

**.AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
LOGROÑO**

SENTENCIA: 00013/2016

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 DE LOGROÑO

VICTOR PRADERA 2

Teléfono: 941296484/486/487

N85850

N.I.G.: 26071 41 2 2011 0005348

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000020 /2015

Delito/falta: FALSIFICACIÓN DOCUMENTOS PÚBLICOS

Denunciante/querellante: LORENZO BEZARES SAN MARTIN

Procurador/a: D/Dª JESUS LOPEZ GRACIA

Abogado/a: D/Dª JOSE LUIS TENORIO RODRIGUEZ

Contra: ALBERTO SIERRA OLIVAN

Procurador/a: D/Dª MARINA LOPEZ-TARAZONA ARENAS

Abogado/a: D/Dª JOSE MARIA BENGOA RUBIO

SENTENCIA Nº 13/2016

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Magistrados/as

D. RICARDO MORENO GARCÍA

Dª MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

D. FERNANDO SOLSONA ABAD

=====

En LOGROÑO, a nueve de Febrero de dos mil dieciséis.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 001 de esta Audiencia Provincial, la causa instruida con el número de Rollo de Sala 20/2015, procedente de Procedimiento Abreviado nº 31/2012, del Juzgado de Instrucción nº 2 Haro, seguida por el delito de FALSEDAD DE DOCUMENTO OFICIAL, contra A. S. O., con D.N.I. nº xxx mayor de edad y sin antecedentes penales, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. MARINA LOPEZ-TARAZONA ARENAS y defendido por el Abogado D. JOSE MARIA BENGOA RUBIO. Procedimiento en el que ha sido parte acusadora particular L. B. S. ., representado por el Procurador de los Tribunales D. JESÚS LÓPEZ GARCÍA y defendido por el Abogado D. JOSE LUIS RODRIGUEZ TENORIO, y siendo parte acusadora pública el MINISTERIO FISCAL, y como ponente el Ilmo. Magistrado D. RICARDO MORENO GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Haro se acordó la apertura de juicio oral contra A. S. O en atención a las calificaciones penales realizadas.

SEGUNDO.- El juicio dio comienzo el día 18-1-2016 con el resultado que obra en la grabación realizada.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio se procedió a modificar las conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de falsificación en documento oficial del artículo 390.1.4º del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo la imposición de la pena de tres años y seis meses de prisión y de doce meses de multa con una cuota diaria de cinco euros con aplicación del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago y cuatro años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por la acusación particular ejercida por L. B. S se calificó los hechos de igual manera que el Ministerio Fiscal, interesando la pena de tres años y seis meses de prisión, con dieciocho meses de multa a diez euros/día procediendo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas y cuatro años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Por la defensa de A. S. O se interesó la libre absolución de su patrocinado.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- A. S. O, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 28-8-2011 quien ejercía las labores de Guarda de Caza en el Coto de Caza Lo-10.176, procedió a rellenar un formulario denunciando ante la administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja que el indicado día sobre las 8:40 horas y en tal paraje L. B. S se encontraba solo cazando, con la ayuda de dos perros, en zona de remolacha sin recoger y viñas así como que se negó a mostrar el

morral, llegando a insultar y a amenazarle con que le iba a pinchar las ruedas del coche, dejando copia de tal papel en el parabrisas del vehículo de L. B. S.

En tal día L. B. S se encontraba cazando en tal paraje, ayudado por dos perros, pero en compañía de un amigo y siendo observado por un tercero, sin entrar en zona de remolacha ni de viña, sin llegar a producirse el encuentro con A. S. O.

El original fue presentado ante la administración competente en materia de caza de la Comunidad Autónoma de La Rioja y dio lugar a la tramitación de expediente administrativo sancionador 11/CAZ/0360 contra L. B. S, en virtud de resolución del Director General de Medio Natural de fecha 20-11-2011.

El formulario utilizado se corresponde con el por la Dirección General de Medio Natural del Gobierno de La Rioja se proporciona a los agentes forestales, y que se ha detectado por tal organismo que, de manera indebida, se ha llegado a proporcionar a los Guardas de Coto.

A. S. O no guarda ninguna relación con Administración alguna en el desempeño de sus labores, siendo contratado por el Coto de Caza, con quien se encuentra enfrentado en diversos procesos judiciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .Respecto de la nulidad parcial del Auto de Apertura de Juicio Oral.

