

bre de 2003, retro trayendo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada Sentencia para que pronuncie otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

**4762** *Sala Segunda. Sentencia 48/2006, de 13 de febrero de 2006. Recursos de amparo 332-2004, 388-2004 y 397-2004 (acumulados). Promovidos por doña María del Carmen Marce Arch y otros frente a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Barcelona que les condenaron por delito contra la hacienda pública.*

*Supuesta vulneración de los derechos a la legalidad penal, a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías: condena por delito de defraudación a la hacienda pública por negocios simulados, no por fraude de ley (STC 120/2005); prueba de cargo de incrementos patrimoniales no justificados (STC 87/2001); confirmación de condena en grado de recurso sin necesidad de celebrar vista pública.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004, promovido el primero de ellos por doña María del Carmen y don Francisco Marce Arch, representados por el Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díaz y asistidos por el Abogado don Juan Córdoba Roda; el segundo por don Manuel Ferrera Benítez, representado por el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán y asistido por el Abogado don Javier Selva Prieto; y el tercero por don Felipe Gómez Orejuela y don Julián Blázquez Hernández, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Eva de Guinea y Reunes y asistidos por el Abogado don Ignacio Ayala Gómez, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, por la que se confirmó en casación la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha de 31 de julio de 2000, en procedimiento seguido contra los demandantes de amparo por delito contra la hacienda pública. Don Manuel Ferrera Benítez se personó con la misma representación y defensa procesal en los recursos números 332-2004 y 397-2004. Ha intervenido el Abogado del Estado y el

Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 19 de enero de 2004 el Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díaz, en nombre y representación de doña María del Carmen y don Francisco Marce Arch, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial indicada en el encabezamiento.

La demanda de amparo se basa esencialmente en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 31 de julio de 2000 la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a los demandantes de amparo, como autores responsables de un delito contra la hacienda pública, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a satisfacer una multa por importe de 230.000.000 de pesetas cada uno, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago, así como una indemnización a la Generalidad de Cataluña por importe de 229.468.469 pesetas, con sus correspondientes intereses de demora, y al pago por treceavas partes de las costas procesales. Dicha condena tuvo como fundamento el hecho declarado probado de que los actores habían recibido de su padre una donación por importe de 705.000.000 millones de pesetas cada uno, extraída de unos incrementos patrimoniales obtenidos por la venta de unos terrenos de su propiedad, incrementos que no fueron declarados por aquél en el correspondiente ejercicio del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sino ingresados en acervo patrimonial de una sociedad interpuesta en la que los actores tenían derechos preferentes de suscripción. De manera que el motivo de la condena fue que los demandantes de amparo no habían declarado fiscalmente las cantidades recibidas de su padre por el impuesto de sucesiones y donaciones, sino conforme a las normas reguladoras de la posterior venta de sus derechos de suscripción.

b) Presentado recurso de casación contra la anterior resolución fue confirmada en todos sus extremos por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, notificada a la representación de los recurrentes el 23 de diciembre de ese mismo mes y año.

Se aduce en la demanda que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho de los solicitantes de amparo a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, por vulneración de la exigencia de taxatividad o de *lex certa*.

En apoyo de dicha pretendida vulneración se argumenta que la condena impuesta a los demandantes habría vulnerado el principio de legalidad penal al haber completado el tipo penal en blanco que constituye el llamado delito fiscal en forma analógica *in malam partem* con las normas fiscales del impuesto sobre sucesiones y donaciones, haciendo caso omiso de lo establecido en el art. 20 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, referente a la venta de los derechos de suscripción. Dicha analogía prohibida quedaría patente, a juicio de los recurrentes, a la vista del contenido del cuarto fundamento de Derecho de la Sentencia dictada en instancia, en el que se afirma que los hechos que les fueron atribuidos constituyen un supuesto de fraude a la ley tributaria reconducible al art. 24 de la Ley general tributaria (LGT) de 1963. Pues si bien las normas penales en blanco no vulneran el derecho a la legalidad penal ni la exigencia de *lex certa*, ello sólo puede entenderse referido, en el caso del delito fiscal a los casos en que dicho tipo penal se completa con normas fiscales que definen el hecho imponible en forma clara y precisa, pero

no cuando lo que hace es referirse a «una norma que permite gravar los supuestos en que, sin haberse realizado el hecho imponible, se alcanza un resultado “equivalente”, pues la ambigüedad y generalidad de la expresión... no permite a los ciudadanos predecir con el suficiente grado de certeza la conducta que constituye infracción». Se cita a este respecto la STC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5, relativa a la figura del fraude de ley y al problema de su compatibilidad con el art. 25.1 CE, cuya exigencia de aplicación rigurosa de las normas penales «se vería soslayada... si a través de la figura del fraude de Ley se extendiese a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica». Precisamente por ello el fraude de Ley no da lugar a sanción alguna en el ámbito tributario, dada su insuficiente determinación conforme al canon derivado de la exigencia de *lex certa*. Así lo habría entendido también, por lo demás, el Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de marzo de 2003 sobre el proyecto de nueva Ley general tributaria, al ocuparse de su art. 15, en el que se contenía la figura del fraude de ley, llegando a una conclusión negativa respecto a su suficiente delimitación para cumplir las mencionadas exigencias de *lex certa*, siendo finalmente aprobado dicho precepto (Ley 58/2003) sin inclusión de sanciones tributarias por motivo de dicha conducta.

A esa misma conclusión habría llegado, por otra parte, una de los Magistrados componentes de la Sala de instancia en el Voto particular que acompañó a la Sentencia dictada en dicha sede, en el que expresamente afirmaba la validez de todas las operaciones realizadas por los demandantes de amparo y la consiguiente inexistencia de defraudación alguna, ya que, en el momento de comisión de los hechos, estaba vigente el art. 20 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, por el que se excluían de tributación a la hacienda pública las ganancias procedentes de la venta de derechos de suscripción preferentes hasta la efectiva enajenación de las acciones que habían dado origen a tal beneficio, quedando así amparados esos derechos por un régimen fiscal beneficioso frente a las transmisiones de inmuebles que efectuaban las personas físicas. De manera que «la utilización de tal legislación por los acusados no puede determinar la aparición de una conducta como delictiva. El principio de legalidad estricta vigente en materia penal y proclamado por el art. 25 CE, del que derivan los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal así lo determinan». Opinión que fue compartida incluso por el Abogado del Estado, lo que determinó que en un momento dado se apartara del procedimiento al concluir que de lo actuado «no se desprende la existencia de ilícito penal alguno en perjuicio de la Hacienda Pública», lo mismo que la Generalidad de Cataluña.

Todo ello pondría de relieve que la pretendida obligación de los recurrentes de tributar por el impuesto de sucesiones y donaciones las operaciones realizadas no les resultaba previsible, pues tal tributación no se deducía directamente de las normas fiscales vigentes en la época. Su condena, en consecuencia, habría sido lesiva del derecho reconocido en el art. 25.1 CE.

2. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 20 de enero de 2004, el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de don Manuel Ferrera Benítez, interpuso recurso de amparo contra las mismas Sentencias anteriormente citadas, por las que el demandante de amparo había sido condenado, en instancia y en casación, como cómplice de cuatro delitos contra la hacienda pública.

