|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 3/1993 |
| Fecha | de 11 de enero de 1993 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Fernando García-Mon y González-Regueral y don Rafael de Mendizábal Allende. |
| Núm. de registro | 1196-1992 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.196/1992 |
| Fallo | Por ello, la Sección acuerda no admitir el presente recurso de amparo y archivar las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. En escrito que entró en este Tribunal el 8 de mayo de 1992, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Morales Price, en nombre y representación de don Javier María Arizmendi Barnes, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1992. La demanda expone que el 2 de marzo de 1989 la Audiencia Provincial de San Sebastián dictó Sentencia en la cual condenaba al hoy demandante, como autor del delito previsto y sancionado en el art. 6.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como al pago de distintas indemnizaciones a los perjudicados y al pago de la mitad de las costas procesales. Formalizado recurso de casación contra ella, fue confirmada en todos sus extremos por otra de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la que es objeto de este proceso, más arriba mencionada. Como fundamentación jurídica se alega la vulneración de los principios de igualdad ante la Ley y de legalidad penal (arts. 14 y 25.1 C.E.), así como los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la Constitución.

En relación con la primera de dichas pretendidas vulneraciones, se aduce que la Sentencia dictada en sede de casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo contradice abiertamente la doctrina sentada en otras resoluciones de esa misma Sala que se aportan como término de comparación. Por un lado, se abandona en ella de manera injustificada la opinión unánimemente mantenida por la propia Sala Segunda en el sentido de considerar derogado el art. 6.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en virtud de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y, más en concreto, de la referencia a las viviendas que con ella se introduce en el art. 529.1 del Código Penal, por suponer este último precepto un trato más beneficioso para el inculpado. Y, por otro, se concluye que para estimar perpetrado el delito previsto en el art. 6.2 de la Ley 57/1968 es necesario que concurran los elementos previstos en el art. 535 del Código Penal y no basta con que se hayan incumplido formalmente las obligaciones establecidas en el art. 1 de la citada Ley.

En íntima relación con este último reproche argumenta el demandante de amparo que, al no haberle condenado el órgano judicial de instancia como autor de un delito de apropiación indebida, la pena que se le ha impuesto en virtud del art. 6.2 de la Ley 57/] 968 no descansa en la imputación de delito alguno, por lo que ha de considerarse lesiva del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la C.E. Pues al no venir configurado el tipo contenido en el citado precepto de la Ley 57/1968 como un tipo autónomo e independiente, sino como un tipo agravado del básico contenido en el art. 535 del Código Penal, resulta obligado concluir que sólo es de aplicación cuando concurran todos los elementos objetivos y subjetivos propios de este último. De manera que, al haberse impuesto al recurrente la pena prevista en el art. 6.2 de la Ley 57/1968 sin que hubiese sido condenado por un delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal, se ha infringido claramente el principio de legalidad penal.

Finalmente, se alegan como infringidos los apartados 1 y 2 del art. 24 de la C.E. por considerar que, al no haber solicitado la acusación particular una condena por delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal, sino exclusivamente por el delito previsto en el art. 6.2 de la tantas veces citada Ley 57/1968, mal podía la Sala Segunda del Tribunal Supremo confirmar una Sentencia «por delito de apropiación indebida» cuando no sólo no había sido esta la petición instada por el acusador particular. sino que ni siquiera la Sentencia dictada en instancia había condenado al recurrente como autor de dicho delito. Por ello se pide a este Tribunal que anule la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1992.

2. La Sala de Vacaciones, en providencia de 25 de agosto, acordó tener por interpuesto el presente recurso de amparo y conceder al Ministerio Fiscal y al demandante de amparo un plazo de diez días para que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, pudieran alegar cuanto estimaren pertinente en relación con la eventual existencia de la causa de inadmisibilidad consistente en carecer manifiestamente la pretensión de contenido que pudiera justificar una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal.

3. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en escrito presentado el 14 de septiembre, considera que las Sentencias impugnadas no condenaban al recurrente por un delito de apropiación indebida, sino por el específicamente previsto en el art. 6.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio. Ambas, añade, estaban suficientemente motivadas por lo que no se les puede achacar menoscabo alguno del derecho a la tutela judicial efectiva, desde ese aspecto. Por otra parte, no se les pueden reprochar las restantes vulneraciones de derechos fundamentales imputados, pues la Sentencia dictada en casación no es la única que rechaza la derogación del mencionado tipo punible, ni tampoco es la única que considera la conducta que en el mismo se describe separada de la apropiación indebida y de la estafa. Ambas cuestiones son de mera legalidad y por ello no ha producido lesión alguna de los principios de igualdad ante la Ley y de legalidad penal. A idéntica conclusión se llega respecto de la pretendida vulneración del principio acusatorio, dado que el delito por el cual fue condenado el demandante era el mismo del cual había sido acusado. En consecuencia, se solicita la inadmisión del recurso por carencia manifiesta de contenido constitucional.