Tal y como fue planteado en el acto del juicio y consta en el procedimiento en fecha 1-10-2012 (f.-273-275) fue dictado Auto de Apertura de Juicio Oral en cuya parte dispositiva se establecía lo siguiente:

“Continúese al tramitación de las presentes Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado respecto de imputado A. S. O por si los hechos fueren constitutivos de un delito de falsedad documental de los art 392.1 en conexión con el art. 390.1.2º y 3º del Código Penal a cuyo efecto dese traslado al Ministerio Fiscal y en su caso a las acusaciones particulares personadas....

Se acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de los hechos referidos a la comisión de un presunto delito de hurto, al no existir indicios suficientes de criminalidad contra el A. S. O”.

Tal resolución adquirió firmeza llegándose a presentar escrito de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y si bien en el primero no se hacía referencia alguna al hurto (f.-279-281) por parte de la acusación particular en su calificación provisional sí que se llegó a incluir referencia al mismo (f.-304-309) llegando a introducir calificación al entender, tras los hechos narrados, que los mismos eran constitutivos de :

“...un delito de falsificación de documento oficial del art. 390.1.3.4 del Código Penal y delito de hurto del art. 234 del Código Penal”.

Interesando por el segundo la pena de seis meses de prisión.

En fecha 17-4-2013 se dictó Auto de Apertura de Juicio Oral (f.-310-313) en el que, entre otros extremos, se acordaba la:

“...apertura de juicio oral, se tiene por formulada acusación contra A. S. O por los hechos objetos de acusación, sin perjuicio de ulterior calificación jurídica, podrían ser constitutivos calificados por el Ministerio Fiscal por un delito de falsificación de documento oficial de. Art. 390.1.4 del CP, responde el acusado en concepto de autor. Artículos 27 y 28 del CP y por la acusación particular por un delito de falsificación de documento oficial del art. 390.1.3.4 del CP, y delito de hurto del art. 234 del CP”.

Por lo tanto se cuenta con resolución que ha adquirido firmeza acordado el sobreseimiento provisional sin que se haya aportado nueva prueba al respecto o realizado alguna diligencia de la que pudiera extraeré dato relevante que determinara la reapertura del procedimiento, por lo que no cabe el dictado de Auto de Apertura de Juicio Oral sobre tales hechos respecto de los cuales se acordó tal sobreseimiento provisional.

En este sentido cabe citar, entre otras el Auto Audiencia Provincial de Madrid de 19-6-2013 (Secc. 30ª, Rec. 138/13) en el que se viene a indicar que:

<<...la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional, depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa . De esta manera, dice el Tribunal Supremo en la STS. 189/2012 de 21.3 , que el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno, que no resulta modificable sin más cuando el auto adquirió

firmeza , que es el referente a la insuficiencia de los elementos obrantes en la causa para dar paso a la acusación. Lo más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo como "el hecho de cesar el procedimiento o curso de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio". El auto contiene también otro aspecto que autoriza su modificación sometida a una condición: la aportación de nuevos elementos de comprobación. Dicho en otras palabras: el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones.

Ello con la finalidad de garantizar al imputado y/o al acusado el derecho procesal a que el procedimiento sólo sea reabierto cuando se presenten nuevos elementos de comprobación. Porque el auto cuya validez se cuestiona constituye una decisión judicial que permite retrotraer el procedimiento en contra del inculpado. Es por ello que no se puede reabrir el procedimiento, insistimos, sin nuevos elementos de prueba, pues esa duplicación de oportunidades en favor de la acusación resulta incompatible con la interdicción de someter al inculpado a un doble juicio penal, "double jeopardy". De este modo, retrotraer la situación procesal a un momento precluido del procedimiento vulnera el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva....>>.

En igual sentido cabría citar el Auto Audiencia Provincial de Badajoz de 12-3-13 (Secc. 3ª, Rec. 75/13) <<Llegados a este punto, y si bien es cierto que el Auto de sobreseimiento provisional por no haber quedado debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa (arts. 641.1 º y 779.1.1ª LECrim), se trata de una resolución judicial que, a diferencia del auto de sobreseimiento libre (art. 637 LECrim), no produce el efecto de cosa juzgada, de manera que la posibilidad de reabrir o reformar una causa entra dentro de la normalidad procesal, sin que se transgreda por ello ningún precepto legal ni menos aún ningún derecho constitucional (SSTs 16 febrero 1995 , 20 marzo 2000), también es cierto que esta resolución de sobreseimiento provisional que concluye la fase instructora del procedimiento abreviado no resulta modificable sin más, cuando el auto que la decretó adquirió firmeza , pues sólo es factible dicha modificación cuando se da una condición como es la aportación de nuevos elementos de prueba no obrantes

en la causa que justifiquen la misma; pues en caso contrario se estaría desconociendo el efecto de la firmeza de esa resolución en lo que concierne a la suficiencia de los elementos de comprobación obrantes en la causa para continuar el proceso (STS 19 noviembre 1997) .>>.