La demanda de amparo se basa sustancialmente en los siguientes hechos:

a) El Sr. Ferrera fue condenado en instancia, como cómplice de cuatro delitos contra la hacienda pública, a las siguientes penas: 1) un año y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa por importe de 640.000.000 de pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria por tiempo de seis meses, por el primer delito; 2) seis meses de arresto mayor, con idéntica pena accesoria, y multa por importe de 33.500.000 pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria por tiempo de dos meses, por el segundo; 3) un año y tres meses de prisión, con idéntica pena accesoria, y multa por importe de 205.000.000 de pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria por tiempo de cuatro meses, por el tercero; y 4) seis meses de arresto mayor, con idéntica pena accesoria, y multa por importe de 19.500.000 pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria por tiempo de dos meses, por el cuarto. En dicha Sentencia se le condenaba además a indemnizar a la Agencia Especial de la Administración Tributaria en la cantidad de 1.715.383.204 pesetas y al pago de la décimotercera parte de las costas procesales.

b) Presentado por el demandante recurso de casación contra la anterior resolución fue parcialmente estimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, notificada a la representación del recurrente el día 23 de diciembre de ese mismo año, en el sentido de rebajarse en un grado las penas privativas de libertad que le fueron impuestas en instancia. En consecuencia su condena quedó como sigue: cuatro meses de arresto mayor por el primer delito; dos meses de arresto mayor por el segundo; cuatro meses de arresto mayor por el tercero; y dos meses de arresto mayor por el cuarto. Asimismo le fueron rebajados los tiempos de arresto sustitutorio por impago de cada una de las cuatro multas, quedando los mismos reducidos a dos meses, en el caso de las multas relativas al primer y al tercer delito, y a un mes en el caso de las correspondientes al segundo y cuarto delito. A ello se añadió, en esta sede, la imposición de una pena accesoria de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial, y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante dos años por cada uno de los cuatro delitos.

Aduce la representación del Sr. Ferrera en la demanda de amparo que las resoluciones recurridas han vulnerado los derechos del solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la legalidad penal, respectivamente reconocidos en los arts. 24.1 y 25.1 CE.

En apoyo de la primera de dichas vulneraciones de derechos fundamentales se argumenta que la Sentencia dictada en sede de casación habría incurrido en incongruencia omisiva al no haber ofrecido respuesta individualizada al quinto motivo del recurso de casación presentado por el actor, en el que alegaba como vulnerado el derecho a la legalidad penal. Pues pese a que tal alegación fue contestada, más o menos motivadamente, en relación con los recursos presentados por los otros condenados, el enfoque que le había dado era distinto y, por lo tanto, merecía una respuesta específica.

Por lo que hace a la pretendida lesión del derecho contenido en el art. 25.1 CE, el demandante la estima cometida por entender que la respuesta ofrecida por la Sala Segunda, en el sentido de que no se podía hablar en este caso de un fraude de ley sino de una simulación, vulneró los principios de subsidiariedad y de última *ratio* del Derecho penal, ya que era evidente que el comportamiento enjuiciado constituía un fraude de ley que en ningún caso podía ser un medio o elemento de un fraude fiscal, ya que

ello sería contrario a la exigencia de *lex certa* y, en consecuencia, previsible.

3. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el 19 de enero de 2004 y registrado en este Tribunal el día 21 de ese mismo mes y año, la Procuradora de los Tribunales doña María Eva de Guinea y Reunes, en nombre y representación de don Felipe Gómez Orejuela y de don Julián Blázquez Hernández, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones precitadas.

La demanda de amparo se basa sustancialmente en los siguientes hechos:

a) Los recurrentes fueron condenados en instancia, como autores responsables cada uno de ellos de un delito contra la hacienda pública, a las siguientes penas: 1) don Felipe Gómez Orejuela, a un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa por importe de 49.000.000 de pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago, así como a satisfacer a la Generalitat de Cataluña la cantidad de 48.094.326 pesetas, con sus correspondientes intereses legales, en concepto de indemnización, y al pago de la decimotercera parte de las costas procesales; 2) don Julián Blázquez Hernández, a un año de prisión, con idéntica pena accesoria, y multa por importe de 38.000.000 de pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago, así como a satisfacer a la Generalitat de Cataluña la cantidad de 37.384.326 pesetas, con sus intereses legales, en concepto de indemnización y al pago de la decimotercera parte de las costas procesales.

b) Presentado por los demandantes de amparo recurso de casación contra la anterior resolución, fue desestimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, notificada a la representación de los recurrentes el día 23 de diciembre de ese mismo año.

Aducen los demandantes de amparo que las resoluciones recurridas han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, reconocidos todos ellos en los apartados 1 y 2 del art. 24.2 CE.

En apoyo de la última de dichas pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales se argumenta que la única prueba de cargo existente en la que poder fundamentar el fallo condenatorio estuvo constituida por una prueba pericial que carecía de validez a tales efectos, al haber sido aportada por órgano manifiestamente incompetente. A este respecto se alega que, habiendo sido iniciado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria el procedimiento de inspección y verificación relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas a satisfacer por los demandantes de amparo, dicho procedimiento culminó cuatro años después sin que por la Agencia se hubiese efectuado liquidación ni pronunciado resolución alguna, momento en el que, antes de que transcurriera el plazo de cinco años de prescripción del delito fiscal, la acusación pública presentó una querrela por motivo de la supuesta defraudación de otro impuesto distinto —el de sucesiones y donaciones— sin que, pese a estar cedido dicho tributo a la Administración autonómica, los órganos inspectores de la Generalitat hubiesen tenido intervención alguna. De manera que el procedimiento penal en cuestión habría sido iniciado en virtud de investigaciones de comprobación y verificación efectuadas por órgano no competente. Por otra parte, una vez personada en el mismo la Abogacía del Estado en nombre de la Generalitat, por escrito de fecha 28 de mayo de 1997 se apartó del procedimiento por considerar que de las diligencias previas no se desprendía la existencia de ilícito penal alguno en perjuicio de la hacienda pública, aunque más tarde intentaría de nuevo infructuosamente que se le tuviera por personada y parte. En consecuencia

la única acusación ejercida contra los demandantes de amparo fue la formulada por el Ministerio Fiscal, sin que el representante del teórico perjudicado (la Hacienda de la Generalitat de Catalunya) sostuviera ningún tipo de acción contra ellos.

Iniciado el juicio oral, se aportó como prueba de cargo el informe pericial en su día emitido por los inspectores de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sin que fuera recabado ningún informe dimanante de los Servicios de Inspección de la Generalitat. La petición de condena de los recurrentes habría sido, en consecuencia, mantenida por el Ministerio Fiscal sobre la base de un informe pericial emitido por órgano incompetente —por más que los mencionados inspectores de la Agencia fueran transformados *a posteriori* en peritos *ad hoc*— y sin que la supuesta víctima del delito se hubiese considerado perjudicada por la actuación atribuida a aquéllos. Fuera de dicha prueba, que se afirma plagada de presunciones, no habría habido otra en el proceso en la que basar el fallo condenatorio recaído sobre los demandantes de amparo, por lo que dicho fallo se habría fundamentado exclusivamente en un informe-denuncia confeccionado por un órgano incompetente sobre la base de simples hipótesis no acreditadas y elaboradas en función de meros juicios de valor y sospechas —en concreto: la de que los demandantes recibieron las cantidades supuestamente defraudadas en concepto de donación, dado que no suministraron una explicación verosímil de que lo hubieran recibido como pago por servicios prestados—lo que les privaría de valor al efecto de desvirtuar la presunción de inocencia obrante a favor de los solicitantes de amparo. A los propios inspectores que confeccionaron el precitado informe-denuncia les extrañó el que dichas cantidades hubiesen sido donadas a quienes, como los recurrentes, no tenían relación alguna familiar o de amistad con el «donante», de manera que la conclusión alcanzada acerca de que debió tratarse de un acto de liberalidad por parte de este último, no sólo no parecería acreditada por prueba alguna, sino que se opondría a lo explicado en distintos momentos del procedimiento por los demandantes de amparo, en el sentido de que la entrega de dichas cantidades obedeció a su interés en participar, dada su condición de agentes de la propiedad inmobiliaria, en la sociedad creada por los restantes acusados. La negativa por parte de los órganos judiciales de instancia y de casación a admitir la verosimilitud de dicha explicación y su decisión, en cambio, a favor de la credibilidad de una donación que únicamente se presentaba como conjetura ayuna de todo apoyo probatorio, serían, en consecuencia, lesivas del derecho de los actores a la presunción de inocencia.

