores, pues el delito será continuado porque los hechos enjuiciados lo justifiquen y no por mera calificación de los mismos como tal".

Y asimismo en el auto de 9.3.98, dictado por esta sala constituida en pleno resolviendo los artículos de previo pronunciamiento propuestos en el conocido caso del secuestro de D. Javier..., dijimos esto:

"Para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento es necesario que la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley, todo ello en consideración a la drástica eficacia, prevista en el art. 675 de la LECr., consistente en que <<se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa>>, es decir, la propia de una sentencia absolutoria."

Doctrina aplicable, con más razón aún, cuando, como aquí, ni siquiera se alcanzó el momento procesal propio de los artículos de previo pronunciamiento.

En conclusión, hemos de entender, de conformidad con la doctrina expuesta, que hubo una clara lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, con tal resolución extemporánea del problema de la prescripción, no se permitió que el procedimiento pudiera seguir adelante en la forma que hemos expuesto, para que el tema de la prescripción y aquellos otros que fueran de carácter previo pudieran ser planteados y discutidos en la forma legalmente prevista al respecto, al menos como artículos de previo pronunciamiento. Y decimos "al menos" porque, conforme a la jurisprudencia que acabamos de recoger, también cabe plantear este tema directamente para su debate en el juicio oral».

Pero una vez celebrado el juicio oral y que hemos desestimado la pretensión del Ministerio Fiscal de calificar los hechos conforme al subtipo agravado previsto en el nº 3º del artículo 286 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) consideramos que la pena atribuida al tipo básico conlleva un plazo de prescripción de 5 años, que es el que debe operar a la hora de determinar - ya en este momento procesal de dictar sentencia- si desde que se "cometió la infracción punible" (desde que se consumó el delito) hasta que "se dirigió el procedimiento contra el culpable", ha transcurrido dicho plazo de 5 años y, por lo tanto, el delito está prescrito, siendo la pena en abstracto del tipo por el que se califica definitivamente por el órgano judicial sentenciador el que debe operar para determinar el plazo de prescripción y no estar a la calificación de las partes acusadoras, en tanto la prescripción se configura como un instituto básicamente de derecho sustantivo o material.

Parece que es criterio recogido en el acuerdo General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1997, renovado de forma expresa en una nueva reunión de la Sala Segunda del alto Tribunal de 16 de diciembre de 2008 que acuerda: "Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al

delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el acuerdo de fecha 29 de abril de 1997”.

Este Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido reflejo en la sentencia de 30 de diciembre de 2008 (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar):

«La cuestión se encuentra en determinar la pena que se ha de considerar como pena legal máxima del delito. Como recuerda, acertadamente el Ministerio Fiscal en su recurso, el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 29 de Abril de 1997 estableció que en relación con la prescripción del delito debe tenerse en cuenta la pena en abstracto, fijada para el delito de que se trate y no la pena resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y de ejecución. La Sentencia de 12 de abril de 1997 proclamó que "la gravedad del delito se determina por la pena abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda llevarnos la estimación de formas imperfectas de ejecución o los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal".

En el mismo sentido se pronunciaron las Sentencias de 31 de marzo de 1997, 7 de febrero de 2001, 26 de octubre de 2.001, 9 de diciembre de 2.002, 28 de octubre de 2.004, 3 de diciembre de 2.004, entre otras. Es cierto que alguna resolución de esta Sala posterior al Acuerdo inició una línea de matización, aisladamente, en el sentido de no obviar, al considerar la pena máxima, el grado de ejecución o de participación criminal, con todas sus consecuencias en lo punitivo y determinadas por circunstancias modificativas de la responsabilidad. Pero tales matizaciones o excepciones a lo acordado en el Pleno de abril de 1997, han sido abandonadas al reiterar de nuevo esta Sala Segunda en su reciente Pleno de fecha 16 de diciembre de 2.008, el criterio del Pleno de abril de 1997, que ha sido ratificado íntegramente y en los mismos términos en que entonces se aprobó. La pena, por tanto, a considerar es la pena en abstracto, que es la que la Ley establece para el tipo de que se trate en la parte Especial del Código».

Y el hecho de que hayan sido objeto de enjuiciamiento los hechos conforme al subtipo agravado no puede ello afectar al plazo de prescripción que viene determinado por la trascendencia penal intrínseca del hecho conforme a su calificación definitiva por el órgano sentenciador. Esta tesis que asume este tribunal es la recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 19 junio 2006 y de 26 de enero de 2007.

La primera de ellas, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Ponente Miguel Colmenero Fernández de Lueca) dice:

«El plazo de prescripción a aplicar se determina en atención a la pena señalada al delito en abstracto. Los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que

hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS núm. 1384/1999, de 8 de octubre). Así, se ha afirmado que si los hechos constituyen definitivamente una falta el plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción es el señalado por la ley a las faltas (STS núm. 1444/2003, de 6 de noviembre).