En atención a lo cual no cabe, como ya se adelantó en el acto del Juicio, sino atender a la petición realizada por la parte y declarar la nulidad parcial del Auto de Apertura de Juicio Oral en lo referido al delito de hurto.

SEGUNDO.- Sobre la prueba con la que se cuenta.

Dos son las líneas de prueba que interesan en el presente procedimiento, por un lado la que sitúa al acusado como autor del hecho de la interposición de la denuncia ante la administración por el hecho que se sostenía en la misma y otra el propio hecho de la existencia de acto de caza en irregular situación que se denunciaba por A. S. O.

a) Sobre la interposición de la denuncia.

En cuanto al primer apartado, poca duda hay pues no existe discusión, ya que no es objeto de controversia que fue A. S. O quien rellenó el documento que posteriormente dejó (f.-27) en el parabrisas del vehículo de L. B. S – extremo este reconocido por todos- presentando el original sobre el que había escrito ante la administración que por su parte inició procedimiento sancionador.

b) Sobre el contenido de la denuncia.

En tal escrito se hacía constar que día sobre las 8:40 horas y en tal paraje L. B. S se encontraba solo cazando, con la ayuda de dos perros, en zona de remolacha sin recoger y viñas así como que se negó a mostrar el morral, llegando a insultar y a amenazarle con que le iba a pinchar las ruedas del coche,

Y respecto de tal narración se suscita la controversia en la medida en que tal versión, mantenida por el acusado en el procedimiento, es rechazada por L. B. S, así como también por los testigos x y x mantenida por parte del acusado, debe atenderse a la declaración mantenida por parte de L. B. S, en todo momento, y tal versión, se ve corroborada por al declaración de dos

testigos los cuales no guardan relación alguna con A. S. O y si bien mantienen relación de amistad con L. B. S no se desprende de ello un ánimo contrario a A. S. O.

La declaración de los dos testigos es coherente con la mantenida por parte de L. B. S y es que estaba cazando con perros, en compañía de su amigo x con quien había quedado en Logroño para acercarse al lugar y pasar la mañana. El acompañante –no cazador- permaneció con L. B. S hasta que en la Ermita y tras percatarse los tres de la denuncia que figuraba en el parabrisas del vehículo se quedó en compañía del otro testigo x mientras que L. B. S se dirigía con el coche para hablar con el presidente del coto (14:23 3ª vg) y en ningún momento apareció el acusado para hablar con L. B. S (15:39 3ª vg).

Este testigo x, vigilante de la Comunidad Autónoma de La Rioja , estaba también en la zona el día 28-8-11 y pudo ver a L. B. S junto con otra persona –resulto ser x al que reconoció más tarde- así como también vio a otro cazador que era de su pueblo (01:16 3ª vg) pero no junto a L. B. S, el cual iba vestido normal para cazar, con dos perros y sin morral que además nunca lleva (2:14 3ª vg), sin que viera a A. S. O por ningún sitio en el tiempo que estuvo que fue de 8.30 hasta las 9:15 horas (2:30 3ª vg).

El horario que indica los dos testigos no deja lugar a duda de que en la fecha y hora señalada en la denuncia L. B. S ni estaba solo, ni tuvo encuentro con A. S. O, así como por las manifestaciones de x, que corrobora la declaración de L. B. S no se introdujo en la zona señalada en la denuncia, señalar a tal efecto que x estuvo todo el tiempo con L. B. S desde que salieron de Logroño hasta que llegaron a la Ermita y el único momento en el que L. B. S estuvo solo fue ya después de percatarse de la denuncia y se dirigió a hablar con el presidente del coto.

De todo lo anterior no cabe sino concluir que lo recogido por A. S. O en su denuncia no se ajusta a la realidad, es falso.

Sobre esta base fáctica es sobre la que debe analizarse la calificación jurídica que se hace los hechos y en la que frente a la calificación del Ministerio Fiscal y acusación particular de falsificación en documento oficial del artículo 390.1.4º del Código Penal, la defensa de A. S. O niega la concurrencia de los requisitos de tal calificación.

TERCERO.- Sobre la consideración de A. S. O como funcionario público a efectos penales en el presente procedimiento.