Las restantes vulneraciones aducidas en la demanda *ad cautelam*, para el caso de que no prosperara la acabada de exponer, tienen como fundamento común la estimación por parte de los recurrentes de que, al no haberse celebrado vista del recurso de casación por ellos presentado, se habría lesionado el principio de doble instancia en materia penal, por cuanto la Sala Segunda del Tribunal Supremo habría procedido a pronunciarse sobre la credibilidad de sus manifestaciones de descargo sin gozar para ello de las necesarias garantías de inmediatez y de contradicción.

4. Por tres providencias, todas ellas de fecha 22 de julio de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de su Ley Orgánica, admitir a trámite los recursos de amparo núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004, así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de esa misma Ley Orgánica, dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales de instancia y de casación para que, en un plazo máximo de diez días, remitieran certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones ante ellos practicadas, solici-

tando al propio tiempo el emplazamiento previo de quienes, a excepción de los demandantes de amparo, hubiesen sido parte en el procedimiento a fin de que, asimismo en un plazo no superior a diez días, pudiesen comparecer en el presente recurso de amparo si ese fuera su deseo.

5. Por otras tres providencias, también todas ellas de fecha 22 de julio de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó la apertura de la oportuna pieza separada para la tramitación de la suspensión de la ejecución de la condena solicitada por los demandantes de amparo en los recursos núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004, así como, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 de su Ley orgánica, conceder al Ministerio Fiscal y a los recurrentes un plazo común de tres días para que en dicho término presentaran cuantas alegaciones estimasen convenientes en relación con cada una de las suspensiones interesadas.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones correspondiente a los recursos núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004 mediante sucesivos escritos registrados en este Tribunal con fechas, respectivamente, de 30 de julio de 2004 y 3 de septiembre de 2004, en los que, de conformidad con la reiterada doctrina dictada al respecto por este Tribunal, consideraba procedente la suspensión exclusivamente de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a los demandantes de amparo, así como de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, en su caso, de la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de las penas de multa, no debiendo alcanzar tal efecto, a su juicio, al resto de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia, dado que, al ser de contenido económico, su no suspensión no ocasionaría perjuicios de imposible reparación, así como tampoco a la pena accesoria de inhabilitación impuesta a don Manuel Ferrera Benítez, demandante de amparo en el recurso núm. 388-2004.

La representación de los demandantes de amparo en el recurso núm. 332-2004 renunció expresamente, por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 29 de julio de 2004, a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que habían solicitado. En consecuencia, por Auto de fecha 19 de octubre de 2004, la Sala Segunda acordó tener por renunciados a doña María del Carmen y don Francisco Merce Arch de sus solicitudes de suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas.

La representación del demandante de amparo en el recurso núm. 388-2004 evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito de fecha 28 de julio de 2004, en el que reiteraba las ya formuladas en la demanda de amparo en relación con la petición de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, al tiempo que ponía en conocimiento de este Tribunal que, por Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, le había sido ya concedida la suspensión condicional de dichas penas, de conformidad con lo establecido en los arts. 80 y ss. del Código penal. Por Auto de fecha 2 de noviembre de 2004 la Sala Segunda de este Tribunal acordó conceder la suspensión de la ejecución de condena solicitada por don Manuel Ferrera Benítez únicamente en lo tocante a la pena privativa de libertad y a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa, denegándola en cuanto al resto de los pronunciamientos contenidos en las resoluciones recurridas.

La representación de los demandantes de amparo en el recurso núm. 397-2004, por su parte, evacuó idéntico trámite mediante escrito de fecha 30 de julio de 2004, en el que reiteraba las alegaciones ya formuladas en la demanda de amparo, a lo se añadía que la no suspensión de la ejecución de las penas pecuniarias y de la responsabilidad civil les ocasionaría un perjuicio irreparable al afectar gravemente a su estabilidad económica y a la de su familia, no habiendo sido reclamadas, por otra parte,

por la hacienda pública las cantidades que se dicen adeudadas, por lo que no podrían considerarse vulnerados los derechos de este hipotético sujeto pasivo de concederse la suspensión solicitada, además de estar dichas cantidades debidamente avaladas y afianzadas, por lo que tampoco afectaría dicha suspensión ni a los fines del proceso, ni a los intereses generales. Por Auto de 2 de noviembre de 2004 la Sala Segunda de este Tribunal acordó suspender la ejecución de la condena a pena privativa de libertad solicitada por don Felipe Gómez Orejuela y don Julián Blázquez Hernández, denegándola en lo tocante al resto de los pronunciamientos contenidos en las resoluciones recurridas. Dicha resolución fue recurrida en súplica mediante escrito presentado por la representación de los recurrentes con fecha de 11 de noviembre de 2004. Concedido, por providencia de la Sala Segunda de 25 de noviembre de 2004, un plazo de tres días a las partes para que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal, alegasen cuanto a este respecto estimaren pertinente, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 16 de diciembre de 2004, solicitó la desestimación del referido recurso de súplica. Por Auto de la Sala Segunda de 31 de enero de 2005 el recurso fue desestimado, confirmándose el anterior Auto de la Sala de 2 de noviembre de 2004.

6. Por medio de dos escritos registrados en este Tribunal con fecha de 29 de septiembre de 2004 el Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díez, en nombre y representación, respectivamente, de don Francisco José Marce Arch y de doña María del Carmen Marce Arch, demandantes en el recurso de amparo núm. 332-2004, solicitó ser tenido por personado y parte en el recurso de amparo núm. 388-2004.

Mediante dos escritos, registrados ambos en este Tribunal con fecha de 1 de octubre de 2004, el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de don Manuel Ferrera Benítez, demandante en el recurso de amparo núm. 388/2004, solicitó ser tenido por personado y parte en los recursos de amparo núms. 332-2004 y 397-2004.

Por medio de tres escritos, todos ellos de fecha 1 de diciembre de 2004, el Abogado del Estado solicitó ser tenido por personado, en la representación que ostenta, en los recursos de amparo núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004.

