

3. En relación con el fondo del asunto, la larga relación de hechos y vicisitudes judiciales que se remonta a 1951 y que expone el recurrente, sólo puede considerarse como antecedente indirecto de la petición fundamental de la demanda, consistente en que este Tribunal Constitucional ordene al Ministerio de Justicia la tramitación del recurso de revisión de una sentencia penal, por lo que puede prescindirse de su examen a los fines de la presente sentencia. Como fundamento constitucional de la petición invoca el recurrente los artículos 14, 18 y 24, 25-1 y 29-1 de la norma fundamental. La cita de los artículos 14 (igualdad ante la Ley), 18-1 (derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) y 25-1 (irretroactividad de las normas sancionadoras), se refiere preferentemente a aquellos hechos, que no tienen relación directa con la súplica de la demanda. En cuanto al 29-1 (derecho de petición), no es aplicable al caso, pues la solicitud dirigida por el señor Y. Z., al Ministro de Justicia, no se encuentra en los supuestos del derecho de petición sino que constituye un acto dirigido a la formación del expediente, cuyo resultado sirve de fundamento al Ministro para ordenar o no al Fiscal general del Estado la interposición del recurso de revisión. Queda por examinar si el Ministerio de Justicia ha obstaculizado el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales que tienen todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, según el artículo 24-1 de la Constitución, a) no ordenar al Fiscal general que entablase el recurso de revisión solicitado.

4. La decisión sobre la cuestión así planteada, requiere precisar previamente cuáles son los derechos o intereses legítimos de los particulares respecto a la tramitación del recurso de revisión penal. Como ya se ha dicho, la legislación vigente no confiere el derecho a interponerlo directamente a los particulares, quienes sólo pueden promoverlo dirigiéndose al Ministerio de Justicia en solicitud motivada. Esta solicitud supone también el derecho a la formación del expediente y a su resolución, que ha de ser asimismo motivada, pues la valoración de los hechos fundamenta la decisión del Ministro. Es también obligada por razones obvias la notificación de esa resolución al interesado.

5. Por el contrario, la Ley y, en particular, el tantas veces citado artículo 954 de la LEC, deja a la decisión del Ministro de Justicia la valoración de los hechos alegados y la consiguiente orden al Fiscal general del Estado de interponer o no el recurso: «podrá», dice el texto legal. Este Tribunal Constitucional no puede sustituir al Ministro en esas funciones ni puede examinar si los hechos alegados por el recurrente ante el Ministerio de Justicia justifican la interposición del recurso de revisión con arreglo al artículo 954.4 de la LEC, invocado por el recurrente en amparo de su solicitud al Ministerio.

6. Dado que el artículo 24-1 de la Constitución debe aplicarse en cada caso, según la naturaleza y fines de cada tipo

de procedimiento, en el recurso de revisión penal dicho artículo supone con arreglo a todo lo expuesto el derecho a que se forme y resuelva el expediente por el Ministerio de Justicia, y a que comunique esa resolución motivada al solicitante, pero no el derecho a que se interponga o no el recurso de revisión por el Fiscal general del Estado.

7. De la vista del expediente enviado a este Tribunal Constitucional por el Ministerio de Justicia, resulta, como se dice en los antecedentes, que el señor Y. Z. presentó su solicitud motivada el 26 de febrero de 1971 y la reiteró varias veces, sin que se dictase resolución alguna. Procede, en consecuencia, considerar que se ha infringido el artículo 24-1 de la Constitución en este punto y solamente en él.

8. La ejecución de la presente sentencia requiere un plazo prudencial que en uso de las facultades que confiere a este Tribunal el artículo 92 de la LOTC se fija en dos meses.

#### FALLO

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

Ha decidido:

- 1.º Declarar no legitimada para el presente recurso a doña A. B. C., y considerarla apartada del mismo.
- 2.º Desestimar la causa de inadmisibilidad alegada por el Ministerio Fiscal.
- 3.º Otorgar el amparo solicitado por don X. Y. Z., en cuanto a:

a) Reconocer su derecho, de acuerdo con el artículo 24-1 de la Constitución, a que por parte del Ministerio de Justicia se instruya y concluya por resolución motivada el expediente iniciado por solicitud suya, de fecha 24 de febrero de 1971, como previo al recurso de revisión promovido por dicho señor contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 17 de mayo de 1966, que le condenó por un delito de estafa.

b) Ordenar en consecuencia al Ministerio de Justicia que instruya y concluya el referido expediente, debiendo notificar la resolución correspondiente al promotor del recurso de revisión, señor Y. Z., en el plazo de dos meses, a contar de la notificación a dicho Ministerio de la presente sentencia.