Es elemento central del presente procedimiento la determinación de la naturaleza de la función desarrollada por el acusado en relación con la denuncia presentada y su consiguiente repercusión penal, lo que exige atender al modo de acceso a tal labor y el contenido de la misma.

En cuanto al modo de acceso de A. S. O a la labor desarrollada cabe observar que se trata de un contrato de trabajo A. S. O es autónomo) con un Coto de Caza.

En tal sentido resulta forzoso señalar la existencia de vinculación contractual entre A. S. O y el Coto de Caza y así en la propia denuncia interpuesta por parte de L. B. S consta que A. S. O era contratado con fecha 1-4-2010 por la Sociedad de Caza "Virgen de Olartia" *"...para ejercer la guardería en todos los terrenos del coto LO-10.176..."* y a tal efecto se aportaba documento acreditativo del contrato (f.-13), por lo tanto A. S. O es un contratado por parte del Coto de Caza y no por parte de la Administración.

Y cabe señalar que del propio procedimiento se desprende que A. S. O no guarda ningún tipo de relación con Administración alguna y así desde el Gobierno de La Rioja se emitió documento (f.-271) en el que se indicaba:

"Que de los datos obrantes en esta Dirección general, no consta que Don A. S. O. haya prestado servicios para la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja ...".

De igual manera la testigo x indicó desde el Gobierno de La Rioja que ellos no habían proporcionado siquiera el número que utiliza A. S. O en la denuncia, ni tampoco tarjeta identificativa, tal y como también había manifestado por su parte el acusado.

Ahora bien, resulta evidente que el acusado pese a la naturaleza privada del contrato que le vinculaba con el Coto de Caza venía desarrollando unas funciones propias y características que deben llevar a otorgarle la consideración, a estos efectos de "funcionario público".

Respecto de la consideración de A. S. O como funcionario público cabe señalar que establece al STS de 2-6-2015:

<< ... con la STS de 4.12.2007 recordaremos que "la jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del

Código Penal , según el cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS n° 1292/2000, de 10 de julio ; STS n° 68/2003, de 27 de enero ; STS n° 333/2003, de 28 de febrero y STS n° 663/2005, de 23 de mayo).>>

Esta misma sentencia también indica que:

<<... la jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS n° 1292/2000, de 10 de julio ; STS n° 68/2003, de 27 de enero ; STS n° 333/2003, de 28 de febrero y STS n° 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTs de 22 de enero de

2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto «nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo». Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos.>>.

En la misma línea cabe señalar en cuanto al concepto de funcionario público también la STS 16-5-2014 en la que se indica, con cita de otras:

<< ...sentencias de esta Sala 186/2012, de 14-3 , y 166/2014, de 28-2 , entre otras, a la 1590/2003 , de 22 de abril , en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del C. Penal , conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS 68/2003, de 27-1). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para este los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de

incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS 2059/2002, de 4-12), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTs 37/2003, de 22-1 y 1952/2000, de 19-12), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo.

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas - prosigue argumentando la STS 1590/2003, de 22-4 - tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTs de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).

Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014 , de 28 de febrero , que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone

en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material. >>

Y dentro de este marco se hace necesario atender a la regulación específica en la materia para comprender la naturaleza de las funciones que se le encomiendan.

De esta manera cabe señalar que el artículo 31 de la nueva Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en vigor desde el día 4 de Junio de 2014, en relación a la protección jurídica de agente de la autoridad, señala que se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada de cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Pero también cabe señalar que la citada Ley 5/2014 entró en vigor el día 4-6-2014, y por tanto no era aplicable a los hechos enjuiciados, los cuales se sucedieron el día 28-8-2011, por lo que se hace necesario remitirse a la anterior Ley de Seguridad Privada de 1992 y el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada que señala en su art. 52 que el personal de seguridad privada estará integrado, entre otros, por los guardas particulares del campo, los guardas de caza, los guardapescas marítimos y sus funciones en el art. 92.

Junto a ello debe atenderse a la normativa autonómica reguladora de la materia de caza, comenzando por la Ley 9/98 de 2 de julio de 1988 de Caza de La Rioja.