Por varias diligencias de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda, todas ellas de fecha 24 de febrero de 2005, se tuvo por personado y parte en el recurso de amparo núm. 388-2004 al Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díez, en nombre y representación de don Francisco José y de doña María del Carmen Marce Arch, así como, en los recursos de amparo núms. 332-2004 y 397-2004, al Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de don Manuel Ferrera Benítez, y al Abogado del Estado en todos ellos, acordándose dar vista de las actuaciones recibidas a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que, en un plazo común de veinte días, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, presentasen cuantas alegaciones estimaran convenientes. Asimismo se les concedía un plazo de diez días para que en dicho término alegasen, de conformidad con lo establecido en el art. 83 de esa misma Ley Orgánica, acerca de la acumulación del recurso de amparo núm. 332-2004 con los presentados bajo los núms. 388-2004 y 397-2004.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones a los recursos de amparo núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004 por medio de tres escritos, todos ellos de fecha 17 de marzo de 2005, en los que concluía interesando la denegación del amparo solicitado por considerar que no cabía reprochar a las resoluciones recurridas vulneración alguna

de los derechos fundamentales invocados en cada una de las correspondientes demandas de amparo.

a) A juicio del Ministerio Fiscal carecía de fundamento la pretensión mantenida por los demandantes en el recurso de amparo núm. 332-2004, en el sentido de que fueron condenados por razón de una aplicación analógica *in malam partem*, y como tal vedada por el derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE, de la norma penal en la que se describe y sanciona el delito fiscal. Tras recordar el canon aplicado por este Tribunal en relación con el control que le compete respecto de la interpretación de las normas penales por los órganos judiciales, concluía que en este caso, ni podía considerarse extravagante, por contraria a los principios que inspiran el ordenamiento constitucional o debido al empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, la aplicación que del art. 305 CP efectuaron las Sentencias de instancia y de apelación, ni la misma resultó imprevisible para los recurrentes, pues, frente a lo por ellos alegado respecto de la utilización de la figura del fraude de ley fiscal para extender el mencionado tipo penal a conductas no expresamente previstas en él, de la Sentencia dictada en instancia se desprendía inequívocamente que su condena no obedeció a la apreciación de tal figura, sino a la consideración de que todo el entramado de operaciones sucesivas realizadas por ellos no constituía sino una simulación dirigida a conseguir que la plusvalía obtenida por la venta de los terrenos quedara exenta de tributación. De manera que, al concurrir en la conducta llevada a cabo por los recurrentes todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito fiscal, ningún reproche merecía, en opinión del Ministerio Fiscal, la condena que les fue impuesta a título de dicho delito.

b) Por lo que se refiere al recurso de amparo núm. 388-2004 consideraba el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que no cabía estimar la queja formulada por el demandante frente a la Sentencia dictada en casación en el sentido de atribuirle una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por motivo de haber incurrido en incongruencia omisiva al no haber dado respuesta a la pretensión planteada en el quinto de los motivos del correspondiente recurso, ya que dicha queja sería inviable al no haber agotado el recurrente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria, dado que no planteó con carácter previo a la interposición del recurso de amparo el incidente de nulidad de actuaciones que en tales casos resulta preceptivo. Con carácter subsidiario indicaba que dicha pretendida incongruencia omisiva no se habría producido en realidad, puesto que las pretensiones y alegaciones contenidas en el quinto de los motivos del recurso de casación presentado por el actor contra la Sentencia de instancia, relativas a la pretendida vulneración del art. 25.1 CE, ya habían sido planteadas en semejantes términos en los recursos presentados por el resto de los recurrentes, dándose a ellas respuesta en varios de los fundamentos contenidos en la Sentencia de casación, por lo que la falta de mención específica de este motivo del recurso presentado por el demandante de amparo, en el que se planteaba lo que ya había sido previamente analizado y resuelto por la Sala desde todos los puntos de vista posibles, no podía calificarse de incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sino de simple «lapsus» o error no lesivo de derecho fundamental alguno.

En relación con el motivo de amparo consistente en una pretendida vulneración del derecho del actor a la legalidad penal por haber sido condenado sobre la base de una aplicación analógica *in malam partem* del art. 305 CP, al haberse extendido el ámbito de actuación de dicho precepto a supuestos que, como el fraude de ley tributaria, no están comprendidos dentro de sus márgenes, consideraba el Ministerio Fiscal, en paralelo a lo ya expuesto

en sus alegaciones al recurso de amparo núm. 332-2004, que la condena que fue impuesta no se basó en la afirmación de que se hubiera cometido un fraude de ley, sino en la realización de varias operaciones simuladas destinadas a defraudar a la hacienda pública, dándose, por consiguiente, todos los elementos característicos del delito fiscal prevenido en la mencionada disposición, según se razonaba extensa y motivadamente en las resoluciones judiciales impugnadas.

c) En relación con los motivos aducidos en el recurso de amparo núm. 397-2004, consideraba asimismo el Ministerio Fiscal que no cabía reprochar a las Sentencias recurridas las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en la demanda. Pues, por lo que se refería a la pretendida lesión de su derecho a la presunción de inocencia, había quedado debidamente acreditado en el proceso que en Sr. Gómez Orejuela había recibido de don Francisco Marcé Ferré la cantidad de 99 millones de pesetas, y que el Sr. Blázquez Hernández había recibido de ese mismo donante la cantidad de 81 millones de pesetas, sin que los recurrentes hubiesen podido demostrar que tales cantidades fueron percibidas por razón de servicios prestados. La calificación como donación de tales entregas de sumas elevadas de dinero no habría obedecido, por consiguiente, a una presunción en su contra por parte de los órganos judiciales que, como alegan los recurrentes, vendría basada, no en prueba de cargo suficiente, sino tan sólo en las elucubraciones y sospechas contenidas en un informe elaborado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con carácter previo a la incoación del procedimiento; por el contrario recordaba el Ministerio Fiscal que los demandantes no habían negado en ningún momento la recepción por su parte de las cantidades más arriba indicadas, ni discutido el hecho de que por la entrega de las mismas no habían satisfecho impuesto alguno, todo lo cual estaba, por lo demás, acreditado documentalmente. De manera que, al no haber ofrecido una explicación verosímil de la causa por las que les habían sido entregadas esas elevadas sumas, no constituía una presunción sino una conclusión lógica por parte de los órganos judiciales la de considerar que lo habían sido en concepto de mera liberalidad, sin que, en consecuencia, ello supusiera una inversión de la carga de la prueba proscrita por el derecho a la presunción de inocencia.

Tampoco consideraba el Ministerio Fiscal admisible el segundo de los motivos de amparo aducido por los demandantes, consistente en una pretendida vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por infracción de la exigencia de doble instancia en materia penal (art. 14.5 PIDCP), por haber procedido la Sala Segunda del Tribunal Supremo a valorar la verosimilitud y credibilidad de las versiones ofrecidas por los condenados en instancia sin que ante ella se practicara prueba directa en condiciones de oralidad, inmediatez y contradicción. A este respecto recordaba las declaraciones contenidas en la STC 70/2002, FJ 7, respecto de la idoneidad del diseño propio del recurso de casación para cumplir las exigencias dimanantes del mencionado derecho a la doble instancia en materia penal, dado que «mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido», con el consiguiente cumplimiento del mandato de revisión de la condena por un Tribunal superior; y asimismo recordaba que la pretensión mantenida por los recurrentes respecto de la necesidad de que para poder cumplir dicho mandato la Sala Segunda tendría que haber celebrado vista oral del recurso de casación desconocía que tal necesidad únicamente ha sido afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y por la sentada por este Tribu-

nal a partir de la STC 167/2002— respecto de la revocación en segunda instancia de Sentencias absolutorias dictadas en primera instancia sobre la base de una nueva valoración por el Tribunal ad quem de pruebas de naturaleza personal, nada de lo cual acontecía en el presente supuesto.

8. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones a los recursos de amparo núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004 por medio de sucesivos escritos, registrados en este Tribunal con fechas, respectivamente, de 21 y 22 de marzo de 2005, en los que asimismo concluía interesando la denegación del amparo solicitado en cada uno de ellos.

a) Comenzaba el Abogado del Estado sus alegaciones en el recurso de amparo núm. 332-2004 describiendo la serie de operaciones simuladas que condujeron a que los demandantes de amparo percibieran una importante suma (705.000.000 de pesetas) derivada de su participación en los productos de la venta de unos inmuebles pertenecientes a su padre sin que hubieran realizado la menor aportación patrimonial justificante de la transmisión de dichos bienes ni pago alguno a la hacienda pública, por razón de lo que, en resumidas cuentas, no era sino una donación *inter vivos* cuya realidad, por lo demás, no habían negado en ningún momento los actores.