Consiguientemente, según se desprende de estos precedentes, la valoración a estos efectos del tiempo transcurrido desde la fecha de comisión del hecho enjuiciado hasta el inicio de las actuaciones penales que pueda afirmarse que han interrumpido la prescripción, debe hacerse en relación a la calificación definitivamente realizada por el Tribunal, en relación con la cual se determinará el plazo correspondiente según el artículo 131 del Código Penal. Dicho de otra forma, si según la calificación judicial del hecho cuando se inician las actuaciones procesales que interrumpen la prescripción había transcurrido ya el plazo previsto por el artículo 131, aquella deberá ser apreciada....”

En la segunda de ellas, sentencia de 26 de enero de 2007 (Ponente Perfecto Andrés Ibáñez) el Tribunal Supremo dice:

«Esta sala, en STS 672/2006, de 19 de junio, ha declarado que "los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS 138/1999, de 8 de octubre).

Así se ha confirmado que si los hechos constituyen definitivamente una falta, el plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, es el señalado por la ley a las faltas (STS 1444/2003, de 6 de noviembre)».

Por lo expuesto consideramos que el plazo de prescripción a tener en cuenta para considerar si los hechos objeto de ensuciamiento están o no prescritos es el plazo de 5 años, debiendo a continuación estudiar si ha transcurrido el plazo de 5 años desde que “la infracción punible se cometió” hasta que se “dirigió el procedimiento contra el culpable”.

2.- Fecha del cómputo inicial o *dies a quo*:

Esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el ya citado auto de fecha **14 de abril de 2005** dictado en el **Rollo nº 48/2004 P-A** decíamos:

«El párrafo primero del apartado 1 del artículo 132 del Código Penal dice:”Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible...”.

Concepto de comisión:

No hay duda doctrinal alguna. Coincide con el de la consumación.

La equivalencia del significado de “comisión” y “consumación” fue validada jurisprudencialmente, resolviéndose los problemas planteados presuponiendo esa sinonimia en las Sentencia de 28 de junio del 1988, 23 de marzo del 1990, 1138/1992, de 21 de mayo, 404/1999, de 17 de marzo, 888/2001, de 18 de mayo y 1860/2001, de 15 de octubre; referidas, todas ellas, a la interpretación del artículo 114 del anterior Código Penal.

...

La jurisprudencia ha insistido en que la consumación del delito inicia el plazo prescriptivo.

...

Vigente el Código de 1995, se incorporó al apartado 1 del artículo 132 un inciso que resolvía expresamente el problema (sobre el momento de consumación en los delitos continuados), acogiendo la opinión mantenida durante decenios por la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

"En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos de prescripción se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita...".

Paradójicamente, en la bibliografía más reciente, menudean las críticas a este criterio, en la medida en que se denuncia como construcción legal artificial, en perjuicio del culpable, la configuración del delito continuado como estructura delictiva unitaria superadora del concurso delictivo de fondo».

Conforme a la anterior doctrina y conforme a lo expuestos en los Fundamentos Jurídicos anteriores consideramos que en los hechos objeto del presente procedimiento el momento de comisión del delito o de perfeccionamiento (consumación) es el momento en que se produce el fin delictivo perseguido, el beneficio, que no puede ser otro que el momento en que se produce la venta de las acciones de TABACALERA, SA. inicialmente compradas previo conocimiento privilegiado y, aunque la venta de las acciones

se realiza en diversos momentos, se debe tomar la fecha de la última venta de las acciones y que determinaron el beneficio total ahora considerado ilícito: **el día 27 de febrero de 2008.**

3.- Interrupción de la prescripción:

Ha sido criterio ya adoptado por de esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en otros procedimientos considerar que el plazo de la prescripción se interrumpe cuando se toma la decisión judicial de citar a los imputados, en tal condición, al Juzgado para tomarles declaración.

En el ya citado auto de fecha **14 de abril de 2005** dictado en el **Rollo nº 48/2004 P-A** decíamos:

«La Sala, después de haber estudiado, igual que en el caso anterior, cual es en este momento la postura mayoritaria respecto a cuándo y cómo el proceso judicial interrumpe la prescripción, ha considerado que el criterio a seguir es el de tenerla por interrumpida desde el momento en que todos los acusados fueron citados como imputados en los delitos por los que se les acusa.

Cómo exponemos a continuación este es el criterio más seguido por el Tribunal Supremo. Asimismo también éste fue el que fundamentalmente siguió la el Tribunal Supremo en la Causa Especial 880/1991.

No vemos que haya razón alguna para apartarnos de ese criterio, que es general y que fue además el que siguió la causa madre de este procedimiento.