El demandante, por su parte, en escrito de alegaciones registrado el mismo día 14, se limitó a insistir en la argumentación desarrollada en la demanda, que ha quedado expuesta más arriba.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. . Es inherente a la concepción actual del Derecho penal la sujeción al principio de legalidad, cuyo ámbito comprenda la tipificación del delito o de la falta, la determinación de la pena con el tope máximo, en su caso y el debido proceso, en terminología foránea incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 24 de la Constitución. Estas exigencias se contienen en los brocardos nullum crimen, nulla poena sine lege, nulla poena sine legali iuditio. Por otra parte, tal reserva de Ley, como así se configura en el art. 25 del mismo Texto fundamental, es más exigente en este sector que en otros -como el tributario- donde también funciona ese principio. En efecto, no vale cualquier tipo de norma legal, ni ésta puede aplicarse con alcance retroactivo en perjuicio del afectado directamente por ella, sino que la Ley ha de ser siempre anterior al hecho y debe revestir el rango de orgánica si contiene penas privativas o restrictivas de derechos.

En tal sentido, la infracción que en su doble vertiente de delito y de falta configura la Ley 57/1968, dio respuesta a la necesidad social de sancionar el enriquecimiento torticero del promotor de la construcción a costa del comprador de la vivienda sobre plano, si no devolvía, en caso de incumplimiento, las cantidades recibidas a cuenta del precio y como una parte de éste, no como «depósito» en el sentido exacto que la palabra recibe en el Código Civil. La tipicidad, como inherente al principio de legalidad, que proscribe la analogía en el campo del Derecho penal, arrastraba a su vez la exigencia de que esa conducta ilícita fuera incluida en el catálogo de infracciones para poder ser reprochable y castigada. Así se hizo y así se cumple esta garantía tanto de la libertad como de la seguridad, sin que importe al respecto su ortodoxia teórica, siempre relativa, ni su mayor o menor perfección técnica. Es irrelevante, pues, cualquier debate acerca de la calificación de la nueva figura punible como apropiación indebida propia o impropia o como tipo autónomo, debate útil y fecundo en otros foros, pero impertinente aquí. La Ley describe con meridiana claridad la conducta incriminada, incluyendo en esa descripción todos los elementos. Allí se contienen los sujetos activo y pasivo -promotor y comprador-, las cantidades de dinero -como objeto- recibidas a cuenta y no devueltas en caso de incumplimiento, como conducta residenciada en la expresión verbal elegida, que es el aspecto negativo o reverso de las obligaciones enumeradas por vía positiva en el art. 1 de la misma Ley, donde los promotores de viviendas deben garantizar mediante aval o contrato de seguro la devolución de las cantidades percibidas para la construcción de viviendas, así como ingresarlas en cuentas especiales, lo que evidentemente constituye un límite al poder de disposición del cual gozaría el promotor respecto del dinero recibido anticipadamente si no se hubiera establecido esta cautela ex lege.

2. El principio acusatorio, uno de los cardinales del proceso, implica -entre otros aspectos irrelevantes aquí- una correlación entre lo pedido y el pronunciamiento de la Sentencia, con un carácter de límite máximo si fuere condenatoria, coherencia que no sólo es cuantitativa -como destaca en una primera visión- sino también cualitativa. Esta última modalidad es la invocada en el caso que ahora nos ocupa. No hay tal, salvo que se admitiera la tergiversación de lo ocurrido. En efecto, la Ley 57/1968, de 27 de julio, tipifica como delito o falta la conducta del promotor de la construcción de viviendas no protegidas oficialmente consistente en no devolver las cantidades recibidas a cuenta, sin calificar explícitamente la infracción. Ahora bien, sí lo hace de modo implícito por reenvío al art. 535 del Código Penal, único acogido a la rubrica de «apropiación indebida» que encabeza la Sección 4 a del Capítulo Cuarto, Título XIII del Libro II. Cualquiera que fuere la idoneidad académica de la incardinación de esta figura cualificada del delito y de la falta simétrica (art. 587, núm. 2) no es éste un juicio que nos competa. La voluntad de la Ley es inequívoca y a ella hemos de atenernos.

