



DOCTRINA

El artículo 1324 del Código Civil: dudas y reflexiones, por PABLO RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA..... 1

ADMINISTRATIVO

● (TSJPV Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 3.ª) S 31 May. 2006. Suspensión cautelar de requerimiento de salida de España dada la dificultad de comunicar en el país de origen una posible sentencia estimatoria..... 13

PENAL



LA SENTENCIA DEL DÍA

● (TS Sala Segunda, de lo Penal) S 20 Jun. 2006. Competencia de los tribunales españoles para enjuiciar delitos de genocidio cometidos en China en aplicación de la doctrina constitucional sobre el principio de justicia universal 7



EL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL: DUDAS Y REFLEXIONES

Por PABLO RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Abogado. Uría Menéndez

A raíz del análisis de la doctrina y jurisprudencia existentes entorno la confesión de privaticidad recogida en el artículo 1324 del Código Civil, el autor pone de relieve las principales dudas y contradicciones existentes, particularmente en relación con la discutida naturaleza de tal confesión, sus efectos y su errático reflejo registral.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya 25 años desde la introducción, por medio de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de la actual redacción del art. 1324 del Código Civil (CC), que dispone: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Este precepto consagra, en el seno de la sociedad de gananciales, la conocida como confesión de privaticidad, cuya admisión había encontrado como principales obstáculos el anterior principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, la también anteriormente vigente prohibición de contratar entre cónyuges y el temor de que, mediante esta confesión, se causase perjuicio a los derechos de terceras personas.

En la actualidad, tras la admisión de la mutabilidad del régimen económico matrimonial (Ley 14/1975, de 2 de mayo) y de la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí toda clase de contratos (Ley 11/1981, de 13 de mayo), la confesión de privaticidad ha sido también expresamente reconocida en nuestro Derecho, si bien con la cautela de que la misma, por sí sola, no perjudicará a los legitimarios del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

El propósito del presente artículo es detectar los principales problemas planteados acerca de esta figura, así como recoger la doctrina más relevante recaída al respecto y poner de manifiesto algunas de las incongruencias en que aquélla incurre.

II. LA CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD

1. Clases de confesión

A) Por razón de los cónyuges intervinientes, la confesión puede ser unilateral, realizada únicamente con la

intervención del confesante, o bilateral, con la comparecencia de ambos consortes.

B) De acuerdo con la mayoría de la doctrina, que admite que la confesión sea realizada en diversos momentos, se diferencia según se efectúe al tiempo de la adquisición del bien, o posteriormente, pudiendo tener lugar tras la disolución de la sociedad de gananciales, siempre que no se haya procedido a su liquidación.

Opinión distinta sostiene M.ª C. RIBERA PONT (1), quien afirma que la confesión debe tener lugar al momento de la adquisición del bien, alegando los siguientes argumentos: la analogía con el art. 1355 CC, que del art. 1324 no puede deducirse la posibilidad de que la confesión se realice en momento posterior, que, caso de haberse ya adquirido e inscrito el bien, la confesión operaría —contrariamente a su naturaleza— como título traslativo del dominio, y que, de admitirse la confesión posterior a la adquisición del bien, constituiría un medio idóneo para eludir la tributación de los contratos celebrados entre cónyuges.

Por su parte, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (2) señala que la confesión puede ser anterior o coetánea al título de adquisición, pero en ningún caso posterior a la perfección del contrato.



Columna de lo Penal

EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL Y SUS SINGULARIDADES

Por FRANCISCO SOTO NIETO

C) Por razón de su objeto, la confesión puede recaer directamente sobre un bien o, en cambio, sobre el dinero empleado para su adquisición. En este segundo caso —el más habitual—, la confesión consiste en la declaración de un cónyuge de que el dinero invertido en la adquisición procede del patrimonio privativo de su consorte, de modo que, en consecuencia, el bien adquirido debe mantener la misma condición. Se trata del caso en que más útil —por no decir necesaria— resulta la confesión de privatividad, por cuanto el carácter esencialmente fungible del dinero conlleva que sobre él juegue con especial vigor la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, presunción acentuada por la Dirección General de los Registros y Notariado, que, en desarrollo del art. 95.2

atiende al plano en el que cada figura despliega su eficacia: así, mientras los negocios jurídicos juegan en el ámbito sustantivo, los medios de prueba —incluso los extrajudicialmente constituidos, como es el caso— son las herramientas previstas por el Ordenamiento jurídico para tratar de probar la existencia de ese negocio.

Pues bien —como hemos dicho—, en relación con la confesión de privatividad la diferencia apuntada queda difuminada hasta el extremo, lo que ha llevado a que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia hayan propuesto al respecto soluciones eclécticas y, a menudo, contradictorias. En efecto, la primera pregunta que plantea la lectura del art. 1324 CC

resoluciones judiciales, debemos anticipar que solamente en una ocasión nuestros tribunales parecen haber aplicado, en el caso concreto, la confesión con tal efecto. Las sentencias que contienen esas declaraciones generales que parecen amparar el carácter traslativo de la confesión pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:

a) De un lado, las que manifiestan que la confesión de privatividad opera aun cuando el bien sea sustantivamente ganancial o privativo del cónyuge confesante. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 manifiesta que el art. 1324 CC *«permite, mediante confesión (...) que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aún perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro»*. Nótese que, a pesar de que este pasaje habla de *«prueba»*, a continuación señala que por ella el bien será considerado propio del beneficiario de la confesión aun perteneciendo a la sociedad de gananciales o al confesante, lo que implica un reconocimiento —al menos teórico— de la posibilidad de que la confesión tenga efecto traslativo.

La misma expresión se contiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de abril de 2005, en la de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de enero de 2006 o en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de marzo de 2006.

No obstante tal manifestación, lo cierto es que en ninguno de los casos resueltos por estas resoluciones se concede a la confesión eficacia traslativa, pues se trata de supuestos en los que no consta probado que el bien era originariamente ganancial o privativo del confesante.

b) De otro lado, ciertas sentencias parecen reconocer eficacia traslativa a la confesión al tratar de la libertad de contratación existente entre los cónyuges. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1997: *«con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el art. 1323 como 1324 del CC, es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos»*. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de septiembre de 2001 indica: *«aunque fuese cierto, y estuviese acreditado, que las acciones y participaciones habían sido adquiridas en su totalidad con dinero ganancial (lo que no está probado), en virtud de lo establecido en los arts. 1323 y 1324 del Código Civil, y la libertad de contratación que rige en nuestro Derecho, desde el otorgamiento de la escritura pasaron a tener la consideración de privativos»*.

Sin embargo, lo cierto es que tampoco estas sentencias conceden a la confesión eficacia traslativa en el caso concreto, pues tal confesión operó sobre bienes cuya condición jurídica estaba afectada por la incertidumbre, dando pie a la aplicación del art. 1361 CC.

La única excepción a lo anterior parece estar constituida por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, que, si bien reconoce que una vivienda adquirida en 1980 tenía indudable carácter ganancial, asimismo advierte que, para determinar su condición, debe atenderse a los actos posteriores de los cónyuges, que estaban constituidos por unas capitulaciones otorgadas en 1982 —en las que manifiestaron carecer de bienes gananciales— y un convenio regulador de 1987 —en el que constaba que el marido era propietario de la vivienda—, concluyendo la sentencia que estos actos modificaron el carácter inicialmente ganancial del bien. De acuerdo con ello, argumenta el Tribunal: *«cuando, como se ha dicho, sobre los mismos [bienes] se novó tal carácter a resultas de ejercicio duplicado de voluntarismo negociado, tanto del otorgamiento de los capítulos matrimoniales, disolviendo el anterior régimen matrimonial preexistente de gananciales y, en particular, cuando se liquida posteriormente el acervo económico-matrimonial y se hacen las adjudicaciones correspondientes de los bienes, de un signo y otro en el seno del Convenio, sin que quepa oponer tampoco la presunción del art. 1361 CC, pues deben prevalecer*

La importancia de llevar a cabo una correcta calificación de la figura es, como puede comprenderse, capital, por cuanto, de afirmarse que nos encontramos ante un medio de prueba, deberá concluirse que no puede producir desplazamiento patrimonial alguno, así como que deberá ser objeto de valoración con el resto de los instrumentos probatorios, de lo que podría resultar que —contrariamente a lo confesado— el bien no es privativo del cónyuge favorecido por la confesión

del Reglamento Hipotecario, únicamente considera acreditado el carácter privativo del dinero en los casos de clara e innegable inmediatez entre la recepción por un cónyuge del dinero privativo y su posterior su empleo para determinada adquisición (3).

Acerca de esta modalidad de confesión recayente sobre el dinero, debe puntualizarse que su soporte jurídico no está exclusivamente constituido por el art. 1324 CC, sino que éste queda completado por el art. 1346.3 CC, de forma que el *iter* negocial es el siguiente: en un primer momento, un cónyuge confiesa que el dinero con que su consorte realiza la adquisición es privativo de éste, y, en un segundo momento y consecuentemente, el bien adquirido con ese dinero obtiene esa misma condición.

D) Por la forma en que se realiza, la confesión puede ser: mera y simple, por la que un cónyuge declara que el bien pertenece a su consorte, sin explicitar justificación, o detallada o causalizada, consistente en un *«reconocimiento de verdad, adecuadamente justificado o argumentado, de la existencia de una masa patrimonial privativa a cuya costa fuera realizada la adquisición»* (4), de forma que el bien, al margen de ser objeto de confesión, *«es»* privativo, pues constan acreditados los presupuestos que así lo determinan.

En este punto, debe precisarse —pues resulta relevante con vistas al análisis de la eficacia de la figura— que el que la confesión se formule como mera y simple no implica que constituya un negocio simulado que esconda una liberalidad: la confesión mera y simple únicamente significa que su causa no ha sido explicitada, pero tras esa falta de *«exteriorización»* puede no subyacer acto negocial alguno, existir un negocio de fijación o, incluso, un negocio traslativo (que a su vez puede ser oneroso o gratuito).

2. Naturaleza jurídica de la confesión de privatividad

Procede, con carácter previo, recordar una diferencia que, si bien se presenta elemental en la generalidad de los casos, pierde súbitamente tales características al analizar la confesión de privatividad. Tal diferencia es la que media entre todo negocio jurídico y los medios de prueba tendentes a acreditar su existencia, distinción que, al margen de ser conceptual,

es si la confesión en el consagrada constituye un instrumento probatorio de la verdadera condición del bien o, por el contrario, un negocio jurídico. En palabras de C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (5) *«hay que determinar cuándo nos encontramos ante un negocio jurídico traslativo, por medio del cual un cónyuge dispone en favor del otro por título oneroso o gratuito; cuándo estamos en presencia de un verdadero negocio de fijación, siendo su objeto dotar de certidumbre a una situación jurídica previa carente de ella, y por último, precisar cuándo se trata de una auténtica confesión, en su doble modalidad, judicial o extrajudicial, con un valor meramente probatorio de los hechos sobre los que recae»*.

La importancia de llevar a cabo una correcta calificación de la figura es, como puede comprenderse, capital, por cuanto, de afirmarse que nos encontramos ante un medio de prueba, deberá concluirse que no puede producir desplazamiento patrimonial alguno, así como que deberá ser objeto de valoración con el resto de los instrumentos probatorios, de lo que podría resultar que —contrariamente a lo confesado— el bien no es privativo del cónyuge favorecido por la confesión. En cambio, de considerarse que estamos ante un negocio jurídico, deberá entenderse que por su virtud se ha producido un desplazamiento patrimonial —de tratarse de un negocio traslativo— o la fijación de una previa *res dubia* o situación de incertidumbre —de tratarse de un negocio de fijación—. Por otra parte, caso de considerarse que nos hallamos ante un negocio traslativo, será indispensable localizar el título que lo justifica.

A pesar de la relevancia que tiene identificar la naturaleza de la confesión, procede anticipar, con J. A. TORRES LANA (6), que semejante tarea resulta en extremo dificultosa, pues, si en el seno de la confesión judicial se dan posiciones destinadas a encubrir declaraciones de voluntad, ello es todavía más frecuente en la confesión extrajudicial, ámbito en el que nos hallamos.

Las principales tesis existentes acerca de la naturaleza de la confesión de privatividad son las siguientes:

A) La confesión de privatividad como negocio traslativo del dominio. Si bien esta tesis tiene aparente reflejo en manifestaciones contenidas en algunas

las manifestaciones de las partes interesadas no solamente en cuanto a lo dispuesto en el art. 1323, sino también en cuanto a la atribución del carácter privativo de los bienes por confesión de una de las partes en virtud del art. 1324 CC».

Esta tesis configuradora de la confesión como acto traslativo encuentra su principal dificultad en la necesidad de localizar el título justificativo de la atribución, labor ciertamente dificultosa y que lleva a que, por ejemplo, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1997 afirme que ese título no puede quedar limitado a la compraventa o la donación, sino que puede ser el reconocimiento o la cesión de derechos. Obviamente, semejante solución no resulta admisible, pues el reconocimiento constituye un simple medio de prueba —en ningún caso un título traslativo del dominio—, mientras la cesión de derecho es el efecto resultante de cierta transmisión, y nunca su título.

También la inmensa mayoría de los autores rechaza, de forma mucho más explícita, que la confesión de privatividad pueda ser considerada negocio traslativo. Señala concretamente ÁVILA ÁLVAREZ (7): «La propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y la confesión no es ese contrato que se necesitaría para la adquisición por el otro cónyuge».

B) La confesión de privatividad como medio probatorio. Esta postura ha tenido amplio predicamento en nuestra doctrina, siendo mantenida, entre otros, por P. ÁVILA ÁLVAREZ, J. L. LACRUZ BERDEJO, J. A. TORRES LANA (8), C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA (9), E. ALCAÍN MARTÍNEZ (10).

También la jurisprudencia mayoritaria otorga a esta confesión el carácter de prueba, si bien especialmente privilegiada, de forma que solamente puede quedar desvirtuada mediante una contundente prueba en contrario. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996, 15 de enero y 25 de septiembre de 2001 («la misma [la confesión de privatividad] sólo actúa como medio de prueba y no como instrumento apto para negocios traslativos del dominio»). Y, en la jurisprudencia menor, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2002 (el art. 1324 sólo es un instrumento probatorio en torno a la apreciación valorativa sobre determinados bienes), la de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de mayo de 2005 («dicho negocio atributivo [el previsto en el art. 1355 CC] no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa su ámbito subjetivo (art. 1234 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado») y la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 de noviembre de 2003. En el mismo sentido se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 25 de septiembre de 1990, 13 de febrero y 5 de marzo de 1999.

No obstante, la preeminencia de esta tesis, debe advertirse que sus defensores no mantienen una postura totalmente congruente, pues posteriormente, al analizar los efectos de la confesión, reconocen que puede esconder un verdadero negocio jurídico, destacando entonces —en contradicción con lo manifestado acerca de la naturaleza de la figura— la necesidad de establecer medios de protección para terceros.

C) La confesión de privatividad como negocio de fijación. Algunos autores, considerando que la confesión no puede ser medio traslativo del dominio, pero tampoco un simple medio de prueba, la califican como negocio de fijación, figura cuyo juego estaría especialmente justificado en el seno de la sociedad de gananciales, en la que con tanta frecuencia se producen situaciones de incertidumbre acerca de la titularidad de los bienes. En esta línea, C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (11), manifiesta que por virtud de la confesión «el confesante pretende normalmente fijar la naturaleza de una situación de difícil calificación o cuando la misma fue inicialmente realizada basándose en una mera presunción». Asimismo, J. M.^a OLIVARES JAMES (12) precisa que una cosa es dar

certeza a una situación que no la tiene (supuesto al que se refiere el art. 1324 CC) y otra es transmitir la propiedad, lo que exige un negocio causal válido.

No obstante, si bien —como se ha dicho— la sociedad de gananciales es terreno propicio para el juego de los negocios de fijación, debe señalarse que esta tesis no se ajusta a lo resuelto por ciertas senten-

el que —sin entrar a analizar el sustrato en su caso existente tras la confesión— la confesión se presenta como un medio de prueba, y el segundo, una vez comprobado si la confesión se corresponde con la realidad de las cosas, instante en el que debe distinguirse si aquélla se ajustó a tal realidad (supuesto en que su eficacia queda limitada a la propia de un medio de prueba, de forma que su inicial naturaleza

Esta tesis configuradora de la confesión como acto traslativo encuentra su principal dificultad en la necesidad de localizar el título justificativo de la atribución, labor ciertamente dificultosa y que lleva a que, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1997 afirme que ese título no puede quedar limitado a la compraventa o la donación, sino que puede ser el reconocimiento o la cesión de derechos. Semejante solución no resulta admisible, pues el reconocimiento constituye un simple medio de prueba, mientras la cesión de derecho es el efecto resultante de cierta transmisión, y nunca su título

cias (por ejemplo, la del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994), en las que, a pesar de la existencia de una confesión de privatividad, se otorga preferencia a otros indicios, pruebas o actos de signo contrario y fecha anterior a tal confesión, lo que es contrario a la jurisprudencia existente en relación con los negocios de fijación, de acuerdo con la cual, por aplicación analógica del art. 1816 CC, tras la celebración de este tipo de negocios no cabe «exhumar» las cuestiones que por su virtud quedaron zanjadas (13).