- 4.º Denegar el amparo solicitado en todo lo demás.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, treinta de marzo de mil novecientos ochenta y uno.—Manuel García-Pelayo Alonso.—Ángel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Gloria Begué Cantón.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Firmados y rubricados.

8594

Sala Segunda. Recurso de amparo n.º 220/80.—Sentencia de 30 de marzo de 1981.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Plácido Fernández Viagas y don Antonio Truyol Serra, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo promovido por don X. Y. Z., representado por el Procurador don Rafael Rodríguez Montaut, bajo la dirección del Abogado don Manuel Madrid del Cacho, contra resoluciones de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 y 12 de febrero y 3 de marzo de 1980, referidas a la petición formulada por el recurrente de que se procediera a la revisión de la condena que le impuso la citada Audiencia Provincial por su sentencia de 18 de noviembre de 1977; y en el que ha comparecido el Ministerio Fiscal, siendo ponente el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente.

#### I. ANTECEDENTES

1. A raíz de una denuncia presentada por los enlaces sindicales de la Empresa «ASINCOSA», don X. Y. Z., en su calidad de Consejero Delegado de la misma, fue procesado y ulteriormente condenado como autor de un delito de apropiación indebida por Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de noviembre de 1977 a la pena de seis años y un día de presidio mayor y a indemnizar al Instituto Nacional de Previsión en la cantidad de 1.087.058 pesetas. En la Sentencia resultan hechos probados que don X. Y. Z. descontó a los trabajadores durante varios meses sus cuotas de la Seguridad Social hasta un importe total de 1.087.058 pesetas, y que no las ingresó en la Delegación Provincial del Instituto Nacional de Previsión, sino que las retuvo en beneficio de la Empresa con fraude para los trabajadores y perjuicio para su legítimo dueño, el Instituto Nacional de Previsión, por lo que a juicio de la Audiencia sentenciadora, don X. Y. Z. incurrió en un

delito de apropiación indebida, pues de su conducta se inferían todos los elementos del tipo delictivo definido y penado en el artículo 535 del Código Penal en relación con el 528, 1.º del mismo cuerpo legal. Interpuesto en su día recurso de casación por don X. Y. Z., la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, por Sentencia de 22 de enero de 1979 confirmó la de la Audiencia.

2. Por sendos autos de la Audiencia de Córdoba dados a 18 de septiembre de 1979 se concedieron a don X. Y. Z. los beneficios del artículo 1.º del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975 y del artículo 4 del Decreto de indulto de 14 de marzo de 1977.

3. El 5 de noviembre de 1976 don X. Y. Z. consignó ante la Audiencia Provincial la suma de 1.087.058 pesetas a cuyo pago había sido condenado, y dos días después elevó un escrito al Ministerio de Justicia pidiéndole que ordenase la interposición de un recurso de revisión contra la Sentencia de 18 de noviembre de 1977, con base en el número 4 del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que el Decreto 2299/79, de 5 de octubre, alteraba en su favor la legalidad penal y debía aplicársele con efecto retroactivo. Su petición fue rechazada.

4. El 13 de enero de 1980 don X. Y. Z. pidió a la Audiencia de Córdoba que a consecuencia de la promulgación del Decreto 2299/79, de 5 de octubre, lo exonerase de la pena impuesta, a lo que se negó la Audiencia por providencia de 5 de febrero de 1980, contra la cual interpuso el interesado recurso de súplica que fue desestimado por Auto de 12 de febrero de 1980 en el que se declaró no haber lugar a la revisión de la Sentencia de 18 de noviembre de 1977, que se mantuvo en todos sus pronunciamientos.

5. Nuevamente se dirigió a la Audiencia don X. Y. Z., el 16 de febrero, solicitando se tuviera por interpuesto recurso de casación contra el Auto de 12 de febrero, a lo que respondió la Audiencia por Auto de 3 de marzo de 1980 declarando no haber lugar a la preparación del recurso de casación. Contra el último Auto citado interpuso don X. Y. Z. recurso de queja, que fue resuelto por Auto de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo a 15 de octubre de 1980, en el que se declaró no haber lugar al recurso de queja, dada la extemporaneidad con que se formuló el de casación y dada la radical incompatibilidad entre los recursos de casación y súplica.