Hacemos un resumen de la jurisprudencia que hemos tenido en cuenta. Tampoco en esto hay clara unanimidad y por ello resaltamos la siguiente:

a) La denuncia y la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman ya parte del procedimiento (sentencia de 26 de julio de 1999):

“Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite...”

b) Ha de tenerse en cuenta que sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que

la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción. El cómputo de la prescripción no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 1505/1999, de 10 de diciembre; 1604/1998, de 16 de diciembre; 8 de febrero de 1995; 10 de julio de 1993 y 30 de noviembre de 1974 (citadas en las dos primeras), 17 de noviembre de 1993, 18 de junio de 1992 y 31 de octubre de 1992.

c) No basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o incompletas, o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción: Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre del 2001 (con cita de la de 31 de diciembre de 1997), 20 diciembre de 1996, 19 de julio, 30 de septiembre, 11 de noviembre y 31 de diciembre de 1997.

d) La primera excepción a la regla general: la Sentencia 45/1994, de 25 de enero, el llamado “caso Ruano” y la doctrina del círculo (totalmente) cerrado de posibles culpables alternativos. El Tribunal Supremo aceptó en este caso concreto que

“También se considera dirigido el procedimiento contra el culpable... cuando, dadas las características del hecho y los hipotéticos resultados que se pudieran extraer, sólo pueden haber o existir unas personas perfectamente definidas que hubieran podido cometer la acción sometida a investigación”.

e) Segunda excepción: la doctrina de la Sentencia 2/1998, de 29 de julio, el llamado “caso Marey” y la prescripción de delitos cometidos por una colectividad criminal. La Sala entendió que la consolidada y constante jurisprudencial, antes expuesta, sólo podía tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse. Así la sala estimó:

“En estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o la denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente”.

En la Sentencia nº 536/2006, de 22 de junio, dictada también por esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el mismo Procedimiento nº 48/2004 P-A, resolviendo de forma definitiva la prescripción planteada decíamos:

«Reiteramos, en síntesis, lo que ya dijimos en nuestro auto de 14 de abril del 2005 en relación con la prescripción aunque ahora tenemos que añadir algunas trascendentales precisiones.

En primer lugar, justamente un mes antes de que dictáramos nuestro auto, el Tribunal Constitucional dictó su Sentencia la 63/2005 Sala Segunda, de 14 de marzo del 2005 que tiene trascendencia por lo que no podemos dejar de tener en cuenta en este momento, ya que significa una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a considerar el efecto interactivo de la prescripción de la denuncia o querella.

Entresacamos los distintos párrafos de interés esta sentencia:

«... que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho en nuestras propias palabras, el plazo de prescripción toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3).

... lo que la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre.

Esta voluntad claramente manifestada por el legislador penal de que el ejercicio del *ius puniendi* se constriña a un marco temporal preestablecido se vería contrariada de considerarse, como así lo ha hecho la Sentencia recurrida, que, para estimar interrumpido el plazo de prescripción en cada caso señalado, basta con la simple presentación de una denuncia o de una querella sin necesidad de que para ello medie acto alguno de interposición judicial...

...quien desee ejercer una acción penal no puede esperar hasta el último día del plazo de prescripción previsto para presentar la correspondiente querella o denuncia, pues tal entendimiento supondría

tanto como dejar a los órganos judiciales sin plazo útil para decidir y, en consecuencia, que necesariamente hubieran de decretar la prescripción de los hechos delictivos en su caso denunciados. Se impone así, pues, un cierto deber de diligencia a las partes. Pero también se le impone al Juez, al exigirle el dictado de una resolución favorable o desfavorable a dichas pretensiones en ese mismo plazo preclusivo, so pena de que, de no hacerlo, haya de declarar extinguida la responsabilidad penal del denunciado por motivo de prescripción, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera de afrontar además las correspondientes responsabilidades penales, disciplinarias o meramente pecuniarias que pudieran derivarse de un retraso injustificado en la administración de justicia ...”

En el auto de las cuestiones previas de 14 de abril del 2005 dijimos en el apartado 7 página 28 que fijábamos como cómputo a partir del cual consideraríamos interrumpida la prescripción, el momento en el que los acusados habían sido citados como imputados por los hechos que podrían constituir los delitos por los que se les acusaba.

Decíamos que habíamos optado por seguir este criterio por ser, precisamente, el que se había señalado en la sentencia 880/1991 en la Causa Especial de Filesa de la que derivaba todo este procedimiento.

También añadíamos al referirnos expresamente a la situación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la prescripción del delito fiscal que sentencias como las del Tribunal Supremo de 10 y 30 de octubre del año 2001 exigían que la imputación que se hubiera hecho respecto a éste delito no fuera nunca genérica sino que por lo menos "se debía concretar el periodo impositivo de que se tratara y el propio tributo afectado, ante la necesaria determinación de la comisión delictiva para que, aunque sea muy general pueda deducirse de que clase de infracción penal jurídico fiscal se trata puesto que una imputación general no es suficiente para la interrupción de la prescripción de este tipo de delitos fiscales "

Relacionamos, por tanto, ahora los distintos conceptos que sobre la prescripción de los delitos fiscales dijimos en nuestro auto de cuestiones previas y con la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional conocida y la problemática específica a la que nos hemos referido con anterioridad.