D) Tesis de BLANQUER UBEROS (14). Este autor, tratando de superar la disyuntiva entre la calificación de la confesión de privatividad como declaración de ciencia o como declaración de voluntad, entiende que la confesión comprende, como facetas inescindibles, tanto un valor probatorio como un valor atributivo, pues el confesante emite, además de una declaración de verdad, una declaración de voluntad destinada a quedar irrevocablemente vinculada a las consecuencias jurídicas derivadas del hecho confesado, el cual obtiene el valor de hecho cierto con independencia de que lo sea.

En nuestra opinión, esta tesis, sobre tratar de otorgar a la figura, acumulativamente, el valor propio de dos instituciones incompatibles (medio de prueba y negocio jurídico), incurre en ciertas contradicciones que la hacen insostenible; así, en primer lugar, debe apuntarse que la vinculación del confesante con su previa declaración no es consecuencia de su voluntad, sino de lo dispuesto en el anterior art. 1234 CC (que recoge un principio que debe considerarse vigente a pesar de la derogación del precepto) y de la doctrina de los actos propios (cfr. art. 7.1 CC) (15), la cual, por cierto, tiene reflejo registral en el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario. Y en segundo lugar, y primordialmente, debe advertirse que, por mucho que el confesante asuma una vinculación respecto de su confesión, ello no puede implicar la existencia de una transmisión del dominio, lo que requiere la existencia de un título, el cual, desde luego, nunca puede estar representado por la confesión.

Como conclusión acerca de la naturaleza de la confesión, procede decir que, dada la diversidad de supuesto subsumibles en el art. 1324 CC y las especiales características de la sociedad de gananciales, no cabe mantener una postura unívoca. Asimismo, debe destacarse la imposibilidad de deslindar el análisis de la naturaleza de esta figura del de sus efectos, de acuerdo con lo cual, para determinar tal naturaleza deben diferenciarse dos momentos: el primero, en

queda definitivamente «consolidada»), o si, por el contrario, la confesión no se corresponde con el sustrato existente, caso en que debe concluirse que la confesión equivale a un negocio traslativo, oneroso o gratuito. Por tanto, solamente la imposibilidad de desentrañar si esa confesión se correspondió o no con la realidad debe llevar a su calificación como negocio de fijación, de modo que esta categoría debe considerarse, si bien muy frecuente, conceptualmente residual.

3. Bienes susceptibles de la confesión de privatividad

Evidentemente, la respuesta que se dé a esta cuestión dependerá de la naturaleza que acerca de esta figura se haya anteriormente sostenido. Y, siendo opinión mayoritaria la que califica la confesión de privatividad como medio probatorio o negocio de fijación, se comprende que generalmente se defienda que tal confesión sólo puede recaer sobre los bienes presuntivamente gananciales. El fundamento de ello es claro: solamente la incertidumbre que afecta a esos bienes justifica la necesidad de llevar a cabo una actividad probatoria, o un negocio de fijación, para probar o fijar, respectivamente, su condición jurídica.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001. En la doctrina, ÁVILA ÁLVAREZ (16) señala que la confesión sólo puede recaer sobre los bienes —como los muebles y, especialmente, los fungibles— cuya conexión con el título de adquisición es tan difícil que su condición no está respaldada por un título demostrable. Asimismo, M.^a J. HERRERO GARCÍA (17) manifiesta que la confesión no tiene eficacia cuando no exista incertidumbre sobre la pertenencia del bien a determinada masa patrimonial. Y, finalmente, BLANQUER UBEROS considera que el terreno natural de la confesión es aquél en que, ante la dificultad de probar la cadena de actos dispositivos justificativos de su carácter privativo, existe confusión acerca de su naturaleza.

4. Posibilidad de aplicar el art. 1324 CC a regímenes matrimoniales distintos al de la sociedad de gananciales (particularmente, a los de separación de bienes y participación)

Acerca de esta cuestión se han formulado las siguientes posturas:

A) Algunos autores, como RIBERA PONT (18), defienden que el art. 1324 sólo es aplicable en el marco de la sociedad de gananciales, alegando: por una parte, que en los regímenes de separación y participación, para atribuir naturaleza privativa a un bien, basta la comparecencia como adquirente del cónyuge a quien ha de atribuirse la titularidad, y, por otra, que en esos regímenes no existe la presunción de ganancialidad que justifica el juego de la confesión de privaticidad.

B) No obstante, la gran mayoría de la doctrina señala que sí cabe la aplicación de la figura a esos otros regímenes matrimoniales; así, entre otros, LACRUZ BERDEJO (19) o HERRERO GARCÍA (20), ÁVILA ÁLVAREZ (21), ALCAÍN MARTÍNEZ (22). La aplicabilidad del art. 1324 CC a otros regímenes matrimoniales se basa en los siguientes argumentos: (a) por un lado, en la ubicación del precepto, que, inculcado en el Capítulo I «(Disposiciones generales)» del Título III «(Del régimen económico matrimonial)», forma parte del régimen económico matrimonial primario, y (b) por otro, en la existencia, en el régimen de separación de bienes, del art. 1441 CC (aplicable al régimen de participación por virtud del art. 1413 CC). Y, si bien es cierto que, mientras el art. 1361 CC implica la presunción de existencia de una sociedad en mano común, el 1441 presume la concurrencia de una comunidad romana, sobre esa diferencia debe prevalecer la identidad de razón consistente en que en ambos casos existe incertidumbre acerca de la titularidad de un bien.

Como único límite a la aplicabilidad de la confesión a otros regímenes matrimoniales, HERRERO GARCÍA señala que debe —obviamente— tratarse

tras que el beneficiario de la confesión queda legitimado para llevar a cabo tales actos por sí solo. Y, en cuanto al bien, la confesión fija su naturaleza, pasando a ser propio del cónyuge beneficiario de la confesión. De acuerdo con esta concepción, el confesante no podría volver contra el contenido de su confesión, salvo que probase haber incurrido en error de hecho (anterior art. 1234 CC), como tampoco podría reclamar posteriormente el bien ni impugnar un acto dispositivo realizado por su consorte, todo ello por aplicación de la doctrina de los actos propios.

De forma similar, BLANQUER UBEROS (23) señala que la confesión, además de tener pleno carácter probatorio entre cónyuges, también lo tiene atributivo, quedando el cónyuge favorecido por la confesión investido de todas las facultades correspondientes a su condición de propietario. Y J. L. DE LOS MOZOS (24) defiende que, estando investida la confesión de plena efectividad entre cónyuges, el bien confesado es considerado como privativo a efectos de la relación entre los distintos patrimonios, de modo que su aportación para el pago de deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales dará lugar al reembolso previsto en el art. 1364 CC.

No obstante, debe advertirse que semejante doctrina ha sido en buena parte elaborada a espaldas de la jurisprudencia, pues en ésta encontramos numerosos casos en los que en un cónyuge, tras formular la confesión de privaticidad, impugna su eficacia, pretensión que no es rechazada de plano por los tribunales, los cuales, aun tomando en consideración la teoría de los actos propios, entran a analizar la prueba aportada para tratar de desvirtuar la confesión, llegando en ocasiones a dejar sin virtualidad tal confesión.

Cabe poner de manifiesto el abismo que, sobre este punto, media entre la doctrina y la jurisprudencia, pues mientras la primera atribuye a la confesión una eficacia absoluta, que el confesante no puede posteriormente discutir, nuestros tribunales emplean la doctrina de los actos propios —sólo— como uno de los argumentos, si bien privilegiado, para resolver si finalmente debe prevalecer la confesión o los medios de prueba aportados de signo contrario

de un régimen que admita la existencia bienes privativos, de modo que quedan excluidos los regímenes de comunidad universal, como el propio del Fuero de Baylio, el *agermanament* de la zona de Tortosa —art. 64 del Código de Familia de Cataluña—, o la comunidad universal pactada (arts. 1315 y 1328 CC).

III. EFECTOS DE LA CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD ENTRE CÓNYUGES

Al analizar la eficacia de la confesión, se hace necesario diferenciar dos planos: el correspondiente a las relaciones entre cónyuges y el que atiende a los efectos de aquélla frente a los legitimarios y acreedores, debiendo entenderse que, respecto de los herederos voluntarios del confesante, la eficacia de la confesión será la misma que entre cónyuges (cfr. art. 1218 CC).

Centrándonos en la eficacia de la confesión entre cónyuges, debe destacarse que ha sido doctrina prácticamente unánime señalar que lo que se produce es la creación de una situación firme, que se proyecta tanto sobre la posición de los consortes como sobre la del bien. Así, en relación con los cónyuges, resulta que el confesante queda vinculado por su declaración y, en consecuencia, excluido de las facultades de administración y disposición del bien confesado, mien-

Y es que la mayoría de nuestra jurisprudencia señala que la confesión de privaticidad conlleva —solamente— el nacimiento de una presunción *iuris tantum* en favor del carácter privativo del bien, que a su vez se impone a la presunción del 1361 CC y puede ser destruida mediante una completa prueba en contrario. Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994: «La confesión por sí sola (actualmente recogida en el art. vigente 1324 del Código Civil), no constituye prueba absoluta y no cabe desarticularla del resto del armazón probatorio, para darle así carácter prevalente, que haría inútil las demás probanzas, toda vez que debe de ser apreciada conjuntamente con todas las restantes», manifestándose en el mismo sentido las sentencias del mismo Tribunal de 25 de septiembre de 2001 y de 8 de marzo de 2004. Y, en la jurisprudencia menor, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 de noviembre de 2003, la de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 diciembre de 2003, la de la Audiencia Provincial de Burgos de 31 de enero de 2005, la de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de abril de 2005, la de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de enero de 2006 y la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 30 de enero de 2006.

En definitiva, no cabe sino poner de manifiesto el abismo que, sobre este punto, media entre la doctrina y la jurisprudencia, pues mientras la primera atribuye a la confesión una eficacia absoluta, que el confesante no puede posteriormente discutir, nuestros tribuna-

les emplean la doctrina de los actos propios —sólo— como uno de los argumentos, si bien privilegiado, para resolver si finalmente debe prevalecer la confesión o los medios de prueba aportados de signo contrario.

IV. EFICACIA DE LA CONFESIÓN RESPECTO DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

Como ya hemos visto, el art. 1324 CC señala que, mientras la confesión «será bastante» entre los cónyuges, la misma «por sí sola» «no perjudicará» a los legitimarios y acreedores.

Con carácter previo, debe recordarse que —como ya se ha dicho— el perjuicio que por la confesión pudiera causarse a terceros ha sido tomado en alta consideración por nuestro Legislador y la jurisprudencia, constituyendo en el pasado uno de los argumentos para rechazar de plano la admisión de la figura. En la actualidad, recogida la posibilidad de llevar a cabo la confesión de privaticidad, el objetivo del Legislador es evitar que mediante su utilización se perjudique a terceros. Y es que, como señala LACRUZ BERDEJO (25), «la posibilidad de fraude que envuelve el reconocimiento de créditos conyugales o titularidades privativas no es argumento suficiente para rechazar la validez de aquél en cualquier caso».

De acuerdo con ello, en este apartado y en el siguiente analizaremos el significado de la enigmática expresión «no perjudicará», que pudiera teóricamente ser interpretada de las siguientes formas: en primer lugar, y de acuerdo con la «teoría de la ineficacia», en el sentido de que esos terceros pueden desconocer la confesión, actuando como si la misma nunca hubiera tenido lugar; y en segundo lugar, según la «teoría de la eficacia no perjudicial», entendiendo que la confesión produce efectos frente a los terceros, quienes no obstante no pueden verse perjudicados por ella. Esta segunda tesis admite a su vez dos posibilidades: entender que a esos terceros se les reconoce la posibilidad de ejercitar acciones ya previstas en nuestro Ordenamiento jurídico, o interpretar que en el art. 1324 CC se les concede una acción específica y de nuevo cuño.

Centrándonos inicialmente en la posición de los herederos forzosos del confesante, la doctrina y jurisprudencia, descartando que el art. 1324 CC les otorgue la posibilidad de ejercitar una acción hasta entonces inexistente en nuestro Ordenamiento jurídico, se ha pronunciado en los siguientes sentidos:

A) De acuerdo con la teoría de la ineficacia, LACRUZ BERDEJO (26) y DE LOS MOZOS (27) han defendido que los legitimarios pueden ignorar la confesión, tesis cuyas consecuencias más relevantes son: a) tras la disolución de la sociedad conyugal y antes de su liquidación, los legitimarios deben consentir la enajenación del bien confesado, y b) los legitimarios tienen derecho, aunque existan otros bienes suficientes para el pago de su legítima, a dirigirse contra la mitad de los confesados.

B) No obstante, la inmensa mayoría de nuestra doctrina entiende que el art. 1324 CC prevé la posibilidad de que los legitimarios ejerciten acciones ya anteriormente reconocidas en nuestro Ordenamiento jurídico, muy señaladamente la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.

Útil será recordar que dicha acción tiene como presupuesto la violación, mediante la realización de donaciones en vida del causante, de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, presupuesto que debe comprobarse mediante la práctica de las siguientes operaciones: a) la computación (art. 818 CC), por la que al valor del caudal del causante se añade el de las donaciones por él realizadas, y b) la imputación, que implica la contabilización del valor de tales donaciones a cuenta del tercio correspondiente (arts. 636, 819, 825 y 828 CC).

Seguendo a BLANQUER UBEROS (28), la posibilidad de ejercitar esa acción tiene sentido ante la existencia, no de cualquier confesión de privatividad, sino ante aquella que, formulada como mera y simple, no es cierta y encubre una liberalidad, sentido en el que también se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001 y el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de mayo de 2003.

En relación con la posibilidad de ejercitar esta acción, debe señalarse como particularidad que, para llevar a cabo la computación, los legitimarios del confesante deben tener en cuenta —como si fueran gananciales— la mitad del valor de los bienes confesados (en este sentido, HERRERO GARCÍA o la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de diciembre de 2002).

Otros autores, si bien conceden a los legitimarios la acción de reducción por inoficiosidad, introducen determinadas particularidades en la forma en que aquéllos deben proceder. Así, GAVIDIA SÁNCHEZ y HERRERO GARCÍA (29), indican que, de no existir en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas, los herederos forzosos deben: en primer lugar, instar la reducción de los legados (arts. 817 y 820 CC); en segundo lugar, la de las donaciones (arts. 654 y 656 CC), y sólo cuando esos medios sean insuficientes —y ésta es la diferencia respecto del régimen normal de ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad— podrán impugnar la confesión, sin necesidad de probar su falsedad y acogiéndose a la presunción de ganancialidad.

A nuestro juicio, esta última opción resulta totalmente injustificada, pues —como hemos visto— presupuesto necesario de la acción de reducción por inoficiosidad es la existencia, tras la confesión, de una liberalidad, presupuesto del que se prescinde si se permite, aunque sea como última alternativa, impugnar la confesión sin necesidad de probar su falsedad. Y es que entender que cabe impugnar la confesión sin probar tal falsedad implica reconocer la misma protección a los legitimarios en caso de que el causante realice una confesión —que puede implicar una mera declaración de verdad— que en el supuesto de existir una indubitada liberalidad, lo que no es admisible.

Además de la acción referida, RIBERA PONT (30) señala que, si se prueba el carácter ganancial del bien confesado, los legitimarios podrían ejercitar, en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, la acción para instar la inclusión del bien en el activo ganancial (art. 1396 CC), así como la colación (art. 1035 CC).

De acuerdo con lo expuesto, y siempre previa prueba de que la confesión encubre algún tipo de liberalidad, debe a nuestro juicio concederse a los legitimarios la posibilidad de ejercitar toda la batería de acciones que ordinariamente tienen a su disposición para la protección de su derecho a la legítima, de forma que, a las ya mencionadas, debería añadirse la acción de complemento de la legítima (art. 815 CC).