6. A 25 de noviembre de 1980, don X. Y. Z. interpuso ante este Tribunal Constitucional recurso de amparo por entender

que en acatamiento de los artículos 14 y 25.1 de la Constitución procede exonerarle de la pena que le impuso la Audiencia de Córdoba, «a que no debe ser ejecutada por aplicación del principio de retroacción penal, en cuanto beneficia al reo». El recurso se dirige contra la Providencia, de 5 de febrero de 1980, y contra los Autos de 12 de febrero y 3 de marzo de la Audiencia de Córdoba e incluye como pretensión subsidiaria la de que la pena que se impuso «le sea conmutada, tal como lo ha sido en el caso idéntico contemplado en el recurso 1.607/78 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, por otra de presidio menor en su grado mínimo, o la que el Tribunal se sirva señalar».

7. Los principales fundamentos jurídicos de la demanda se apoyan en los artículos 14 y 25 de la Constitución.

a) A juicio del Abogado defensor de don X. Y. Z., éste sería el único empresario español que, de mantenerse las resoluciones combatidas, sería condenado por unos hechos que han sido realizados por otros miles de empresarios, sin que éstos hayan sido perseguidos ni condenados, todo lo cual supondría «una discriminación legal definitiva de la violación del artículo 14 de la Constitución».

b) En cuanto al artículo 25.1 de la Constitución el Letrado de don X. Y. Z. entiende que el principio de legalidad penal consagrado en dicho precepto implica, por una parte, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no estén tipificadas como delito «en un determinado momento histórico», mientras que, por otra parte, establece que la tipificación penal vigente en un momento dado, «se proyecta hacia el pasado en cuanto beneficia al reo, sin que obste a ello el hecho de que, como en el caso de autos, sea una norma administrativa, pero con evidente trascendencia penal, la que configure ese beneficio».

8. Admitida a trámite la demanda, este Tribunal dirigió la oportuna comunicación a la Audiencia Provincial de Córdoba interesándole la remisión de las actuaciones de la causa 116/78. Recibidas las actuaciones originales, en ellas constan todos los antecedentes previos a la presentación del recurso de amparo y que aquí han sido resumidos.

9. Como en la demanda se sostiene que «procede decretar la suspensión de la ejecución del Auto combatido» el Tribunal, por providencia de 3 de diciembre de 1980, ordenó la formación de la correspondiente pieza separada para el incidente de suspensión. El 11 de diciembre se recibió un escrito de la Audiencia Provincial de Córdoba, fechado a 5 de diciembre, en el que se comunicaba al Tribunal que la Audiencia, en aquella misma fecha, había acordado la suspensión provisional de la ejecución de la Sentencia en cuanto a la privación de libertad, por haberse presentado ante ella copia del escrito de recurso de amparo constitucional interpuesto el 28 de noviembre. En el trámite del incidente de suspensión y previa audiencia al Ministerio Fiscal en cumplimiento del artículo 56.2 de la LOTC, la Sala 2.ª de este Tribunal dictó Auto de 9 de enero de 1981, en el que decidió no haber lugar a la suspensión de la ejecución del acto impugnado. Notificado el Auto al Procurador señor Rodríguez Montaut, el 20 de enero de 1981, éste, en otrosí incluido en su escrito de alegaciones, de 3 de febrero de 1981, solicitó de nuevo la suspensión «de la ejecución de los actos combatidos». Otorgado plazo de tres días al Ministerio Fiscal, éste, en escrito de 16 de febrero interesó al Tribunal la denegación de la suspensión de la Sentencia de la Audiencia de Córdoba, de 18 de noviembre de 1977. Finalmente, la Sala, por Auto de 25 de febrero de 1981, entendiendo que la reiteración del recurrente en su petición de suspensión no entrañaba cambio alguno en la situación resuelta por el Auto de 9 de enero, acordó desestimar la petición del recurrente.

10. El Ministerio Fiscal, que compareció en este proceso de amparo constitucional para ejercer las funciones que le asignan el artículo 124 de la CE y el 47.2 de la LOTC, presentó en su día el correspondiente escrito de alegaciones, en el cual, además de señalar lo que a su juicio constituía el incumplimiento de ciertos requisitos necesarios para la admisión del recurso, pedía la desestimación del amparo solicitado, «por no resultar vulnerados a través de la actuación de los órganos judiciales los derechos fundamentales a que se contrae la demanda». En este sentido los principales argumentos alegados por el Fiscal en relación con el fondo del asunto son los siguientes:

a) Frente al acreedor de las cuotas de la Seguridad Social que es el Instituto Nacional de Previsión, el empresario es deudor civil de su propia cuota y mero instrumento de pago de la cuota correspondiente a sus trabajadores, por lo que, al retener y no ingresar éstas, incurre en el tipo penal contenido en el artículo 535 del Código. Así lo ha venido reconociendo la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 de noviembre de 1971, 25 de febrero de 1975, 20 de abril de 1976, 9 de diciembre de 1976, 1 de marzo de 1980 (alegada sin embargo por el recurrente en favor de su pretensión) y 17 de abril de 1980, sentencias que salen al paso de la gratuita afirmación del recurrente según la cual él sería el único empresario condenado por tales hechos.