Dada la existencia cierta de esas operaciones simuladas, dirigidas a enmascarar el acto inicial de donación cuyo gravamen fiscal se había eludido, estimaba el Abogado del Estado que no resultaba admisible en este caso la invocación de la exigencia de *lex certa* ni del principio de seguridad jurídica, puesto que la sujeción de las donaciones *inter vivos* al correspondiente impuesto constituía una modalidad tributaria generalizada y perfectamente conocida. Por consiguiente no se habría producido, en su opinión, vulneración alguna del art. 25.1 CE, toda vez que la condena por delito fiscal no se basó en ninguna aplicación analógica del correspondiente precepto penal ni en equivalencia alguna que, por vía de fraude de Ley, fuera entendida como sustitutiva de los términos en que taxativamente se expresaba esa norma penal.

b) En sus alegaciones al recurso de amparo núm. 388-2004 el Abogado del Estado comenzaba por limitarlas en forma expresa a los puntos concretos derivados de la posición del recurrente, remitiéndose en cuanto a los planteamientos generales a los ya efectuados en las alegaciones a los recursos de amparo núms. 332-2004 y 397-2004.

Centrada así la cuestión recordaba el Abogado del Estado que la condena impuesta al demandante de amparo lo fue a título de cómplice en el delito fiscal perpetrado en concepto de autores por el resto de los procesados, al producirse su intervención en los hechos en la segunda fase de las complejísticas operaciones ideadas por éstos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones tributarias mediante su aparición como accionista mayoritario y administrador de una sociedad pantalla creada a tal efecto, esto es, en condición de simple testaferro.

Sentado lo precedente rechazaba seguidamente el Abogado del Estado que pudiera reprocharse a la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo vulneración alguna del derecho del actor a la tutela judicial efectiva por motivo de haber incurrido en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre uno de los motivos esgrimidos en su recurso de casación frente a la Sentencia de instancia, ya que, si bien ciertamente el texto de la Sentencia de casación no contenía pronunciamiento alguno a este respecto, dicho motivo era idéntico a los formulados por el resto de los condenados, a los que se había ofrecido extensa y detenida respuesta en dicha resolución, no siendo por ello exigible que la Sala reprodujera la misma argumentación en cada caso, máxime cuando el demandante fue condenado en concepto de cómplice de unos delitos cuyos autores ya habían formulado esa misma alegación.

En cuanto a la pretendida lesión del derecho del actor a la legalidad penal se remitía el Abogado del Estado a la argumentación ya expuesta en sus alegaciones al recurso 332-2004, reiterando que el conjunto de las operaciones realizadas por los autores principales no fue calificada por la Sentencia de instancia de fraude de ley, sino de «pura simulación», cuyo objeto no consistía en eludir ninguna prohibición legal, sino en hacer pasar de forma desapercibida unos incrementos patrimoniales para el donante y una serie de donaciones para sus familiares y terceros.

c) Finalmente, en sus alegaciones al recurso de amparo núm. 397-2004, sostenía el Abogado del Estado que el reconocimiento por parte de los recurrentes de que habían recibido determinadas entregas dinerarias, así como de que no habían procedido a declararlas a la hacienda pública tal y como era su obligación al efecto de satisfacer por ellas los correspondientes impuestos, constituía ya de por sí prueba suficiente de la comisión por su parte del delito fiscal por el que fueron condenados. En su opinión hubo prueba suficiente en el proceso de que los actores recibieron tan elevadas sumas de dinero en concepto de donación, sin que pudiera por consiguiente considerarse que tal conclusión descansaba en una presunción contra reo, ya que los hechos reconocidos por los Sres. Gómez Orejuela y Blázquez Hernández conducían a ella directa y lógicamente. Obviamente que a la misma se habría opuesto la presentación por los demandantes de una explicación suficiente para justificar la percepción de dichas cantidades sin que constase la aportación de contraprestación alguna, pero la explicación que a tal respecto suministraron no fue valorada por los órganos judiciales como prueba de descargo convincente. No se trató, pues, de que fueran condenados por razón de haber guardado silencio o de una indebida inversión de la carga de la prueba, sino de que, una vez probado que habían recibido importantes sumas de dinero sin contraprestación alguna a su cargo, el hecho de que no ofrecieran explicación alguna respecto de la causa de haber recibido tales cantidades fue valorado por los órganos judiciales como indicativo de la inexistencia de prueba de descargo suficiente que oponer a la prueba de cargo existente respecto de la indicada recepción monetaria.

9. Por escrito de fecha 30 de marzo de 2005 la representación de los demandantes en el recurso de amparo núm. 332-2004 se limitó a reiterar las alegaciones ya formuladas en la demanda. Lo mismo hizo, por escritos de fecha 3 y 31 de marzo de 2005 respectivamente, la representación de los demandantes en los recursos de amparo núms. 388-2004 y 397-2004.

10. Por lo que respecta al trámite de alegaciones abierto sobre la acumulación de los recursos de amparo núms. 388-2004 y 397-2004 al tramitado bajo el núm. 332-2004, el Ministerio Fiscal, por medio de dos escritos de fecha 11 de marzo de 2005, se manifestó favorable a la misma al encontrarse los distintos demandantes de amparo en una situación jurídica sustancialmente idéntica y haber recurrido las mismas Sentencias de instancia y de casación con similar motivación en relación con uno de los motivos. E idéntica opinión favorable a la acumulación expresó el Abogado del Estado por medio de dos escritos de fecha 8 de marzo de 2005. Por su parte la representación de los demandantes de amparo en el recurso núm. 397-2004 manifestó, por escrito de fecha 15 de marzo de 2005, que no se oponía a la acumulación de dichos recursos.

Por Auto de 9 de mayo de 2005 la Sala Segunda acordó la acumulación de los recursos de amparo núms. 388-2004 y 397-2004 al recurso de amparo núm. 332-2004.

11. Por medio de escrito registrado en este Tribunal con fecha de 27 de mayo de 2005 la representación de los demandantes en el recurso de amparo núm. 332-2004

añadió a las alegaciones anteriormente formuladas la consistente en la extinción de su responsabilidad penal por razón de que el delito por el que habían sido condenados estaba ya prescrito, de acuerdo con la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 63/2005, de 14 de marzo, alegación que consideraba admisible en este momento sobre la base de que la prescripción del delito es una institución que puede ser invocada en cualquier etapa del procedimiento.

Idéntica alegación añadida fue formulada en el escrito de fecha 14 de junio de 2005, presentado por la representación de los demandantes en el recurso de amparo núm. 397-2004. En dicho escrito se reconocía que tal alegación no había sido incorporada a la demanda de amparo, no obstante lo cual se consideraba, al hilo de lo declarado en la STC 120/2005, de 10 de mayo, y en el ATC 336/1995, de 11 de diciembre, que, si bien es en la demanda de amparo donde ha de quedar fijado el objeto del recurso, el mismo puede ampliarse cuando no varía el derecho fundamental invocado y se trata de hechos sobrevenidos a la presentación de la demanda íntimamente relacionados con los en ella contenidos y no susceptibles de una nueva demanda y posterior petición de acumulación. En consecuencia se solicitaba tener por hecha esta nueva alegación y, en su caso, abrir trámite de audiencia a las partes para que pudieran manifestar cuanto a este respecto estimaran oportuno.