V. EFICACIA DE LA CONFESIÓN RESPECTO DE LOS ACREEDORES

Seguendo con el estudio de la eficacia de la confesión respecto de terceros, debe recordarse que el art. 1324 CC señala que la misma tampoco «perjudicará» a los acreedores, «sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Con carácter previo, debe ponerse de manifiesto que el precepto incurre en un error de concepto, puesto que, careciendo la sociedad de gananciales de personalidad jurídica, y no pudiendo por tanto ser sujeto de obligaciones, no existen «acreedores de la comunidad»: frente a los acreedores, los deudores son siempre los cónyuges, individual o conjuntamente; lo que sucede es que de determinadas deudas responden, además de los bienes del cónyuge deudor, los gananciales (cfr. arts. 1362, 1365 y 1369 CC). Es

por ello que la expresión «acreedores de la comunidad» debe entenderse referida a los acreedores de cuyos créditos responda, no solamente el cónyuge contrayente de la deuda, sino también los bienes gananciales.

Dicho ello, procede en primer lugar preguntarse si los acreedores protegidos por el precepto son aquéllos cuyo derecho hubiera ya nacido al tiempo de la confesión, o también aquéllos cuyo crédito sea posterior:

— La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001 y el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de mayo de 2003 señalan que el precepto comprende a ambos tipos de acreedores, argumentando que si pueden impugnar la confesión los herederos forzosos —que son desconocidos hasta el fallecimiento del causante—, también deben poder hacerlo los acreedores posteriores, que son igualmente desconocidos a la fecha de la confesión.

— T. GIMÉNEZ DUART (31) y RIBERA PONT (32) señalan que los acreedores anteriores a la confesión nada podrán hacer frente a aquélla. Por su parte,

ría de la eficacia no perjudicial. Las soluciones propuestas han sido diversas:

A) LACRUZ BERDEJO considera que los acreedores —al igual que los legitimarios— podrán comportarse como si la confesión jamás hubiera tenido lugar.

B) BLANQUER UBEROS, quien señala que la identificación entre «no perjuicio» y «desconocimiento» resulta demasiado simplista, se remite al régimen general de la acción pauliana (34). En este sentido apunta la generalizada opinión de que la protección del acreedor frente a la confesión sólo procede subsidiariamente, esto es, cuando no pueda realizar su crédito sobre ningún otro bien (cfr. art. 1294 CC). De la misma opinión es RIBERA PONT (35), quien señala que, caso de probarse que la confesión encubre una donación, el ejercicio de la acción pauliana requiere probar que: a) se ha producido una transmisión gratuita, si ha sido onerosa, que el cónyuge beneficiado por la confesión ha sido cómplice en el fraude; b) el confesante ha quedado, por la confesión, privado de garantía patrimonial para el acreedor, y c) el acreedor carece de otro medio para cobrar su crédito.

Resulta más acertado entender que el art. 1324 CC sólo protege a los acreedores anteriores a la confesión, y ello por cuanto el art. 1317 CC limita la protección a los acreedores cuyo derecho sea anterior, parece que en el caso que nos ocupa la protección de esos terceros no puede ser más amplia; y porque, de tratarse de una confesión recaída sobre inmuebles, su condición de confesadamente privativos normalmente constará en el Registro de la Propiedad, de forma que a quien posteriormente adquiera derechos sobre los mismos le será oponible la publicidad registral

HERRERO GARCÍA (33) señala que el art. 1324 sólo se refiere a los acreedores anteriores, debiendo los posteriores soportar la confesión realizada, a no ser que prueben que es falsa y que encubre una donación.

A nuestro entender, resulta más acertado entender que el art. 1324 CC sólo protege a los acreedores anteriores a la confesión, y ello por lo siguiente: a) primero, por cuanto si el art. 1317 CC —que prevé un supuesto de mayor trascendencia que el aquí tratado, como es la modificación del régimen matrimonial— limita la protección a los acreedores cuyo derecho sea anterior, parece que en el caso que nos ocupa la protección de esos terceros no puede ser más amplia; y b) segundo, porque, de tratarse de una confesión recaída sobre inmuebles, su condición de confesadamente privativos normalmente constará en el Registro de la Propiedad, de forma que a quien posteriormente adquiera derechos sobre los mismos le será oponible la publicidad registral (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria).

A pesar de todo ello, tampoco podemos compartir la opinión de HERRERO GARCÍA, que a nuestro parecer resulta contradictoria cuando indica que los acreedores posteriores estarían amparados por el precepto caso de probar que la confesión es falsa y encubre una donación. Y es que, requiriéndose en todo caso, para que los acreedores estén protegidos por el art. 1324 CC, que la confesión encubre una liberalidad, tal opinión implica aplicar a los acreedores posteriores el mismo régimen que a los anteriores.

Entrando en la forma en que deben actuar los acreedores, procede recordar que —como ya hemos dicho— la expresión de que la confesión «no perjudicará», puede teóricamente interpretarse de acuerdo con la teoría de la ineficacia o de acuerdo con la teo-

Si bien nos inclinamos por considerar que la acción que el art. 1324 CC concede a los acreedores es, en efecto, la pauliana, debemos criticar la postura de RIBERA PONT al decir que constituye requisito para su ejercicio el que, caso de que la transmisión sea onerosa, el cónyuge beneficiado por la confesión sea cómplice en el fraude, y ello por cuanto, para que pueda ejercitarse la acción pauliana basta con que el ánimo de defraudar concorra en el disponente (en este caso, el cónyuge confesante). Lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1295, en el sentido de que a la rescisión sólo producirá efecto frente a terceros cuando hayan procedido de mala fe, constituye, en su caso —como revela el párrafo 3.º del mismo precepto—, una limitación o mutación los efectos de la rescisión, pero en ningún caso un presupuesto de la acción.

Ello sin perjuicio de que, contrariamente a lo considerado por este autor, y de acuerdo con la doctrina recaída en interpretación del precepto citado y del art. 37 de la Ley Hipotecaria, en los negocios en fraude de acreedores, el adquirente (aquí, el cónyuge beneficiario de la confesión) no puede ser considerado como tercero a los efectos del art. 1295 CC, de forma que la rescisión producirá siempre plenos efectos frente a él.

C) La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2001 indica que los acreedores pueden, en su caso, ejercitar las acciones derivadas, del carácter simulado o fraudulento de la confesión, siempre que los acreedores no puedan realizar de otro modo sus derechos. Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de mayo de 2003 dice que los acreedores podrán afectar los bienes confesados mediante el ejercicio de la acción impugnatoria (debe también entenderse que derivada del carácter simulado o fraudulento de la confesión), acción que sólo procederá tras haber ejercitado las acciones resciso-

rias y subrogatoria. Este auto merece algunos comentarios:

— Por un lado, la impugnación por simulación o fraude no puede únicamente proceder tras haber ejercitado la acción rescisoria, pues es precisamente ésta la concedida por nuestro Ordenamiento como último remedio en favor del acreedor injustamente perjudicado. Ello, claro está, salvo que se esté defendiendo que el art. 1324 CC otorga una acción hasta ahora no prevista en nuestro Derecho, de lo que no hay rastro alguno y que resultaría, en su caso, perfectamente innecesario.

— Y de otra lado, carece de sentido que la impugnación sólo proceda tras haber ejercitado la acción subrogatoria, por cuanto ésta sólo cabe cuando exista absoluta pasividad por parte del deudor (art. 1111 CC), lo que, por hipótesis, no concurre en este caso, en el que el cónyuge, lejos de permanecer impasible, ha llevado a cabo una confesión de privaticidad.

Según nuestra percepción, y descartado que pueda ser de aplicación la acción subrogatoria, las resoluciones citadas parten del error de considerar la acción impugnatoria por el carácter simulado o fraudulento de la confesión como una opción distinta (y, además, subsidiaria) a la rescisoria, cuando lo cierto es que la comprobación de la existencia de una liberalidad (y, por tanto, de simulación o fraude) es presupuesto para el ejercicio de la única acción que los acreedores pueden interponer cuando la confesión les sea perjudicial, que es la pauliana.

Por tanto, y como conclusión del análisis del efecto de la confesión respecto de terceros, nos mostramos esencialmente de acuerdo con TORRES LANA (36), quien señala que el último inciso del art. 1324 es tan bienintencionado como inútil, pues los mecanismos ordinarios de defensa de los legítimos y acreedores son suficientes para impedir que se les cause perjuicio por medio de la confesión, resultando por tanto innecesario que el precepto recuerde que la confesión se realizará «sin perjuicio» de los derechos de aquellas personas.

Finalmente, solamente apuntar que, si la confesión oculta una liberalidad y consta en escritura pública, se plantea la cuestión de si la donación disimulada cumple con la forma prescrita por el art. 633 CC, punto en el que, considerando aplicable la jurisprudencia recaída acerca de la compraventa simulada, podría defenderse: a) que la donación disimulada es nula, pues la escritura no fue otorgada en concepto de donación, o b) que esa donación es válida, por aplicación del art. 1276 CC y entendiendo que cuando el notario autorizó la compraventa, lo que en realidad autorizó —de acuerdo con la verdadera voluntad de las partes— fue la donación subyacente (37).

VI. ASPECTOS REGISTRALES DE LA CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD

En este apartado nos limitaremos a hacer una breve referencia a las siguientes cuestiones: en primer lugar, a las limitaciones impuestas por el Reglamento Hipotecario para disponer, tras el fallecimiento del cónyuge confesante, del bien confesado, y en segundo lugar, al embargo del bien confesado.

A) En cuanto a la primera de las cuestiones, debe recordarse que, tras la reforma de 12 de noviembre de 1982, el art. 95.4 del Reglamento Hipotecario presenta la siguiente redacción: «*Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.*»

De acuerdo con este precepto, para disponer del bien confesado tras el fallecimiento del confesante, el cónyuge favorecido por la confesión debe recabar el consentimiento (más propiamente, el asentimiento) de los legitimarios del confesante, siendo pues ésta la forma en que el Reglamento Hipotecario interpreta la expresión «no perjudicará» a los herederos forzosos contenida en el art. 1324 CC. Pues bien, ello implica una clara limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión, pues resulta pacífico que, en vida del confesante, aquél puede libremente disponer de ese bien (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001 y sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de diciembre de 2002).

Tan clamorosa discordancia entre el ámbito sustantivo y registral no ha merecido, sin embargo, la denuncia que cabría esperar, hasta el punto de que, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1999 afirma que el art. 95.4 del Reglamento Hipotecario constituye el reflejo de la eficacia de la confesión recogida en el art. 1324 CC. No menos preocupante resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de diciembre de 2002, que afirma que, en este punto, el Derecho registral inmobiliario es «más exigente» que el Derecho civil. Ante ello procede apuntar:

a) Primero, que esa supuesta mayor exigencia estaría totalmente injustificada, pues la legislación hipotecaria puede únicamente exigir que la documentación presentada exprese todos los elementos necesarios para llevar a cabo la calificación registral (art. 18 de la Ley Hipotecaria y arts. 98 a 100 del Reglamento Hipotecario) y practicar el asiento correspondiente (arts. 9, 21 y 254 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario), pero de ningún modo puede imponer el cumplimiento de requisitos no contemplados en las leyes sustantivas.

b) Y segundo, que —contrariamente a lo declarado por la sentencia analizada— no nos hallamos ante una mera «mayor exigencia» del Reglamento Hipotecario en relación con el Código Civil, sino ante una absoluta discordancia entre ambos Cuerpos legales, pues, mientras según el Código Civil el cónyuge beneficiario de la confesión puede disponer libremente de los bienes confesados (también después de la muerte de su consorte), ello le está vedado por la legislación hipotecaria, lo que carece de fundamento y es contradictorio con lo expuesto hasta ahora, esto es: que la protección de los legitimarios se produce, en su caso, *a posteriori*, y no *a priori* mediante la exigencia de que asientan cualquier disposición pretendida por el beneficiario de la confesión. En este sentido, manifiesta BLANQUER UBEROS (38) que nos hallamos ante una restricción reglamentaria contraria a la ley, que limita innecesariamente la propiedad resultante de la confesión y protege en exceso a los legitimarios del confesante.

B) En relación con el embargo del bien confesado, el art. 144 del Reglamento Hipotecario prescribe: «*cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del art. 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos, sea o no el cónyuge deudor.*» Dejando al margen el supuesto en que el titular registral coincidiese con el cónyuge deudor, procede centrarse en el caso inverso, esto es, aquél en el que un cónyuge —el confesante— ha sido el contrayente de la obligación y el otro es el titular registral, supuesto en el que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite despachar ejecución contra «*quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público.*»

Excediendo del ámbito de este trabajo el análisis de las distorsiones que la legislación hipotecaria y procesal provocan en esta materia, simplemente nos limitaremos a manifestar, con BLANQUER UBEROS (39) que no cabe considerar que el bien confe-

sado quede, por virtud de la confesión, afecto «por disposición legal» al pago de la deuda, de forma que el beneficiario de la confesión podrá en todo caso oponerse al despacho de la ejecución contra ese bien.

Notas

(1) RIBERA PONT, M.^a Consuelo, *Breves reflexiones sobre el reformado 1324 del Código Civil*, RCDI n.º 548, Volumen I, Madrid, enero/febrero 1982, pág. 747.

(2) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La confesión de privaticidad de bienes de la sociedad conyugal: análisis del precepto contenido en el artículo 1324 del Código Civil*, Madrid, 1987, pág. 119.

(3) *Id.*, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 28 de noviembre de 1988, 21 de mayo de 1998, 5 de enero y 13 de octubre de 1999, 7 de diciembre de 2000, 13 de octubre de 2003 y 10 de octubre de 2005, todas ellas considerando que no se cumple con el art. 95.2 del Reglamento Hipotecario mediante la manifestación realizada por el adquirente de que en la adquisición emplea dinero privativo suyo (por proceder de enajenación de un bien privativo suyo o por haber sido adquirido por vía de herencia o donación).

(4) BLANQUER UBEROS, Roberto, *La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad*, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo III, editorial Civitas, Madrid, 2003, pág. 4.487.

(5) SANCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Los negocios de fijación*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 140 y 141.

(6) TORRES LANA, José Ángel, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Tomo IV, editorial Trivium, Madrid, 1991, pág. 874.

(7) ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil*, RCDI, n.º 587, noviembre/diciembre 1981, pág. 1.384.

(8) *Op. cit.*, pág. 874.

(9) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 1.221.

(10) ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, *Eficacia de la confesión contemplada en el art. 1.324 del Código Civil*, Estudios Ciencias Jurídicas, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 75 y 76.

(11) *Op. cit.*, págs. 143 y 144.

(12) OLIVARES JAMES, J. M.^a, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código Civil*, A.A.M.N., Tomo XXV, pág. 284.

(13) *Id.*, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 junio de 1902, 30 de marzo de 1950, 6 de julio de 1951, 5 de abril de 1957, 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 14 de diciembre de 1988 y 6 noviembre 1993.

(14) *Op. cit.*, págs. 4.483 y 4.484.

(15) *Id.*, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de octubre de 2003 y la de la Audiencia Provincial de Castellón de 13 de noviembre de 1999. En el mismo sentido, LÓPEZ MESA, Marcelo J., y ROGEL VIDE, Carlos, *La doctrina de los actos propios*, editorial Reus, Madrid, 2005, pág. 153.

(16) *Op. cit.*, pág. 1.385.

(17) HERRERO GARCÍA, M.^a José, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, A.A.VV., Madrid, 1991, pág. 599.

(18) *Op. cit.*, pág. 746.

(19) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, editorial Bosch, Barcelona, 1994, pág. 264.

(20) *Op. cit.*, pág. 601.

(21) *Op. cit.*, pág. 1.384.

(22) *Op. cit.*, págs. 60 y 61.

(23) *Op. cit.*, pág. 4.489.

(24) DE LOS MOZOS, José Luis, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVIII, dir. Manuel Albaladejo, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 172.

(25) *Op. cit.*, pág. 262.

(26) *Op. cit.*, pág. 262.

(27) *Op. cit.*, pág. 173.

(28) *Op. cit.*, pág. 4.492.

(29) *Op. cit.*, pág. 601.

(30) *Op. cit.*, págs. 758 y 759.

(31) GIMÉNEZ DUART, Tomás, *Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, RCDI, n.º 548, Madrid, enero/febrero 1982, pág. 144.

(32) *Op. cit.*, pág. 760.

(33) *Op. cit.*, pág. 601.

(34) *Op. cit.*, pág. 4.497.

(35) *Op. cit.*, pág. 760.

(36) *Op. cit.*, pág. 874.

(37) En sentido contrario a la validez de la donación encubierta se han manifestados, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994; en sentido favorable a la validez de la donación encubierta se manifestaron las de 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996 y 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. Asimismo, se aprecia en la jurisprudencia una postura intermedia, consistente en dar validez a la donación disimulada en caso que sea remuneratoria, y no cuando sea pura y simple.

(38) *Op. cit.*, pág. 4.511.

(39) *Op. cit.*, pág. 4.512.