b) El Decreto 2299/79, de 5 de octubre, contiene un sistema excepcional de pago aplazado de cuotas de la Seguridad Social tendente a regularizar situaciones de descubierto de los empresarios respecto a la cuota patronal, y así lo evidencia el párrafo 3 del artículo 1.º cuando establece que para poder acogerse al excepcional sistema de pago contenido en ese Decreto «es necesario haber ingresado previamente la aportación de

los trabajadores correspondientes a las cuotas en descubierto». No hay, pues, aplazamiento ni fraccionamiento respecto a la cuota de los trabajadores, ni cabe compensar las cuotas retenidas y no ingresadas con el importe de prestaciones efectuadas por el empresario a sus trabajadores. A estos efectos conviene tener en cuenta que si bien don X. Y. Z. alega haber efectuado prestaciones a sus trabajadores por valor de 2.005.064 pesetas, el descubierto total de su empresa ante el Instituto Nacional de Previsión a 21 de octubre de 1976, ascendió entre cotizaciones salariales retenidas (1.087.058) y cuotas empresariales a un total de 8.379.841 pesetas.

c) La incidencia del Decreto 2299/79 en el ordenamiento penal y en concreto sobre los artículos 535 y 528 del Código Penal es nula. Ello es así, entre otros argumentos, porque el principio de legalidad exige que una norma con rango de ley sólo puede ser modificada por otra de igual rango, lo que no es el caso del Decreto citado en relación con el Código Penal. Por lo demás, el Decreto en cuestión sólo afecta a la responsabilidad de los empresarios por la deuda civil en que hayan incurrido respecto a la cuota empresarial ante la Seguridad Social, pero en modo alguno trata de incidir en el ámbito de la responsabilidad penal por retención de cuotas de los trabajadores, pues ni trata de despenalizar la conducta de los empresarios en tales supuestos, ni pretende modificar el tipo penal aplicable, antes bien se mantiene al margen del ámbito penal, como se infiere de la lectura de sus artículos 1.º 3 y 5.º 2.

d) Sobre la presunta violación del principio de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, el Fiscal sostiene que de las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas se infiere manifiestamente que don X. Y. Z. no es, ni mucho menos, el único empresario condenado por delito de apropiación indebida por haber retenido cuotas de sus trabajadores. Algunas de tales sentencias, como las de 1 de marzo de 1980 (recurso de casación 1.607/78) y 17 de abril de 1980, son posteriores al Decreto 2299/79, sin que el Tribunal de casación haya estimado afectadas las conductas criminosas por la vigencia de dicha norma. Y si bien es cierto, como al recurrente alega en su favor, que en la Sentencia de 1 de marzo el Tribunal Supremo hizo uso de la facultad que le concede el artículo 2.º, párrafo 2.º del Código Penal y acordó proponer la conmutación de la pena impuesta por el Tribunal «a quo», también lo es que de ello se infiere que la conducta penada (retención por un empresario de las cuotas obreras) sigue constituyendo delito de apropiación indebida, que la pena impuesta (seis años y un día de presidio mayor) es correcta y que si el Tribunal «ad quem» la considera excesiva y propone su conmutación actúa en ese caso en uso de una facultad, sin que exista disposición que imperativamente obligue al Tribunal a llevar a cabo tal propuesta de conmutación en el caso del recurso 1607/78 ni en ningún otro.

e) Acerca de la pretendida vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, el Ministerio Fiscal niega que la conducta sancionada haya dejado de ser delito o haya sido simplemente modificada por el Decreto en cuestión que ni por su rango ni por su contenido afecta ni pudo afectar al artículo 535 del Código Penal.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal interesa del Tribunal que dicte sentencia desestimatoria de la demanda con denegación del amparo solicitado.