En la misma cabe señalar la Ley de caza de en la que se recoge, el Título IX *“De la vigilancia de la actividad cinegética”* en su artículo 75 las *“Autoridades competentes”* con el siguiente contenido:

“1. La vigilancia de la actividad cinegética en la Comunidad Autónoma de La Rioja así como del riguroso cumplimiento de lo preceptuado en esta Ley y disposiciones que la desarrollen será desempeñada por:

- a) Los Agentes Forestales del Gobierno de La Rioja.*
- b) Los Agentes de la Guardia Civil, de otros Cuerpos de Seguridad del Estado competentes, y de las Policías locales, de conformidad con lo establecido en su legislación específica.*
- c) Los Guardas Particulares del Campo, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Seguridad Privada.*
- d) Los vigilantes de caza y cualquier otro personal de vigilancia de caza y de protección de la naturaleza, debidamente juramentado, de conformidad con su legislación específica.*

2. A los efectos previstos en la presente Ley, tienen la condición de agentes de la autoridad los grupos comprendidos en las letras a) y b) del apartado primero del presente artículo y de Agentes Auxiliares de la Autoridad, los grupos relacionados en las letras c) y d).

En todo lo que se refiere al cumplimiento de la Ley de Caza, las personas relacionadas en los grupos c) y d), estarán sometidas a la disciplina y jurisdicción de la consejería competente por su condición de Agentes Auxiliares de ésta.

En las denuncias contra los infractores de la Ley de Caza, las declaraciones de todos los Agentes relacionados en el punto 1 harán fe salvo prueba en contrario.

3. Las autoridades competentes están obligadas a velar por el cumplimiento de la normativa cinegética, denunciando las infracciones a la presente Ley y disposiciones que la desarrollan de las que tuvieren conocimiento así como procediendo al decomiso de las piezas y medios de caza empleados para cometerlas, de conformidad con el correspondiente expediente sancionador.

4. Los agentes de la autoridad y sus agentes auxiliares, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, inspección y control, tendrán acceso a todo tipo

de terrenos relacionados con la actividad cinegética existentes en su ámbito territorial de actuación.

Igualmente, los agentes de la autoridad tendrán acceso a todo tipo de instalaciones relacionadas con la actividad cinegética.

5. Los agentes de la autoridad y sus Agentes Auxiliares, estarán capacitados para, en los casos de incumplimiento de las normas reguladoras de las distintas modalidades de caza, o de las preceptivas autorizaciones administrativas, suspender las cacerías o la ejecución de lo autorizado”.

Y el art. 77 dedicado a la “vigilancia de los Cotos de Caza” señala que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 75 precedente, todo terreno cinegético deberá disponer de un servicio de vigilancia, propio o contratado, cuyas características se desarrollarán reglamentariamente.

Los titulares de los terrenos cinegéticos serán responsables del cumplimiento de este requisito.”

En desarrollo de lo anterior en el Decreto de 17/2004 de 27 de feb por el que se regula el Reglamento de Caza de la Rioja establece en su Título XI bajo rúbrica de “Vigilancia de la actividad cinegética”, en su Capítulo I “Vigilancia” lo siguiente:

“Artículo 113. Autoridades competentes.

1. La vigilancia de la actividad cinegética en la Comunidad Autónoma de La Rioja así como del riguroso cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja, en este Reglamento y en las disposiciones que lo desarrollen será desempeñada por:

a) Los agentes forestales del Gobierno de La Rioja.

b) Los agentes de la Guardia Civil, de otros Cuerpos de Seguridad del Estado competentes, y de las Policías locales, de conformidad con lo establecido en su legislación específica.

c) Los guardas particulares del campo, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Seguridad Privada.

d) Los vigilantes de caza y cualquier otro personal de vigilancia de caza y de protección de la naturaleza, debidamente juramentado, de conformidad con su legislación específica.

2. A los efectos previstos en la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja y en este Reglamento, tienen la condición de agentes de la autoridad

los grupos comprendidos en las letras a) y b) del apartado primero del presente artículo y de agentes auxiliares de la autoridad, los grupos relacionados en las letras c) y d).

Las personas relacionadas en los grupos c) y d), estarán sometidas a la disciplina y jurisdicción de la Consejería competente por su condición de agentes auxiliares de ésta.

En las denuncias contra los infractores de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja, las declaraciones de todos los agentes relacionados en el apartado primero se presumen veraces salvo prueba en contrario.

3. Las autoridades competentes están obligadas a velar por el cumplimiento de la normativa cinegética, denunciando las infracciones a la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja, de este Reglamento y de las disposiciones que lo desarrollen de las que tuvieren conocimiento y de proceder al decomiso de las piezas y medios de caza empleados para cometerlas.

4. Los agentes de la autoridad y sus agentes auxiliares, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, inspección y control, tendrán acceso a todo tipo de terrenos relacionados con la actividad cinegética existentes en su ámbito territorial de actuación.