La sentencia del día



COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ENJUICIAR DELITOS DE GENOCIDIO COMETIDOS EN CHINA EN APLICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

1255—TS Sala Segunda, de lo Penal S 20 Jun. 2006.—Ponente: Bacigalupo Zapater, Enrique.

COMPETENCIA JUDICIAL.—De los tribunales españoles en virtud del artículo 23.4 LOPJ.—Doctrina constitucional en aplicación del principio de justicia universal absoluto.

La jurisprudencia de esta Sala interpretó el alcance del art. 23.4 LOPJ —caso *Guatemala*— reflejando una consistente línea doctrinal de otros Estados de la Unión Europea es decir, armonizando la extensión de esa disposición con otros principios de no menor jerarquía del derecho internacional público, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas; de ello se dedujo que la extensión de la jurisdicción española a hechos extraterritoriales se justificaba, aunque implicara una intervención en asuntos de otro Estado, cuando existiese un punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles. Sin embargo, el TC ha decidido que dicho artículo no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser «en extremo rigorista» y «abiertamente restrictiva». Por tanto, y de acuerdo con lo que prescribe el art. 5.1 de la citada Ley Orgánica, debe declararse la competencia de los Tribunales españoles, en el supuesto enjuiciado, para entender en la instrucción y juicio de los hechos contenidos en la querrela formulada por delitos de genocidio y torturas cometidos en China.

Interpretación del Tribunal Supremo que no puede considerarse arbitraria, infundada o inconstitucional.

El TS no estimó parcialmente el recurso —en el caso *Guatemala*— basándose en que «sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre derecho de los tratados»; lo que establece es que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio «no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio». El TC consideró esta interpretación como una «reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico», contradictoria con el art. 23.4 LOPJ que «instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución competencial». Sin embargo, la reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa. La propia jurisprudencia constitucional la ha admitido no sólo para limitar el alcance de ciertos tipos penales, sino incluso en la interpretación de normas constitucionales que literalmente otorgan derechos fundamentales.

El carácter absoluto del art. 23.4 LOPJ en lo referente al genocidio ha sido fundamentado por el TC en el espíritu del Convenio contra la comisión de este delito: considera que una limitación como la establecida por el TS en la resolución del caso *Guatemala* entra en franca colisión con el «espíritu» del mismo. Se trata de una argumentación difícilmente defendible puesto que el propio art. VI Convenio Asamblea General de Naciones Unidas 9 Dic. 1948

(Prevención y sanción del delito de genocidio) —que considera expresamente la cuestión de la jurisdicción—, sólo se refiere al principio territorial y a la Corte Penal Internacional, por lo que no parece que el propósito de sus redactores haya sido instaurar el principio de la jurisdicción universal. El espíritu de una norma nunca puede ser deducido de un silencio consciente de quien la emite, y no se infiere del texto que el principio de la jurisdicción universal deba ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del derecho internacional. Es preciso tener presente que la doctrina del derecho internacional público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate.

El TC anula la sentencia del caso *Guatemala* por su «rigor desproporcionado» en la aplicación del art. 23.4 LOPJ. Tal decisión se basa, probablemente, en la suposición de que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como «un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto u óbice procesal» cuyo cumplimiento dependería de la parte. Sólo de esta manera podría entenderse que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivale a una sanción procesal en cuya imposición debe ser observado el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera: el principio de proporcionalidad es de aplicación ineludible siempre que pueda ser constatada una cierta colisión de pretensiones, en la que se deba dar preferencia a unas sacrificando las otras. Sin embargo, se trata de la aplicación de un principio cuya extensión y contenido no dependen de una ponderación: la cuestión de si España tiene o no jurisdicción no puede ser más o menos proporcionada, pues la proporción requiere una comparación entre una acción y una consecuencia jurídica cuantificable. La decisión sobre la jurisdicción se adopta dentro de una alternativa excluyente y no cuantitativa: la decisión debe ser afirmativa o negativa y viene determinada por normas nacionales e internacionales.

La interpretación que del art. 23.4 LOPJ hace el TS en el caso *Guatemala* no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni metodológicamente extravagante, sobre todo cuando se apoya en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como son el principio de no intervención y el de la jurisdicción universal. La arbitrariedad o el carácter infundado de una decisión sólo deberían ser apreciados cuando el resultado de la interpretación en la que se apoya no sea sostenible sobre la base de ningún método de interpretación aceptable. Y mientras en la ciencia jurídica no exista una metateoría de la interpretación que permita decidir sobre cuál es el mejor método interpretativo, una interpretación basada en un método científicamente aceptable y compatible con los principios inspiradores del texto legal no puede ser considerada ni arbitraria, ni infundada. Podrá no ser la mejor, según el punto de vista político-jurídico con el que se la juzgue, pero no es función del TC «la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la ley», ni tampoco es posible inferir que corresponda a la jurisdicción constitucional decidir cuál es la mejor interpretación de la ley.

Normas aplicadas: arts. 24.1 y 96 CE; art. VI Convenio Asamblea General de Naciones Unidas 9 Dic. 1948 (Prevención y sanción del delito de genocidio); arts. 5.1 y 23.4 LOPJ.

En la Villa de Madrid, a veinte de junio de dos mil seis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por ZHIZHEN DAI, M. Z., VICTOR MARNUEL F. S. y otros, contra auto de la Audiencia Nacional, que acordó desestimar el recurso de apelación interpuesto contra auto de 8 de octubre de 2004 por el Juzgado Central de Instrucción n.º 2, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quien expresa el parecer de la Sala. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal y los recurrentes han estado representados por la Procuradora Sra. Cendrero Mijarra.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.— Alegan los recurrentes en el segundo motivo —que debemos tratar en primer lugar por razones sistemáticas— que en la tramitación de la causa se ha infringido el art. 273 LECrim., dado que, en su momento, se puso en conocimiento del Juez de Instrucción y de la Audiencia la presencia en territorio español de alguno de los querrelados, sin que se haya tomado ninguna medida.

El motivo debe ser desestimado.

Los recurrentes presentaron la querrela el 3.9.2004 poniendo en conocimiento del Juzgado de Instrucción Central que uno de los querrelados estaba en Madrid entre el 3 y el 7 de septiembre. El día 6 de septiembre se comunicó al Juzgado que Jia Q.—Presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino— se encontraba

alojado en el Hotel Palace de Madrid. Posteriormente, al ampliar la querrela el 30.11.2004, informaron que cuatro querrelados estaban tomando parte en el Foro Hispano-Chino en Barcelona y alojados en el Hotel Juan Carlos I y que se encontrarían en España hasta el día siguiente, 1.12.2004.

Ciertamente, la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala *a quo* ha vulnerado el art. 273 LECrim., dado que la presencia en el territorio nacional hubiera justificado [ver STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003)], la jurisdicción de nuestros tribunales, toda vez que la presencia en el territorio de los querrelados hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso. Sin embargo, actualmente esas personas ya se encontrarían fuera de España, lo que determina la pérdida del objeto del presente motivo, dado que carece de practicabilidad que esta Sala or-

dene dar cumplimiento a una medida que no puede ser ejecutada por razones materiales.

Segundo.— Los motivos primero y segundo del recurso tienen apoyo en el art. 849, 1º LECrim. Se denuncia en ellos la vulneración del art. 24.1 CE, que sería consecuencia de que la Audiencia Nacional no consideró los argumentos de los recurrentes referentes a que China no ha suscrito el Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional y que, por lo tanto, no puede formularse ante éste la denuncia correspondiente; que el derecho chino no sanciona el delito de genocidio y que, siendo China miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, vetaría seguramente una propuesta de iniciar una causa por los hechos que aquí se denuncian. Asimismo se sostiene en el recurso que el art. 23.4 LOPJ ha sido aplicado sobre la base de una interpretación contra legem, dado que su texto no contiene ninguna limitación de la jurisdicción universal allí reconocida. La mayor parte de la argumentación reitera la omisión de diligencias en el sentido del art. 273 LECrim.

En la vista señalada para el trámite de este recurso los recurrentes sostuvieron el recurso, alegando nuevamente la imposibilidad de la persecución de los hechos en China y sostuvo que la aplicación al caso de la doctrina de la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), dado que los querellantes no tendrían otra posibilidad de perseguir el delito.

Por su parte el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso sosteniendo que no es claro que las víctimas que se señalan en la querrela sean miembros de una religión, sin perjuicio naturalmente del respeto que merecen sus convicciones, cualquiera sea la caracterización conceptual que se haga de ellas. Asimismo alegó razones de practicabilidad cuya aplicabilidad no estaría excluida por la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), dado que surgen de una norma constitucional, como es el art. 117 CE, que define la jurisdicción, sobre todo, como el poder de hacer ejecutar lo juzgado. El Fiscal ha considerado que en un caso como el presente este aspecto de la jurisdicción carecería de practicabilidad. Todo ello sin perjuicio de subrayar que los tribunales españoles no se deberían convertir, basándose en el principio de universalidad, en los competentes para hacer justicia en el resto del mundo.

Ambos motivos deben ser estimados.

1. La jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de la justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, este principio permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente. Desde este punto de vista estimamos que el principio de la justicia universal de nuestro derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.

Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación.

En este sentido, la STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003) (tanto en el voto de la mayoría como el de la minoría) interpretó el alcance del principio de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ reflejando una consistente línea de la jurisprudencia de otros Estados de la Unión Europea es decir, armonizando la extensión de esa disposición con otros principios de no menor jerarquía del derecho internacional público, tanto convencional como consuetudinario.

2. Ciertamente es que —como lo resaltó el Ministerio Fiscal— no es posible por ahora establecer si en los hechos relatados en la querrela se dan todos los elementos del tipo del art. 607 CP, pues ello requeriría

un pronunciamiento sobre los elementos normativos del tipo que caracterizan a los grupos sobre los que debe recaer la acción del delito de genocidio. Pero, el objeto del presente recurso se limita a la cuestión de si la jurisdicción española es competente para entender en estos hechos. La constatación de la concurrencia de los elementos del delito, por el contrario, es de la competencia del Juzgado de Instrucción, según lo establece el art. 313 LECrim. y tiene un régimen de recursos que nos impide pronunciarnos ahora sobre tales elementos sin privar a los recurrentes de la posibilidad de apelación que al respecto les acuerda la ley procesal.

3. En consecuencia, reducido el objeto del recurso a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, siendo esta una materia regida, al menos en parte, por el art. 24. 1 CE, la Sala estima que, de acuerdo con lo que prescribe el art. 5.1 LOPJ, el art. 23.4 LOPJ debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio con otros del ordenamiento jurídico. Esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha decidido en la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) —anulando la STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003)— que el art. 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser «en extremo rigurosa» y «abiertamente restrictiva». El Tribunal Constitucional se apoyó en sus precedentes de las TC SS 321/1993 (LA LEY JURIS. 2320-TC/1993) y 35/1999 (LA LEY JURIS. 3493/1999).

Por su parte, la STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003) había decidido que el art. 23.4 LOPJ, que establece el principio de la jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, debe ser interpretado de tal manera que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas. De ello se dedujo que la extensión de la jurisdicción española a hechos extraterritoriales de genocidio se justificaba, aunque implicara una intervención en asuntos de otro Estado, cuando exista un punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles. En particular se entendió que tales intereses, en el supuesto allí resuelto, debían ser apreciados, dada la existencia de víctimas españolas y, en todo caso, cuando los inculcados se encontraran en territorio nacional.

El mismo punto de vista fue sostenido en el voto particular de siete Magistrados de la Sala, que no discrepó de esta interpretación del art. 23. 4 LOPJ, sino que consideró que, en el caso *Guatemala*, debía ser aceptada la existencia de la conexión con intereses españoles. Dijeron en este sentido los Magistrados discrepantes que «la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción (...) si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho (...). Se trata —continúan los Magistrados que suscribieron el voto particular— de una restricción que no aparece estrictamente establecida en la ley, pero puede ser asumida como emanación de los principios del derecho internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial». Se sostiene además en el voto particular que «esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula».

Queda claro entonces que la sentencia y el voto particular no discreparon en cuanto a la técnica in-

terpretativa del texto del art. 23.4 LOPJ. Respecto de la exigencia de una conexión deducida del contexto conformado por el derecho nacional y por principios del derecho internacional el acuerdo fue unánime. La discrepancia se refirió tan sólo a si esta conexión debía ser apreciada ya cuando fueran comprobados «vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos y de toda clase que unen a Guatemala y a su población indígena con España». En el voto particular se dijo, además, en ese mismo sentido que «el asalto a la Embajada española no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida». En otras palabras el objeto de la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional.

En suma, es difícil saber, una vez comprobada la unánime concepción interpretativa del art. 23.4 LOPJ que informa la sentencia de esta Sala y el voto particular, qué quiso decir el Tribunal Constitucional cuando atribuye al voto particular una «trascendencia [que] no puede dejar de resaltarse». El voto particular, interpretó el art. 23. 4. LOPJ básicamente en el mismo sentido en el que lo hizo que la mayoría de la Sala, discrepando sólo en lo concerniente a la existencia en el caso del punto de conexión que debería haber condicionado la jurisdicción extraterritorial española.

4. Cuando se dictó la STS 237/2003, el Tribunal Constitucional (LA LEY JURIS. 1822/2005) no se había pronunciado sobre la interpretación del art. 23.4 LOPJ. La sentencia del Tribunal Supremo, por lo tanto, no se apartó ni siquiera de consideraciones implícitas en decisiones anteriores del Tribunal Constitucional. Por más que se diga en la mencionada STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), al hacer referencia a las TC SS 21/1997 (LA LEY JURIS. 3830/1997) y 87/2000 (LA LEY JURIS. 8475/2000), que de éstas surgen ya implicaciones respecto de la interpretación del art. 23.4 LOPJ, lo cierto es que nada se dice en ellas sobre la eventual infracción del art. 24. 1 CE en el caso en el que aquél sea entendido dentro del sistema del conjunto de normas nacionales e internacionales que configuran el ordenamiento jurídico español. Esto resulta tan evidente que el propio Tribunal Constitucional tampoco extrajo de las sentencias citadas ninguna conclusión aplicable al presente caso. En efecto, en la STC 21/1997 (LA LEY JURIS. 3830/1997) se dice solamente que en el art. 23.4 LOPJ «el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos delitos concretos», lo que coincide con lo sostenido por esta Sala en la STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003), que hizo expresa aplicación del principio de la justicia universal respecto de hechos cometidos en territorio guatemalteco. La STC 87/2000 (LA LEY JURIS. 8475/2000), por su parte, sólo se había referido a una obvia consecuencia del principio de la justicia universal, es decir, a la posible concurrencia de jurisdicciones de Estados intervinientes. En ninguna de estas sentencias había abordado el Tribunal Constitucional las razones que impondrían un determinado método interpretativo del art. 23. 4 LOPJ, ni su relación con el art. 24.1 CE.

5. En la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como ratio decisionis un argumento no decisivo utilizado en ella. En efecto: la sentencia no estimó parcialmente el recurso basándose en que «sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre derecho de los tratados» (FJ 5 de la STC). La sentencia del Tribunal Supremo sólo sostiene que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio «no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio» (F. J. 11º de la STS), cuestión que era pertinente dada la cláusula de cierre del art. 24 LOPJ, referida a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto de la persecución de ciertos delitos. Si la ausencia de una norma convencional hubiera sido la razón de la decisión de nuestra sentencia, no

se hubiera justificado la estimación parcial por el Tribunal Supremo del recurso basada en el principio de la jurisdicción universal (art. 23. 4 LOPJ) y en la comprobación de un interés emergente de la nacionalidad de las víctimas.

En el Fundamento Jurídico 8º de nuestra sentencia ya se había establecido que el genocidio aparecía entre los delitos que fundamentan la jurisdicción universal según la ley española, aclarando, sin embargo, que ese artículo «no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere [el art. 23.4 LOPJ]». La sentencia concretó luego su tesis afirmando que «una parte importante de la doctrina y algunos tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos [la extensión universal de la jurisdicción nacional] pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto del principio de no intervención» (Fundamento Jurídico 10.º). La STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003) concluye afirmando que esta interpretación «une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes» (Fundamento Jurídico 10.º).