11. En su escrito de alegaciones el recurrente, además de reiterar afirmaciones y argumentos contenidos en la demanda, argumenta sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso 1.607/78 sosteniendo que en ella «el Tribunal arbitró una solución de equidad prevista en el texto sustantivo penal, de la que no se ha beneficiado el recurrente que estaba en iguales condiciones». No obstante en su nuevo «suplico» vuelve a colocar el acento en la pretendida violación del artículo 25.1 de la Constitución al afirmar que «procede exonerar a don X. Y. Z. de la pena impuesta por la Audiencia Provincial de Córdoba en 18 de noviembre de 1977, la que no debe llevarse a ejecución por aplicación del principio de retroacción penal en cuanto beneficia al reo».

12. Terminado el trámite de alegaciones se señaló para la deliberación y fallo el día 18 de marzo.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Afirma el Fiscal en su escrito de alegaciones que en el presente recurso concurren dos defectos formales que impiden entrar en el fondo del asunto y obligan en este momento procesal a su desestimación. Tales defectos son, a su juicio, el haberse interpuesto la demanda fuera de plazo y el no haberse invocado formalmente en el proceso previo el derecho constitucional vulnerado.

Es cierto, como alega el Ministerio Fiscal, que el artículo 44.1.a de la LOTC exige que, antes de interponer el recurso de amparo constitucional, «se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial»; y es verdad también que, habiendo utilizado el recurrente la súplica contra la Providencia de 5 de febrero de 1980 y preparado el recurso de casación contra el Auto de la Audiencia desestimatoria de la súplica, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de queja interpuesto contra el Auto de la Audiencia que declaró no haber lugar a preparar el de casación, confirmó este último Auto y declaró la radical incompatibilidad entre los recursos de súplica y casación. Pero esta resolución no implica, como razona el Ministerio Fiscal, que el recurso de casación hubiera debido ser considerado por el recurrente, antes de interponerlo, como no

utilizable y que, por tanto, el plazo de veinte días para presentar el recurso de amparo constitucional hubiera debido computarse, en aplicación de la Disposición transitoria segunda, uno de la LOTC, «desde el día en que quedó constituido el Tribunal», ya que no lo estaba cuando se resolvió y notificó el recurso de súplica, último utilizable en opinión del Ministerio Fiscal. La expresión «recursos utilizables» del artículo 44.1.º LOTC, hay que entenderla dentro de los términos razonables propios de la diligencia de quien asume la dirección letrada de cada caso concreto. En éste no puede decirse que la interposición de casación fuese temeraria o que al prepararla el recurrente cometiera un manifiesto exceso de diligencia, pues, en fin de cuentas, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo había confirmado en su día la Sentencia de la Audiencia de 18 de noviembre de 1977, cuyos efectos relativos a la privación de libertad de don X. Y. Z. se trataba de combatir, y es por ello comprensible que el Letrado encargado de la dirección técnica del caso agotase la posibilidad de acudir de nuevo, aunque fuese por esta nueva vía, ante aquella misma Sala del Tribunal Supremo, por lo que la casación, aún fundadamente rechazada por dicho Tribunal, no puede decirse que fuese no utilizable desde el parcial y diligente punto de vista del recurrente. En consecuencia, el plazo del 44.2 de la LOTC debe contarse desde la notificación de la resolución del último recurso utilizado, que fue el de queja, y por tanto, la demanda de amparo se interpuso dentro de plazo.

En cuanto al incumplimiento, según el Fiscal, del requisito exigido por el artículo 44.1.c de la LOTC, hay que entender que tal exigencia está referida no a la invocación del precepto, sino del derecho constitucional vulnerado y que tal invocación se cumplió, en este caso, de modo suficiente para que pudiera ser examinada por la Audiencia Provincial de Córdoba cuando el recurrente, en diversos momentos de los recursos interpuestos ante ella, aludió a lo que él entendía que constituía una aplicación desigual de la Ley en su perjuicio.

Por todo lo cual, y no siendo estimable la existencia de los defectos formales señalados por el Ministerio Fiscal, es necesario entrar en el fondo del asunto.

2. El recurrente pretende que este Tribunal «en acatamiento de los artículos 14 y 25.1» de la Constitución declare la nulidad de las ya mencionadas resoluciones de la Audiencia Provincial de Córdoba, e incluye, además, otra pretensión subsidiaria, como se ha hecho constar en el número 6 de los antecedentes. Dejando para más adelante el examen de su petición subsidiaria, procede ahora analizar la principal y hacerlo inicialmente con relación a la supuesta vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, pues la alegación del «principio de retroacción penal en cuanto beneficia al reo» es la más frecuentemente invocada en la demanda y la única que se reitera en su «súplica».

3. El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras aunque sólo a aquella y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3. Sin embargo, ni el artículo 9.3 —cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador— ni, por supuesto, el artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma.