12. Por providencia de fecha 9 de febrero de 2006, se señaló para deliberación y votación el día 13 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Los presentes recursos de amparo acumulados núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004 tienen por objeto dos Sentencias sucesivamente dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por las que se condenó a los recurrentes a distintas penas por razón de su intervención en mayor o menor grado en un delito contra la hacienda pública.

La queja comúnmente planteada en los recursos núms. 332-2004 y 388-2004 reside en la pretensión de que las referidas Sentencias han vulnerado el derecho de los actores a la legalidad penal al haberles condenado por lo que, según aducen, no constituyó sino un comportamiento calificable todo lo más de fraude de ley tributaria, comportamiento que sería atípico en el ámbito penal al no concurrir en tal actuación los elementos típicos característicos del delito fiscal. Dicha condena se habría basado por consiguiente, en su opinión, en la aplicación por los órganos judiciales de una analogía *in malam partem* que vendría prohibida por el derecho reconocido en el art. 25.1 CE.

Por otra parte, el demandante en el recurso de amparo núm. 388-2004 considera asimismo lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva por razón de la incongruencia omisiva que afirma cometida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al no haber dado respuesta a uno de los motivos contenidos en el recurso de casación que interpuso contra la Sentencia de instancia, relativo precisamente a la quiebra de su derecho a la legalidad penal.

Distintos a los anteriores son los motivos formulados por los demandantes en el recurso de amparo núm. 397-2004, puesto que lo que aducen es la vulneración de sus derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías: el primero se estima vulnerado por no haberse basado la condena que les fue impuesta en prueba de cargo suficiente sino en simples elucubraciones o conjeturas, así como en un razonamiento judicial conducente a una inversión de la carga de la prueba; el segundo, por no haberse respetado en este caso el derecho a la doble instancia en materia penal al haber procedido la Sala Segunda a pronunciarse sobre la credibilidad de sus manifestaciones de descargo, pese a que para ello

no contaba con las debidas garantías de intermediación y de contradicción, toda vez que no se había celebrado vista oral de su recurso de casación.

Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado han interesado la desestimación de los presentes recursos de amparo acumulados por estimar que no cabe reprochar a las resoluciones recurridas ninguna de las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en cada uno de ellos.

2. Antes de proceder al examen sobre el fondo de cada uno de los motivos de amparo anteriormente reseñados hemos de pronunciarnos en relación con dos cuestiones previas cuya resolución resulta necesaria para delimitar el objeto de dicho examen. La primera consiste en determinar si puede o no integrar dicho objeto el nuevo motivo introducido por vía de los escritos presentados por los demandantes de amparo en los recursos núms. 332-2004 y 397-2004 con posterioridad a la conclusión del trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, relativo a la pretensión de que el delito fiscal por el que fueron condenados se encontraba ya prescrito según la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 63/2005, de 14 de marzo. La segunda radica en resolver acerca del óbice de admisibilidad planteado por el Ministerio Fiscal acerca de la invocación, por parte del demandante de amparo en el recurso núm. 388-2004, de una pretendida vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por razón de incongruencia omisiva.

Por lo que se refiere a la primera de dichas cuestiones debe recordarse que, con independencia de lo que cupiera, en su caso, resolver acerca de la consideración como hecho nuevo de una doctrina sentada por este Tribunal con posterioridad a la demanda de amparo, y sin perjuicio de la posible concurrencia de situaciones excepcionales en las que pudiera ser factible la toma en cuenta de vulneraciones de derechos fundamentales afloradas merced a la actividad procesal del propio Tribunal posterior al mencionado momento, es lo cierto que, según ha declarado este Tribunal en constante jurisprudencia, recientemente reiterada en las SSTC 13/2005, de 31 de enero, y 120/2005, de 10 de mayo, «es en la demanda de amparo donde queda fijado el objeto procesal, definiendo y delimitando la pretensión (SSTC 235/1994, de 20 de julio, FJ 1; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1; 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4), pues en ella ha de individualizarse el acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, con indicación de la razón para pedirla o *causa petendi* (STC 185/1996, de 25 de noviembre, FJ 1), sin que sean viables las alteraciones introducidas con ulteriores alegaciones (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 1; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 2), cuya *ratio* es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no ampliarlo o variarlo sustancialmente (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 2)».

Es cierto que, como señalan los demandantes de amparo en el recurso núm. 397-2004, dicha doctrina aparece atemperada por los pronunciamientos contenidos, entre otras resoluciones, en el ATC 336/1995, de 11 de diciembre, en cuyo primer fundamento jurídico, tras declarar proscrita la posibilidad de ampliar la demanda «en trámite de alegaciones de admisión (art. 50.3 LOTC) o de Sentencia (art. 52 LOTC), o con posterioridad a las mismas, en virtud de la indefensión que podría generar en otros comparecientes en el proceso de amparo», admitimos que «menos nítida se perfila la respuesta a la ampliación referida a un momento previo», en el que no entraría aún en consideración la necesidad de preservar las garantías procesales de las otras partes, debiendo entonces ponderarse, de una parte, el argumento a favor de permitir en tales casos la ampliación de la demanda de amparo representado por el principio *pro actione* con la necesidad, por otra parte, de mantener los plazos procesales, lo que nos ha conducido a adoptar a este respecto una solución restrictiva que exige, para que la referida ampliación

resulte admisible «la no variación del derecho fundamental invocado y que se trate de hechos sobrevenidos a la presentación de la demanda, íntimamente conexos a los anteriores, y no susceptibles de una nueva demanda y posterior petición de acumulación». Olvidan sin embargo los mencionados recurrentes que tal excepción a la regla general de inadmisibilidad de ulteriores alegaciones ampliatorias de las contenidas en la demanda de amparo ha sido expresamente descartada cuando, aun dándose las condiciones anteriormente reseñadas, se produce con posterioridad al trámite de alegaciones previsto en el art. 52 LOTC como aquí ha sucedido. No cabe, por consiguiente, acceder a la pretensión de los actores de ampliación del objeto de nuestro examen al nuevo motivo extemporáneamente al planteado, sin que, frente a lo que se afirma en el escrito presentado por los demandantes de amparo en el recurso núm. 397-2004, ello suponga una merma de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa, toda vez que, si alguna merma de tales derechos estiman producida por razón de no entrar este Tribunal en el examen del referido motivo, sólo a su propia estrategia defensiva pueden atribuirle, dado que nada les impidió invocarlo en su momento procesal oportuno.

En cuanto a la segunda cuestión anteriormente señalada ha de darse la razón al Ministerio Fiscal cuando alega que no procede que entremos en el fondo de uno de los motivos invocados por el demandante de amparo en el recurso núm. 388-2004, relativo a la pretendida vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en incongruencia omisiva, ya que respecto del mismo concurre la causa de inadmisibilidad prevenida en el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1.a), ambos de nuestra Ley Orgánica, consistente en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria al no haber interpuesto el actor el incidente de nulidad de actuaciones que resulta preceptivo en supuestos como el aquí planteado (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4, y 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2).

3. Sentado lo precedente el objeto de nuestro examen queda limitado a la lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), aducida por los demandantes de amparo en los recursos núms. 332-2004 y 388-2004, y a las vulneraciones de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), invocadas por los demandantes de amparo en el recurso núm. 397-2004.

En la fundamentación desarrollada por los precitados recurrentes en relación con el primero de dichos motivos de amparo se insiste en que las Sentencias recurridas procedieron a aplicar el tipo penal en el que se describe el delito fiscal en forma analógica *in malam partem*, esto es, de manera incompatible con las exigencias dimanantes del derecho reconocido en el art. 25.1 CE, lo que según ellos resulta patente a la vista de la afirmación contenida en el cuarto fundamento de Derecho de la Sentencia de instancia en el sentido de que los hechos por ellos realizados constituían un supuesto de fraude de ley tributaria, dado que la compatibilidad de dicha con las indicadas exigencias ya fue expresamente rechazada por la STC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5, al declarar que la necesidad de aplicar rigurosamente lo dispuesto en las normas penales se vería soslayada «si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica... pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de Ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal».

Tendrían razón en este punto los demandantes de amparo si en verdad la condena que les fue impuesta como autores y cómplice, respectivamente, de un delito fiscal se hubiera basado en la calificación de sus actuaciones como constitutivas de un fraude de ley tributaria. Pues, como hemos dicho recientemente en la STC 120/2005, de 10 de mayo, FJ 4, «la utilización de la figura del fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE».

Sucede sin embargo que, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto de hecho que dio origen a esta Sentencia, en el que había quedado expresamente descartada por los órganos judiciales la existencia de simulación negocial u ocultación alguna por parte del recurrente dirigida a defraudar a la Administración tributaria, en el presente caso tanto la Sentencia de instancia como la dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirmaron en forma extensamente motivada la realización por los actores de una compleja trama de operaciones ficticias directamente encaminadas a eludir la obligación que tenían de tributar por el impuesto que grava las donaciones *inter vivos*. De manera que, si bien es cierto que en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia se produce una equiparación del comportamiento de los acusados con el constitutivo de fraude de ley, no es menos cierto que en ese mismo lugar se insiste en el carácter simulado de los negocios por ellos realizados. En cualquier caso, en la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se afirma taxativa y motivadamente en varias ocasiones que los hechos enjuiciados no fueron constitutivos de fraude de ley sino de simulación. No puede, en consecuencia, concluirse que los recurrentes fueron condenados por haber perpetrado un fraude de ley tributaria penalmente atípico, toda vez que quedó suficientemente acreditado en el proceso que realizaron varios negocios simulados; simulaciones éstas que no cabe confundir con un fraude de ley tributaria ya que, como afirmamos en la STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4, «mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio salta a la vista».

Decíamos también en el quinto de los fundamentos jurídicos de la STC 120/2005 que para poder considerar cometido un delito fiscal deben concurrir, de una parte, el elemento objetivo consistente en la producción de un perjuicio para los legítimos intereses recaudatorios del Estado y, de otra parte, «el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito». Pues bien: aplicadas las anteriores consideraciones al presente caso se hace necesario concluir que, habiendo quedado suficientemente acreditada en el proceso la existencia de simulación en las actuaciones atribuidas a los recurrentes, ninguna vulneración de su derecho a la legalidad penal cabe atribuir a las Sentencias recurridas por haberles condenado a título de autores y cómplice de un delito fiscal, ya que dicha condena no se basó en una aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal en el que se previene el referido delito, sino en una irreprochable subsunción en el mismo de una conducta que reunía los requisitos subjetivos y objetivos contenidos en la mencionada descripción típica.



4. La desestimación del anterior motivo de amparo conduce necesariamente a la desestimación de los recursos de amparo núms. 332-2004 y 388-2004, al haber sido el único motivo invocado en el primero de ellos y el único admitido para examen sobre el fondo en el segundo. Resta, pues, únicamente que nos pronunciemos acerca de los dos motivos aducidos en el recurso de amparo núm. 397-2004, relativos a la pretendida vulneración por las Sentencias recurridas de los derechos de los actores a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Aducen los demandantes que su condena a título de autores de un delito fiscal no vino fundamentada en prueba de cargo suficiente, sino en simples presunciones, conjeturas y elucubraciones insuficientes para justificarla e, incluso, en una inversión de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales que sería de todo punto incompatible con su derecho a la presunción de inocencia. Ninguna de ambas afirmaciones resulta compartible: no lo es la primera porque, como con toda razón alegan tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, no sólo ellos mismos reconocieron haber recibido importantes cantidades de dinero, sino que tampoco discutieron en ningún momento el hecho de que por la incorporación de tales cantidades a sus respectivos patrimonios no habían satisfecho tributo alguno. Lo que en verdad discuten los actores es la conclusión alcanzada por los órganos judiciales acerca de que dichas sumas les habían sido entregadas en concepto de donación, y la consiguiente atribución a los mismos de un delito fiscal consistente en la elusión del pago del correspondiente impuesto. Tal conclusión no se basó sin embargo, como pretenden, en simples presunciones o conjeturas, sino que vino apoyada en el hecho incontestado de la recepción del dinero y de la falta de toda tributación a consecuencia del incremento patrimonial que respectivamente experimentaron, así como en la omisión de toda explicación verosímil acerca de la razón de la referida entrega.

Este último elemento probatorio no constituye, como se desprende de la segunda de las afirmaciones anteriormente apuntadas, una inversión de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por haber fundamentado la condena en la no aportación por los acusados de prueba de descargo suficiente, sino que, como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, es una conclusión lógica directamente alcanzada por los órganos judiciales a la vista de la inexistencia de una causa negocial debidamente acreditada que pudiera contradecir la consideración de que el dinero recibido lo fue a título de donación, calificación ésta que, como se razona en las Sentencias recurridas, merecen también las entregas de bienes por razón de servicios prestados al donante que no constituyan deudas exigibles (art. 619 del Código civil). Tal inferencia resultaba, pues, razonable, especialmente a la vista de la falta de aportación de una explicación alternativa que pudiera oponerse y que sólo los demandantes estaban en condiciones de ofrecer. Dicho de otra manera: como se desprende del fundamento de Derecho 76 de la Sentencia de casación —en el que expresamente se alude a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996, asunto *Murray c. Reino Unido*—, los recurrentes no fueron condenados por motivo de la falta de aportación de prueba de descargo suficiente para demostrar que no eran culpables del delito que se les imputaba, sino por motivo de la existencia de prueba de cargo suficiente para ello no contradicha por una explicación alternativa que pudiera rebatirla.

De las anteriores consideraciones se desprende, en suma, que no cabe atribuir a las resoluciones recurridas vulneración alguna del derecho de los demandantes de amparo a la presunción de inocencia, toda vez que hubo en el proceso prueba de cargo suficiente, de naturaleza personal y documental, de que habían recibido importantes cantidades de dinero sin haber satisfecho por razón de

dicho incremento patrimonial impuesto alguno, lo que, con independencia de cuál fuera en concreto el impuesto eludido, ya de por sí sería suficiente para considerar justificada la condena que les fue impuesta como autores de un delito fiscal. La discusión acerca de si se trataba del impuesto correspondiente a una donación o de otro distinto carecía en consecuencia de importancia a efectos de la realización del referido tipo penal, una vez establecido que los actores habían participado activamente en los actos de simulación llevados a cabo por los hijos del donante para enmascarar el montante resultante de la venta de los bienes propiedad de este último —que les habían sido transmitidos a título gratuito— como producto de la transmisión de unos derechos de suscripción preferente de acciones ficticiamente obtenidos, en tanto que alcanzados sin aportación de contraprestación alguna, derechos que, a diferencia de las donaciones, estaban en aquel momento exentos de tributación. La compleja trama montada entre unos y otros para lograr ese resultado de defraudación a la hacienda pública quedó suficientemente acreditada en el proceso, por lo que carece de relevancia constitucional el hecho de que los recurrentes recibieran las cantidades de referencia como donación o como pago de su contribución al mencionado resultado defraudatorio. Lo verdaderamente trascendente es que no pudieron demostrar que hubiera causa negocial lícita para la percepción de tan elevadas sumas y que, en consecuencia, ningún reproche cabe dirigir a los órganos judiciales por haber concluido que la entrega de las mismas se debió a un acto de mera liberalidad, al no haber quedado tampoco acreditado que obedeciera a una causa ilícita.

5. No cabe, finalmente, estimar producida la pretendida vulneración del derecho de estos mismos recurrentes a un proceso con todas las garantías, que atribuyen a la Sala Segunda del Tribunal Supremo por haber infringido el derecho a la doble instancia en materia penal al haberse pronunciado sobre la credibilidad de las manifestaciones que en su descargo hicieron en instancia no obstante no haber celebrado vista oral del recurso de casación por ellos presentado y, en consecuencia, sin gozar para ello de las debidas garantías de inmediación y de contradicción. Pues, como recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, carece de toda justificación la pretensión mantenida por los recurrentes respecto de la necesidad de que, para poder considerar respetado el mencionado derecho a la doble instancia, la Sala Segunda tendría que haber celebrado vista oral de su recurso de casación, ya que sólo así habría estado en condiciones de valorar de nuevo las pruebas en las mencionadas condiciones de inmediación y de contradicción. Tal pretensión olvida que dicha necesidad únicamente ha sido afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la sentada por este Tribunal a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, respecto de la revocación en segunda instancia de Sentencias absolutorias dictadas en primera instancia sobre la base de una nueva valoración por el Tribunal *ad quem* de las pruebas de naturaleza personal. Al no concurrir ninguna de estas circunstancias en el presente supuesto no puede apreciarse merma alguna de las debidas garantías procesales por el hecho de que la Sala Segunda no celebrara vista oral del recurso de casación interpuesto por los actores, ni cabe atribuirle vulneración de derecho fundamental alguno por el hecho de haber confirmado la valoración de las pruebas de cargo y de descargo que había realizado el Tribunal de instancia.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

## Ha decidido

Desestimar los recursos de amparo acumulados núms. 332-2004, 388-2004 y 397-2004, respectivamente promovidos por doña María del Carmen y don Francisco Marce Arch, don Manuel Ferrera Benítez y don Felipe Gómez Orejuela y don Julián Blázquez Hernández.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

**4763** *Sala Primera. Sentencia 49/2006, de 13 de febrero de 2006. Recurso de amparo 4048-2004. Promovido por don Kastriot Jaupi respecto a los Autos de la Audiencia Nacional que declararon procedente su extradición a Albania para su juicio por el asesinato del Sr. Ngresi (STC 148/2004).*

*Vulneración de los derechos a la tutela judicial y a un proceso con garantías en relación con la prueba: extradición pasiva para ser enjuiciado por asesinato sin indagar sobre las alegaciones de persecución política (STC 32/2003).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4048-2004, promovido por don Kastriot Jaupi, representado por el Procurador de los Tribunales don Tomás Alonso Ballesteros y asistido por el Abogado don Fernando Aizpun Viñes, contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2004, confirmatorio en súplica del Auto de la Sección Primera de esa misma Sala de 16 de marzo de 2004 por el que se acordó acceder a la extradición del demandante de amparo a Albania. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 22 de junio de 2004, el Procurador de los Tribunales don Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de don Kastriot Jaupi, interpuso recurso de amparo contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2004, confirmatorio en súplica del Auto de la Sección Primera de esa misma Sala de 16 de marzo de 2004 por el que se acordó acceder a la extradición del demandante de amparo a Albania.

2. La demanda de amparo se basa sustancialmente en los siguientes hechos:

a) El recurrente fue detenido el 28 de noviembre de 2001 en Getafe en virtud de la orden internacional de

prisión núm. 23, dictada por el Juez del distrito de Berat, con fecha de 27 de octubre de 2000, por motivo de su supuesta participación en un delito de homicidio. Además existía otra orden internacional de prisión, de fecha 12 de enero de 2001, dictada por el Juez de Vlora, también por motivo de su supuesta participación en otro delito de homicidio distinto.

b) Mediante nota verbal núm. 557, de fecha 13 de diciembre de 2001, la Embajada de Albania solicitó la extradición del recurrente a dicho país, petición a la que se adjuntaba la orden de detención núm. 3 del Juzgado de Vlora, relatando el asesinato presuntamente cometido por el actor, el 30 de diciembre de 2000, en la persona del policía Sr. Ngresi, encargado de investigar y desarticular la banda a la que se supone pertenecía el hermano del recurrente. De conformidad con la legislación penal albanesa, se le atribuía en dicha nota la comisión de un delito de asesinato y de otro de tenencia ilícita de armas.

c) Mediante nota verbal núm. 1, de 6 de enero de 2003, y nota verbal núm. 7, de 17 de enero de 2003, la Embajada de Albania solicitó la extradición del recurrente, adjuntando la orden de prisión núm. 23 dictada por el Juzgado de Berat, en relación con el asesinato el 3 de julio de 1997 de Shefqet Tomorri. De conformidad con la legislación albanesa, se le atribuían en dicha nota la comisión de un delito de asesinato y de otro de tenencia ilícita de armas.

d) La defensa del recurrente se opuso, en todo momento, a su extradición alegando que era objeto de persecución política en el Estado albanés, así como la práctica de tratos inhumanos o degradantes por parte del mencionado Estado a los presos políticos, la existencia de pena de muerte en dicho país para los delitos imputados al actor y, finalmente, error en la tramitación del expediente. Por Auto de 28 de julio de 2003, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición del Sr. Jaupi a Albania para el enjuiciamiento de los hechos relatados en las dos notas verbales anteriormente mencionadas, si bien se condicionaba la misma a que se garantizara, en el plazo de treinta días, por las autoridades albanesas que, en caso de imponerse la pena de muerte, ésta no sería ejecutada; y que, en caso de imponerse pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no sería indefectiblemente «de por vida». En dicho Auto se razonaba el cumplimiento de los requisitos legales y convencionales, así como la inexistencia de prueba acerca de la persecución política o los tratos inhumanos aducidos. Además se advertía del compromiso de respeto de los derechos humanos por parte de Albania, al ser un Estado miembro del Consejo de Europa, firmante del Convenio europeo de derechos humanos, y sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e) Contra la anterior resolución presentó el demandante un recurso de súplica que fue parcialmente estimado por Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de octubre de 2003, en el sentido de anularla en lo tocante a su pronunciamiento de declarar procedente la extradición del actor para el enjuiciamiento de su supuesta participación en el homicidio del Sr. Ngresi (conforme a lo expuesto en la orden de prisión del Juzgado de Vlora). En dicho Auto se razonaba que el procedimiento extradicional 95-2001 se había incoado sobre la base de la orden de prisión dictada por el Juzgado de Berat en relación con el asesinato del Sr. Tomorri y que, sin embargo, el gobierno albanés había enviado la documentación relativa a la orden de prisión dictada por el Juzgado de Vlora en relación con el asesinato del Sr. Ngresi, lo que determinó que hubiera de decretarse una primera nulidad de las actuaciones a fin de que pudieran subsanarse los indicados defectos; pero, si bien al pedirse de nuevo la documentación ésta se incorporó correctamente, ordenándose la tramitación de dos procedimientos separados –95-2001 y 14-2003–, la posterior petición