No se produjo, pues, desviación alguna del planteamiento inicial. La Sentencia de la Audiencia Provincial consideró cometida tal infracción y condenó en consecuencia, como habían pedido la acusación pública y la particular. Esta, a su vez, instó en casación que se confirmara tal pronunciamiento en su doble faceta de calificación y penalización, a lo cual accedió el Tribunal Supremo, cuya Sala Segunda ratifica la condena por «apropiación indebida», una vez analizada la compleja problemática que se le había propuesto en el recurso. No hay incoherencia alguna por haber utilizado una referencia genérica -la rubrica de la Sección- en lugar de la específica -el art. 6.2 de la Ley 57/1968-, pues otra solución sería producto de un peligroso nominalismo, sin atender a la sustancia, nominalismo que contradice los alegatos de quien lo propone, en cuya opinión para considerar perfeccionado ese tipo cualificado han de concurrir todos y cada uno de los elementos del tipo matriz configurado en el art. 535. Conviene añadir que tanto la Audiencia como el Supremo, en esas dos Sentencias, enjuiciaron el mismo hecho punible que atacaba, por tanto, el mismo bien jurídico protegido, sin variar el título sustantivo de la condena. En efecto, la lectura atenta de la Sentencia impugnada pone de manifiesto que en ella se analizan los elementos típicos de la apropiación indebida propia configurada en el art. 535 del Código Penal y de la impropia que contiene el tipo cualificado diseñado en el art. 6.2 de la Ley 57/1968, distinguiendo con entera nitidez una y otra figura. En definitiva, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su discurso y en su decisión, se atuvo escrupulosamente al principio acusatorio y guardó la necesaria congruencia al respecto.

3. El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, aconseja la mayor estabilidad de los criterios jurisprudenciales, así como el seguimiento de la doctrina legal del Tribunal Supremo a la cual dota de valor normativo complementario el Código Civil (art. 1, párrafo 6), aun cuando en el ámbito penal rija el principio de legalidad más riguroso. Ahora bien, esto no impide el cambio de criterio en la interpretación de la Ley, como consecuencia conjunta de dos principios constitucionales, el de la independencia judicial al servicio del valor justicia como inspirador del Estado de Derecho (arts. 1 y 117 de la Constitución). Este cambio de rumbo en su aspecto formal -ha de ser motivado y- en el sustantivo no debe hacerse en función de circunstancias personales o sociales de las partes (STC 119/1989).

En el caso que ahora nos ocupa se achaca al Tribunal Supremo haberse apartado de la tesis mantenida en otras Sentencias, según la cual la Ley Orgánica 8/1983, que introdujo en el art. 529 del Código Penal la circunstancia agravatoria consistente en alterar la sustancia, calidad o cantidad de... viviendas, entre otros bienes de reconocida utilidad social (párrafo 1.°) había operado la derogación tácita del art. 6.2 de la Ley 57/1968, con la volatización de las infracciones en él tipificadas. Ahora bien, aunque así se dijera en más de una ocasión, pueden encontrarse otras muchas donde se rechaza tal punto de arranque del razonamiento jurídico y, en consecuencia, no hay la unanimidad jurisprudencial que se predica. Tampoco la hay en el ámbito académico, donde predomina la postura contraria, negando cualquier parentesco de la agravante específica y el tipo cualificado o autónomo. Todo esto viene a cuento para poner de relieve que la decisión de la Sala Segunda, controvertida aquí, es razonable y no tiene como fundamento otras consideraciones que las estrictamente objetivas, suscitadas al socaire de una lectura de la Ley que comparte la doctrina, por lo que tampoco puede hablarse de arbitrariedad, excluyendo así cualquier posibilidad de agresión al principio de igualdad.

Tampoco afecta a este principio que en el razonamiento jurídico en la Sentencia impugnada se haya contemplado el delito configurado en el art. 6.2 de la Ley 57/1968 como un tipo autónomo, sin aludir a los elementos conformadores de la figura genérica de la apropiación indebida descrita en el art. 535 del Código Penal, en consonancia con la opinio iuris más extendida. Por otra parte, no hay tanta distancia entre una y otra infracción, si se observa que en ambas el objeto apropiado o distraído es el dinero recibido con anterioridad en depósito... o por otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, según dice el Código o las cantidades anticipadas no devueltas en caso de incumplimiento de la obligación de entregar la vivienda comprada, según la modalidad específica. Las líneas maestras son las mismas, con el hecho diferencial del título por el que se entrega el dinero y de ahí la analogía, insalvable en el campo penal sin la interposición de una Ley. En suma, no puede calificarse esta interpretación judicial como irrazonable o arbitraria.

4. Es claro que, desde ninguna de las perspectivas utilizadas por el demandante en amparo, sus pretensiones ofrecen la necesaria trascendencia constitucional que justifique una decisión de este Tribunal al respecto, como indica el art. 50.1 c) de su Ley Orgánica.

ACUERDA

Por ello, la Sección acuerda no admitir el presente recurso de amparo y archivar las actuaciones.

Madrid, a once de enero de mil novecientos noventa y tres.