Igualmente, los agentes de la autoridad tendrán acceso a todo tipo de instalaciones relacionadas con la actividad cinegética.

5. Los agentes de la autoridad y sus agentes auxiliares, estarán capacitados para, en los casos de incumplimiento de las normas reguladoras de las distintas modalidades de caza, o de las preceptivas autorizaciones administrativas, suspender las cacerías o la ejecución de lo autorizado.

6. Los agentes de la autoridad y sus agentes auxiliares, no podrán cazar en aquellos terrenos cinegéticos en los que ejerzan su actividad profesional salvo autorización expresa de la Consejería competente.”.

La regulación descrita, además de establecer a los Cotos de Caza la obligación de dotarse de la debida vigilancia regula la figura del Guarda de Campo y atribuye a los mismos unas determinadas características siendo de reseñar en lo que ahora importa, por un lado la atribución de “Agentes Auxiliares de la Autoridad”, el sometimiento a “...a la disciplina y jurisdicción de la consejería competente por su condición de Agentes Auxiliares de ésta”

, junto con la obligación de “...velar por el cumplimiento de la normativa cinegética, denunciando las infracciones a la presente Ley y disposiciones que la desarrollan de las que tuvieren conocimiento” y ello junto con facultades de decomiso de piezas, de acceso a terrenos cinegéticos, etc, y en especial en lo que ahora interesa debe señalarse igualmente la previsión legal, respecto de las denuncias, de que:

“En las denuncias contra los infractores de la Ley de Caza, las declaraciones de todos los Agentes relacionados en el punto 1 harán fe salvo prueba en contrario”.

Por lo tanto cabe concluir que el Guarda de Coto en cuanto que en el desempeño de sus funciones como auxiliar de la autoridad en el ámbito de su concreto coto de caza, velando por el cumplimiento de la normativa cinegética en el mismo, y en el presente supuesto denunciando una supuesta infracción de la normativa de caza, en el propio ejercicio de sus atribuciones, así como supuestamente requiriendo la exhibición de morral, y en función de lo que se decía haber ocurrido, presentando tal denuncia ante la administración –quien no debe olvidarse atribuye presunción de veracidad a la misma- y que determina el inicio d expediente sancionador, supone el ejercicio de una función pública por lo que debe merecer a estos efectos penales la consideración de funcionario.

En tal sentido citar igualmente la STS de 1-10-2013 indica, en relación a los vigilantes de seguridad:

<<...esa condición la que lleva a que los vigilantes de seguridad se deban clasificar entre los sujetos a que se refiere el artículo 24.2 del Código Penal , en cuanto que, conforme a la citada Ley, y habiendo sido legalmente investido de esa condición, la función que desempeña tiene, a los efectos penales, la consideración de funcionario , lo que, como en el caso de la Sentencia nº TS 850/2006 de 12 de julio , le reportaría la exención de responsabilidad penal, si se adecua al ejercicio proporcionado de la misma.

El artículo 24 del Código Penal caracteriza como funcionario a los efectos penales, no solamente a quienes tienen tal condición conforme al estatuto regulado en leyes administrativas, sino a todo el que, incluso sin tal condición, participe en el ejercicio de funciones que sean públicas. Y no

cabe duda de que la seguridad lo es y "auxiliar" es una forma de participar.
>>.

Por lo tanto en le presente supuesto debemos considerar que conforme a las funciones encomendadas por la regulación autonómica en materia de caza, ámbito en el que se produjo el ilícito penal denunciado, el acusado participaba en funciones públicas en cumplimiento de la normativa cinegética.

CUARTO.- Sobre la consideración del documento en cuestión como documento público.

Tal y como se ha indicado y obra en el procedimiento la denuncia interpuesta por A. S. O determinó al iniciación de un expediente sancionador, pero interesa a este respecto señalar igualmente la naturaleza diferente que el inicio del procedimiento administrativo tiene según quien sea el que interpone la denuncia, aspecto este sobre el cual la funcionaria se manifestó y así Noelia indicó que se estaba dando en ocasiones la llegada a la Administración de denuncias procedentes, como la que es objeto de procedimiento, de Guardas de Coto que, en razón de utilizar el formato oficial, se recibían y se acordaba que se remitieran al Jefe de Servicio que indicaba la forma de presentación adecuada (36:42, y 39:00 3ª vg).