6. El Tribunal Constitucional estimó que esta interpretación consistía en una «reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico» y que ello sería contradictorio con el art. 23.4 LOPJ porque «la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución competencial» (FJ 3). El carácter absoluto del principio sólo se ha deducido de la circunstancia de que el texto no menciona ningún límite expreso. Sin embargo, afirma el Tribunal Constitucional, contradiciendo abiertamente lo anteriormente transcrito, que éste «no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación». Dicho con otras palabras, se trataría de un principio universal «absoluto», que, no obstante, toleraría ser relativizado para «restringir su ámbito de aplicación».

a) La reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha admitido no sólo para limitar el alcance de ciertos tipos penales, sino incluso en la interpretación de normas constitucionales que literalmente otorgan derechos fundamentales. Tal es el caso, por ejemplo, cuando sostiene que el art. 25. 2 CE no contiene un derecho fundamental cuya infracción pueda fundamentar un recurso de amparo, reduciendo lo que el texto constitucional declara sin limitaciones como un derecho fundamental, a «un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de la libertad», introduciendo al mismo tiempo finalidades de la pena, no mencionadas en el art. 25.2 CE, para limitar el alcance de la norma constitucional [ver entre otras STC 120/2000 (LA LEY JURIS. 110838/2000)]. Si esta interpretación no tiene un fundamento histórico, ni gramatical, ni sistemático, su efecto reductivo sólo puede provenir de un método teleológico implícitamente empleado para llegar a ese resultado, restrictivo de la finalidad de reinserción social, en beneficio de otros fines de la pena que no son compatibles con él.

La reducción teleológica del ámbito de aplicación literal de una norma es también expresamente admitida en la interpretación de los tipos penales y de las normas penales en general por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional admitió una reducción teleológica del tipo, cuando entendió que el intrusismo del antiguo art. 321 CP 1973, cuyo texto se refería sin limitación alguna a «títulos oficiales», sólo se refiere a «títulos

académicos», excluyendo de esa manera otros títulos profesionales alcanzados literalmente por el texto legal [STC 111/1993 (LA LEY JURIS. 2193-TC/1993)].

Asimismo, otras normas penales han sido entendidas por el Tribunal Constitucional reduciendo su alcance literal. Tal es el caso de la interpretación del art. 132.2 CP realizada en la STC 63/2005 (LA LEY JURIS. 1020/2005), que comporta una manifiesta reducción teleológica del alcance del texto legal, dado que la propia sentencia impone el método teleológico, que conduce a una reducción del alcance del texto, excluyendo posibilidades interpretativas que la letra de la ley también hubieran cubierto.

Es sabido, por otra parte, que la reducción teleológica del texto legal del delito de las coacciones es postulada en la doctrina para excluir del ámbito de las coacciones comportamientos que se consideran socialmente adecuados.

También es sabido que la materia en la que la reducción teleológica del texto es puesta en duda, aunque sólo por una parte de la doctrina, es la de los llamados «límites éticos de la legítima defensa», o en general de una causa de justificación, dado que una restricción del alcance de la justificación amplía correspondientemente la punibilidad de los hechos típicos, lo que es entendido como una infracción del principio de legalidad. Al parecer, el Tribunal Constitucional habría considerado que entre esta situación y la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada en nuestra STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003) existiría una cierta analogía. Pero, si así fuera, el error sería evidente, toda vez que el art. 23.4 LOPJ no tiene ninguna analogía con las causas de justificación y su extensión o limitación, por lo tanto, no tiene efecto alguno sobre los límites de la punibilidad. Las normas del derecho penal internacional español del art. 23. 4 LOPJ y las causas de justificación regulan materias distintas, regidas también por principios diversos. En efecto, la prohibición de la analogía, derivada del principio de legalidad (*lex stricta*), rige sólo para las normas que determinan el carácter punible de una acción (art. 25. 1 CE), pero no es aplicable a las meras reglas de atribución de competencia, que, por definición, no afectan a la punibilidad. La norma que establece la jurisdicción en la que un hecho será enjuiciado ni amplía ni reduce su punibilidad.

b) El Tribunal Constitucional, de todos modos, parece haber estimado que los criterios reguladores que, según se vio, podrían restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y que sólo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La razón de este doble alcance del mismo texto legal no ha sido puesta de manifiesto y, en todo caso, es difícil de comprender. El carácter absoluto del art. 23.4 LOPJ en lo referente al genocidio ha sido fundamentado por el Tribunal Constitucional, además, en el espíritu del Convenio contra la comisión de este delito. Se argumenta, en este sentido, que una limitación como la establecida por el Tribunal Supremo «entra en franca colisión» con el «espíritu del Convenio».

Sin embargo, el art. VI del Convenio, que considera expresamente la cuestión de la jurisdicción, sólo se refiere al principio territorial y a la Corte Penal Internacional, por lo que no parece que el propósito de sus redactores haya sido instaurar el principio de la jurisdicción universal y, por lo tanto, que éste sea el «espíritu» del Convenio. Esta conclusión se ve además subrayada por el art. 8 del Convenio, que establece que «toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. 3». Es de suponer que, si el Convenio estuviera animado por el espíritu del principio de la jurisdicción universal hubiera establecido que cada Parte contratante quedaba autorizada a ejercer su propia jurisdicción o, por lo menos, no hubiera impuesto la obligación de acudir a la Naciones Unidas. Por lo demás el art. I del Convenio sólo obliga a los Estados que lo suscriben a sancionar el delito de genocidio en su propio territorio, pero no les impone adoptar en sus legislaciones el principio de la justi-

cia universal, como lo reconoce la STC en su Fundamento Jurídico 5.º.

Importante es también en este contexto, porque demuestra cuál es la tendencia de la comunidad internacional en la materia, que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48.º Período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996), antecedente inmediato del Estatuto de Roma, contenía una norma sobre «establecimiento de jurisdicción» en su art. 8, según la cual, «sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los arts. 17 [genocidio], 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de la comisión de esos crímenes y sus autores». Esta norma, que recoge el principio de la jurisdicción internacional, no tiene paralelo alguno en el Convenio contra el genocidio ni ha sido finalmente incorporada al Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

De todo lo anteriormente expuesto se deriva que el argumento basado en el supuesto espíritu del Convenio contra el genocidio es difícilmente defendible. Son más los elementos que apuntan en sentido contrario que los que, no sin un considerable esfuerzo, podrían apoyar la afirmación del Tribunal Constitucional. Por otra parte, el espíritu de una norma nunca puede ser deducido de un silencio consciente de quien la emite.

En todo caso, no se infiere del Convenio sobre el genocidio que el principio de la jurisdicción universal deba ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del derecho internacional. Es preciso tener presente que la doctrina del derecho internacional público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate. En este sentido se ha precisado que debe existir un «vínculo auténtico» o «sustancial» o «legítimo» o «un contacto legitimante» o un «contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no-intervención y de proporcionalidad». A tales criterios se deberá atender con especial razón cuando se trate de la persecución de hechos ejecutados dentro del ámbito de la soberanía de otro Estado.

c) Al citar en apoyo de su decisión las SSTC 321/1993 (LA LEY JURIS. 2320-TC/1993) y 35/1999 (LA LEY JURIS. 3493/1999), es evidente que el Tribunal Constitucional ha considerado que nuestra sentencia comporta un «rigor desproporcionado» en la aplicación del art. 23.4 LOPJ desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Tal decisión se basa, probablemente, en la suposición de que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como «un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto u óbice procesal» cuyo cumplimiento dependería de la parte. Sólo de esta manera podría entenderse que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivale a una sanción procesal en cuya imposición debe ser observado el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera: el principio de proporcionalidad es de aplicación ineludible siempre que pueda ser constatada una cierta colisión de pretensiones, en la que se deba dar preferencia a unas sacrificando las otras.

Parece claro que no es éste el caso de la interpretación de la norma que atribuye la jurisdicción penal extraterritorial a España, dado que la parte cuya pretensión es rechazada no sufre ninguna sanción procesal. Se trata de la aplicación de un principio cuya extensión y contenido no dependen de una ponderación. La cuestión de si España tiene o no jurisdicción no puede, en consecuencia, ser más o menos proporcionada, pues la proporción, en todo caso, requiere una comparación entre una acción y una consecuencia jurídica cuantificable. La decisión sobre la jurisdicción no se adopta dentro de un marco de estas características, sino dentro de una alternativa excluyente y no cuantitativa: la decisión debe ser afirmativa o negativa y viene determinada por normas nacionales e internacionales.

d) Tampoco es censurable la interpretación del Tribunal Supremo desde la perspectiva de otros cri-

terios de enjuiciamiento que emplea el Tribunal Constitucional. La STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), con cita de las TC SS 321/1993 (LA LEY JURIS. 2320-TC/1993); 48/1998 (LA LEY JURIS. 3499/1998) y 35/1999 (LA LEY JURIS. 3493/1999), ha recordado que el examen de la interpretación de los tribunales en lo concerniente al derecho a la tutela judicial efectiva le «permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, que la interpretación sea arbitraria, infundada o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional».

Una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003), apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria o infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras. La arbitrariedad o el carácter infundado de una decisión sólo deberían ser apreciados cuando el resultado de la interpretación en la que se apoya no sea sostenible sobre la base de ningún método de interpretación aceptable. Estas mismas razones impiden que la interpretación del Tribunal Supremo del art. 23.4 LOPJ pueda ser calificada de «metodológicamente extravagante» en el sentido de las TC SS 123/2001 (LA LEY JURIS. 5013/2001) (FJ 13), 125/2001 (LA LEY JURIS. 6088/2001) (FJ 5), 126/2001 (LA LEY JURIS. 6090/2001) (FJ 6), 127/2001 (LA LEY JURIS. 6091/2001) (FJ 6), pues su método de interpretación no está fuera de los métodos hermenéuticos conocidos y admisibles en la ciencia jurídica actual.

Mientras en la ciencia jurídica no exista una metateoría de la interpretación que permita decidir sobre cuál es el mejor método interpretativo, una interpretación basada en un método científicamente aceptable y compatible con los principios inspiradores del texto legal no puede ser considerada ni arbitraria, ni infundada. Podrá no ser la mejor, según el punto de vista político-jurídico con el que se la juzgue, pero, como dicen las TC SS 16/1981 (LA LEY JURIS. 811390/1981); 89/1983 (LA LEY JURIS. 41431-NS/0000); 105/1983 (LA LEY JURIS. 8308-JF/0000); 111/1993 (LA LEY JURIS. 2193-TC/1993) y 171/1997 (LA LEY JURIS. 10656/1997), no es función del Tribunal Constitucional «la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la ley», ni tampoco es posible inferir de tal manifestación que corresponda a la jurisdicción constitucional decidir cuál es la mejor interpretación de la ley. Es innecesario insistir en que el Tribunal Constitucional no ha objetado —sino todo lo contrario— la compatibilidad de métodos como el sistemático o el teleológico con una interpretación constitucionalmente no censurable.

7. Aclarado que la interpretación del Tribunal Supremo no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni metodológicamente extravagante, es preciso analizar las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto de los puntos de apoyo comparativos expresados en nuestra sentencia. En la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) se pone en duda que la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada por esta Sala pueda ser apoyada en las referencias que nuestra sentencia contiene. El Tribunal Constitucional, dice, en este sentido en el F. J. 6 de dicha sentencia, que «la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo no abona tal conclusión [la de requerir un interés nacional en el ejercicio de la jurisdicción universal], sino, antes bien, la contraria» y agrega que «las resoluciones alemanas citadas [por el Tribunal Supremo] no representan el status questionis en ese país (Alemania), en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales» (citándose a título de ejemplo la «sentencia» de 12.12.2000, que ratificó la condena por genocidio contra ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias, confirmada por el Tribunal Supremo alemán).

La apreciación del Tribunal Constitucional es en este punto manifiestamente errónea. En efecto, la llamada sentencia del 12.12.2000 del Tribunal Federal Constitucional alemán (BVerfG) nada dice al respecto. Se trata, en realidad, un auto de inadmisión a trámite para sentencia del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) contra la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) de 30. 4.1999 (Colección de Sentencias [BGHSt] tomo 45, p.64 y stes.), en la que el Tribunal Supremo aplicó el criterio del «punto de conexión legitimante» (ver loc. cit. pág. 68). El auto del Tribunal Constitucional Federal sólo estableció que «no encuentra aplicación junto al art. VI del Convenio contra el genocidio, un derecho internacional consuetudinario que prohíba la extensión extraterritorial de imposición del derecho penal alemán, cuya existencia afirma el recurrente» (III. 3. b. bb). Asimismo el auto trata, en relación al art. 103.2 de la Ley Fundamental, la cuestión de la interpretación del elemento subjetivo del genocidio del párrafo 220a del Código Penal alemán. Especialmente interesante es la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en su punto III. 6. b. aa., donde afirma que los tribunales «han interpretado el art. I del Convenio según su sentido y su finalidad de impulsar una persecución penal eficaz, de tal manera que los Estados contratantes no tienen ningún deber de persecución, pero que probablemente están autorizados a la misma sobre esta base».

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no tomó en consideración elementos del auto del BVerfG que hubieran permitido apoyar la tesis de nuestra sentencia. En efecto, en el punto CC. de dicho auto el Tribunal Constitucional Federal agrega: «De todos modos, la historia de las tratativas de la Convención contra el genocidio sugiere que el principio de universalidad no debe haber sido previsto [citando la opinión de Jescheck]. El art. VII de la llamada Comisión Dreier previó al respecto el principio de universalidad. El Proyecto del Comité ad hoc, sin embargo, ya no previó esta disposición, sino que se basó en el principio territorial (Cfr. UN Doc. E/794, pp. 32 y ss.). Consideraciones respecto de la soberanía y la aceptabilidad tuvieron en este sentido un papel».

Con posterioridad a esta sentencia y a dicho auto del BVerfG de 12.12.2000, el Tribunal Supremo alemán aplicó nuevamente en su sentencia del 21.2.2001 (ver: Colección de Sentencias [BGHSt, tomo 46. p. 292] el mismo criterio del «punto de conexión legitimante». Al referirse en esta sentencia al citado auto del Tribunal Constitucional de 12.12.2000, el Tribunal Supremo Federal señaló que la cuestión que concierne al punto de conexión legitimante no fue objeto de pronunciamiento alguno en el auto mencionado.

A la vista de estos antecedentes no parece acertado suponer que el legislador español haya tomado una decisión novedosa o de alcances especialmente amplios y de características más avanzadas que las normas vigentes en otros Estados europeos. Como ya lo hemos señalado, y lo reconoce el Tribunal Constitucional, el art. 23.4 LOPJ no es una excepción en el derecho penal internacional europeo. En realidad sólo reitera en su texto conceptos análogos a los que ya habían sido incorporados a derechos entrados en vigor con anterioridad a 1985. Para simplificar compárese solamente con el párrafo 6. 1. y 9 del Código Penal alemán de 1975, cuya indudable analogía conceptual con el art. 23.4 LOPJ es total y que en modo alguno ha sido considerado en la jurisprudencia como el prototipo de un principio de la jurisdicción universal sin ningún límite, como la postulada por nuestro Tribunal Constitucional. Por el contrario, como acabamos de ver, ha sido interpretado en el mismo sentido en el que nuestra sentencia del caso *Guatemala* interpretó dicho art. 23.4 LOPJ.

8. La STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) reprocha también a la del Tribunal Supremo que «omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la ley española no es la única legislación que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código penal), Suecia

(Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales».

Este reproche también es injustificado, porque el problema es otro, tal como lo demuestra la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina alemanas. No se trata de los textos, sino de su interpretación en el contexto de otras normas del derecho internacional. La experiencia actual de la aplicación de estas normas es la que ha obligado a reflexionar sobre la interpretación de las normas nacionales que regulan el principio de la jurisdicción universal en relación al sistema normativo del derecho internacional, dado el justificado reclamo de respuesta penal a los brutales ataques a la humanidad y a la paz que han conmovido muy especialmente la conciencia jurídica en los últimos decenios. Los tribunales se han visto recientemente ante situaciones hasta ahora desconocidas. Las disposiciones nacionales citadas en la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) no fueron aplicadas a casos concretos hasta hace relativamente poco tiempo. No todos los tribunales de los países europeos han tenido oportunidad de confrontarse con casos relevantes en estas materias. La Justicia de Alemania y de Bélgica debieron resolver casos en los que la cuestión de los límites del principio de la jurisdicción universal estuvo en primera línea. Estas circunstancias explican, no obstante que la lista de textos legales que no prevén límites expresos al ejercicio de la jurisdicción universal pudiera incluso ser acrecentada, sin que tal dato tenga ninguna significación para la solución del problema aquí planteado.

Precisamente por lo que se refiere al caso de Alemania y Bélgica la apreciación del Tribunal Constitucional no ha considerado ni el estado actual de la legislación belga, ni tampoco todas las normas del Código penal internacional alemán, con las que ha ilustrado su decisión. El tratamiento de la cuestión es relevante para esclarecer si el principio de la jurisdicción universal es visto internacionalmente como un principio sin excepciones.