Por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla («nullum crimen, nulla poena sine praevia lege»). Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente.

Este supuesto derecho fundamental que el Letrado defensor de don X. Y. Z. considera recogido en el artículo 25.1 podría en algún caso encontrar apoyo suficiente merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 de la Constitución, pero no así en el presente recurso, porque en éste faltan, como

vamos a ver, todos los presupuestos para que pueda aplicarse retroactivamente la Ley penal favorable, cualesquiera que sean la naturaleza jurídica y el alcance que se atribuyan a este principio.

4. El principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango. Ni siquiera sucede en el presente caso que el artículo del Código Penal aplicable sea de aquellos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias, como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 565, párrafo 2, que se remiten a «disposiciones sanitarias» o a la «infracción de los reglamentos» para la integración del tipo, supuestos en los que las «disposiciones» o los «reglamentos» complementarios podrían ser alterados por otros posteriores de su misma naturaleza. Por el contrario, el delito de apropiación indebida, como autor del cual fue condenado el recurrente por la Audiencia de Córdoba, está perfectamente tipificado por el artículo 535 del Código y penado por el 528, 1.º, esto es, por dos preceptos de una Ley que sólo por otra norma del mismo rango puede ser modificada, pero no por un Decreto, como es el caso del de 5 de octubre de 1979 (Decreto 2299/1979), cuya aplicación retroactiva pretende sin fundamento el recurrente.

5. A mayor abundamiento hay que señalar que el Decreto 2299/1979, de 5 de octubre, no tiene contenido penal. En él se regula una especie de moratoria ofrecida a los empresarios que adeudasen cuotas empresariales al Instituto Nacional de Previsión, consistente en un sistema excepcional de pago aplazado del descubierto por dichas cuotas empresariales y en otros beneficios de carácter compensatorio en cuyos efectos no es necesario entrar aquí. Si es oportuno indicar que para que un empresario pueda acogerse al sistema de pago establecido en este Decreto, su artículo 1.º, 3, impone que es necesario haber ingresado previamente la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas en descubierto, lo cual significa que el Decreto 2299/1979 no afecta a las deudas por cuotas obreras respecto a las cuales el empresario es un mero instrumento de pago, un intermediario entre los trabajadores y el acreedor, que es el Instituto Nacional de Previsión, y cuyo pago debe estar regularizado para obtener los beneficios del citado Decreto.

Ahora bien, a estas cuotas de los trabajadores de la Empresa «Asincosa», descontadas a ellos por un importe de 1.087.058 pesetas, retenidas en beneficio de la Empresa (según afirman la Audiencia Provincial en su Sentencia de 18 de noviembre de 1977 y el Tribunal Supremo en la suya de 22 de enero de 1979) y no ingresadas en el Instituto Nacional de Previsión (Entidad competente a estos efectos hasta la promulgación del Real Decreto-ley de 16 de enero de 1978), se contraía la responsabilidad «ex delicto» de don X. Y. Z. y por la apropiación indebida de esa cantidad fue condenado a seis años y un día de presidio mayor y al pago de la misma al Instituto Nacional de Previsión. Es obvio que, con independencia de los efectos que el Decreto 2299/1979 pueda tener en relación con el resto del descubierto de la citada Empresa como deudora del Instituto Nacional de Previsión, su contenido no guarda ninguna relación con los artículos 535 y 528.1.º del Código Penal y, por consiguiente, que su publicación no afecta para nada a la conducta delictiva en que incurrió don X. Y. Z. a juicio de la Audiencia de Córdoba y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por todo lo cual las resoluciones impugnadas en la demanda de amparo por haberse negado a una aplicación retroactiva del Decreto 2299/1979 con efectos penales favorables al reo no vulneraron en absoluto los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución.

6. En cuanto a la supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución, la afirmación del recurrente, según la cual hay 92.000 empresarios que han actuado igual que don X. Y. Z. y no han sido condenados, por lo cual «el condenar a uno y considerar impecables a los otros suponía una discriminación legal definitoria de la violación del artículo 14», es gratuita en su primera parte e infundada en la segunda.

Es gratuita porque el recurrente no ha demostrado en ningún momento la existencia de una actuación idéntica a la suya de esos miles de empresarios ni tampoco que ninguno de ellos ha sido condenado como él y por lo mismo que él. Ocurre, al contrario, que existe abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantiene una doctrina idéntica a la contenida en la sentencia de 18 de noviembre de 1977 de la Audiencia de Córdoba y en la sentencia de 22 de enero de 1979 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Es más; como muy acertadamente destacó el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, dos al menos de esas sentencias, las de 1 de marzo y 17 de abril de 1980, son posteriores al Decreto 2299/1979, pese a lo cual el Tribunal Supremo no consideró alteradas las conductas criminosas (muy semejantes a la de don X. Y. Z.) por la publicación del tantas veces citado Decreto.