...

La filosofía que se desprende de la sentencia recientemente dictada por el Tribunal Constitucional que hemos citado más arriba de 63/2005, 14 de Marzo del 2005 es que las acusaciones están obligadas a tener una diligencia específica para acusar dentro del plazo en que está viva la responsabilidad del delito.

...

Como ya decíamos en la página 24 de nuestro auto de 14 de abril del 2005, 7,b). es necesario tener en cuenta que las resoluciones procesales que interrumpen la prescripción sólo son aquellas que ofrecen un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis.

Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material interrumpen el cómputo de la prescripción, así y por el contrario no la interrumpe la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento.

Apoyábamos este criterio en jurisprudencia del Tribunal Supremo y citábamos, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre, 16 de diciembre, 8 de febrero de 1995, 10 de julio de 1993, 30 de noviembre de 1974, 17 de noviembre de 1993, 18 de junio de 1992 y 7 de octubre de 1992.

...

En todo caso es necesario recordar que cuando en el apartado dos del artículo 132 del actual Código Penal como en el artículo 114 del anterior Código Penal se establece que la prescripción se interrumpirá desde el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable, el legislador ha querido y de ahí la constante evolución de la jurisprudencia (salvo la excepciones que citábamos también en el Auto de Cuestiones Previas Caso Ruano y otros análogos), tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que los acusados tengan la posibilidad, desde ese momento, de conocer los hechos que contra ellos se dirigen.»

Esta postura expuesta en nuestra sentencia nº 536/2006, de 22 de junio y nuestras conclusiones respecto de la aplicación del instituto de la prescripción –aunque cuestiona alguna de nuestras interpretaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia nº 692/2008, de 4 de noviembre (Ponente: José Ramón Soriano Soriano) a pesar de que invocábamos la sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005.

4.- Posturas doctrinales del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional respecto del momento de interrupción del plazo de prescripción:

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional en Sentencia nº 63/2005, de 14 de marzo de 2005 (Ponente Eugeni Gay Montalvo), y otorgando al instituto de la prescripción una naturaleza exclusivamente material, rechaza la postura jurisprudencial mayoritariamente mantenida hasta esa fecha de que la interposición de la denuncia o querrela interrumpa el plazo de prescripción, sino

que exige que el plazo se interrumpa por una decisión jurisdiccional del juez de instrucción dirigiendo el procedimiento contra el "culpable":

Es la tesis que la misma Sala Segunda del Tribunal Constitucional consagra en la sentencia nº 29/2008, de 20 de febrero (Ponente Pascual Sala Sánchez) -significativamente conocida por el nombre de los implicados, "Caso de los Albertos", así se le denomina por el Tribunal Supremo en la Junta de 10 de junio de 2008- y que ha terminado de poner manifiesto dos posturas doctrinales decisivamente contrapuestas e irreconciliables de ambos tribunales, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, respecto del momento en que hay que considerar interrumpida la prescripción en interpretación y aplicación del artículo 162.2 del Código Penal.

Tras la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio preexistente sobre la interrupción de la prescripción y en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del alto tribunal de fecha 25 de abril de 2005 se acordó:

«Criterios sobre la interrupción de la prescripción: Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005».

Este Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tuvo su reflejo en la Sentencia de este mismo órgano de 11 de mayo de 2006 (Ponente José Manuel Maza Martín):

«No se ha producido la prescripción de la responsabilidad penal del recurrente ... y, por ende, no puede hablarse de infracción de los preceptos que regulan tal institución pues, una vez que se ha pronunciado el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el pasado día 25 de Abril, en el sentido de reiterar y confirmar la doctrina que ha venido siendo tradicional y mayoritaria en estos últimos años, acerca del alcance de la expresión legal"...cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...", como descripción del momento interruptivo del curso del plazo de prescripción , no sólo se mantiene el criterio de que dicha interrupción se produce con la mera presentación ante el órgano judicial de la correspondiente Denuncia o Querrela, sino que también se insiste en otros pronunciamientos, precisamente relativos a materias como la que aquí nos ocupa, y respecto de los que la doctrina de esta Sala ya tiene dicho que no es precisa una identificación directa y concreta del imputado, desde ese mismo momento inicial de las actuaciones, para entender interrumpida contra él la prescripción de su responsabilidad, sino que basta con que la descripción genérica de lo acontecido englobe la posibilidad de la intervención de personas que, no pudiendo ser conocidas o identificadas o precisamente determinada su intervención en los hechos en ese momento, posteriormente, los resultados de la investigación señalen como posibles autores o partícipes responsables en los mismos».