De esta manera se observa ya desde un inicio el diferente tratamiento que se dispensa a las denuncias en atención a la persona que las presenta sea o no funcionario de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

A este respecto también debe señalarse el propio contenido del documento en cuanto que bajo el membrete de *"Gobierno de La Rioja"*, continua indicando *"Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial"* sigue con *"Medio natural"* y finaliza con *"Guardería Forestal"* en la primera casilla aparece:

"(1) Oficio de denuncia por infracción a la ley de".

Y sin especificación de cuál es el precepto legal infringido se indica en la parte final del documento la explicación de lo que "(1)" en el apartado de observaciones significa y es que:

"1.- El presente documento carece de la consideración de acuerdo de iniciación de procedimiento, conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de

RJAAPP y PAC. En caso de iniciación de un expediente se tramitará conforme a lo dispuesto en el art. 60 y ss de la Ley 4/2005 de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja”

Otro aspecto, en directa vinculación con lo anterior, que indicó también x es que se había observado desde la Administración la utilización por parte de Guardas de Coto de formularios de denuncias que eran los propios de la Administración y que se suministraba a los Agentes Forestales y en ocasiones por amistad llegaban a manos de los Guardas de Coto a los cuales la Administración no proporciona talonarios oficiales de denuncia (35:36 3ª vg) incluso señaló la testigo x que en la semana previa al juicio se habían recibido otras 2 denuncias de guardas de coto en formulario de agentes forestales (36:30, 3ª vg), si bien se habla de la utilización por parte de los Guardas de Coto de otro tipo de formularios semejantes pero sin el membrete de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, puesto que sus denuncias se podía realizar en un simple papel (36:56, 3ª vg).

Por lo tanto puede plantearse alguna duda sobre la naturaleza del documento en cuestión, si bien debe considerarse que estamos ante un documento oficial ya de manera directa ya por destino, tal y como se expone.

Es evidente que pese a las manifestaciones realizadas por la funcionaria, lo que el acusado utilizó en su acción no deja de ser un documento emitido por la Administración para el desarrollo de las funciones propias de un cuerpo de la Administración. El acusado no forma parte de tal cuerpo pero en razón de la naturaleza de sus labores profesionales el hecho de presentar denuncia ante la Administración por la comisión de alguna infracción en su ámbito laboral forma parte de su propio trabajo.

Ciertamente el acusado no se atribuye un papel o función que no le corresponde, no firma como agente forestal, no indica precepto legal infringido, simplemente se limita a poner de manifiesto ante la Administración un hecho ocurrido en el ámbito del coto de caza para el que trabaja, utilizando el soporte que se le ha , indebidamente, proporcionado.

Por lo tanto el mero hecho de utilizar un soporte que la propia Administración reconoce que ha creado para la utilización por los agentes forestales, pero que es consciente igualmente de que en tal momento era

también utilizado, bien que indebidamente, por los Guardas de Coto, supone que en esencia se trata de una práctica que por parte de la Administración se estaba intentado erradicar pero de la que era conocedora, tolerada si bien provisionalmente y no suponía perjuicio alguno para la Administración en tanto que observado que había sido cumplimentado por un Guarda de Coto se le daba su destino propio frente al tratamiento que se daba al mismo documento si venía cumplimentado por un agente forestal.

Incluso se señaló también en el acto de la vista sobre el formulario que los Guardas de Coto rellenaban que era el mismo a excepción del membrete del Gobierno de La Rioja, algo que los propios Guardas de Coto se procuraban ya que, cuando menos en el presente supuesto, el coto para el que trabaja el acusado no le proporcionó algún formato concreto, siendo que la “denuncia” en sí podía realizarse en un mero papel presentado ante la Administración.

Por lo tanto no cabe otorgar la consideración de “documento oficial” al documento que aunque creado por la propia Administración, esta misma Administración conocedora de que está siendo utilizado por personas ajenas a la misma, de manera errónea pero facilitada por empleados de la propia administración, procede, a la vez que a advertir del uso restringido de tales documentos dando instrucciones a tal efecto, a dar, de oficio por la propia administración, el destino correspondiente, sin que frente a la misma produzca efecto alguno específico, es por lo tanto un documento al que por la propia Administración se le ha desposeído del carácter público que pudiera tener.

Ahora bien, aun prescindiendo de este carácter oficial del documento, en razón de las concretas circunstancias descritas no deja de ser un dato cierto el que tal documento tuvo acceso a una Administración, se incorporó a un expediente público administrativo y produjo efectos en tal ámbito y a tal efecto basta recordar que dio lugar a la tramitación de expediente administrativo sancionador 11/CAZ/0360 contra L. B. S, en virtud de resolución del Director General de Medio Natural de fecha 20-11-2011, lo cual nos lleva al ámbito del delito de falsedad en documento oficial por incorporación.

En este sentido es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTs 10-6-2003, 21-3-2005, 18-2-2010) que hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz para considerar o no su naturaleza como oficial, pero con una importante excepción: tendrán tal

carácter de documento oficial aquellos documentos que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producir efectos en el orden oficial provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico.

De igual manera cabe citar la STS de 11-6-2011 en la que indica:

<<Con respecto al delito de falsedad en documento oficial por incorporación de documento privado, en las SSTS 386/2005, de 21 de marzo y 575/2007, de 9 de junio 2007/70167 , se afirma lo siguiente: "de acuerdo con la doctrina de esta Sala se ha eliminado la anterior categoría de documentos públicos u oficiales por destino, ahora bien, tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico " - SSTS de 19 de septiembre de 1996 ,4 de diciembre de 1998 , 3 de marzo de 2000 , 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002 -. "En tales casos, puede ocurrir, sin embargo - sigue diciendo la sentencia de 14.10.2003 -, y es una cuestión distinta, que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, un vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediano utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento , que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial>>

Y acaba afirmando la referida resolución que:

<<...así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones, precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial". Entre ellas, en la STS 1720/2002, de 16 octubre "en la que se afirmó que el documento 'ab initio' privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones, se equipara al documento oficial, siempre

que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado. >>

En el mismo sentido SSTS 22-7-2013, 18-2-2010, 21-3-2005.

Por lo tanto cabe concluir considerando la naturaleza pública de tal documento a efectos de calificación penal.

QUINTO.- Respecto de la calificación jurídica.

Señalado lo anterior procede considerar que estamos ante la existencia de un delito de falsedad en documento público cometido por funcionario público.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que los requisitos del delito de falsedad documental consisten, como elemento objetivo o material, en una mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art 390 del CP , mutación que ha de recaer sobre aspectos esenciales del documento con entidad suficiente para incidir en los efectos normales que dicho documento debe alcanzar en el tráfico jurídico, y el elemento subjetivo o dolo falsario, que consiste en la concurrencia en el agente de la conciencia y voluntad de traspasar la realidad.

El delito de falsedad documental se encuentra regulado, en lo que ahora interesa, en el artículo 390. 1 del Código Penal que establece que *“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad” “4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”*.

Falta a la verdad en la narración que se extiende a los hechos por los que la conducta, de ser cierta, es susceptible de sanción, cazar en zona de sembrado sin recoger, en zona de viñas, negarse a mostrar el contenido del morral, a lo que se añadía el hecho de haber recibido del denunciado insultos y amenazas.

De lo recogido en los hechos probados y en la valoración de la prueba se alcanzaba el convencimiento de que tal narración no era cierto, lo que determina el evidente ánimo y conciencia de falta a la verdad, aspectos todos señalados por la jurisprudencia, por ejemplo en cuanto que es consciente quien la hace de que su manifestación no se corresponde no ya con la verdad

absoluta, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho (STS 9-9-1997) supone la alteración o desfiguración en la descripción tanto de conductas o acciones humanas como en la de lugares, (STS 13-6-1997) o también , discrepancia entre la realidad y lo descrito o narrado en el documento, aunque tal inveracidad ha de recaer sobre extremos o pormenores esenciales y ha de tener ulterior trascendencia probatoria (STS 13-6-1997), ya lo que se ha producido una narración falsa, que con presunción de veracidad, se incorpora al expediente administrativo y da lugar a su incoación y tramitación para sanción.

Responde el acusado en calidad de autor de la misma (art. 27 y 28 CP).

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En cuanto a la pena a imponer y atendiendo a las circunstancias del caso se considerada ajustada a las mismas la imposición de la pena en su grado mínimo de tres años de prisión y multa de seis meses, respecto de la cual y atendiendo a la remuneración percibida por el acusado en sus servicios para el coto de caza se considera procedente imponerla en la de 5 euros/día, procediendo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, así como cuatro años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público (art. 56 CP).

SEXTO.- Respecto de las costas procesales, y en aplicación de lo previsto en el artículo 123 del Código Penal en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede su imposición al acusado, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a A. S. O como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial

cometido por funcionario del art. 390.1.4º, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo la imposición de la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de seis meses a cinco euros/día, y cuatro años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público.

Con imposición de las costas procesales ocasionadas, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante esta Audiencia Provincial para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Libros Registro correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ricardo Moreno García, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.