Es infundada su afirmación porque, aun suponiendo que pueda haber otros empresarios que, habiendo actuado como don X. Y. Z., no hayan sido condenados como él, tal desigualdad «de facto» no entrañaría sin más una violación del principio de igualdad ante la Ley recogido en el artículo 14 de la Constitución, sino que guardaría relación con la siempre problemática efectividad social de la Ley penal. Sabido es que no todos los delincuentes autores del mismo tipo delictivo son juzgados y condenados, pero eso no da derecho a quien lo sea justamente a invocar en su favor el artículo 14 de la Constitución, que,

con arreglo a tan errónea interpretación, sólo sería respetado cuando todos aquellos delincuentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad.

Por lo demás, la persecución y ulterior condena de un delito puede tener su explicación en hechos tan incontrolables por los poderes públicos como la conducta de los perjudicados por el hecho delictivo, y en ese sentido conviene recordar que el realizado por don X. Y. Z. fue perseguido a raíz de una denuncia presentada por los Enlaces sindicales de su Empresa, y no por iniciativa del Instituto Nacional de Previsión o de algún poder público.

Por otra parte, la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco, sin más, a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar.

En la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución. Como nada hay en el caso presente que permita apreciar la existencia de una actuación de este tipo en el Tribunal del que proceden las resoluciones impugnadas, hay que desestimar la pretendida violación del artículo 14 de la Constitución de la que dice ser víctima el recurrente.

7. Queda finalmente por examinar su pretensión subsidiaria. Tal como aparece ambiguamente formulada en el «suplico» de la demanda, puede entenderse que lo que el recurrente pretende es que este Tribunal Constitucional, dando a su caso la misma solución que se dio en su día al recurso 1.807/78 (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1980), conmute a don X. Y. Z. la pena de presidio mayor por la de presidio menor en su grado mínimo o por alguna otra. De ser esta su pretensión, es evidente que este Tribunal ha de rechazarla por carecer de jurisdicción para entrar a conocer sobre peticiones de indulto, según se desprende de los artículos 2, 10, 11 y 4 de la LOTC, así como de los artículos 4 y 30 de la Ley de 18 de junio de 1870.

Si, como parece inferirse de algún pasaje de la demanda y de su escrito de alegaciones, lo que el recurrente pide es que este Tribunal determine que «se dé a este caso un tratamiento parigual al del recurso 1.807/78 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo» y que en consecuencia proponga la conmutación de la pena que a don X. Y. Z. impuso en su día la Audiencia Provincial de Córdoba, nos encontramos de nuevo con la alegación de una supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución por la diferente solución dada a dos casos iguales, vulneración que resultaría subsanada a juicio del recurrente si este Tribunal, otorgándole el amparo, propusiera la conmutación de su pena. Pero también esta pretensión debe ser desestimada,

y ello no sólo por los argumentos genéricos expuestos en el párrafo sexto de estos fundamentos jurídicos, sino, además, por los siguientes:

a) Para poder dar satisfacción a la pretensión del recurrente este Tribunal tendría que entrar a valorar comparativamente los hechos del recurso de casación 1.807/78 y los de este caso, lo cual iría tanto contra el artículo 117.3 de la Constitución como contra el 44.1, b), de nuestra Ley Orgánica.

b) La actuación del Tribunal Supremo cuando en su sentencia de 1 de marzo de 1980 acordó proponer la conmutación de la pena impuesta al condenado, consistió en hacer uso de la facultad que le atribuye el párrafo segundo del artículo 2 del Código Penal. Que la Audiencia de Córdoba o el propio Tribunal Supremo no hayan actuado igual en el caso de don X. Y. Z. no implica un trato discriminatorio contra él ni una vulneración del artículo 14 de la Constitución, sino simplemente que en este caso, «atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito», no se han dado, «a juicio del Tribunal» (artículo 2.2 del Código), las circunstancias para considerar la pena impuesta por la sentencia de 18 de noviembre de 1977 «notablemente excesiva».

No obstante todo lo expuesto, es justo reconocer que si en el caso 1.807/78 el Tribunal acordó proponer la conmutación de la pena porque así se lo autoriza el artículo 2.2 del Código Penal, de conformidad con el artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1870, nada ni nadie puede impedir a don X. Y. Z. a que, en virtud del artículo 19 de esta misma Ley, solicite el indulto que, a su entender, pueda corresponderle.