Esta controversia doctrinal entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo viene perfectamente expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo nº 845/2007, de 31 de octubre (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) que recoge básicamente ambas posturas:

«En efecto, como se lee en la STS. 671/2006 de 21.6, efectuada esta precisión previa, la doctrina mayoritaria de esta Sala, en relación al hecho de la iniciación del proceso y a que se dirija contra el culpable, ha entendido que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, hasta la presentación de una denuncia o querrela ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirige para que se interrumpa el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. (STS. 312/05 de 9.3). La fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querrela, más exactamente, la de su asiento en el Registro General (S. 5/11/98), puesto que es la que dota de certeza y seguridad jurídica a la hora de computar los plazos (art. 9.3 CE.) al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado (SSTS. 492/2001 con cita entre otras 4.6 y 30.12.97, 9, 16y 26.7.99 ó 6.11.2000, y 162/2003 de 4.2 y 298/2003 de 14.3).

Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de la parte.

El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal.

Así en la STS. 71/2004 de 2.2, se dice que "la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver entre otras SSTS. 147, 162 ó 298/2003 y los numerosos precedentes citados en las mismas), se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción", y por ello ocurrirá "si en los escritos de denuncia o querrela aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente"(STS. 298/2003).

También las SS. 751/2003 de 28.11 y 147/2003 de 5.2, señalan que la denuncia o la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman ya parte del procedimiento(Sentencia de 26 de julio de 1999), si en las mismas aparecen datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite.

Desde el momento en que figura en las actuaciones procesales el dato incriminador contra una persona determinada (o con los elementos suficientes para su determinación), aunque aún no haya existido una resolución judicial que, recogiendo ese dato, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento se está dirigiendo contra el culpable. Véanse en este sentido las Sentencias de esta Sala de 30-12-1997, 9-7-1999, 16-7-1999 y 4-6-1997. Dice esta última en su fundamento de derecho 1º: «La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y por tanto por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos», añadiendo después que «no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación, la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga».

Y la STS. 1518/2004 de 23.12, señala que "no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando el procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas, o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción; pero tampoco es exigible que se dicte un auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de imputado).

Por lo tanto, no es precisa una "imputación formal" para la producción de tal efecto interruptivo, bastando para ello cualquier acto que se dirija a la investigación de los hechos en los que aquellas personas estuviesen implicadas (STS. 16998/2002 de 17.1).

Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005 ha dicho que "la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o computo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. Continúa la sentencia rechazando la postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

Recuerda el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada de que "quien ejercita la acción penal en forma de querrela, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresa las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a tramite", si que recordando que el "*ius puniendi*" no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo con que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que "para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial". Así hemos calificado a dichas actuaciones como meras solicitudes de iniciación del procedimiento judicial (por todas STS. 11/95 de 4.7) lo que implica que, en tanto, no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 LECrim. a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal".

No obstante, esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 12.5.2005, tomó el siguiente acuerdo" La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo "es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales", y en STS. 643/2005 de 19.5, insistió en que "condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente pleno de 25.4.2006, que aprobó el acuerdo de "mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005".»

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional anunciada en la sentencia nº 63/2005 ha sido, como ya hemos dicho, consagrada por la sentencia nº 29/2008, de 20 de febrero, que vincula la prescripción penal y la interpretación y aplicación del artículo 132.2 del Código Penal a los derechos fundamentales a la libertad (artículo 17 de la Constitución), a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), a la legalidad penal (artículo 25.1) y al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3):

«Téngase presente que la inteligencia del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable al caso de autos –el del art. 24 CE-, como se ha expuesto en el FJ 7, parte de la idea de que la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art. 17 CE, “en cuanto no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3)” –STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7 y demás anteriormente citadas-. Al ser así, y al resultar toda la materia relativa a los casos en que está en juego el derecho a la libertad sometida al principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1), resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción -un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho penal material “y, concretamente, a la noción del delito”, como ha tenido ocasión de declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo (vgr SSTS 137/1997, de 8 de febrero, y 1211/1997, de 7 de octubre, entre otras)- venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto perjudiquen al reo. Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal –en el de este proceso, la reguladora del instituto de la prescripción-, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Y es por ello también que la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable -cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado-, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez. Utilizando palabras de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 753/2005, de 22 de junio, “el art. 132.2 del Código Penal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el *ius puniendi*, obliga a entender que el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal” y “que el momento que legalmente cuenta es el de iniciación del proceso penal *stricto sensu* contra los acusados”.

Conforme a tales premisas la sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/2008 considera que «solo aparentemente la referencia al momento del registro del escrito de querrela, denuncia o cualquier otro que incorpore una

notitia criminis sin la exigencia de un acto de interposición judicial puede dotar de certeza y seguridad al cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones penales, en cuanto abre la posibilidad de consecuencias lesivas de otros derechos fundamentales y a la postre puede conducir a mayor inseguridad que la que pretende evitar» obligando a «exigir que el momento interruptivo de la prescripción *ex art. 114 CP (1973)* o *ex art. 132.2 CP (1995)* se refiera al del ejercicio del *ius puniendi* o, al menos, quede razonablemente vinculado con él...», exigiendo «un acto de interposición judicial para entender iniciado un procedimiento (en el sentido de que ello sólo puede ser mediante un acto realizado por quien tenga atribuido el *ius puniendi* del Estado, porque “el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal”»

El Tribunal Supremo por el contrario ha venido manteniendo su anterior postura en cuanto a la interpretación de la forma en que se interrumpe la prescripción e incluso poniendo de manifiesto sus graves discrepancias con la doctrina del Tribunal Constitucional llegando a manifestar en Acuerdo de la Sala General de 12 de mayo de 2005 que dicha doctrina del Tribunal Constitucional “insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido en el artículo 123 de la Constitución Española establece que el Tribunal Supremo es el órgano judicial superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”.

La toma en consideración de una u otra de las posturas doctrinales del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, contradictorias y al parecer irreconciliables, va a tener efectos esenciales en el caso ahora enjuiciado, tal como continuación estudiamos.

5.- Aplicación del instituto de la prescripción al delito aquí y ahora enjuiciado:

La trascendencia de uno u otro criterio para la determinación del momento de interrupción del plazo de prescripción va a ser esencial en los hechos objeto de enjuiciamiento teniendo en cuenta las fechas que a continuación se exponen:

1º. Hemos determinado que la fecha de consumación del delito o *dies a quo*, momento de inicio del plazo de prescripción, es el día **27 de febrero de 1998**.

2º. El día **22 de noviembre de 2002** la Asociación AUGE **presentó en el Registro** del Decanato de los Juzgados de Primera Instancia e

Instrucción de Madrid, en el ejercicio de la acción popular, querrela dirigida contra don Cesáreo Alierta Izuel, doña Ana Cristina Placer Peralta y don Javier Placer Mendoza por los supuestos delitos de uso de información privilegiada y prevaricación.

- 3º. El día 26 de noviembre de 2002 se repartieron por el Decanato la referida querrela correspondiendo el reparto al Juzgado de Instrucción número 32 que recibió la querrela en fecha 27 de noviembre de 2002.

El día **2 de diciembre de 2002** el Magistrado del Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid dictó **auto de incoación de Diligencias Previas** acordando la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.

- 4º. El Ministerio Fiscal emitió informe en fecha 9 de diciembre 2002 y solicitó que el querellante prestara fianza, que se prestó en fecha el 8 de enero de 2003.

Mediante providencia de fecha 12 diciembre 2002 el Magistrado del Juzgado de Instrucción acodó que previamente a pronunciarse sobre la admisión de la querrela se requiriera a la entidad querellante AUGE prestara fianza de 3000 euros y solicito al Ministerio Fiscal la remisión de las diligencias de investigación llevadas a cabo por la Fiscalía Anticorrupción.

El día 10 de enero 2003 el Magistrado del Juzgado de Instrucción solicitó a la remisión del expediente elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con la entidad CREACIONES BALUARTE, SA.

El día **14 de febrero 2003** el Magistrado del Juzgado de Instrucción dictó **auto inadmitiendo a trámite la querrela** por considerar que los hechos objeto de la misma no constituían infracción penal.

El recurso de reforma interpuesto mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2003 fue desestimado por el Magistrado del Juzgado de Instrucción mediante auto de fecha 14 de marzo de 2003.

Mediante escrito de 23 marzo de 2003 la representación de la entidad AUGE interpuso recurso de apelación. En fecha 8 de abril de 2003 se admitió a trámite el recurso de apelación.

- 5º. Elevada las actuaciones a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid competente para el conocimiento de las resoluciones dictadas en fase de instrucción por el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, mediante **auto de 6 de junio 2003**, estimó parcialmente el recurso de apelación acordando la **admisión a trámite de la querella** respecto del delito de uso de información privilegiada respecto de los querellados don Cesáreo Alierta Izuel, doña Ana Cristina Placer Peralta y don Javier Placer Mendoza;
- 6º. Recibida de nuevo la causa en al Juzgado de Instrucción número 32 de Madrid, mediante auto de fecha **1 de setiembre de 2003** se acordó citar a los querellados al objeto de recibirles declaración en tal condición.

En fecha 22, 25 y 29 de septiembre de 2003 se citó a los querellados a quienes se les recibió la declaración en fechas 27 y 28 de septiembre de 2003.

Hemos de nuevo estudiado con detenimiento las anteriores posturas doctrinales mantenidas y reiteradas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional y hemos optado en aplicar el criterio de que el plazo de interrupción de la prescripción debe ser el momento en que exista un pronunciamiento jurisdiccional, una resolución judicial dirigiendo el procedimiento contra los imputados por delito concreto, fecha que consideramos que en el presente caso bien debe ser la fecha de admisión a trámite la querella -6 de junio de 2003, fecha del auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid que admite a trámite la querella-, bien el día en que se acuerda la citación de los querellados para recibirles declaración en tal condición –el día 1 de setiembre de 2003, fecha del auto dictado por el Magistrado del Juzgado de Instrucción que así lo acuerda-, bien en la fecha en que efectivamente se remite la citación a los tres querellados -los días 22, 25 y 29 de setiembre de 2003–.

Cualquiera de las tres fechas señaladas supone que ha transcurrido el plazo de cinco años desde la fecha en que hemos entendido que el delito se consumó o perfeccionó, el día 27 de febrero de 1998.

Y adoptamos este criterio respecto al momento de interrupción de la prescripción por los siguientes motivos:

- a) Primero porque tal postura creemos es coincidente con la mantenida por el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias números 63/2005 y 29/2008 y, sin perjuicio de que el artículo 1º.6 del Código

Civil establece que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a los jueces y tribunales a la hora de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, tal como establece el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y aunque la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional número 63/2005 y 29/2008 han sido dictadas por la Sala Segunda de dicho Tribunal Constitucional y no por el Pleno, ni el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni tampoco la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece distinción respecto a la configuración o fuente de esta doctrina constitucional en cualquier tipo de recurso o cuestión resuelto por el Tribunal Constitucional, teniendo la materia objeto del actual debate –la interpretación y aplicación de la normativa que regula el instituto de la prescripción-trascendencia vinculante a la hora de la interpretación de los principios y derechos constitucionales -según nos dice el propio Tribunal Constitucional- respecto del derecho a la libertad, a la tutela judicial efectiva, al principio de legalidad y al principio de seguridad jurídica

- b) Segundo, porque es el criterio por el que ya ha optado esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en otros procedimientos y resoluciones.

Así fue el criterio adoptado en nuestra sentencia nº 536/2006, de 22 de junio, mantenido también en el auto de 14 de abril de 2005 que resolvía las cuestiones previas planteadas en ese procedimiento nº 48/2004 P-A y que hemos ya reproducido.

En otro auto nº 641/2006, de 28 de julio de 2006, tras referir las posturas encontradas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo decíamos:

«Vemos cómo existe una discrepancia jurisprudencial entre el Tribunal Supremo y la aislada Sentencia nº 63/2005 del Tribunal Constitucional respecto al momento de interrupción del plazo de prescripción, si desde el momento de la simple interposición de la denuncia o de la querrela (tesis del Tribunal Supremo) o desde el momento en que el órgano judicial dirige el procedimiento contra el imputado (tesis de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005) e incluso, dentro de esta tesis, existe alguna discrepancia doctrinal respecto a si el momento de interrupción del plazo es la fecha de la citación al imputado (o resolución que así la acuerda), o el momento de la efectiva declaración del imputado ante el Juez de Instrucción.

Ésta última postura (efectiva declaración del imputado) entendemos que es minoritaria doctrinalmente y no es mantenida ni por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005, considerando que, por lo menos, en la interpretación más restrictiva, parece que debe considerarse como interruptiva de los plazos de prescripción la fecha de la resolución judicial en la se acuerda citar a persona concreta en calidad de imputado al objeto de recibirle declaración en tal condición procesal, fecha que seguro es anterior a la fecha en que se toma declaración al imputado».

También ha sido adoptado el mismo criterio por esta Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia nº 179/2009, de 16 de febrero en la que tras invocar las anteriores resoluciones de esta misma Sección decimos:

«2. El Tribunal Constitucional en la controvertida sentencia 63/2005, de 14 de Marzo, otorgando al instituto de la prescripción una naturaleza exclusivamente material, rechaza la postura jurisprudencial mayoritariamente mantenida hasta esa fecha de que la interposición de la denuncia o querrela interrumpiese el plazo de prescripción, y exige que el plazo se interrumpa por una decisión jurisdiccional del juez de instrucción o acto de intermediación judicial válido y necesario en orden a la persecución del ilícito penal dirigiendo el procedimiento contra el culpable.

3. Tras la referida sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio preexistente sobre la interrupción de la prescripción y en el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de Abril de 2.005, tuvo su reflejo: "Criterio sobre la interrupción de la prescripción : Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005", al igual que en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 11 de Mayo de 2.006.

La discrepancia jurisprudencial entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional respecto al momento de interrupción del plazo de prescripción, si desde el momento de la simple interposición de la denuncia o de la querrela (tesis del Tribunal Supremo) o desde el momento en que el órgano judicial dirige el procedimiento contra el imputado (tesis de la sentencia 63/2005 del Tribunal Constitucional) se ha confirmado también con motivo de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Febrero de 2.008.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional a diferencia de la sentencia 63/2005 que dilucidaba si la presentación de la querrela se podía considerar como un acto de dirección del procedimiento, plantea la razonabilidad de la subsunción en la decisión adoptada de un verdadero supuesto de dirección del procedimiento contra el culpable.

Se trata por lo tanto de apreciar en el caso concreto si existe un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que sirve de fundamento y los fines que justifican la institución de la prescripción.

Y así recuerda la sentencia que los fines de la prescripción sobre los que existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial de base, están en torno a que el valor es el de la seguridad jurídica, evitando la pendencia *sine die* de la amenaza penal sobre aquellos que pudieran considerarse implicados en un delito.

Pues bien en el presente caso no solo se trata de que este Tribunal se alinee en la doctrina del Tribunal Constitucional, sino de que lo cierto es que el recurrente no fue tenido como imputado por los hechos objeto de investigación judicial hasta que se practicaron diligencias por parte del Juzgado de Instrucción que permitieron concretar la situación del acusado y cuando ese momento se produjo, habiendo tenido con anterioridad la condición testigo, el plazo de la prescripción ya se había superado.

Por ello no es suficiente que la denuncia del Ministerio Fiscal se hubiese dirigido de forma innominada contra aquellas personas que hubiesen sido gestores de la sociedad Coinsa, ya que el recurrente fue tenido en el comienzo de la causa como testigo y fue su transformación posterior en imputado lo que determinó, sin duda, el acto de intermediación judicial que antes no se había producido para esta persona por no ser tenido por imputado.

El transcurrir procesal de los hechos confirma que don Leoncio fue llamado como imputado y por tanto se dirigió la acción penal contra el mismo en el momento que el Juez de Instrucción dictó la Providencia ordenando que aquel fuese citado en tal condición. Ello se produjo en fecha 9 de Febrero de 2.006 superado en exceso el plazo de prescripción de los cinco años previsto en el artículo 131.1 del Código Penal».

- c) Y, en tercer lugar, porque en cualquier caso, ante la posible duda que puede surgir ante la controversia doctrinal entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, con posturas contradictorias, en el momento procesal en que nos encontramos, con la

trascendencia que tiene en este caso concreto de dictar una sentencia condenatoria o absolutoria, la duda nunca puede operar contra reo.

En resumen, en tanto que habrían de haber transcurrido más de cinco años desde la consumación del delito hasta el específico momento en que se hubo de dirigir el procedimiento contra los culpables -cfr. art. 132.2 del Código Penal-, se sigue en este punto la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/2008, por otro lado, razonable cuando la prescripción es una institución que normalmente se está ligando no sólo al hecho de dictarse determinadas resoluciones sino al hecho no menor de que las mismas hayan de tener un contenido sustancial- cosa que ocurrió el día 1 de septiembre 2003, y en ello en virtud del auto de admisión a trámite la querrela, de 1 de septiembre 2003, que, a su vez, habría de ser consecuencia del auto de 6 de junio de 2003 de la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de AUGE contra el auto de 14 de febrero de 2003 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 32 que dispuso la inadmisión a trámite la querrela y contra el auto de 14 de marzo de 2003 que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra la anterior -que fue impugnado por el Ministerio Fiscal aunque, todo hay que decirlo, se acabó adhiriendo al recurso de apelación interpuesto por aquella parte inicial-, ha de llegarse a la consideración final de que en Cesáreo Alierta Izuel y en Luis Javier Placer Mendoza habría de concurrir la causa de extinción de la responsabilidad criminal en que consiste la prescripción del delito- art 130.6º del Código Penal-.

Por consecuencia de ello procede la absolución de Cesáreo Alierta Izuel y Luis Javier Placer Mendoza.

SEGUNDO. -Visto el contenido absolutorio de la presente resolución, no procede hacer mención a la participación o a la existencia de circunstancias modificativas en la responsabilidad penal de unos responsables o de una responsabilidad que no se aprecia.

Por tal motivo, no procede tampoco el comiso de la ganancia obtenida, como consecuencia accesoria, solicitado- al amparo del artículo 127 del Código Penal-.

Las costas procesales de conformidad con lo establecido en el artículo 240 habrán de ser declaradas de oficio.

Vistos además de los preceptos legales aplicables; los artículos de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A CESÁREO ALIERTA IZUEL Y A LUIS JAVIER PLACER MENDOZA, por haber prescrito, del delito de uso de información privilegiada de los artículos 285 y 286. 3º del Código Penal (en su redacción dada por Ley Orgánica nº 10/1995) por el que venían siendo acusados, así como del resto de pretensiones deducidas en su contra, debiendo declarar de oficio las costas procesales causadas.

Por tal motivo, no procede tampoco el comiso, como consecuencia accesoria, solicitado- al amparo del artículo 127 del Código Penal-.

Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Así, por esta sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dicta, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.