La Ley belga de 16 de junio de 1993, citada en la sentencia 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), ya había sido modificada en su art. 7 por la ley de 23 de abril de 2003, que impuso límites al principio de la jurisdicción universal. La redacción de la Ley belga de 2003 se refiere, en primer término, a los casos en los que el autor no se encuentre en el territorio del Reino. Establece, además, que el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa, si «de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquella debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que esta jurisdicción sea competente, imparcial y equitativa». Por lo tanto, en la aplicación del principio de justicia universal, la ley da cabida a consideraciones basadas en el interés de la buena administración de justicia y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica que tienen una notoria cercanía conceptual con el principio de oportunidad en lo concerniente al ejercicio de la acción penal.

También el Código Penal Internacional alemán (VStGB) —que el Tribunal Constitucional en su sentencia F. J. 6 reprocha a nuestra sentencia no haber citado— avala el punto de vista de esta Sala. Una lectura íntegra del Código y de la Ley que lo introduce en orden jurídico de Alemania permite constatar que, efectivamente, el párrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad. Pero, se incorpora a la ley procesal penal (StPO) un nuevo supuesto de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, párrafo 153 f), que somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del Fiscal.

9. Sería completamente equivocado concluir que estas limitaciones del principio de la jurisdicción

universal lo comporta una «reformulación del principio real, de protección o de defensa», como se dice en la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005). La doctrina ha definido el principio real, de defensa o de protección como aquél que autoriza que los hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos que se encuentran en el propio Estado sean sometidos a la jurisdicción de éste. Es evidente que la exigencia de un punto de conexión legitimante no conlleva reducir el principio universal a los ataques contra bienes que se encuentran en el territorio del Estado. Nuestra propia sentencia es la mejor prueba de lo dicho, dado que hemos declarado la jurisdicción española respecto de ataques que afectaron a bienes jurídicos que se encontraban, en el momento de la agresión, en territorio extranjero.

10. En esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra «ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos» y que «la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades», reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al *forum shopping*, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una «solución ideal». Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir «puntos de contacto adicionales», que limiten el alcance del principio.

Especial relevancia revisten en esta línea los Princeton Principles on Universal Jurisdiction, elaborados en 2001 por profesores de la Universidad de Princeton (EE.UU.), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EE.UU.), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el Principio 1 (2) de este texto se establece que: «La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2 (1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial».

Es importante destacar que en el Comentario adicional por sus redactores a los Principios de Princeton (pág. 43) también se señala el riesgo de abuso y se plantea la cuestión de si, además la exigencia de la presencia del acusado en el Estado que ejerce la jurisdicción universal, deben ser requeridas otras conexiones territoriales, cuestión que los redactores han dejado expresamente para una ocasión futura, «en parte para continuar la discusión, en parte evitar el cierre de la evolución de la jurisdicción universal y, en parte, como deferencia ante la pendiente legitimación de la Corte de Justicia» (con referencia a la cuestión del Congo vs. Bélgica, pendiente entonces de decisión ante la Corte Internacional de Justicia, y a la decisión de la Corte de Casación de Senegal, que había rechazado la jurisdicción para enjuiciar a Hissène Habré, ex presidente de Chad, por torturas cometidas en este último país).

En el ámbito de la Unión Europea la Decisión del Consejo 2003/355/JAI, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (LA LEY-LEG. 188521/2003), ratifica que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción contra los responsables de tales crímenes internacionales», pero no hace ninguna referencia al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Tampoco contiene ninguna imposición en este sentido la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002, por la que se crea una red europea de puntos de contacto en relación a personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (LA LEY-LEG. 174749/2002), que también realiza una idéntica ratificación. De ninguna de estas Decisiones es posible extraer algún punto de apoyo para una concepción absoluta del art. 23. 4 LOPJ.

11. En conclusión, parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción

universal, que la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) ha establecido. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por ZHIZHEN DAI, M. Z., VICTOR MANUEL F. S. y otros, contra auto dictado el día 29 de abril de 2005 por la Audiencia Nacional, en causa seguida por delitos de genocidio y torturas; casamos y anulamos dicho auto, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

En su virtud declaramos la competencia de los Tribunales españoles para entender en la instrucción y juicio de los hechos contenidos en la querrela interpuesta por los recurrentes.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Juan Saavedra Ruiz.—Enrique Bacigalupo Zapater.—Joaquín Delgado García.—Siro Francisco García.—José Antonio Martín Pallín.—Carlos Granados Pérez.—Joaquín Giménez García.—Andrés Martínez Arrieta.—Julián Sánchez Melgar.—Perfecto Andrés Ibáñez.—José Ramón Soriano Soriano.—José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.—D. Francisco Monterde Ferrer.—D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

VOTO PARTICULARQUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. JUAN SAAVEDRA RUIZ, D. SIRO GARCÍA PÉREZ, D. CARLOS GRANADOS PÉREZ, D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA Y D. JULLIÁN SÁNCHEZ MELGAR.

PRIMERO.- La discrepancia del presente voto particular se contrae a lo argumentado en la sentencia en el apartado tercero del fundamento de derecho segundo, cuando, con cita del artículo 5.1 LOPJ, sostiene que el art. 23.4 LOPJ «debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio (el relativo a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española) con otros del ordenamiento jurídico», es decir, el Tribunal Supremo estaría vinculado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada de la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), que anula nuestra sentencia precedente 327/2003 (caso *Guatemala*) (LA LEY JURIS. 1215/2003), sobre la base «que el artículo 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser «en extremo rigorista» y «abiertamente restrictivo»». Sin embargo, la sentencia argumenta a continuación a propósito de los errores en que incide la STC 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005), apuntando sus contradicciones, argumentación que compartimos en toda su extensión, y precisamente por ello creemos que la decisión debió ser contraria a la estimación del recurso, porque es un caso en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene necesariamente que vincular al Tribunal Supremo ex artículo 5.1 LOPJ.

SEGUNDO.- Esta cuestión ha sido sometida a la reciente Sala General que tuvo lugar el 25/04 (LA LEY JURIS. 2293498/2006) pasado, llegándose al siguiente acuerdo: «El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE».

Una primera lectura de este precepto (art. 5.1 LOPJ) podría llevarnos a entender que la doctrina

del Tribunal Constitucional rebasa el alcance otorgado por el art. 1.6 CC a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque ésta complementa el ordenamiento jurídico mientras aquélla tiene un efecto vinculante. Sin embargo, ello no se deduce de nuestro texto constitucional. En efecto, el art. 164.1 CE establece que todas las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada, y que, además, las sentencias que dicte tienen efectos frente a todos, con una excepción: las sentencias que se dicten al resolver recursos de amparo. Ninguna referencia se contiene a la vinculación a la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional.

La propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 38.1, fija el concepto de vinculación para todos los poderes públicos en relación con las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, sin que se contemple ese efecto cuando el art. 55 determina el alcance de las sentencias dictadas al resolver los recursos de amparo. Combinando estos dos preceptos, con los artículos 38.3 y 40, todos ellos LOTC, observamos que el esquema general diseñado por la misma sería el siguiente: todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional tienen efecto de cosa juzgada; las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales; mientras que las sentencias dictadas al resolver recursos de amparo sólo vinculan al órgano jurisdiccional que conoce de la causa respecto a la que se suscitó este recurso, sin perjuicio de su indudable valor doctrinal y jurisprudencial.

Posteriormente, el art. 5.1 LOPJ amplía el alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Ello se produce en tres ámbitos: se establece el carácter vinculante de todas las resoluciones y no sólo de las sentencias; la vinculación se refiere a las resoluciones dictadas en todo tipo de procesos y no sólo en los procedimientos de inconstitucionalidad; y, por último, el alcance de la fuerza vinculante se predica de la interpretación de los preceptos y principios constitucionales efectuada por el Tribunal Constitucional, es decir, no sólo tiene carácter vinculante la parte dispositiva de la resolución, sino también los fundamentos que contengan consideraciones básicas para alcanzar su parte dispositiva.

Pues bien, la cuestión se centra en cohonestar el contenido del artículo 5.1 LOPJ con el de los arts. 164.1 y 117.1, ambos CE. Puesto que el precepto orgánico mencionado recoge una vinculación que no se contiene en el art. 164.1 del texto constitucional y, por otro lado, el art. 117.1 establece el sometimiento de los órganos jurisdiccionales únicamente al imperio de la Ley, sin referencia alguna a la doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso, por tanto, efectuar una relectura del precepto citado.

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales están vinculados por la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en los procedimientos relativos al control de constitucionalidad de las leyes. Estas son las únicas sentencias a las que el art. 164.1 de la Constitución reconoce eficacia frente a todos.

En segundo término, se entiende que los órganos jurisdiccionales no están vinculados con lo establecido en las sentencias que resuelvan recursos de amparo, con una excepción, como es la necesaria vinculación del órgano jurisdiccional que conoce de la causa a lo establecido en dicha sentencia. Y ello porque, en este ámbito, debe primar el contenido del artículo 117.1 de la Constitución sobre el artículo 5.1 LOPJ.

En tercer lugar, no sólo los preceptos constitucionales citados ciñen el sentido del art. 5.1 LOPJ, sino que, además, debe interpretarse de acuerdo con el art. 123.1 del texto constitucional, que reconoce al Tribunal Supremo el carácter de órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales. Conforme a ello es posible establecer las siguientes consecuencias: a) la ampliación que sobre los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional recoge el artículo 5.1 LOPJ, es válida siempre que se enmarque en el ámbito constitucional, y, concretamente, en el reconocimiento de órgano jurisdiccional superior y superior en todos los órdenes establecido para el Tribunal Supremo; b) en caso de conflicto entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los órganos jurisdic-

cionales no se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas al resolver recursos de amparo, y c) en materia de legalidad ordinaria el órgano supremo y superior es el Tribunal Supremo, superioridad que se extiende sobre el mismo Tribunal Constitucional, debiendo prevalecer la interpretación y decisión que sobre dicha legalidad ordinaria haya establecido y adoptado el Tribunal Supremo.

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso *Guatemala*, como se razona en la sentencia de la mayoría, no excluye la consideración de elementos de corrección del principio absoluto de la jurisdicción universal. Así, en el apartado sexto de su fundamento segundo, cuando cita al propio Tribunal Constitucional en el sentido de que admite que el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal «no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación».

Este caso tiene diferencias notables con el de *Guatemala* y, por ello, no cabe transponer sin más la doctrina aplicada en el segundo al primero. No es posible aceptar que el Tribunal Supremo, como admite la sentencia de la mayoría, vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por ser arbitraria su decisión, caso en el que sí estaríamos vinculados a la doctrina del Tribunal Constitucional emanada directamente de la interpretación del artículo 24.1 CE. En el mismo apartado sexto del fundamento mencionado de la sentencia de cuya decisión discrepamos se sostiene que «una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003), apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria ni infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras». Siendo ello así, el alcance del art. 23.4 LOPJ corresponde fijarlo al Tribunal Supremo por ser la última instancia en materia de legalidad ordinaria.

En el caso presente no existe punto de conexión alguno que pueda ser aplicado. Además, con independencia del resultado ulterior del eventual trámite de instrucción, ni siquiera son diáfanos las evidencias acerca del supuesto de hecho delictivo incorporado a la querrela, como ha sostenido el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, teniendo en cuenta la imprecisión de su planteamiento a la hora de alcanzar una consideración segura sobre el carácter religioso y no meramente cívico del movimiento conocido como «Falun Gong», lo que sirve de argumento para corroborar lo anterior.

CUARTO.- Es cierto que en materia de garantías constitucionales el Tribunal Constitucional tiene la última palabra, correspondiéndole realizar la exégesis de la norma (en este caso art. 23.4 LOPJ) para determinar cuántas de sus interpretaciones posibles no son respetuosas con la Constitución. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no puede elegir la solución interpretativa conforme a la Constitución que le parezca adecuada, sino excluir aquellas interpretaciones que no sean constitucionales, es decir, ante varias interpretaciones posibles, todas ellas constitucionales, el Tribunal Constitucional no puede excluir una e incluir otra. Si todas ellas son constitucionales, cualquiera que haya elegido el órgano jurisdiccional es válida. Y si ese órgano es el Tribunal Supremo, además de válida es eficaz e inalterable por parte del Tribunal Constitucional. Precisamente, porque la interpretación que ha otorgado el Tribunal Supremo forma parte de la decisión adoptada por el órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales.

De aquí se deduce que sólo cuando el Tribunal Supremo haya adoptado una opción interpretativa que sea anticonstitucional, el Tribunal Constitucional puede y debe declararlo así y revocar la resolución dictada. Por el contrario, no procederá cuando la opción interpretativa sea constitucional, aun

cuando pudiera existir otra que al Tribunal Constitucional le pareciera más adecuada.

En el presente caso, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación de la norma que es constitucional. Es una interpretación de las diversas posibles y no deja de ser constitucional por el hecho de que no sea la interpretación escogida por el Tribunal Constitucional. Pese a ello, éste órgano ha dicho que es contraria a la Constitución. Además, no se limita a declararlo así, sino que determina cuál de las hipotéticas interpretaciones aplicables de la norma es la adecuada al texto constitucional.

No es cuestión de discutir si nuestra opción o la del Tribunal Constitucional es más constitucional o no (dificilmente puede medirse el grado de mayor o menor constitucionalidad de interpretaciones que son acordes con la Constitución). La cuestión consiste en afirmar que nuestra opción es constitucional. Y lo es no porque simplemente lo digamos nosotros, sino porque: a) es la solución imperante en Europa (la sentencia de la mayoría, a título de ejemplo, se refiere detalladamente a los casos de Alemania y Bélgica); y b) también es la solución que se obtiene tras acudir al Convenio contra el genocidio como se desarrolla en el apartado sexto del fundamento segundo de la sentencia precedente. Luego, no puede sostenerse que la interpretación que hemos dado sea anticonstitucional, porque las soluciones alcanzadas en otros países europeos deberían también ser consideradas anticonstitucionales y contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que evidentemente no es así. Si una solución basada en la interpretación de convenios internacionales es anticonstitucional, debería plantearse cómo solucionar la discordancia entre dichos textos y nuestra Constitución.

Por todo ello, entendemos que la mayoría ha interpretado de forma excesivamente amplia la cláusula de vinculación del art. 5.1 LOPJ, pugnando ello con el papel constitucional que le corresponde al Tribunal Supremo, y por ello el recurso ha debido ser desestimado.

Voto particular concurrente que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, a la sentencia n.º 645/2006, de 20 de junio de 2006, que resuelve el recurso de casación n.º 1395/2005. Se adhiere el magistrado José Antonio Martín Pallán.

Se concuerda con el fallo, pero no con determinadas afirmaciones de la fundamentación de la sentencia que cuestionan el alcance que el Tribunal Constitucional da al art. 23.4 LOPJ en su sentencia n.º 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005). Y es que tanto la sentencia n.º 327/2003 (LA LEY JURIS. 1215/2003) de esta sala como el voto particular que la acompañaba (suscrito también por quienes firmamos éste), comportan —cierto que en muy distinta medida— una incorrecta reducción del sentido que, en rigor, ha de darse al precepto que atribuye a la jurisdicción española las competencias universales para conocer del delito de genocidio.

Al obrar así, el legislador español actuó de la forma más coherente y dio al genocidio el tratamiento más adecuado: el que reclama la norma consuetudinaria vigente en la materia, hoy universalmente vinculante para todos los sujetos internacionales. Ello hace que todos los Estados se encuentren, no sólo legitimados, sino obligados a asegurar el máximo de efectividad a la prohibición de conductas genocidas, persiguiéndolas allí donde quiera que puedan darse.

Tal es la línea en que se inscribe la decisión del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra, al subrayar que «el Estatuto de Roma recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes internacionales».

En consecuencia, frente al imperativo de persecución universal del genocidio y para redimensionarlo a la baja, no cabe oponer el principio de no intervención. Porque en éste se expresa un paradigma

de articulación de las relaciones internacionales anclado en el viejo concepto de soberanía (como suprema potestas superiorem non recognoscens), ahora abiertamente contradicho por las normas que proscriben las conductas integrantes de genocidio e imponen su persecución universal, que son de ius cogens y deben prevalecer. Es también por lo que constituye ya un tópico en la materia que actuaciones jurisdiccionales como la de que aquí se trata no son una injerencia en los asuntos internos; algo aceptado por el Comité de Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión.

Cuando, tal como ocurre en la sentencia que motiva esta discrepancia, se opone de algún modo el principio de no intervención al de jurisdicción universal en tema de genocidio, cual si estuvieran en el mismo plano, se distorsiona el sentido del vigente ordenamiento penal internacional pues se argumenta en términos de mero pragmatismo. Esto es, a partir del dato empírico de que los estados a los que incomode la iniciativa jurisdiccional pueden oponer de facto la razón de su fuerza a la fuerza de la razón jurídica.

Madrid, 4 de julio de 2006.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, RESPECTO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1395/2005, INTERPUESTO POR ZHIZHEN DAI, M. Z., VÍCTOR MANUEL F. S. Y OTROS, CONTRA EL AUTO DICTADO POR LA AUDIENCIA NACIONAL.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

No puedo estar de acuerdo con la afirmación que se contiene en el párrafo 3º de la sentencia de la mayoría cuando se afirma que la interpretación del art. 23.4º de la LOPJ, que establece el principio de jurisdicción universal entre otros, respecto del delito de genocidio deba ser interpretado de forma que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional y en particular el principio de no intervención previsto en la carta de Naciones Unidas.

Precisamente, la persecución del delito de genocidio así como otros delitos internacionales que constituyen las más graves violaciones de derechos humanos, exigen la derogación del principio de no intervención. La Comunidad Internacional ya no acepta reservas ante la persecución de este tipo de delitos.

El Voto Particular, firmado por siete Magistrados de esta Sala, en el caso *Guatemala*, no exigió un punto de conexión entre los hechos delictivos y el interés de España en la aplicación del principio de justicia universal, sino que verificó que en este caso concreto existían multitud de puntos de conexión, y en tal sentido, se pronunciaba el Voto Particular en clave de conveniencia y no de exigencia de punto de conexión «... la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión... puede constituir un criterio razonable de autorestricción...», y asimismo se reconocía que la exigencia de puntos de conexión «... no aparece expresamente establecida en la Ley pero puede ser asumida... y aplicada como criterio de razonabilidad...».

Tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional n.º 237/2005 (LA LEY JURIS. 1822/2005) dando amparo a la impugnante, se declaró expresamente que el principio de justicia universal debe ser aplicado sin ninguna restricción y por lo tanto, sin que se exija ni sea conveniente la concurrencia de algún punto de conexión con el país que ejerce la jurisdicción universal.

Creo que debe de aceptarse dicha doctrina abiertamente y sin reserva alguna, que en definitiva no es sino la que se deriva expresamente del propio artículo 23-párrafo 4.º de la LOPJ, en la que el legislador español introdujo dicho principio como norma de derecho interno y como tal vinculante para todos los poderes públicos y muy singularmente para el Poder Judicial.

Dado en Madrid, a 20 de junio de 2006.



Tribunales Superiores de Justicia

SUSPENSIÓN CAUTELAR DE REQUERIMIENTO DE SALIDA DE ESPAÑA DADA LA DIFICULTAD DE COMUNICAR EN EL PAÍS DE ORIGEN UNA POSIBLE SENTENCIA ESTIMATORIA

1258—TSJPV Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 3.ª S 31 May. 2006.—Ponente: Ibarra Robles, Juan Luis.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Suspensión de la ejecución de la obligación de salida de territorio español impuesta a un ciudadano de Ghana.—Dificultad de su letrado para comunicarle en su país de origen una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal.

En el caso, resulta notoria, en razón de que el recurrente es natural de Ghana, la dificultad de comunicación con su letrado si el primero cumple de forma inmediata el requerimiento de salida del territorio español impuesto en la resolución denegatoria de autorización inicial de residencia y trabajo y se traslada a su país. Por tanto, cabe apreciar que su inmediata salida pone en riesgo la plena efectividad de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, y se cumple el requisito previo que recoge el art. 130.1 LJCA 1998 (LA LEY-LEG.

2689/1998) como presupuesto para la viabilidad jurídica de la adopción de una medida cautelar, dirigida al aseguramiento anticipado del objeto litigioso cuando se produzca una situación de crisis de la finalidad legítima del recurso. Por otra parte, el recurrente se encuentra en España desde el año 2001, fecha en la que solicitó permiso de residencia, y ha aportado la documentación que acredita dicha solicitud y la del número de identidad de extranjero. Y dicha documentación, sin perjuicio del alcance de su fuerza probatoria, se ofrece como un principio de prueba respecto del hecho de que el recurrente invoca, con fundamento aparente, un interés legítimo en la preservación de un serio proyecto migratorio que quedaría perjudicado si cumplimenta el requerimiento ejecutorio de salida.

Normas aplicadas: art. 130.1 LJCA 1998 (LA LEY-LEG. 2689/1998).

En la villa de BILBAO, a treinta y uno de mayo de dos mil seis.

La sección número 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra el auto dictado el quince de Diciembre de dos mil cinco por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo n.º 3 (Bilbao) de BILBAO en la pieza de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 513/05.

Son parte:

— APELANTE: D. (...) representado y dirigido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER GALPARRORSO GARCIA.

— APELADO: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DEPENDENCIA PROVINCIAL DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representado y dirigido por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- A) Objeto de la apelación

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. (...) nacional de Ghana, se impugna el auto dictado con fecha de 15 de diciembre de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Bilbao, recaído en la pieza de medidas cautelares de los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 513/05.

El auto desestima la solicitud de medida cautelar de suspensión del requerimiento de abandono en plazo del territorio español consignado en la resolución dictada por la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya con fecha de 2 de agosto de 2005, por la que acuerda denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena presentada a favor del ahora apelante por el empleador «(...)», al amparo del proceso de regularización de trabajadores extranjeros previsto por la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Ejecutivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia se funda en la apreciación gubernativa de que no se ha acreditado que el interesado se encontrara empadronado en municipio español, al menos

con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En el proceso de instancia, la parte: recurrente sostuvo la pretensión de adopción de la medida cautelares, con fundamento en que:

a) El cumplimiento inmediato por el recurrente de la advertencia de salida del territorio español haría perder la finalidad legítima del recurso, ante una previsible estimación del mismo. Un eventual retorno a su país de origen con la inevitable exigencia de le posterior expedición de visado le impediría, por completo, la incorporación al trabajo que le ha sido ofertado; y, con ello, se produciría un decaimiento en la oferta efectuada por el empleador.

b) La medida de suspensión solicitada no causa perjuicio alguna al interés público ni a terceros. La excepcionalidad del procedimiento de regularización no ; permite la aplicación del artículo 158.2 del Real Decreto 2393/2004. El interesado ha mostrado una voluntad prolongada de radicarse en España y de legalizar su situación; dispone de recursos bastantes para su subsistencia y carece de antecedentes penales.

La resolución judicial dictada en el proceso de instancia funda la denegación de la medida cautelas en la apreciación de que la parte recurrente no ha aportado principio de prueba jurídicamente relevante respecto del hecho en el que funda la solicitud de la medida cautelas. Sin que se siga de sus alegaciones que la concreta medida cautelas solicitada sea necesaria para preservar la plena eficacia de la sentencia que en su día se dicte.

B) Posición de la parte apelante

En el escrito de formalización del recurso de apelación, la parte recurrente sostiene, expresado en síntesis, que:

a) La salida del territorio español por parte del recurrente comportaría la imposibilidad de mantener un contacto directo con su Letrado y de poder intervenir personalmente en el juicio. A la dificultad de localizar al recurrente en su país de origen se suma el coste económico que comportaría el retorno a España.

b) La parte recurrente ha aportado prueba sobre el arraigo en España del interesado. El documento número 5 de la demanda acredita que el Sr. (...) ha permanecido en España de manera continuada, al menos, desde el 17 de septiembre de 2001.

c) La posición de la parte actora desprende *fumus boni iuris*.

C) posición de la parte apelada, Administración General del Estado

La defensa de la Administración del Estado no ha formulado oposición al recurso de apelación.

Segundo.- Se aprecia una situación real de peligro para la preservación del objeto litigioso. La ponderación de intereses legítimos en presencia justifica la adopción de la medida cautelar solicitada.

La resolución jurisdiccional recurrida en apelación aprecia, como razón de decidir, que de la resolución administrativa recurrida no se deriva el requerimiento de salida del territorio español respecto del cual la parte recurrente solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la eficacia de dicha medida. Lo que le lleva a concluir que la concreta medida cautelar solicitada no es necesaria para preservar la plena eficacia: de la sentencia que en su día se dicte.

La apreciación jurisdiccional efectuada en la instancia no puede compartirse, toda vez, que se aparta de la realidad recogida en la parte dispositiva de la resolución administrativa recurrida. En ella, se dispone, en primer lugar, la denegación a la persona extranjera interesada la autorización inicial de residencia y trabajo, al amparo del proceso de regulación previsto por la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Y, en segundo lugar, se dispone un requerimiento de abandono del territorio español en el plazo de quince días desde que se le notifique la resolución, en los términos previstos en el artículo 158.2 del Real Decreto 2393/2004; y se concluye con la advertencia de que una vez transcurrido dicho plazo sin que haya efectuado la salida del territorio español, se aplicarán las medidas gubernativas previstas para los supuestos de residencia irregular de los extranjeros en España.

Se trata, por tanto, de un requerimiento administrativo de cumplimiento en plazo de una medida Obligatoria de carácter personalísimo efectuado en el mismo acto administrativo que se sujeta a control jurisdiccional.

Por lo que dicha actuación administrativa de requerimiento y advertencia dirigida a habilitar la ejecutoriedad inmediata de una medida de gravamen, forma parte del ámbito del control jurisdiccional en el proceso que se sigue en la instancia; y, en igual medida, puede integrar el ámbito material del derecho a la preservación de la integridad del objeto litigioso mediante la adopción de una medida cautelar de suspensión de la eficacia del requerimiento dirigida a su aseguramiento anticipado. Toda vez que el régimen de medidas cautelas dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, permite al órgano judicial «la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia».

En el recurso de apelación, se sostiene que la inmediata salida del recurrente del territorio español, en cumplimiento del referido requerimiento en plazo efectuado por la autoridad gubernativa en la resolución administrativa recurrida, determina una situación de peligro para la preservación del objeto litigioso. Esta posición de la parte apelante, se funda, a su vez, en una doble apreciación Táctica:

a) La referida al hecho de que el recurrente carece de medios económicos para costearse una eventual vuelta al territorio español para el caso de que la sentencia que se dictara en el proceso que se sigue en la primera instancia estimara la pretensión de que se dicte un pronunciamiento declarativo del derecho a la obtención de la autorización inicial de residencia y trabajo, al amparo del proceso de regulación previsto por la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Este hecho no puede tenerse como un hecho notorio, siendo así que, respecto del mismo no se ha ofrecido ningún principio de prueba.

Constatada esta ausencia probatoria, debe recordarse que el sistema de pretensiones aplicable en el proceso contencioso-administrativo permite no sólo la pretensión de anulación de la actuación administrativa recurrida, sino, también, la de reconocimiento de una situación jurídica subjetiva y la pretensión de condena a la adopción de las medidas que sean necesarias para el restablecimiento de la persona recurrente en el ejercicio de la situación jurídica reconocida. Conteniéndose en la norma, legal la expresa indicación de que una de dichas medidas puede consistir en el resarcimiento de los perjuicios causados por la actuación administrativa, cuando proceda (artículo 31 de la Ley Jurisdiccional 29/1998).

Lo que comporta, que, en el caso de una sentencia estimatoria, de haberlo incluido en el haz de pretensiones ejercitadas, la persona extranjera recurrente podría obtener en el proceso el resarcimiento del perjuicio económico que invoca.

b) Sí puede, sin embargo, tenerse como un hecho notorio, en razón del país de origen del recurrente, Ghana, la circunstancia referida a la dificultad de comunicación del recurrente con su Letrado si el primero cumpliera de forma inmediata con el requerimiento de salida del territorio español y se trasladara a dicho país de origen.

Con fundamento en ello, cabe apreciar que la inmediata salida del recurrente del territorio español a su país de origen pone en riesgo la plena efectividad de una eventual sentencia estimatoria en el proceso que se tramita en el juzgado de instancia. Cumpliéndose, así, el requisito previo que se recoge en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 como

presupuesto para la viabilidad jurídica de la adopción de una medida cautelar, precisamente dirigida al aseguramiento anticipado del objeto litigioso cuando se produzca una situación de crisis de la finalidad legítima del recurso.

A partir de la anterior apreciación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, debe accederse a una ponderación circunstancia sobre los intereses legítimos en presencia sustentado por las partes procesales ya que dicha operación no se ha llevado a cabo en la resolución jurisdiccional recurrida.

A este efecto, se sostiene por la parte recurrente que en el proceso de instancia se ha aportado principio de prueba acreditativo de que el recurrente se encuentra en territorio español, al menos, desde el 17 de septiembre de 2001, fecha en la que solicitó permiso de residencia en España. La documentación señalada, así como la referida a la solicitud de permiso de residencia y trabajo fechada el 9 de mayo de 2002 y la solicitud de número de identidad de extranjero, fechada el 22 de junio de 2003, se ha adjuntado al escrito de demanda. Respecto de la misma no cabe efectuar ninguna valoración probatoria en esta segunda instancia; pero sí debe tenerse como una documentación, que, sin perjuicio del alcance de su fuerza probatoria, se ofrece como un principio de prueba respecto del hecho de que el recurrente invoca, con fundamento aparente, un interés legítimo en la preservación de un serio proyecto migratorio que quedaría perjudicado si se cumplimentara el requerimiento ejecutorio de salida del recurrente del territorio español.

Frente a dicho interés legítimo invocado por la parte apelante, la representación procesal de la Administración General del Estado no ha formulado alegación alguna.

Por lo que la ponderación de intereses legítimos en presencia debe inclinarse a la protección anticipada, durante, la substanciación del proceso, de la posición sostenida por la parte actora mediante la adopción de la medida cautelar solicitada.

Procede, en consecuencia, la completa estimación del recurso de apelación interpuesto y la adopción, de contrario imperio, de la medida cautelar de suspensión, en tanto recaiga sentencia firme, del requere-

rimiento de salida en plazo del territorio español de D. (...) que se consigna en la resolución dictada con fecha de 2 de agosto de 2005 por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya.

Tercero.- D. conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en ambas instancias.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 228 DE 2006, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. (...) CONTRA EL AUTO DICTADO CON FECHA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2005 POR EL JUZGADO, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 3 DE LOS DE BILBAO, RECAÍDO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 513 DE 2005/ DEBEMOS:

PRIMERO: REVOCAR, COMO REVOCAMOS, EL AUTO APELADO DICTADO EN LA INSTANCIA. DISPONIENDO, DE CONTRARIO IMPERIO, LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN, EN TANTO RECAIGA SENTENCIA FIRME, DE LA EJECUTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN DICTADA CON FECHA DE 2 DE AGOSTO DE 2005 POR LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA, EN EL CONCRETO EXTREMO POR EL QUE SE REQUIERE DEL RECURRENTE QUE PROCEDA A LA SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL.

SEGUNDO: NO EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme, y que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Columna de lo Penal

EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL Y SUS SINGULARIDADES

Por FRANCISCO SOTO NIETO

Doctor en Derecho. Ex Magistrado del Tribunal Supremo

El nítido perfil acusatorio del proceso penal —indudablemente religado a principios de rogación y contradicción— ofrece su destacada presencia en los escritos de *calificación provisional* —arts. 650 y 651 de la LECrim.— en los que, al genérico despliegue de la acción penal, se incorporan sugerentes proyectos para la efectivización del *ius puniendi* a través de los cuales se centra la contienda y delimitan los términos del debate. No obstante, las apreciaciones que las conclusiones provisionales reflejan están sujetas a mudanza por iniciativa de las propias partes a la hora de montar sus *conclusiones definitivas* —art. 732 de la LECrim.— y éstas muy relativamente condicionan la función decisoria del Tribunal dada la holgura calificadora y punitiva que le permite el juego de los arts. 733 y 851, 4.º, de la LECrim. La proposición de tesis procede tan solo una vez se hayan

formulado las calificaciones definitivas y antes de que se proceda a evacuar el trámite del informe oral por las partes.

El juzgador no puede excederse en su resolución de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración, en definitiva ha de proceder en coherencia con el tenor del debate habido. Traducido ello en la ineludibilidad de un hilo de correlación entre acusación y sentencia (cfr. sentencias del TC de 23 de mayo de 1994 y 19 de junio de 1995).

La reciente sentencia de 19 de mayo de 2006 nos recuerda que el principio acusatorio forma parte de las garantías del debido proceso. En muchas de estas resoluciones hemos sostenido que el objeto del pro-

ceso, es decir, las cuestiones que el Tribunal de la causa debe decidir, queda definido por las conclusiones definitivas de la Acusación y la Defensa. Ello tiene dos fundamentos legales: el Tribunal debe dictar sentencia según las «pruebas practicadas en el juicio» (art. 741 de la LECrim.) y las conclusiones provisionales son modificables y solo después se convierten en definitivas en el momento previsto en el art. 732 de la LECrim. Ninguna norma legal establece que algún auto de la fase instructoria o de la fase intermedia limite el contenido de las conclusiones definitivas. De esta manera, la ley procesal garantiza acabadamente el derecho de defensa, toda vez que la representación del acusado tiene la posibilidad de contradecir sin limitación alguna las conclusiones definitivas de la acusación. La Defensa, por otra parte, no ha alegado no haber podido defenderse

de la acusación contenida en las conclusiones provisionales o definitivas del Ministerio Fiscal.

El principio de oficialidad que rige y se enseña en el proceso penal supone que la actividad jurisdiccional, sin perjuicio de que mantenga ciertos hilos de conexión con la iniciativa de las partes, no tiene que ceñirse de un modo absoluto al tenor de sus pretensiones, discuriendo por entre los elementos fácticos y jurídicos por aquéllas acarreados en inesquivable atención de los mismos. «La sentencia del proceso penal —afirma DE LA OLIVA SANTOS— debe guardar, sí, cierta correlación con las pretensiones punitivas (las pretensiones de condena a una determinada pena en razón de unos hechos y de unas concretas normas), pero no a causa de una inexistente disponibilidad de las partes sobre los derechos y los hechos llevados al proceso, sino por exigencias procesales o de forma esencial del proceso, armónicas con el interés público que predomina, como regla, en los procesos penales, inspirados en el principio de oficialidad».

La correlación entre acusación y sentencia constituye la quintaesencia del principio acusatorio. Sin esa sustentación y presupuesto, mal podría llevarse a efecto un auténtico debate contradictorio entre las partes, ejercitándose en plenitud el derecho de defensa. Cuando el juez o Tribunal desplieguen su reflexión en orden a la valoración de hechos y definición de normas, siempre lo efectuarán sabedores de que se mueven dentro de un recinto científico-legal y jurisprudencial no traspasable, ya explorado precedentemente por los interesados. La sentencia ha de guardar relación con los términos de una acusación perfilada en la totalidad de sus extremos y muy concreta en la pretensión de condena que sustenta.

El juez dispone en principio de un ámbito de soberanía inherente a la alta labor que se le encomienda. En su camino hacia la verdad y hacia la más correcta definición jurídica puede no bastarle ese primigenio círculo de libertad. Si ha de avanzar en su curso habrá de atender a ciertos trámites o reglas, sin que padezca en su fervor esclarecedor y dialogante. La búsqueda y el hallazgo de la verdad material, el descubrimiento de la auténtica realidad yacente tras el confuso conglomerado fáctico, el diagnóstico de su plena significación jurídica, constituye el alfa y omega de la labor judicial al término del proceso penal. No es que semejante impulso de análisis e investigación oficial permita al Tribunal desembarazarse de cualquier condicionamiento que de los autos trascienda. En ciertos aspectos queda limitadamente mediatizado por un cerco de datos y de respuestas jurídicas cuya marginación exige del órgano jurisdiccional una iniciativa antecedente, bien para la producción de elementos probatorios (art. 729 de la LECrim.), bien para la suscitación de asertos o precisiones jurídicas (art. 733). Pero ni las partes pueden obstaculizar este camino perseverante hacia la verdad, ni el proceso, en su reglada estructuración, debe dar pábulo a ocultamientos o desfiguraciones. El proyecto del Tribunal para agotar el objeto del proceso ha de hallarse libre de barreras infranqueables.

Conforme a los arts. 733 y 851, 4.º, de la LECrim., el Tribunal no podrá penar por un delito más grave que el haya podido ser objeto de la acusación, si no hubiere procedido previamente como determina el art. 733. Deviene condición indispensable el agotamiento de indicado trámite para sobrepasar dicha calificación acusatoria de más entidad que se hubiese formulado. En principio se consideró suficiente para «darle alas» al Tribunal sentenciador el ofrecimiento a las partes de la oportunidad de ilustración apuntada. Conforme a la sentencia de 15 de octubre de 1974, la relación o congruencia que necesariamente debe existir en el proceder criminal entre la pretensión acusatoria y la decisión judicial penal en sentencia, salvo que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis del art. 733 de la LECrim., se protege contra las demasías, en el art. 851, 4.º, de la misma, al estimar como vicio por quebrantamiento de forma la incongruencia por exceso, al *penarse un delito más grave que aquél que fue objeto de formal acusación, dándose lugar a una ultra petita o «fallo largo»*, por que *padece las condiciones de igualdad de las partes en el proceso*, al hallarse indefensa la parte incul-

pada, que no puede prever tal desvío calificador, que le perjudica.

Como señala CARNELUTTI, «se castiga al hombre no al hecho; pero al hombre en razón del hecho y no por sí. El hombre en razón del hecho es la fórmula del límite impuesto al conocimiento humano del hombre». La soberanía del Tribunal puede saltar por encima de los enunciados de las partes para ofrecer su particular exposición explicativa del criminal atentado y para definirlo jurídicamente a la luz del Derecho de penar. El juez o Tribunal ha de estar a lo que es, no a lo que las partes quieran o crean que sea. Si el Tribunal se inclina por la penalización de un delito más grave que el que alentaba en los escritos de calificación sin previa proposición de la tesis del art. 733, no es que se conculque la impuesta correlación —siempre que se guarde fidelidad al individualizado *factum*—, sino que se vulnera el derecho de defensa, traducido en contradictoria audiencia, sagrado baluarte del encausado.

Últimamente, el Tribunal Supremo ha acentuado la significación de tan invocada vinculación en el sentido de que el Tribunal sólo podrá dar cuerpo a la misma sobre la base de que *alguna parte acusadora asuma la tesis propuesta y, en definitiva, la proponga cual si fuese la postulante genuina de la misma*. Son varias las sentencias acogedoras de semejante doctrina (cfr. sentencias de 10 de mayo de 1981, 7 de marzo de 1991, 25 de enero de 1993, 12 de abril de 1995 y 4 de abril de 1997).

Posición semejante se mantiene por el Alto Tribunal ante supuestos de *circunstancias agravantes* no objeto de alegación por las acusaciones y que aquél estimase propias de ser tenidas en consideración. Indefectiblemente han de pasar para ello por su sometimiento a la previsión de la «tesis». Así lo sostiene la nueva jurisprudencia entendiendo que desde el momento en que nuestro Texto Fundamental ha elevado a categoría de derechos fundamentales principios jurídicos, como el de ser informado del imputado de la acusación formulada contra él, y a utilizar los medios pertinentes para su defensa (arts. 17.2 y 24.1 y 2) supone el reconocimiento de los principios acusatorios y de contradicción, y, en definitiva, la proscripción de la indefensión. Ello pone de relieve la contradicción frontal entre el párrafo tercero del art. 733 de la LECrim. que debe estimarse derogado por inconstitucionalidad sobrevenida por la Disposición derogatoria (apartado 3) de la CE. Así lo reiteran las sentencias de 4 de noviembre de 1986, 13 de febrero y 26 de mayo de 1987, 30 de junio de 1989, 5 de marzo de 1990, 25 de febrero y 25 de noviembre de 1991.

Según apreciación de algún sector doctrinal igual suerte debe de correr la apreciación de una *mayor grado de perfección* de la conducta desplegada por el acusado o un *grado de participación* de superior entidad en la valoración.

La tesis, correctamente suscitada, permite la irrupción en el proceso de nuevos aires renovadores, en verdadero fortalecimiento del derecho de defensa y apertura a un debate contradictorio. DE LA OLIVA no se muestra muy conforme con esta doctrina —necesidad de asunción de la tesis por la parte acusadora—, creyendo que la adopción de tal postura significa una importante limitación de la soberanía del Tribunal sentenciador en la aplicación del derecho. Abriéndose la puerta a que por negativa de la acusación (sobre todo, del Ministerio Fiscal) a referida asunción, en la justicia penal queden marginadas circunstancias fácticas y normas jurídicas en sí mismas relevantes y por tanto dignas de consideración y de producir efectos jurídicos.

El Tribunal no puede condenar por un delito *menos grave* que el señalado por la acusación a menos que *fuese homogéneo* con el mismo. No importa que se asigne pena más baja si cualitativamente estamos ante dos delitos distintos. El sujeto pasivo no habría tenido oportunidad de contradecir o defenderse ante la imputación de unos hechos que le resultan novedosos. El Tribunal sentenciador siempre podrá superar las enumeradas limitaciones haciendo uso del planteamiento de la tesis, aunque con la necesidad de

acogida de la misma por la parte acusadora. Ese nexo de homogeneidad entre delito imputado y delito objeto de condena es prenda de garantía para el inculcado de no hallarnos a merced de sorpresivos cambios y mutaciones que le dejen desguarnecido de protección y defensa.

Según la sentencia de 13 de febrero de 1976 el imprescindible desvío calificador perjudicial ignora el *audiatur et altera pars* y el inexcusable derecho de defensa. Sin embargo, para que tal repulsa opere, ha de suponer la introducción por el Tribunal *ex officio* de nuevos elementos de cargo, con cambio del punto de vista jurídico y apreciación de un delito heterogéneo, en relación con el acusado, que tenga una superior carga de punición, pero tal limitación no opera ni coarta la natural *libertad del Tribunal de instancia para la calificación soberana de ambos hechos*, y aplicación de los conocidos principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, cuando la pena impuesta sea igual o menor a la solicitada y se trate de delito que, sin variar en lo esencial los hechos objeto de la inculpación oficial o particular, *tenga la misma especie o naturaleza o resulte homogéneo con el imputado*, aunque por sí misma suponga una modalidad distinta de la tipicidad penal.

La sentencia de 24 de mayo de 2002 ofrece una admirable síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio y su operatividad en el proceso penal. Aunque el principio acusatorio no aparece expresamente consagrado en la Constitución, como recuerda la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1997, el Tribunal Constitucional, en sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 de febrero de 1995 y 10 de octubre de 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en resoluciones de esta Sala de 14 de febrero de 1995, 14 de marzo, 29 de abril y 4 de noviembre de 1996, es del siguiente tenor: «*los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 de la CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria*, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa».

El principio acusatorio, fundamental en nuestro proceso penal, que ya desde la fase de instrucción se manifiesta en la necesaria atribución de la función de instruir a un órgano distinto de aquél al que corresponde la de juzgar, tiene, pues, en el ámbito del juicio oral y la sentencia, una doble vertiente. En primer lugar, relacionándose con el derecho a un juez imparcial, exige la separación entre quien acusa y quien juzga e impide que el Juez o Tribunal responsable del enjuiciamiento adopte iniciativas que corresponde a la acusación. De esta forma, el Tribunal no puede incluir en la sentencia elementos de cargo, perjudiciales para el acusado, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, *ni puede condenar por un delito más grave que el contenido en aquéllas, ni siquiera previo planteamiento de la tesis del art. 733 de la LECrim., si no es acogida por alguna de ellas*. El Tribunal deberá moverse solamente dentro del ámbito marcado por las acusaciones de manera que exista una correlación entre acusación y sentencia, y *podrá condenar por delito distinto sólo si es homogéneo*, de forma que sus elementos estén contenidos en el delito objeto de acusación, y no es más grave que éste. En segundo lugar, desde la óptica del derecho de defensa, el Tribunal *no puede incorporar a la sentencia ningún elemento de cargo del que el acusado no haya podido defenderse*, lo cual exige el previo conocimiento del mismo y el tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Así, pues, la introducción de los elementos acusatorios corresponde a la acusación y ha de hacerse de forma que el acusado pueda defenderse adecuadamente de los mismos.

El Tribunal Constitucional se ha prodigado en múltiples resoluciones acerca de la vigencia y alcan-



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

APP Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.



ISSN: 1138-9907
D.L. BI. 1223 1981

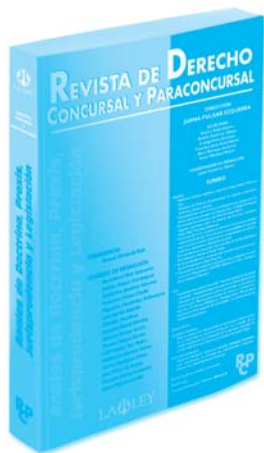
ce del sistema acusatorio. En sentencia 75/2003 de 23 de abril, se afirma que el juez *puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre cuando no implique una pena de mayor gravedad*. Por tanto, la condena por delito distinto de aquél o aquéllos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustenta la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la sentencia, *sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza*, porque el hecho que configura los tipos correspondientes, sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la sentencia del TC 134/1986, de 29 de octubre, porque exista identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia (en este mismo sentido sentencias del TC 43/1997, de 10 de marzo, 302/2000, de

11 de diciembre, 118/2001, de 21 de mayo, 4/2002, de 14 de enero y 228/2002, de 9 de diciembre). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar sentencia, al juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente *si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas* dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado.

La sentencia de 9 de mayo de 2006 representa una afirmación más de la mejor doctrina legal sobre la salvaguarda del principio acusatorio esta vez reafirmando su existencia y respeto, al proscribir la solución arbitrada por el Tribunal de instancia, dada la *heterogeneidad de la infracción aceptada* respecto de la propuesta por la acusación. Como reiterada jurisprudencia afirma —se dice—, tal principio acusatorio en realidad consiste en el respeto al *derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella*. Íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que *resulta imposible que el juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquél por*

el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, *guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes* que verdaderamente no haya duda de que la defensa pudo ejercerse con la exigible suficiencia respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo o aplicando circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación. Impidiéndose, en definitiva, la posibilidad real de defenderse a quien ignora o considera lógicamente innecesaria que deba hacerlo respecto de un determinado extremo gravoso para él. Por tanto, a la vista del contenido del principio que se invoca, es de meridiana claridad que el hecho de que se condene al recurrente como autor de un delito de encubrimiento, cuando la acusación contra él formulada era la de la autoría o, en su caso, complicidad respecto de un delito de homicidio y una falta de lesiones, vulnera su contenido y el derecho de defensa del así condenado.

En lo concerniente al procedimiento abreviado y exégesis del art. 789.3 de la LECrim. véase CONDEPUMPIDO TOURON y GARBERI LLOBREGAT: *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Editorial Bosch, tomo I, Barcelona, 2003, págs. 719 y ss.



REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL

Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

- La primera revista del mercado especializada en Derecho Concursal, **presidida por Manuel Olivencia Ruiz**, uno de los profesionales de mayor prestigio en España, y Presidente de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Reforma Concursal.
- La más perfecta combinación del aspecto doctrinal-académico con el eminentemente práctico de esta parcela del Derecho, a través de sus secciones específicas dedicadas a estudios y análisis de cuestiones prácticas, formularios y análisis de la jurisprudencia.
- La autoridad y el prestigio de los integrantes del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, y nuestros Colaboradores Permanentes, avalan la calidad de los contenidos.

Cuente con los mejores **ESPECIALISTAS**

PRESIDENCIA:
Manuel Olivencia Ruiz
DIRECCIÓN:
Juana Pulgar Ezquerro

FORMATO:
21 X 29,7 cm. (A4)
PERIODICIDAD:
Semestral (2 números al año)
ENCUADERNACIÓN:
Rústica plastificada
COMPLEMENTOS:
Dos monografías anuales sobre temas de la máxima actualidad en la materia

Cod. Prod.: A 206

Ref: 592-3

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR
Cumplimentando y enviándonos este cupón a nuestra dirección habitual:
LA LEY, C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Empresa/Organismo _____
Dpto. _____ NIF/CIF _____
Apellidos/Nombre _____
Profesión _____
Especialidad _____
Dirección _____
Ciudad _____
C.P. _____ Teléfono _____ Fax _____

Fecha / /

Firma y sello (imprescindible)

Sí, deseo suscribirme a:

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL

Precio: 143 € + 4% IVA

IMPORTANTE: La suscripción tendrá una duración inicial de 12 meses. Si al término de la misma, y con una antelación mínima de 30 días a su expiración, Vd. no nos hubiera comunicado su deseo de concluir, LA LEY la prorrogará automáticamente durante otros 12 meses SEGÚN TARIFAS VIGENTES

AGILICE SU PEDIDO VÍA FAX

Fax: 902 42 00 12

FORMA DE PAGO

- Domiciliación bancaria
 Contra reembolso

Muy Sres. míos: Ruego carguen el recibo que les presentará LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

Código Cuenta Cliente

Entidad Oficina DC Núm. de Cuenta



una empresa Wolters Kluwer

Le informamos de que sus datos serán incorporados con fines mercantiles a un fichero del que es responsable LA LEY-ACTUALIDAD, S.A. Puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y revocación, dirigiéndose por escrito a LA LEY-ACTUALIDAD, S.A. C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid). Salvo que en el plazo de 10 días nos indique lo contrario, sus datos serán cedidos con fines comerciales, incluida publicidad por medios electrónicos, a las empresas de nuestro mismo Grupo de Sociedades