#### FALLO

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

Ha decidido:

1.º No aceptar las causas de inadmisibilidad alegadas por el Ministerio Fiscal.

2.º Denegar el amparo solicitado por el Procurador don Rafael Rodríguez Montaut en nombre y representación de don X. Y. Z., por entender que las resoluciones de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 (providencia) y 12 (auto) de febrero y 3 de marzo (auto) de 1980 no vulneraron ninguno de los derechos reconocidos por la Constitución en sus artículos 14 y 25.1.

3.º Desestimar la pretensión subsidiaria a la conmutación de la pena que le impuso la misma Audiencia por sentencia de 18 de noviembre de 1977, sin perjuicio del derecho que pueda asistir a don X. Y. Z. a solicitar para sí el indulto que crea corresponderle.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Dada en Madrid a treinta de marzo de mil novecientos ochenta y uno.—Jerónimo Arozamena Sierra.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Francisco Tomás y Valiente.—Plácido Fernández Viagas.—Antonio Truyol Serra.—Firmados y rubricados.

#### I. ANTECEDENTES

1. En 21 de mayo de 1973 la Comisaría de Aguas del Duero acordó sobreser el expediente-sancionador abierto a la Entidad recurrente, «Coto Minero Merladet, S. A.», como consecuencia de la denuncia formulada por don X. Y. Z. por la realización de unas obras y el aprovechamiento de las aguas del arroyo Fontanicas. El señor Y. interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de Obras Hidráulicas, que fue desestimado por resolución de 9 de enero de 1974. Contra ambas resoluciones interpuso recurso contencioso ante la Audiencia Territorial de Valladolid, solicitando se sancionara a la Empresa citada y se le impusiera la ejecución de una serie de actividades tendentes a devolver al cauce público aludido a su estado natural anterior a la realización por el «Coto Minero» de los hechos denunciados.

2. La Audiencia de Valladolid, por sentencia de 18 de junio de 1975, estimó el recurso declarando la anulación de las resoluciones impugnadas por ser disconformes con el ordenamiento jurídico, la obligación de la Administración de sancionar a «Coto Minero» por las contravenciones realizadas al Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces y la obligación, igualmente de la Administración, de exigir a dicha Entidad la restitución y reposición a su estado primitivo de las aguas públicas y del propio cauce.

Interpuesto recurso de apelación por el defensor de la Administración, la Sala Tercera del Tribunal Supremo confirmó la sentencia apelada por la de 14 de junio de 1976. Firme la sentencia de Primera Instancia y comunicada a la Comisaría de Aguas del Duero, ésta, por resolución de 13 de diciembre de 1976, acordó declarar cometidas por «Coto Minero» las referidas contravenciones, así como imponer las sanciones y obligaciones determinadas en sede jurisdiccional. Dicho acto, dictado para llevar a puro y debido efecto la sentencia, es notificado a la Empresa, que le recurre en alzada. La Dirección General de Obras Hidráulicas, por resolución de 12 de diciembre de 1977,

8595

Sala Primera. Recurso de amparo n.º 107/80.—Sentencia de 31 de marzo de 1981.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begoña Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo promovido por la Entidad «Coto Minero Merladet, S. A.», representada por el Procurador de los Tribunales don Bonifacio Fraile Sánchez, bajo la dirección del Abogado don Santiago Rodríguez-Monsalve Garrigós, en solicitud de que pronuncie sentencia en su día por la que «estimando la demanda, declarando violado el derecho fundamental comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución acuerda otorgar el amparo solicitado y, en su consecuencia, restablecer a la Entidad recurrente en la integridad de su derecho constitucional, mandando a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid que se abstenga de impulsar el proceso de ejecución de la sentencia de fecha 18 de junio de 1975, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 227, de 1974, seguido a instancia de don X. Y. Z., en todo aquello que suponga una prestación de la Entidad «Coto Minero Merladet, S. A.», y que, a estos efectos, participé tal mandato a la Comisaría de Aguas del Duero, órgano al que corresponde la ejecución de dicha sentencia, ordenando al Estado español que, en concepto de indemnización, pague a la Entidad recurrente una suma de dinero equivalente a los gastos que aquélla acredite haber empleado en la realización de las obras acometidas en ejecución de la referida sentencia». En el recurso de amparo han comparecido el Fiscal general del Estado y el Abogado del Estado, siendo ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant.