

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

Rollo Penal nº 10/2009

AUTO

Excma. Sra. Presidenta.

D^a. Pilar de la Oliva Marrades.

Iltmos. Sres. Magistrados

D. Juan Montero Aroca.

D. José Francisco Ceres Montés.

En la Ciudad de Valencia a veintiséis de abril de dos mil once. Siendo ponente el magistrado Iltmo Sr. D. José Francisco Ceres Montés.

HECHOS

Primero.- En fecha 28 de julio de 2009 el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) en las Diligencias Previas 1/09 dictó, argumentando razones de conexidad, Auto acordando la inhibición parcial a favor de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) para su unión al procedimiento del Tribunal del Jurado 1/09 respecto de los hechos imputados a Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Álvaro Pérez Alonso, en relación con las eventuales entregas de prendas de vestir a Ricardo Costa Climent, Francisco Camps Ortiz, Rafael Betoret Parreño y Victor Campos Guinot.

En dicha resolución de inhibición se indicaba que la documentación soporte de la inhibición que acordaba se encontraba incluida en el testimonio de las Diligencias Previas 275/08 que con fecha 5-3-09 se remitió a esta Sala. Dicha inhibición se remitió mediante oficio del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la citada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29 de julio de 2009 dirigido al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas del Tribunal del Jurado nº.1/09 tramitadas en esta Sala.

Segundo.- La inhibición parcial, que no era firme, si bien fue remitida al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de Valencia, fue asumida competencialmente por la Sala y esa decisión, expresada en la providencia de 30 de julio de 2009, fue recurrida en súplica por el Ministerio Fiscal, si bien luego desistió del indicado recurso.

Cuando se recibió en esta Sala la citada inhibición se encontraba abierto el plazo de deliberación y se ultimaba la resolución del que fue Auto de 1 de agosto de 2009, por el que está Sala estimando parcialmente varios recursos de apelación dictados contra un Auto del Instructor, decretó el sobreseimiento libre en las Diligencias Previas 2/2009 antecedentes de las del Tribunal del Jurado, con la consiguiente extinción de este último procedimiento. Todo ello, motivó el dictado por esta Sala del Auto de 10 de septiembre de 2009 que acordó no

pronunciarse sobre dicha inhibición en atención al Auto de sobreseimiento libre indicado acordando la puesta en conocimiento del Instructor de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid.

Tercero.- Por escrito remitido a esta Sala el pasado 28 de diciembre de 2010, el Fiscal interesaba que por esta Sala se resolviera sobre la inhibición parcial acordada por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas nº 1/2009 tramitadas ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el mencionado Auto de 28 de julio de 2009, y ello argumentando que el Auto de esta Sala de 10 de septiembre de 2009 que acordó no pronunciarse sobre la misma en atención al Auto de sobreseimiento libre de 1 de agosto de 2009 acordado por dicha Sala, fue revocado y en consecuencia reaperturado el procedimiento tras Auto (sic) del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010.

Cuarto.- Por Providencia de 30 de diciembre de 2010 se registró el escrito, y se repartió la ponencia, acordándose por Providencia del siguiente 11 de enero, que habida cuenta del tiempo transcurrido desde la inhibición acordada a que hacía mención el Fiscal (28 de julio de 2009), solicitar del Sr. Secretario Judicial de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Diligencias Previas 1/2009) certificación de la firmeza de la misma, así como testimonio del inicial Auto de la Sala de dicho Tribunal que declaró su competencia.

Quinto.- En fecha 28 de enero de 2011 se recibe en esta Sala fax del Sr. Secretario Judicial de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se certifica que contra el Auto del 28 de julio de 2009 de inhibición parcial se interpuso recurso previo de reforma, resuelto por Auto de 14 de diciembre de 2010 en sentido desestimatorio, encontrándose pendiente de resolución el recurso subsidiario de apelación interpuesto. Al propio tiempo acompañaba copia del citado Auto de 14 de diciembre de 2010.

De dicho Auto de 14 de diciembre de 2010 se desprende que:

1º) A instancias del Ministerio Fiscal, que estimaba existía conexión del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre los delitos de cohecho del art. 423 del CP (reverso del cohecho pasivo imputado a los cargos públicos de Valencia) tramitados en las Diligencias Previas 1/2009 ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid e imputados a Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Alvaro Perez Alonso y relativos a la eventual entrega de dádivas (prendas de vestir) a Ricardo Costa Climent, Francisco Camps Ortiz, Rafael Betoret Parreño y Victor Campos Guinot, y de los que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2009 por la percepción por dichas autoridades de las indicadas prendas de vestir (art. 426 CP cohecho pasivo impropio), el Ilmo. Sr. Instructor del TSJ de Madrid, el 28 de julio de 2009, citando el art. 17.5 de la LECRim acordó la inhibición parcial interesada estimando adecuada la apreciación de conexidad del Fiscal por la “íntima relación entre las conductas de quines aparecen como donantes de los regalos y quienes aparecen como perceptores de los mismos”, y al respecto citada el ATS de 23 de junio de 2009.

2º) Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación el Partido Popular que fue desestimado por el Auto de 14 de diciembre de 2010, que indicó que las alegaciones no desvirtuaban ni enervaban la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, acogiendo en todas sus partes la fundamentación del escrito de impugnación del Ministerio Fiscal que transcribía. Los motivos de la parte recurrente finalmente desestimados giraban en torno a la producción de la ruptura de la continencia de la causa y a la incompetencia del Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para acordar la inhibición a favor del Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Sexto.- Esta Sala por Auto de 3 de febrero de 2011 acordó no tener por planteada la inhabilitación al no ser firme la misma, y en consecuencia, no resultar procedente el nuevo pronunciamiento de esta Sala instado por el Ministerio Fiscal.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de súplica por el Ministerio Fiscal, que estimaba que la pendency de recursos contra el Auto de inhabilitación carece de efectos suspensivos, así como entendía que dicho criterio era compartido por esta Sala, citando al respecto el Auto de 21 de abril de 2009, en la que pese a la pendency de un recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2009 que acordaba la inhabilitación, esta Sala aceptó su competencia. Dicho recurso fue desestimado por Auto de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2011 que reiteró esencialmente que para tener legalmente por planteada una inhabilitación ante otro Tribunal esta debe ser firme, como se desprende de lo acontecido con otra inhabilitación proveniente del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que había dado lugar al Rollo 53/10.

Séptimo.- Por oficio del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de marzo del presente, se remitió a esta Sala testimonio del Auto de la mencionada Sala de Madrid de fecha 21 de marzo de 2011 por el que estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Partido Popular contra el mencionado Auto del citado Instructor que acordaba la inhabilitación.

La mencionada resolución de dicha Sala de Madrid de 21 de marzo de 2011 venía a confirmar la inhabilitación acordada, si bien entendía que será la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la única competente para acordar sobre la relevancia penal de los hechos objeto de la inhabilitación, su posible enjuiciamiento conjunto o investigación separada, la admisión a trámite y su declaración de competencia.

Las argumentaciones esenciales de dicha resolución eran:

a) Respecto de la exigencia de motivación, que pese a la escasa argumentación del Auto dictado por el Instructor, se entiende cumplida aún por remisión al dictamen del Ministerio Fiscal.

b) Citaba su anterior Auto de 30-9-10 y en concreto los párrafos atinentes a la innecesidad de acudir a las reglas de conexidad o de acumulación posible de objetos, habida cuenta de ser aplicable el fuero territorial (hechos habían ocurrido en el territorio de la Comunidad Autónoma de Valencia) y el aforamiento concurrentes, por lo que la cuestión debía dilucidarse internamente por los órganos judiciales competentes de dicho territorio la concurrencia o condición de aforados de algunas de las personas a las que se atribuyen hechos de apariencia delictiva, eran circunstancias determinantes de la inhabilitación parcial acordada. Igualmente citaba los párrafos relativos a que el Instructor de dicho Tribunal de Madrid jamás podría tomar declaración como imputados a aforados de otra Comunidad Autónoma ni practicar actuaciones sin su conocimiento

c) Mencionaba el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20-1-2010 sobre la conexidad en la Ley del Jurado.

d) Entendía que dado que se trataba de la remisión de los hechos presuntivamente constitutivos de cohecho activo que pudieran haber cometido las personas que habían pagado o encargado a su costa las prendas parecía evidente que su enjuiciamiento separado del denominado cohecho pasivo impropio, bien sea en un único juicio o dos separados pero por el mismo órgano jurisdiccional resultaba lo procedente para evitar posibles decisiones

contradictorias (podría concluirse que se recibió pero no se hizo el pago o viceversa), dado lugar a la división de la continencia de la causa.

Octavo.- Por Providencia de esta Sala de fecha 1 de abril del presente se dio traslado a las partes personadas por cinco días para alegaciones sobre la competencia y en concreto sobre:

1) La concurrencia de los presupuestos procesales (es especial sobre la competencia del Magistrado Instructor que dictó el auto de inhabilitación) y de los requisitos procesales (en especial sobre los testimonios de particulares sobre los que se basa la inhabilitación).

2) El ámbito de la apelación formulada contra el auto de inhabilitación del Ilmo. Sr. Instructor delimitado por el recurso y su correlación con la decisión adoptada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

3) Concreten dentro del ámbito de la inhabilitación acordada y respecto de la posible competencia de la Sala: la conexión (art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la competencia por razón del lugar y de aforamiento.

Noveno.- Por la representación procesal del Sr. Camps en escrito de fecha 6-4-11 solicitó la suspensión del término para formular alegaciones para que con carácter previo pudiera disponer del testimonio íntegro de las actuaciones que dan lugar al Auto de 21-3-11 de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid, así como del Auto de 28-7-09, y de los recursos e impugnaciones y auto resolutorio del mismo, lo que fue denegado por Providencia de 7-4-11 al haber podido examinar en las actuaciones los autos a los que se refiere, debiendo pronunciarse la Sala en función de lo que figura en las actuaciones, entendiéndose que existen suficientes elementos para ello al tratarse de una cuestión competencial.

Por la representación procesal del Sr. Campos en escrito recibido en esta Sala en fecha 11 de abril del presente, manifestó que para poder realizar alegaciones sobre el ámbito de la apelación formulada, se necesitaba disponer tanto de las resoluciones de inhabilitación objeto de apelación como del propio recurso, teniendo únicamente copia del primero, interesando copia de los otros dos documentos.

Por el Partido Popular mediante escrito presentado por el Procurador D. Emilio Sanz Osset recibido en esta Sala de fecha 8 de abril del presente solicitaba su personación a los efectos de poder realizar las alegaciones pertinentes.

Por Providencia de 14 de abril del presente se tuvo por personado y parte al indicado Partido Popular a los exclusivos efectos de realizar alegaciones sobre la inhabilitación concediéndole dos días para formular alegaciones, no dando lugar a lo solicitado por la representación procesal del Sr. Campos habida cuenta de que las resoluciones cuya copia interesa se encuentran a su disposición en el procedimiento.

Décimo.- Las partes personadas presentaron las siguientes alegaciones:

1) *El Ministerio Fiscal.*

Interesó la aceptación de la inhabilitación y que se acordara la acumulación al procedimiento ante el Tribunal del Jurado 2/09 que se tramita en el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, todo ello porque:

a) Fuera cual fuere la postura jurídica sobre la competencia del Instructor para acordar la inhabilitación, la decisión había sido emitida tanto por el Instructor como por la Sala.

b) No se había remitido testimonio de particulares ninguno puesto que los hechos respecto de los que se acuerda la inhabilitación son coincidentes con los que

motivaron la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/09 (entrega de dádivas a cargos públicos) si bien referidos a los particulares y no a los cargos públicos, por lo que el Tribunal a favor de quien se inhibe dispone de todas las actuaciones.

c) El Auto de la Sala de 21-3-2011 resolvió el recurso de apelación y las diversas cuestiones planteadas sin que fuera objeto de aclaración, confirmando la inhibición parcial.

d) La inhibición se acuerda con el fin de evitar que el enjuiciamiento separado de las conductas de quines entregan las dádivas de las de aquéllos que las reciben genere resoluciones contradictorias, tratando de impedir la ruptura de la continencia de la causa (resulta evidente que los hechos atribuidos a los donantes frente a los perceptores de las prendas de vestir tienen mayor conexión con las conductas imputadas a estos que con los restantes delitos de cohecho atribuidos a los primeros e investigados en el procedimiento tramitado en Madrid), además de que existía una íntima relación entre la conducta de los donantes y de quienes perciben los regalos. Dicha conexión había sido puesta de manifiesto por el ATS de 23-6-09 precisamente tras Exposición Razonada elevada en la presente causa (menciona la naturaleza relacional que hace deba extenderse la competencia por conexión a las personas que han realizado las entregas de dinero).

e) La inhibición acordada no supone perjuicio para los imputados donantes en relación con el límite máximo de cumplimiento efectivo de penas (*ex* artículos 988 LECrim y 76 CP, y diversas STS, entre ellas 15-796 y 11-1-1997).

2) *La acusación popular representada por diversos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes Valencianas.*

Solicitaba que se asumiera la competencia y procediera a la acumulación indicando al respecto lo siguiente:

a) Fuere quien fuere competente para acordar la inhibición, la Sala había confirmado la misma.

b) Obran en la causa cuantos testimonios son precisos y necesarios para el pronunciamiento sobre la inhibición.

c) El auto de la Sala del TSJ de Madrid es fiel correlato del recurso de apelación si bien indica que será la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana la competente para acordar sobre la relevancia penal de los hechos y su posible enjuiciamiento conjunto o su investigación separada.

d) Recordaba que esta Sala de la Comunidad Valenciana no excluyó en modo alguno su competencia sobre los no aforados en su Auto de 21 de abril de 2009, y la causa se sigue contra aforados y no aforados por la conexidad de los hechos (no rechazó la competencia sino que la pospuso en cuanto a las conductas bilaterales atribuibles a particulares). Y el propio Instructor en Auto de 14-7-09 hizo referencia a la posibilidad de que la petición pudiera prosperar si tenía lugar la inhibición, lo que ha ocurrido.

e) La unilateralidad del delito de cohecho pasivo impropio no imposibilita el castigo de quien entrega la dádiva y así el art. 423 CP permite el castigo de cada conducta porque cada uno responde por su propio hecho. Así cita la modificación sufrida por el Código Penal por L.O. 5/2010 y en concreto el art. 424, y el Acuerdo No jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de mayo de

1994 y posteriores STS 7-11-1997, estimando de perfecta aplicación al caso aquí contemplado el art. 423 del CP al recaer sobre conductas que tienden a poner en peligro el bien jurídico de la imparcialidad y neutralidad del ejercicio de la función pública. La bilateralidad (entregar y recibir) fluye de manera natural resultando indispensable el enjuiciamiento conjunto en razón a la continencia de la causa y a la evitación de resoluciones contradictorias.

f) El que recibe por su condición de aforado arrastra a quien no lo es en esa exigencia que deriva de la conexión sin que quepa duda alguna sobre el lugar que determina la citada competencia, toda vez que al menos parte del complejo del delito ya calificado como continuado, se habría producido en la demarcación territorial del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, lo que unido al aforamiento de parte de los imputados deviene en una inexcusable competencia jurisdiccional.

3) *Por la representación procesal del Sr. Camps.*

Se opuso a la inhibición alegando que:

a) El Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia no tiene competencia para dictar el Auto de inhibición dado que las cuestiones de competencia se suscitan entre las Salas sin que sea óbice lo resuelto por Auto de 321-3-2011 por el TSJ de Madrid por cuanto a la Sala le corresponde resolver inicialmente sobre la competencia.

b) No podía realizar alegaciones sobre los testimonios de particulares sobre los que se basa la inhibición al no conocerlos, lo que le fue denegado por la Providencia de esta Sala de 7 de abril del presente con quiebra del derecho a su tutela judicial efectiva.

c) Nada podía alegar al desconocer el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Madrid, reiterando lo indicado anteriormente.

d) Esta Sala como el Instructor han resuelto en diferentes ocasiones cuál es el objeto específico de este procedimiento, no aceptando la bilateralidad en el supuesto cohecho impropio imputado, debiéndose tener en cuenta que los hechos a los que se refiere la inhibición, han tenido lugar en Madrid, y a los efectos del art. 18 LECrim.

4) *Por la representación del Sr. Campos.*

Alegó que procedía rechazar la inhibición porque los hechos carecen de relevancia penal. Al respecto estimaba que:

a) La inhibición está acordada por órgano judicial incompetente, siendo la Sala del TSJ la competente para plantearla.

b) Únicamente podía informar limitadamente sobre él “ámbito de la apelación formulada”, ya que únicamente conocía el Auto y no el recurso. De dicho Auto se infiere que desde una perspectiva formal el Auto resuelve las cuestiones materiales, pero materialmente, parecía que el Auto no se pronunciaba sobre las elusiones y omisiones que se indicaban en el recurso.

c) Presupuesto ineludible de toda conexión procesal es la relevancia penal de los hechos a conectar, y como ya manifestó en escrito de 13 de julio de 2009, según la redacción del Código Penal no es punible la conducta del particular que entrega al funcionario una dádiva “en consideración a su función”(art.423 del CP en relación con

el 426 de dicha norma), y ello porque: 1) En el art. 426 se protege la apariencia de imparcialidad y el interés sobre la apariencia sólo impone deberes al funcionario, 2) El verbo “corromper” no comprende la conducta del particular que hace un regalo a un funcionario “en consideración a su función”, sin vinculación con ningún acto de éste, 3) Tras la entrada en vigor de la reciente reforma del Código Penal, ahora sí tipifica expresamente la conducta del particular que ofrece dádiva a un funcionario “en consideración a su cargo o función”, lo que no aparecía en la redacción aplicable a los hechos debatidos.

5) Por la representación procesal del Sr. Betoret Parreño.

Alegó que no procedía la admisión de la inhibición ya que:

a) La competente para plantearla sería la Sala y no el Instructor, y no concurrían los requisitos procesales por no haberse remitido los testimonios que serían necesarios,

b) La resolución dictada supera el ámbito de la apelación no contestando a lo planteado por los recurrentes que era si existen o no elementos incriminatorios contra los aforados,

c) No se trataba de delitos conexos los perseguidos en Madrid y Valencia, pudiéndose enjuiciar separadamente.

d) El delito se comete en Madrid y no Valencia (se trataría de la presunta financiación ilegal de un partido político y todo lo relativo a su financiación tiene su sede en Madrid pues se trata de un partido con personalidad jurídica en toda España, por lo que dado que los hechos de la financiación se habrían cometido en Madrid, esta Sala no resulta competente).

e) Respecto del aforamiento no se han acreditados vínculos incriminatorios con algunas personas aforadas en la Comunidad Valenciana.

6) Por la representación procesal del Partido Popular.

Mediante escrito recibido en esta Sala el pasado veinte de abril del presente solicitó que procedía rechazar la inhibición parcial por los razonamientos siguientes :

a) Estar indebidamente planteada y tramitada por el Magistrado Instructor de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (existe falta de competencia del Instructor que dictó el Auto de inhibición de 28-7-2009).

b) Basarse en una resolución de dicha Sala que modificó los términos del debate procesal (el recurso planteado ante la misma debía decidir si procedía la inhibición por razones de conexidad y se resuelve a favor de la misma por genéricas razones de fuero territorial y aforamiento),

c) El Fiscal que promueve la inhibición realiza un irregular e improcedente nuevo intento de replantear cuestiones ya resueltas tanto en Madrid como en Valencia por los Tribunales Superiores de Justicia de ambas Comunidades sin que hayan variado los hechos y originando indefensión de las partes.

d) Las resoluciones de inhibición acordaron la remisión parcial de la causa a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por meras razones de territorialidad, que resultan genéricas y contrarias a su propia actuación (con efectos de posible nulidad; la estimación parcial del recurso debió provocar la nulidad de las resoluciones impugnadas y en su caso, el posterior planteamiento de la inhibición en aplicación de las distintas razones señaladas por la Sala de Madrid),

e) Y finalmente, estimaba que se obvian en dichas resoluciones la doctrina de nuestros Tribunales en cuanto a la necesidad de que se haya realizado la necesaria investigación de los hechos con carácter previo a la inhabilitación.

Décimoprimer.- Por Diligencia de Ordenación del Sr. Secretario Judicial del indicado día veinte de abril del presente se dio cuenta del estado del procedimiento y del transcurso del plazo para realizar alegaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS:

Primero.- *Planteamiento y cuestiones procesales.*

La presente inhabilitación relativa a la unión a la presente causa (por cohecho pasivo impropio) de los hechos atinentes a las conductas de las personas que presuntamente ofrecieron y obsequiaron (cohecho activo) con prendas de vestir a diversas autoridades públicas (cohecho pasivo), ha generado un debate en la Sala sobre diversos aspectos, singularmente de naturaleza procesal, que deben ser analizados previamente.

1) Sobre la competencia del Magistrado Instructor para acordar la inhabilitación.

Esta Sala viene entendiendo, de conformidad con el artículo 73.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Auto 23 de julio de 2010, entre otros, dictado en el procedimiento de Diligencias Previas 2/2010) que la asunción de competencia en un Tribunal como es esta Sala de lo Civil y Penal cuya competencia objetiva penal se delimita *ratione personae* (aforamientos personales) tiene que ser decidida por la propia Sala, y una vez asumida la competencia, esta ha de designar entre sus miembros, conforme a un turno preestablecido, a un magistrado instructor que no formará parte de la misma para el enjuiciamiento. Ahora bien, dicha previsión normativa, que sólo se establece para llevar a cabo la instrucción de una causa determinada, respecto de la que el tribunal ha declarado su propia competencia, no convierte al magistrado designado instructor en un Juzgado de Instrucción ordinario con competencia general, ni le transfiere la competencia que sólo a la Sala corresponde para asumir o rechazar el conocimiento de los asuntos que la ley le atribuya. Por ello resulta sintomático, que sea la Sala y no el instructor el que decide aceptar o no la competencia, careciendo el instructor una vez declarada la competencia, de facultades para aceptar o rechazar el conocimiento de hechos atribuidos al enjuiciamiento de la Sala, ya que él sólo no puede decidir ni que la Sala deba ser competente, ni que deba dejar de serlo, siendo una decisión que sólo puede adoptar la propia Sala.

Es por ello que decíamos (Auto de 14 de marzo de 2011 en el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/2009), que los preceptos aplicables relativos a las normas de competencia con sus remisiones (artículo 73.3 LOPJ) se realizan a la Sala, siendo como consecuencia de la STC 145/1988, de 12 de julio (que declaró que es principio esencial de nuestro proceso penal que quien instruye no juzga), cuando hubo de procederse a acomodar este precepto a dicha sentencia, debiendo designarse un magistrado instructor miembro de la Sala, de lo que cabe claramente concluir, que no se trataba de crear un Juzgado de Instrucción sino de dar cumplimiento a dicho principio y sentencia, y en consecuencia, partiendo siempre de que la competencia para el conocimiento de las causas sigue correspondiendo a la Sala (por ello, las posibles cuestiones de competencia no surgen entre los magistrados instructores sino entre las Salas).

De tal forma, que la expresión contenida en el artículo 303 párrafo tercero de la LECrim relativa a que el juez instructor “obrará con jurisdicción propia e independiente”,

debe entenderse no que se convierta en un órgano autónomo con competencia propia y general idéntica a la de un Juzgado de Instrucción, sino que ejerce funciones instructoras no por delegación del tribunal que le designó sino con la independencia propia de quien ejerce funciones jurisdiccionales.

Como exponen el Ministerio Fiscal y la acusación popular, parece que tal cuestión no es del todo pacífica y otros Tribunales sostienen otros criterios, y así precisamente puede citarse el Auto de 8 de junio de 2009 dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento del que dimana esta causa, que declaró la competencia del magistrado instructor para pronunciarse sobre las inhibiciones o elevaciones de Exposiciones Razonadas que pudieran proceder (se mencionan también la elevada por el Instructor de dicho Tribunal al mismo Tribunal Supremo el 12-6-09 sobre la que dicho Tribunal se pronunció sin plantearse cuestión alguna la respecto).

Esta Sala, sigue manteniendo el criterio anteriormente indicado, de que es la Sala la que previa consulta del Instructor, debe proceder a acordar, en su caso, la inhibición. En todo caso, como alegan las acusaciones personadas, cabe entender que la cuestión ha sido de alguna forma convalidada, al haber ratificado esencialmente, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid la inhibición parcial acordada, por lo que, ha sido finalmente la Sala la que viene a convalidar, respaldar y asumir la decisión del Instructor, y en definitiva, el órgano judicial competente se ha pronunciado al respecto.

2) En relación con el ámbito del recurso de apelación contra el auto de inhibición del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor delimitado por el recurso y su correlación con la decisión adoptada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid.

El Ilmo. Sr. Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima que procede la inhibición basándose sustancialmente en que existe una indudable conexión entre las conductas de quienes ofrecen o entregan dádivas (cohecho activo) y quienes las reciben (cohecho pasivo), siendo necesario su enjuiciamiento conjunta para evitar afectar a la continencia de la causa y evitar decisiones contradictorias. En la desestimación al recurso de reforma interpuesto por el Partido Popular, si bien, por remisión al informe del Fiscal que impugna el recurso y por estimar correctas las argumentaciones contenidas en la resolución recurrida, ratifica dichos criterios.

La Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2011 confirma sustancialmente dicha inhibición citando el art. 17.5 de la Lecrim, así como su anterior Auto de 30-9-10 dictado en otro recurso de apelación diferente y relativo a confirmar otra resolución de inhibición más amplia del Magistrado Instructor ante este Tribunal Superior de Justicia (abarca financiación irregular de partido político, cohecho, prevaricación, falsedad y delitos fiscales) y cuyo fundamento era el fuero territorial y la presencia de aforados. Igualmente se basaba también en el Acuerdo No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20-1-2010 sobre la conexidad en la Ley del Jurado, manifestando finalmente que debía ser el mismo órgano judicial, en el supuesto esta Sala, la que juzgara en un único juicio o dos separados los hechos relativos al cohecho activo y pasivo relativos a las entregas y aceptación de las prendas de vestir, todo ello con la finalidad de evitar sentencias contradictorias.

Dada la complejidad del procedimiento tramitado ante la citada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha acordado diversas inhibiciones ante este Tribunal, esta Sala debe precisar respecto de las argumentaciones contenidas en el citado Auto de 21 de marzo dictado por la indicada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo siguiente:

1) No resulta posible que esta Sala que tiene una competencia limitada por razón del aforamiento a determinadas personas pueda conocer en un procedimiento separado hecho alguno atribuible a personas no aforadas. Únicamente resulta posible analizar si los hechos atribuidos a dichas personas no aforadas, por conexión con los atribuidos a las personas aforadas, pueden ser conocidos por este Tribunal de competencia limitada, pero siempre en el mismo proceso (art. 272 LECrim).

2) Que la cita del anterior Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30-9-2010 referente a una anterior y diferente inhibición, como directamente aplicable a la presente debe matizarse, en el sentido que en dicha anterior y más amplia inhibición sí que se entendía por dicho Tribunal plenamente aplicable el principio de territorialidad (los hechos habrían ocurrido presuntamente en esta Comunidad Valenciana) y además como motivo determinante se agregaba el del aforamiento (había personas aforadas a las que dicho Tribunal les atribuía una posible responsabilidad en los hechos que en la misma se mencionaban). En cambio en la actual inhibición, referida a las personas que presuntamente realizan los obsequios (cohecho activo), entre ellas no existen personas aforadas.

Ahora bien, sea lo que fuere, es lo cierto, que de una lectura completa, omnicomprendiva y comparativa de la resolución de la mencionada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se desprende que es realmente la conexidad entre las conductas del cohecho, activas y pasivas, y la evitación del dictado de sentencias contradictorias lo que ha motivado esencialmente el sentido de su decisión inhibitoria (párrafo 3^a del fundamento jurídico 3^a), sin que la referencia a en qué procedimiento deba tramitarse por esta Sala parezca que tenga otro alcance que el respetar la independencia de la decisión que al respecto pudiera adoptar esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (es lo que ya realizó en la otra inhibición), si bien ya dijimos, que no resulta posible en esta segunda inhibición plantearse siquiera la incoación de un procedimiento separado respecto de personas no aforadas por carecer de competencia este Tribunal.

Se desprende por tanto, que es esa naturaleza relacional y conjunción de conductas, activas y pasivas características del delito de cohecho y a las que también se refiere dicha resolución, la que ha motivado que la citada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendiera que la competencia por aforamiento y territorialidad del cohecho pasivo impropio arrastra la del cohecho activo que se pretende incorporar a la misma. De esta manera, el lugar de comisión del delito no debería sufrir especial alteración respecto del tenido en cuenta como tal para el delito de cohecho pasivo impropio (las entregas de los presuntos obsequios se entendió que eran en el territorio de la Comunidad Valenciana, sin que el hecho de que el pago pudiera haberse realizado presuntamente a través de empresas radicadas en Madrid pueda alterar el lugar de comisión de la infracción).

En todo caso, lo primordial es que el Tribunal competente, ha dado respuesta a la cuestión planteada en el recurso de apelación, y en términos, razonablemente similares a los tenidos en cuenta por el Instructor de dicha Sala al plantear la inhibición. Por lo demás, esta Sala no es superior jerárquico de la misma y entiende que la cuestión ha sido resuelta por los cauces legalmente establecidos (no consta que se haya solicitado aclaración o completación), y por consiguiente, no concurre obstáculo relevante para un pronunciamiento de fondo sobre la inhibición.

3) En relación con los testimonios remitidos y la información dada a las partes personadas.

De lo que llevamos mencionando se desprende, que se ha entendido por el Tribunal que acuerda la inhibición la estrecha relación existente entre ambas conductas de cohecho

activo y pasivo, y por tanto, el propio Instructor especifica (Fundamento Jurídico séptimo) que no precisa realizar nueva deducción de testimonio de particulares, ya que se halla incluida en el testimonio que obra en esta causa derivado de las Diligencias Previas 275/08 (se añade que con posterioridad se han ido mandando nuevos documentos). Por tanto al tratarse de una cuestión esencialmente técnico-jurídica (cabe o no acumular por conexión los hechos que dan lugar a un presunto cohecho activo a otro pasivo impropio), puede valorarse la procedencia o no de la inhabilitación planteada con las resoluciones dictadas que así la acuerdan, y los recursos y resoluciones que al respecto la han confirmado, y en definitiva, cabe entender que lo remitido resulta a estos efectos suficiente.

Por otra parte, no se estima que exista para las partes ya personadas en el presente procedimiento del Jurado afectación de su derecho a la tutela judicial efectiva por invocar desconocimiento de dicho material o de las resoluciones de inhabilitación dictadas. Esta Sala debe resolver con arreglo al material remitido por el Magistrado Instructor al que anteriormente hicimos referencia, obrando en la causa, y por tanto de posible acceso para dichas partes, las distintas resoluciones dictadas por la mencionada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (tanto del Instructor como de la propia Sala) que son las relevantes para resolver sobre la inhabilitación planteada (recordemos que el primer Auto que acuerda la inhabilitación se recibió ya el 29-7-09, e inclusive se les dio traslado sobre el recurso de súplica contra anterior Auto de esta Sala del presente año 2011 que entendía que no podía tenerse por planteada la inhabilitación por no ser firme, figurando en sus antecedentes de hecho referencia a todas las vicisitudes procesales que han tenido lugar), por lo que, al tratarse además de una cuestión técnico-jurídica, las partes pueden alegar lo que estimen oportuno sobre si estiman que procede o no la aceptación de la inhabilitación.

Segundo.- *Sobre la naturaleza unilateral del delito de cohecho.*

La doctrina y la jurisprudencia suelen sostener mayoritariamente la naturaleza unilateral, y por tanto, autónoma de los delitos de cohecho, tanto activo como pasivo, y ello como consecuencia de su carácter de delito de mera actividad, denominado por ello en ocasiones, de “resultado cortado”.

Así viene a indicarlo constante doctrina jurisprudencial, que entiende que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas imputaciones contenidas en el delito de cohecho (ATS 30-4-09, STS 3-2-09). Este criterio se mantiene respecto de todas las modalidades del delito de cohecho

Así respecto del delito de cohecho pasivo se indica que la dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación (ATS 2-6-10, STS 1096/2006, STS 776/2001, 1114/2000).

Específicamente en relación con el delito de cohecho pasivo impropio, la STS 8 de junio de 2006, que cita las STS 2215/1993, 692/1997 y 378/1995, mencionan que el delito de cohecho pasivo impropio no ostenta la condición del delito necesariamente bilateral, y no se extiende al cohecho activo paralelo. Igualmente en el ATS de 2 de febrero de 2009 y en la STS 102/2009, de 3 de febrero, reitera dicha unilateralidad e indica, que el descubrimiento de la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario, bastando que el particular ofrezca la dádiva y que el funcionario la acepte para

que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad, lo que conlleva a entender que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de cohecho.

Ahora bien, que el delito de cohecho sea calificado de unilateral, que lo es principalmente por la consideración de ser un delito de mera actividad, ello no impide reconocer que pueda tener en gran parte de las ocasiones una característica bidireccional (el art. 423 CP habla de “ofrecer”, y los artículos 425 y 426 CP mencionan “admitir”) y no resulta definitivo respecto del cauce procesal de conocimiento de las dos conductas por parte de los Tribunales.

Tercero.- Sobre el fondo de la inhibición.

La resolución de inhibición dictada viene a justificarse, como dijimos, con fundamento en el criterio de la conexidad e íntima relación existente entre las conductas de quienes, respectivamente, aparecen como donantes de los regalos y como perceptores de los mismos, lo que conllevaría a su enjuiciamiento conjunto, ya que entiende que incluso se trata de los mismos hechos aunque examinados desde dos perspectivas, la del particular que entrega y la del funcionario que percibe, argumentando que lo contrario podría dar lugar a pronunciamientos contradictorios y a la ruptura de la continencia de la causa.

Esta Sala debe indicar respecto del delito de cohecho en general, que de existir conductas activas y pasivas, lo habitual procesalmente es partir de un delito de cohecho activo al que se contrapone el posible correspondiente cohecho pasivo, y de ahí en principio, su lógico enjuiciamiento conjunto, no planteándose de ordinario en la práctica judicial una ruptura procedimental de la causa cuál ocurre en el presente, que presenta unas particularidades que conllevan una ostensible dificultad para la adecuada decisión sobre la inhibición, principalmente motivada por el aforamiento de diversas autoridades públicas a distintos Tribunales Superiores de Justicia, pero también por las siguientes circunstancias:

1) No existe un único delito de cohecho activo sino al parecer una pluralidad de ellos cometidos al menos en lugares pertenecientes a la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de la Comunidad Valenciana. Se desconoce si todos ellos tienen su correspondiente figura de delito de cohecho pasivo y la naturaleza del mismo.

2) Estos delitos de cohecho activo al parecer, al menos parcialmente, son imputados a las mismas personas y son por ello investigados en el seno del procedimiento tramitado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Madrid en su modalidad de delito continuado.

3) Cuando comenzó la presente causa por procedimiento por cohecho pasivo impropio en este Tribunal de Valencia, el Ministerio Fiscal informó que la conducta del cohecho pasivo impropio era “escindible” de los delitos de cohecho activo, que seguiría conociendo la citada Sala del Tribunal Superior de Madrid.

Por ello ante estas circunstancias, puede estimarse que ambas tesis, la del enjuiciamiento separado (aplicando la preferencia derivada de la continuidad delictiva a la figura del delito de cohecho activo), o conjunto de las dos modalidades del delito de cohecho, activo y pasivo (por ese componente bidireccional o bipolar de las conductas que en ocasiones tiene este delito), resultan jurídicamente defendibles.

Es por ello, que el Magistrado Instructor y esta Sala se habían pronunciado en el sentido de entender, que dado que ante el órgano judicial que plantea la inhibición se tramitaba e investigaba la denominada “causa principal” en la que los presuntos donantes, con

cuya inhibición se pretende la ampliación subjetiva del proceso, habrían cometido otros presuntos plurales delitos de cohecho activo al parecer en diversas partes del territorio nacional pudiendo ser calificados de continuados, para no romper esta unidad delictiva y no dar lugar a procedimientos paralelos, se había estimado que dichas conductas debían ser investigadas y conocidas ante el Tribunal que conoce la causa principal, sin dar lugar a fragmentar dicha continuidad delictiva.

Por ello, esta Sala en principio y dadas las circunstancias procesales con que se inició la presente causa (el Juzgado Central planteó mediante una Exposición Razonada a esta Sala la asunción competencial por un delito de cohecho pasivo impropio, y el Ministerio Fiscal solicitó la escisión de la causa principal de este concreto hecho delictivo, considerado perfectamente escindible), declaró su competencia (Auto de 20 de abril de 2009) respecto de los hechos relativos al cohecho pasivo impropio (la presunta aceptación por parte de diversas autoridades públicas de diversos obsequios que en forma de prendas de vestir recibieron dichas personas), si bien indicó en dicha resolución, que no se pronunciaba por el momento “sobre la competencia acerca de las posibles conductas bilaterales atribuibles a particulares que, en su caso, debieran ser también objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, sin perjuicio de lo que deba acordarse en su momento y caso por lo que resulte del curso de las actuaciones”. Por otra parte, los pronunciamientos mencionados del Instructor y de esta Sala se basaban también en la asunción y conocimiento por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de estas conductas en la citada causa principal, es decir, antes que se produjera la inhibición (menciona al respecto la acusación popular el Auto del Instructor de 14 de julio de 2009, que rechazó la pretensión de ampliación a las conductas bilaterales por formar estas parte del objeto más amplio del proceso tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que al final de su fundamentación se alude a mayor abundamiento que para que pudiera valorarse dicha ampliación subjetiva, tendría que tener lugar una inhibición por dicho Tribunal).

Producida la inhibición (esta tuvo lugar en julio de 2009 pero por los diversos recursos interpuestos ante el Instructor y ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ésta no devino firme hasta marzo de 2011), y no habiendo descartado esta Sala en su Auto inicial de delimitación del objeto del proceso el posible conocimiento de la conducta de los donantes, estimamos, máxime con el dictado por el Tribunal Supremo del Auto de 23 de junio de 2009 derivado de las mismas diligencias donde se ha acordado la presente inhibición, que permite por conexión la extensión competencial respecto a las personas que realizan las entregas (menciona precisamente la “naturaleza racional” del delito de cohecho) y que en general, el Alto Tribunal parte de una esencial identidad fáctica entre ambas especies delictivas (STS 4290/09 de 30 de junio, estima no sustancial la modificación de las conclusiones de la acusación respecto de quien parte la iniciativa del cohecho al encontrarnos ante unos mismos hechos constitutivos de cohecho “identidad en cuanto a la dádiva y en cuanto a las personas intervinientes”; también la STS 308/2009 de 23 de marzo, o la del TSJA 10/08 de 7 de agosto), ello debe motivar, que esta Sala deba aceptar la inhibición al tratarse en realidad de dos perspectivas, activa y pasiva, de hechos cuya relación, y por ende su conexión, no puede ser negada, siendo conveniente su valoración conjunta en el mismo proceso para no romper la continencia de la causa y no llegar a resoluciones contradictorias, permitiendo todo ello la acumulación al presente proceso de dichos hechos porque pese a imputarse a personas no aforadas son claros los vínculos de conexidad existentes con los hechos atribuidos a las personas aforadas ante este Tribunal (art. 272 de la LECrim).

Por tanto procede acceder a la inhibición planteada declarando la competencia de este Tribunal para el conocimiento de las conductas realizadas por las personas que presuntamente

entregaron las prendas de vestir a las personas respecto de las cuales se sigue el presente procedimiento del Tribunal del Jurado sobre cohecho pasivo impropio, decidiendo el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor con plena libertad de criterio, lo que estime procedente respecto de estos nuevos hechos, y sin que proceda en una mera resolución de aceptación de inhabilitación y de competencia como la presente, entrar a analizar cuestiones de fondo planteadas por algunas de las defensas personadas, sobre si la conducta de las personas que presuntamente realizan el cohecho activo, reverso del cohecho pasivo impropio, resultan jurídicamente o no punibles, pues excede de la exclusiva cuestión procesal suscitada, y sin perjuicio de lo que pueda ulteriormente resolverse.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala acuerda,

PARTE DISPOSITIVA:

Acceder a la inhabilitación parcial acordada por Auto de 28 de julio de 2009 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las Diligencias Previas 1/09 (confirmada por Auto de dicha Sala de 21 de marzo de 2011) respecto de los hechos presuntamente imputados a D. Francisco Correa Sánchez, D. Pablo Crespo Sabaris y D. Álvaro Pérez Alonso, en relación con las eventuales entregas de prendas de vestir a D. Ricardo Costa Climent, D. Francisco Camps Ortiz, D. Rafael Betoret Parreño y D. Victor Campos Guinot, y en consecuencia, procede su acumulación a los hechos ya conocidos en este Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2009 tramitado en este Tribunal por presuntos delitos de cohecho pasivo impropio, procediendo el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de esta Sala con plena libertad de criterio a resolver lo que estime procedente.

Comuníquese la presente resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al citado Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de dicho Tribunal a los efectos legalmente establecidos y para que emplace a las personas a las que afecta la aceptada inhabilitación antes mencionadas.

Líbrese testimonio de la presente resolución así como de las dictadas, respectivamente, por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor y por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordando y ratificando la inhabilitación aceptada por la presente al Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2009 que se tramita en este Tribunal a los efectos de asunción competencial indicados.

Notifíquese la presente a las partes personadas haciéndoles saber que la presente no es firme pudiendo ser recurrida en súplica en el plazo de tres días, debiendo las acusaciones populares acreditar, la realización del depósito legalmente establecido.

Así por este nuestro Auto, lo disponemos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO

JUAN MONTERO AROCA

El magistrado que suscribe formula el presente voto particular al anterior Auto de la Sala por cuanto estima que en la inhabilitación calificada de parcial, efectuada en las Diligencias

Previas 1/09 por el Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no debió entrarse en el fondo de la misma, debiendo inadmitirse por incumplimiento de las normas procesales determinantes de la competencia y de la inhibición, con devolución a su procedencia para que, de insistir en la misma, se haga observando las normas procesales reguladoras.

En opinión de quien suscribe este voto particular la resolución a dictar por la Sala debería haber sido la siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- *Antecedentes de la inhibición parcial acordada por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.*

Dada la complejidad procesal que conlleva el análisis de la calificada de inhibición parcial remitida a esta Sala se hace necesario recordar los complejos hechos procesales que son su antecedente necesario.

a) Procedimiento inicial en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional (Diligencias Previas 275/2008) conoció en un único procedimiento de toda una serie de hechos presuntamente constitutivos de delitos de blanqueo de dinero, de defraudación fiscal, de tráfico de influencias, de cohecho, de falsedad en documento público, oficial y mercantil, de revelación de secretos y de prevaricación contra Francisco Correa Sánchez, como cabeza aparente de un grupo organizado de personas y empresas, en la que se integraban, en lo que ahora importa, Pablo Crespo Sabaris y Álvaro Pérez Alonso. Ese grupo organizado tenía por finalidad principal, según se indicaba, la realización de operaciones y organización de eventos para captar negocios y fondos en las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia a través de un conglomerado empresarial integrado, entre otras, por Orange Market, S. L.

Aquellas Diligencias tuvieron un origen no contrastado en el turno de reparto entre los Juzgados Centrales de Instrucción, pero el caso fue que en aquellas Diligencias Previas se llegó a dictar por el Magistrado Instructor, Ilmo. Sr. Garzón Real, el Auto de 5 de marzo de 2009 en el que, a instancia del ministerio fiscal, acordaba elevar dos exposiciones razonadas:

1ª) A la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por estimar que dos personas revestidas de autoridad y aforadas ante la misma podrían haber cometido un delito de cohecho impropio del artículo 426 del Código Penal al haber recibido regalos en forma de diversas prendas de vestir; se trataba de D. Francisco Camps Ortiz, presidente de la Generalidad Valenciana y presidente del Partido Popular en la Comunidad Valenciana, y de D. Ricardo Costa Climent, diputado de las Cortes Valencianas y secretario general del Partido Popular de la Comunidad Valenciana; y las prendas habrían sido abonadas por empresas del grupo de Francisco Correa.

La citada Exposición Razonada incluía a D. José Víctor Campos Guinot, que fue vicepresidente y consejero de la Generalidad Valenciana, y a D. Rafael Betoret Parreño, jefe de gabinete de la Consejería de Turismo de la Generalidad, de los que se sostenía que presuntamente también habían recibido similares dádivas, declarándolos expresamente imputados en dicha causa.

Contra dicho Auto de 5 de marzo de 2009, en la parte que ahora importa, interpuso recurso de reforma el ministerio fiscal por entender que la investigación de los hechos atribuidos a las dos personas no aforadas mencionadas debía realizarse con el conjunto de la causa, y ello “con el objeto de determinar la posible relación de las eventuales dádivas

percibidas con la actividad de las mercantiles vinculadas a Francisco Correa y, en concreto, con las sociedades Orange Market, S. L. y Orange Factory, S. L., domiciliadas en Valencia”. Esto es, el ministerio fiscal pretendía reducir el ámbito en el que la Sala de la Comunidad Valenciana podría ejercer su competencia, limitándola subjetiva (sólo dos aforados) y objetivamente (cohecho impropio).

Desestimada dicha reforma, el ministerio público procedió a interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siempre en el sentido de que los Sres. Campos y Betoret no deberían estar incluidos en la Exposición razonada a hacer al Tribunal de Valencia, debiendo quedar incluidos en la causa que podemos denominar general. Con este recurso ha sucedido algo poco claro desde lo que es la competencia funcional, a lo que aludiremos más detalladamente en los Razonamientos Jurídicos. Al asumir la competencia para la causa general, como veremos seguidamente, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue ésta la que, en su Auto de 8 de junio de 2009, se pronunció sobre ese recurso y lo desestimó.

Por si acaso no es suficiente lo anterior hay que insistir en que el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 dictó un auto sobre su competencia, el mismo se recurrió en apelación para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional pero el recurso lo acabó decidiendo la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

2ª) A la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se elevó una segunda Exposición razonada, al estimarse la existencia de indicios de comisión delictiva de tres personas, aforadas ante la misma, al ser diputados en la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de Madrid. Esa Sala, por Auto de 31 de marzo de 2009, asumió la competencia en la causa que hemos llamado general, causa en la que se incluían aforados y no aforados.

b) *Procedimiento ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.*

Esta Sala, en su Auto de 21 de abril de 2009, asumió la competencia limitada, por una parte a cuatro personas (los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret) y, por otra, a los hechos concretos relativos a la aceptación de dadas consistentes en prendas de vestir. Se procedió así a la incoación de las Diligencias Previas 2/2009, nombrando instructor al Ilmo. Sr. D. José Flors Maties.

En estas Diligencias el ministerio fiscal y la acusación popular, integrada por el Sr. Luna González y otros, se interesó en diversas ocasiones la ampliación del objeto inicial del proceso, tanto subjetiva como objetivamente, ampliación que fue denegada reiteradamente por el Magistrado Instructor y luego por esta Sala. El ministerio fiscal había cambiado de criterio y si antes pretendía limitar el ámbito de la competencia de esta Sala, ahora ya pedía su ampliación incluyendo personas no aforadas y hechos diferentes. El cambio de criterio no obedeció a modificación alguna en los hechos conocidos, es decir, no se descubrió hecho alguno nuevo que explicara ese cambio, sino que se trató de un cambio de opinión permaneciendo siempre los mismos los hechos.

Finalmente por el Magistrado Instructor de las Diligencias de esta Sala se dictó el Auto de 6 de julio de 2009, en el que: 1) rechazaba el sobreseimiento libre solicitado por los imputados, estimó que existían suficientes indicios racionales para atribuir a los imputados un delito de cohecho del artículo 426, primer inciso, del CP, descartando el segundo porque las concretas funciones de las autoridades imputadas no guardaban relación con las que competían a aquellas otras autoridades y funcionarios que sí tenían la facultad de adjudicar los contratos celebrados entre la Administración de la Generalidad Valenciana y Orange Market,

S. L., y 2) transformaba las Diligencias Previas en el Procedimiento previsto en la Ley del Tribunal del Jurado 1/2009.

Al estimar esta Sala, por Auto de 1 de agosto de 2009, en parte y respecto a los hechos establecidos, los recursos de apelación interpuestos contra la indicada resolución, acordó el sobreseimiento libre (también con el voto particular de este magistrado), que fue revocado por la Sentencia (sic) del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010. En la necesaria continuación de la causa de nuevo por el ministerio fiscal y por la acusación popular se ha pretendido la ampliación del inicial objeto del proceso, solicitando la inclusión de los donantes de las dichas dádivas y, también, sobre la posible existencia de relación entre contrataciones irregulares y percepción de dádivas, que fue desestimada por el Magistrado Instructor de Valencia, con fundamento esencial en que eran hechos conocidos por el Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; las resoluciones del Magistrado Instructor fueron confirmadas por esta Sala. Actualmente en el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado se está en las fases finales de la instrucción.

c) Procedimiento ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Diligencias Previas 1/2009

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por Auto de 31 de marzo de 2009 asumió la competencia para continuar el conocimiento de las Diligencias Previas 275/2008, seguidas hasta entonces en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, y ello con base en que existían tres personas aforadas ante dicho Tribunal, diputados de la Asamblea Legislativa de dicha Comunidad. Al respecto expone “(...) entre los hechos susceptibles de ser imputados a esas tres personas aforadas y el resto de las actividades ilícitas imputadas a las demás personas que aparecen en las actuaciones parece existir una gran vinculación”; y “la investigación conjunta en un solo procedimiento, de todas esas actividades resulta así esencial, por lo que debe reclamarse del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 la remisión de la totalidad de la causa”.

Supuso ello la incoación de sus Diligencias Previas 1/2009 nombrando instructor al Ilmo. Sr. D. Antonio Pedreira Andrade. Esa causa se encuentra en fase de investigación y en la misma, y por el Magistrado Instructor, no por la Sala, se han acordado diversas inhibiciones, aparte de la que da lugar a la presente resolución. La que nos importa es la inhibición acordada inicialmente en el Auto de 28 de julio de 2009.

Segundo.- *La llamada inhibición parcial en su primera fase procesal*

Después de que en las Diligencias Previas 2/2009 y en el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/2009, tramitadas ante este Tribunal de la Comunidad Valenciana, se hubieran desestimado, tanto por el Magistrado Instructor como por esta Sala, diversas peticiones del ministerio fiscal relativas a la ampliación subjetiva y objetiva de la causa, el ministerio fiscal, por escrito de 14 de julio de 2009, solicitó del Magistrado Instructor de Madrid la inhibición parcial relativa a las conductas de los donantes de los regalos, considerándose que se produciría “la ruptura de la continencia de la causa y la generación a las acusaciones de dificultades insorteables para la articulación de la prueba (art.24 CE)”. Con ello se evidencia otra vez el cambio casi radical de criterio en la actuación del fiscal, que pide ahora mucho más de lo que antes negó.

En concreto, lo pretendido era una inhibición parcial “a favor del Ilmo. Sr. Magistrado-Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sic) para su unión al procedimiento del Tribunal del Jurado 1/09, que se tramita ante él”. Y eso fue lo acordado, aunque no de modo muy poco preciso como veremos.

a) El Auto de 28 de julio de 2009 del Magistrado Instructor de Madrid

En ese Auto el Magistrado Instructor de Madrid se limita a transcribir el escrito del ministerio fiscal para acabar diciendo: “Este Magistrado-Instructor hace suya la fundamentación invocada por el Ministerio Fiscal”. Por ello lo que importa, para conocer las bases fácticas y jurídicas de la inhabilitación, no es el Auto, que carece de contenido propio, sino el escrito del fiscal, y de este modo:

1º) Se afirma que los Sres. Correa Sánchez, Crespo Sabaris y Pérez Alonso están imputados en la causa de Madrid por un delito de cohecho basado en la entrega de prendas de vestir a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret, y el fiscal estima que ese cohecho es conexo con el delito de que se conoce en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado de Valencia. En concreto: a los Sres. Correa, Crespo y Pérez se imputaría un cohecho activo sancionado en el artículo 423 del CP que, se dice, es el reverso del cohecho pasivo imputado en Valencia a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret, añadiéndose: “Ello por cuanto el artículo 423 sanciona las entregas de dádivas y los artículos 419, 420, 421, 425 y 426 las percepciones de éstas”.

2º) Se citan por el fiscal los artículos 17, 18, 19, 25 y 32 de la LECRIM, y de modo más detallado el artículo 17.5 (sic) de la LECRIM al atender a la conexidad, para concluir que se trata de los mismos hechos, si bien examinados desde dos perspectivas: la del particular que entrega y la del funcionario que percibe.

3º) Procede, pues y así se afirma, el enjuiciamiento conjunto de los delitos imputados, por un lado a los Sres. Correa, Crespo y Pérez y, por otro, a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret y que la competencia debe corresponder a la Sala de Valencia “quien deberá investigar los hechos en el procedimiento del Tribunal del Jurado 1/09 tramitado ante él”.

Por fin en ese Auto deben destacarse dos circunstancias, que sí parecen propias del mismo y no del escrito del fiscal:

1º) En el razonamiento jurídico séptimo se dice que la documentación soporte de la inhabilitación está incluida en el testimonio de las Diligencias Previas 275/2008 que con fecha 5 de marzo de 2009 se remitió a la Sala de Valencia, sin perjuicio de que “al irse avanzando en el volcado y levantamiento de precinto de los diversos soportes intervenidos, se ha acordado la remisión de testimonios de algunos documentos. Aún no se ha concluido el levantamiento de precinto de documentación intervenida”. Esto deberá examinarse desde la perspectiva jurídica del artículo 25 de la LECRIM sobre los testimonios de particulares a remitir.

2º) En la parte dispositiva se acuerda “la inhabilitación parcial a favor del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sic) para su unión al Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/09 de los hechos imputados a Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Álvaro Pérez Alonso, en relación con las eventuales entregas de prendas de vestir a Ricardo Costa Climent, Francisco Camps Ortiz, Rafael Betoret Parreño y Víctor Campos Guinot”, añadiéndose, siempre en el fallo: “Comuníquese la presente resolución al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor del Tribunal del Tribunal del Jurado 1/09 que se tramita ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia mediante el oportuno testimonio”.

Por lo anterior el oficio de remisión se dirige al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor. Sr. Flors Maties, y no a esta Sala. En el mismo se dice que el testimonio del Auto anterior se remite para su unión al Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/09.

2º) El Auto de esta Sala de 10 de septiembre de 2009

El oficio dicho de 28 de julio de 2009 del Magistrado Instructor de Madrid se recibió en esta Sala el siguiente día 29, cuando estaba abierto el plazo de deliberación del que fue

luego el Auto de 1 de agosto de 2009, Auto por el que esta Sala decretó el sobreseimiento libre en las Diligencias Previas 2/2009, con la consiguiente extinción del Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2009.

La inhibición parcial, aunque remitida al Magistrado Instructor de Valencia, fue asumida competencialmente por la Sala y esa decisión, expresada en la providencia de 30 de julio, siempre de 2009, fue recurrida en súplica por el ministerio fiscal. Con todo, decretado el sobreseimiento libre, como hemos dicho, en el Auto de 1 de agosto de 2009, el paso siguiente fue el Auto de 10 de septiembre en el que esta Sala, y respecto de la inhibición parcial, acordó poner en conocimiento del Magistrado Instructor de las Diligencias Previas de Madrid que se había acordado el sobreseimiento libre indicado antes en las Diligencias Previas 2/2009 de Valencia, de modo que el Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2009 se había extinguido. La comunicación correspondiente no obtuvo respuesta.

De esta manera la inicial inhibición parcial, de la que esta Sala había entendido que no correspondía hacerla el Magistrado Instructor sino la Sala de Madrid -y en este sentido se expresó claramente en el Auto de 10 de septiembre de 2009- perdió su sentido procesal. No se trató de que esta Sala dilatara una respuesta hasta ver lo que sucedía en el futuro sobre el recurso contra el Auto de sobreseimiento libre de 1 de agosto de 2009; se trató de que esa pretendida inhibición parcial tuviera en esa resolución una respuesta definitiva.

Tercero.- *La petición del fiscal y el recurso de reforma contra el Auto de 28 de julio de 2009 del Magistrado Instructor de Madrid*

El sobreseimiento libre en las Diligencias Previas 2/2009, decretado por esta Sala en su Auto de 1 de agosto de 2009, fue revocado por la Sentencia (sic) del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010, con la consiguiente reapertura del Procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/2009. Así y todo hay que esperar al 28 de diciembre de 2010 –nada menos que siete meses- para que el fiscal presentara a esta Sala, escrito en el que, después de recordar la llamada inhibición del Auto del Magistrado Instructor de Madrid de 28 de julio de 2009, del Auto de esta Sala de 10 de septiembre de 2009 y de la Sentencia dicha del Tribunal Supremo, insistimos de 17 de mayo de 2010, pidiera que se resolviera sobre aquella inhibición.

No se trata de que el Magistrado Instructor de Madrid volviera a inhibirse o de que insistiera en la anterior llamada inhibición; se trata de que el fiscal pidió resolución sobre aquella inhibición y de que lo hizo sin decir, como era lo esperable, que el Auto del Magistrado Instructor de Madrid de 28 de julio de 2009 había sido recurrido en su momento en reforma y que el Auto desestimando ésta estaba pendiente de recurso de apelación. Por ello esta Sala, en la Providencia de 11 de enero de 2011, tuvo que acordar, de modo previo a la tramitación de la inhibición, que se instara del secretario de la Sala de lo Civil y Penal de Madrid emisión de certificación sobre el estado procesal del Auto de 28 de julio de 2009 del Magistrado Instructor.

El 28 de enero de 2011 se recibió en esta Sala la respuesta del dicho secretario, y en ella se hacía constar que: 1) El Auto de 28 de julio de 2009 había sido recurrido en reforma por la representación procesal del Partido Popular, acusación popular en aquel procedimiento (las Diligencias Previas 1/2009 de Madrid), reforma que había sido desestimada en el Auto de 14 de diciembre de 2010 (sic), y 2) Que contra este Auto se había interpuesto recurso de apelación por la misma representación procesal, recurso que estaba pendiente en aquella fecha.

Debemos atender ahora al dicho Auto de 14 de diciembre de 2010 en el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 28 de julio de 2009, autos los dos dictados por el Magistrado Instructor de la causa 1/2009 de Madrid. En el segundo Auto

el Magistrado Instructor no adujo fundamentación jurídica propia sino que se limitó, otra vez, a copiar literalmente el escrito de impugnación del recurso de reforma presentado por el fiscal, sin añadir nada que pudiera entenderse como motivación fáctica o jurídica. Lo único que se dice es que: 1) El recurso de reforma del Partido Popular “contiene importantes y graves inexactitudes que obligan a desestimarlos íntegramente”, 2) La alegaciones de ese recurso “no desvirtúan ni enervan la fundamentación jurídica del Auto recurrido de fecha 28-07-2009”, y 3) “Debe acogerse en todas sus partes la fundamentación del escrito de impugnación del Ministerio Fiscal del siguiente tenor literal”, y copia ese escrito desde la cruz hasta la raya.

El desestimado recurso de reforma se asentaba en tres bases fundamentales.

1ª) La falta de competencia del Magistrado Instructor de Madrid para acordar la inhibición.

Este extremo se rebate en el escrito del fiscal simplemente citando los artículos 19 y 25 de la LECRIM, estimando que es el Instructor de un procedimiento a quien corresponde declinar la competencia y de hacerlo para el órgano a quien estime competente, que en este caso –se sigue diciendo– es el Magistrado Instructor de Valencia.

2ª) Las decisiones de la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Valenciana.

Según el recurrente la inhibición pedida por el fiscal es “una actuación fraudulenta” de la fiscalía para lograr por este medio lo que ha denegado reiteradamente el Magistrado Instructor de Valencia y la Sala correspondiente. La fiscalía contesta diciendo que en Valencia no se ha denegado la posibilidad de ampliar el objeto de su proceso, sino que se ha remitido a lo que vaya surgiendo en las actuaciones. Recordemos que antes hemos dicho que no se han producido hechos nuevos que permitieran alterar lo sostenido reiteradamente por el Magistrado Instructor y por la Sala de Valencia, sino que se trata simplemente de un cambio de opinión de la fiscalía, permaneciendo los mismos hechos.

3ª) La continencia de la causa

Frente al argumento de dividir la continencia de la causa la fiscalía estima que existe conexión evidente entre los hechos imputados en Madrid a los Sres. Correa, Crespo y Pérez, relativos a las entregas de prendas de vestir, y los hechos imputados en Valencia a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret. No se cita norma alguna que ampare la dicha conexión, si bien deberá entenderse que se sigue estando a la conexión del artículo 17.5 de la LECRIM que era el aducido en el Auto de 28 de julio de 2009, que es el que se confirma.

De este modo el Auto de 14 de diciembre de 2010 acaba desestimando la reforma y confirmando en todas sus partes el Auto de 28 de julio de 2009. Esto es, se sigue tratado de una inhibición acordada por el Magistrado Instructor de Madrid y a favor del Magistrado Instructor de Valencia y se sigue basando en la conexión del artículo 17.5º de la LECRIM.

Cuarto.- *El Auto de esta Sala de 3 de febrero de 2011 no teniendo por planteada la inhibición; y el recurso de súplica*

Con los elementos anteriores esta Sala dictó su Auto de 3 de febrero de 2011 en el que, después de relatar los hechos procesales del caso, y de destacar en los razonamientos jurídicos lo que dispone el artículo 25 de la LECRIM sobre la firmeza de la resolución inhibiéndose, en la parte dispositiva decretó, “no tener por planteada la inhibición a que se refiere el Auto de 28 de julio de 2009 dictado por el Ilmo. Sr. Instructor de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Diligencias Previa 1/2009) al no ser firme la misma, y en consecuencia, no resultar procedente el nuevo pronunciamiento de esta Sala instado por el Ministerio Fiscal”.

Contra esa resolución se interpuso recurso de súplica por el ministerio fiscal, recurso en el que sostenía básicamente que “la pendencia de recursos contra el Auto de inhabilitación carece de efectos suspensivos tal y como establece la Ley”. El recurso fue desestimado por esta Sala en su Auto de 17 de febrero de 2011, en el que se argumentaba:

1º) El planteamiento de una cuestión de competencia corresponde directamente al órgano judicial competente que conoce de un proceso, y ello aunque el origen de la misma pueda ser su promoción de oficio o a instancia de las partes que solicitan su planteamiento al órgano judicial mediante inhibitoria o declinatoria (art. 25, 26 y concordantes de la LECRIM), pero en todo caso, sigue siendo el órgano judicial el que debe asumir dicho planteamiento y es el que se inhibe. La inhabilitación, con independencia de quien haya tenido la iniciativa para su planteamiento, es una cuestión que atañe a dos órganos judiciales.

En el presente caso es el ministerio fiscal el que solicita un nuevo pronunciamiento de esta Sala, no el órgano judicial que acordó en su día la indicada inhabilitación, el cual no ha vuelto a insistir en la misma, lo que evidencia que ese órgano viene a entender que se requiere la firmeza de su resolución en que así se acuerda.

2º) En cuanto a la necesidad o no de firmeza de la resolución que acuerda una inhabilitación, en el presente caso de naturaleza parcial, esta Sala estima que la misma viene establecida precisamente por las normas específicas que regulan las cuestiones de competencia (arts. 19 y siguientes, y 759 de la LECRIM), y de ellas se desprende la necesidad de su firmeza, y ello tanto cuando se recurre la resolución que acuerda la inhabilitación como cuando no existe acuerdo entre los órganos judiciales que se encuentran enfrentados competencialmente, siendo sintomático que se ordene que mientras no recaiga decisión, cada Juez de Instrucción debe seguir practicando diligencias.

En este sentido, como ya se mencionaba en la resolución recurrida, el artículo 25 de dicha norma procesal, especifica que las resoluciones judiciales que acuerden la inhabilitación serán apelables, debiendo observarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 12, y éste, a su vez, se remite al 22 para indicar que “mientras no recaiga decisión, cada uno de los Jueces instructores seguirá practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia”.

Quinto.- *El recurso de apelación contra el Auto de 14 de diciembre de 2010 y el Auto de la Sala de Madrid de 21 de marzo de 2011*

Así estaban las cosas cuando el ministerio fiscal, por escrito de fecha 22 de marzo de 2011, puso en conocimiento de esta Sala que la Sala de lo Civil y Penal de Madrid había resuelto el recurso de apelación contra el Auto de 14 de diciembre de 2010 del Magistrado Instructor, siempre de Madrid, y que lo había hecho en su Auto de 21 de marzo de 2011, del que adjuntaba copia. El ministerio fiscal pedía en ese escrito que se tuviera por planteada la inhabilitación del Auto de 28 de julio de 2009. Naturalmente hubo de recordársele que se estaba a la espera de que fuera el órgano judicial el que se manifestara la firmeza de su resolución de inhabilitación.

Por oficio de 23 de marzo de 2011 el Ilmo. Sr. D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado Instructor de Madrid, dirige oficio al “Ilmo. Sr. Magistrado Instructor. N/ref: Den. y Quer contra aforados 10/2009” de esta Sala en el que dice remitir testimonio del Auto de fecha 21-3-2011 resolutorio del recurso de apelación interpuesto por el Partido Popular contra su Auto de 14-12-2011, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra su Auto de 28-7-2009, “para su unión, si procede, a Den y Quer contra aforados 10/2009, que se sigue en dicho tribunal”.

Este Auto de 21 de marzo de 2011 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dispone estimar parcialmente el recurso apelación interpuesto por la representación procesal del Partido Popular, de modo que: “se confirma en el sentido de que la inhibición acordada y que se ratifica resulta procedente a favor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sic), única competente para acordar sobre la relevancia penal de los hechos objeto de la inhibición en los términos de los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de esta resolución, su posible enjuiciamiento conjunto o investigación separada, la admisión a trámite y su declaración de competencia”. El fallo, en el que la inhibición no es ya para el Magistrado Instructor de Valencia sino para esta Sala, precisa para entenderlo, pues, estar a los razonamientos jurídicos indicados, y de este modo:

1º) Se habla de “escasa argumentación del auto dictado por el Instructor”, pero dice que la motivación se entiende cumplida por la remisión al dictamen (sic) del fiscal. Añadiéndose que la controversia queda reducida “a la procedencia o no de la inhibición acordada y si ha de serlo, en caso positivo, en los términos acordados o en otros diferentes”.

2º) Este segundo fundamento se basa en la copia de los artículos 16, 17.5º y 18 de la LECRIM, para luego copiar un párrafo de un anterior auto de inhibición referido a otros hechos y personas, el Auto de 30 de septiembre de 2010, con este texto: “Habiendo ocurrido los hechos referidos a los aforados, de haber ocurrido y comprobarse en su caso su existencia y realidad, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Valencia, el criterio general atributivo de la competencia penal general, el del denominado “forum comisi (sic) delicti” haría que fuesen los órganos jurisdiccionales de aquella los llamados por Ley en todo caso a conocer de su existencia, realidad, alcance penal y trascendencia de todo tipo. Así pues, atendiendo sin más al fuero del territorio, deberían ser aquellos los llamados legalmente a aclarar la trascendencia punitiva de los mismos”.

3º) En el fundamento tercero se seguía diciendo, siempre con referencia al anterior Auto de 30 de septiembre de 2010: “Así pues, sin que sea preciso, necesario ni pertinente en este momento, en atención a los indicios de competencia territorial y de aforamiento concurrentes a los que nos hemos referido, acudir a las reglas de conexidad o de acumulación posible de objetos penales que, en todo caso, se residen en el territorio de la Comunidad de Valencia por las razones antes expuestas, y que deben dilucidarse internamente por los órganos judiciales competentes de dicho territorio de España, la concurrencia o condición de aforados de algunas de las personas a las que se atribuyen hechos de apariencia delictiva resulta determinante de la inhibición parcial acordada respecto de ellos, sin perjuicio de que su relevancia penal sea de la exclusiva competencia de los órganos judiciales valencianos, como se ha repetido”.

Después se copia el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20-1-2010, según el que: “Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 de la LOTJ: 1. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa. a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro o de otros pueda recaer sentencia de sentido diferente. b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del Jurado (artículo 1.2 LOTJ)”.

Seguidamente se alude a que se trata de los hechos presuntamente constitutivos del cohecho activo que pudieran haber cometido los Sres. Correa, Crespo y Pérez referido al encargo o pago a su costa de las prendas de vestir, su enjuiciamiento separado del cohecho pasivo impropio constituido por la recepción de las prendas, bien sea en un juicio único o en

dos separados pero por el mismo órgano jurisdiccional evitaría decisiones contradictorias, y ello con referencia a la continencia de la causa.

Por fin en el mismo fundamento tercero se copian dos largos párrafos del anterior Auto de 30 de septiembre de 2010. Literalmente estos:

“Recuérdese que, siendo el Instructor designado por esta Sala y la propia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Madrid competente exclusivamente para conocer de causas en las que estén implicados aforados de su territorio, jamás podría tomar declaración como imputados a aforados de otra Comunidad Autónoma, ni practicar actuaciones a sus espaldas y sin posibilidad de tomar conocimiento de ellas y poder defenderse o contradecirlas. Además, como se ha dicho inicialmente, se estarían investigando hechos ocurridos presuntamente en territorio judicial ajeno al de esta Comunidad Autónoma y la competencia de su Tribunal, asumiéndose competencia sin base alguna sólida o fundada. Una vez esclarecidas todas las referidas circunstancias, la inhibición aparece necesaria y consecuente, como se ha dicho.

En tal sentido, no puede la Sala estar más de acuerdo al respecto con las manifestaciones de la formación política apelante, que ha velado en su impugnación por la aplicación de la legalidad y de la competencia sin traspasar las funciones propias de la acusación popular, cuando indica en su escrito de impugnación que no están acreditados los hechos al ser ello obvio ya que su relevancia penal o no tiene que ser determinada por los competentes órganos judiciales de Valencia, no estarlo respecto de los aforados porque tiene que ser la Sala de lo Civil y Penal la que establezca lo procedente al respecto, si ha lugar a proceder y si existen o no hechos de apariencia delictiva, debiendo, en su consecuencia, matizarse el alcance de la inhibición parcial acordada a favor del órgano judicial superior citado que, en su caso, resolverá sobre la admisión de la imputación realizada, sobre la conexidad o no con las actuaciones ya pendientes ante el Instructor por ella designado en su día, y, en definitiva, sobre todo lo atinente al objeto al que alcanza la inhibición acordada, pues tiene plena competencia jurisdiccional sobre los hechos relatados en las actuaciones objeto de la misma y a los que se refiere el escrito del Ministerio Fiscal de fecha 18 de mayo de 2010, puntos 1º y 2º”.

Para dar claridad a lo anterior debe tenerse en cuenta que en este Auto de 21 de marzo de 2011 la Sala de Madrid se copia un anterior auto suyo, el de 30 de septiembre de 2010, referido a otra inhibición parcial, distinta de la presente, por lo que a veces las referencias puedan parecer anómalas, caso del escrito del fiscal de 18 de mayo de 2010, que no existe en las actuaciones que dan lugar a esta inhibición.

En cualquier caso lo que importa destacar es que el Auto inicial del Magistrado Instructor Ilmo. Sr. D. Antonio Pedreira Andrade, el de fecha 28 de julio de 2009, se refería a inhibición por conexión, mientras que en el Auto de la Sala de Madrid se ha alterado la razón de ser de la inhibición, pues aunque se citan los artículos 17.5º y 18 de la LECRIM, se está en primer orden al lugar de comisión de los hechos y por eso se acaba diciendo que se “matiza” el alcance de la inhibición parcial y que la Sala de Valencia decidirá si los hechos imputados a los tres no aforados Sres. Correa, Crespo y Pérez deben juzgarse en un procedimiento conjunto (se entiende en el Procedimiento del tribunal del Jurado 1/2009, de este Tribunal) o en un procedimiento separado. Si en el Auto inicial se estaba ante la conexión, ahora se está de modo principal al lugar de comisión de los hechos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- *Sobre la competencia funcional*

Este magistrado estima que no basta con mencionar en esta resolución los hechos procesales antes relatados, sino que es preciso calificar jurídicamente esos hechos para estar a las consecuencias que se deriven de esa calificación. De entrada debe recordarse lo que es la competencia funcional, atendido lo que hemos dicho en el antecedente de hecho primero.

Como es conocido, y por ello basta ahora una somera indicación, la noción de competencia funcional tiene algo más de un siglo desde que fue elaborada a finales del siglo XIX por la doctrina alemana, específicamente por Wach, y desde donde se asumió por la doctrina de otros países, caso también de España. Actualmente atiende de modo principal a los aspectos relativos a los recursos, a los incidentes (art. 9 LECRIM) y a la ejecución (arts. 984 y 985 LECRIM) (por ejemplo puede verse Gómez Orbaneja, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo 1, 1947, p. 263). Lo más destacado de la misma es que la determinación de esta competencia opera siempre de modo derivado o automático, en el sentido de que, establecida por los otros criterios (objetivo y territorial) la competencia para conocer de un asunto por un órgano judicial determinado, la fijación de la competencia para conocer de los recursos devolutivos deviene ya como algo preconfigurado. Si quien ha dictado una resolución, la que fuere, es un órgano determinado, la competencia para conocer del recurso devolutivo contra esa resolución es algo indiscutido.

En el caso concreto. Si el Auto de 5 de marzo de 2009 fue dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y si, interpuesta contra ese Auto reforma, el mismo Juzgado dictó el Auto de 17 de marzo de 2009, el conocimiento del recurso de apelación contra ese segundo Auto era necesariamente competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y, desde luego, no de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, si bien en este caso fue esta segunda Sala la que, inexplicablemente, acabó decidiendo el recurso en su Auto de 8 de junio de 2009.

Y no se trata sólo de las reglas generales de los recursos devolutivos, se trata también de las normas expresas. Según el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: “5º. De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones... de los Juzgados Centrales de Instrucción...”. Por el contrario, en el artículo 73 no se dice en lugar alguno del mismo que la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia tenga competencia para conocer de los recursos interpuestos contra cualesquiera resoluciones de cualesquiera Juzgados de Instrucción, sea Central o no.

No parece necesario insistir en la regla general y en la aplicación de la misma en el articulado de la LOPJ, pero sí pudiera ser conveniente destacar que la aplicación de la regla general y de las normas concretas no sufre excepción alguna, ni siquiera en los casos en que la causa sea primero de la competencia de un órgano judicial, que dicta una determinada resolución que es recurrida, y luego la causa pase a ser de la competencia de otro órgano. Si un juzgado de instrucción se inhibe a favor de otro juzgado de esta clase y esa resolución es recurrida en apelación, la competencia para conocer de ese recurso será siempre, y sin excepción alguna, de la audiencia provincial del territorio del primer juzgado y nunca de la competencia de la audiencia provincial del territorio del segundo juzgado.

En materia de competencia la ley suele admitir un recurso devolutivo (caso ahora del recurso de apelación) contra la resolución del órgano que la reclama o que la desiste y es algo claro y de toda evidencia jurídica que ese recurso no puede acabar siendo de la competencia del órgano al que se referido la competencia.

Cosa diferente son las posibles consecuencias jurídicas de que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid haya conocido de un recurso para el que no tenía competencia funcional.

Segundo.- *La competencia para la inhibición*

En el antecedente de hecho segundo nos hemos referido a que el inicio de la inhibición tiene su origen en el Auto del Magistrado Instructor de Madrid de 28 de julio de 2009, y a este respecto debemos recordar algunas consideraciones de naturaleza procesal, las cuales atienden, más que a la inhibición en general, a la inhibición más concreta cuando se trata de Salas de lo Civil y Penal de tribunales superiores de justicia.

a) En general, en la LECRIM se está partiendo de que la inhibición se produce entre jueces o tribunales del mismo nivel jurisdiccional, del mismo grado, pues no es posible que un juez o tribunal se inhíba a favor de tribunales de superior jerarquía jurisdiccional. Por ello cuando un juez o tribunal se considere incompetente para conocer de una causa, con reclamación o no de los “interesados”, acordará la inhibición a favor del órgano que estime competente (art. 25, II). Dado que esa resolución es recurrible (art. 25, IV) mientras no recaiga resolución firme el juez o tribunal seguirá practicando todas las diligencias necesarias (que en la instrucción son todas las propias de la misma, las del art. 299), y por ello en la resolución en que se acuerda la inhibición se expresará esa circunstancia y, por lo mismo, lo que debe remitir al juez o tribunal a favor del que se inhíbe es únicamente testimonio de las actuaciones. Una vez que está decidida la cuestión, por resolución firme, y no antes, remitirá los autos originales (art. 25, III). Además debería tenerse en cuenta la necesidad de oír a las partes personadas en la causa.

Cuando la inhibición es parcial la remisión de actuaciones es también parcial, como es obvio; primero la remisión se hace por testimonio y luego, y en su caso, se remitirá la parte de las actuaciones originales que afecte a los hechos y las personas sobre los que recae la inhibición.

b) En la LECRIM se regula, como es lógico, la inhibición atendiendo a los tribunales existentes en su momento y tanto es así que ni siquiera en la actualidad, vistas las reformas legales de los últimos veinte años, se mencionan las Salas de lo Civil y Penal respecto de la inhibición, pero hay extremos que a este magistrado le parecen claros:

1º) La aplicación de las normas de competencia, es decir, ahora del artículo 73.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con sus remisiones, la hace la Sala, no el Magistrado Instructor.

Más en concreto, inicialmente el artículo 73 decía en apartado 3, a): “Como Sala de lo Penal corresponde a esta Sala: El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia”, sin más detalles de modo que aparentemente a la Sala le correspondía el procedimiento preliminar (la instrucción) y el juicio oral.

Como consecuencia de la STC 145/1988, de 12 de julio, en la que se declaró que es principio esencial de nuestro proceso penal que quien instruye no juzga, hubo de procederse a acomodar ese artículo 73 de la LOPJ a la sentencia anterior, lo que se hizo en la LO 7/1988, de 28 de diciembre, y en ella se añadió un apartado 4, conforme al que en las causas competencia de la Sala y para la realización de la instrucción se designará un magistrado de la misma, conforme a un turno preestablecido. Es evidente que no se trata de crear un Juzgado de Instrucción –que sólo puede crear la Ley orgánica- que asuma la competencia propia de estos órganos jurisdiccionales, sino que simplemente se trató por este medio de cumplir la regla de que quien instruye no juzga, si bien siempre partiendo de que la competencia para el conocimiento de las causas sigue correspondiendo a la Sala

2º) Por lo anterior es por lo que las posibles cuestiones de competencia no surgen entre los magistrados instructores sino entre las Salas.

El magistrado instructor del apartado 4 del artículo 73 de la LOPJ se limita a instruir, y no puede suscitar cuestiones de competencia con otro magistrado instructor; las cuestiones de competencia sólo pueden existir entre las Salas, que son las que conocen de las causas. Sería absurdo que la Sala asumiera la competencia para conocer de una causa y que, luego, el magistrado instructor designado para instruir se inhibiera a favor de otro magistrado instructor o de una Sala diferente a la propia.

3º) La función del magistrado instructor de la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia se limita a instruir o, dicho de otra manera, no tiene competencia autónoma propia, ni objetiva ni territorial.

En efecto, así como todos los artículos de la LOPJ y de la LECRIM en la que se fija competencia de órganos judiciales penales atienden bien a la competencia objetiva (por ejemplo arts. 82, audiencias provinciales, 87, juzgados de instrucción, 87.ter, juzgados de violencia sobre la mujer, todos de la LOPJ) o a la objetiva y a la territorial (art. 14 de la LECRIM), cuando se trata del magistrado instructor de esas Salas las normas de competencia objetiva y territorial se refieren a la Sala, no al magistrado instructor.

4º) A ese magistrado instructor se atribuye únicamente la instrucción de las causas que se han delimitado como competencia de la Sala.

Esa instrucción lo es en sentido estricto, es decir, integra las actuaciones comprendidas en el Libro II (“Del sumario”), Título IV (“De la instrucción”) de la LECRIM, pero no puede entenderse que ese magistrado instructor llegue a determinar, ni negativa ni positivamente, de la competencia de la Sala

5º) Los artículos 303 a 305 de la LECRIM no pueden considerarse en vigor por ser contrarios al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; nadie puede nombrar discrecionalmente al juez que debe instruir una causa. Pero algunas reglas de esos artículos pueden ser orientativas.

Por un lado, lo que se confiaba a ese juez especial era la instrucción y nada más; en esa instrucción, naturalmente, se actuaba con jurisdicción propia, sin duda, pero dentro del ámbito material que le había señalado el tribunal competente para conocer de la causa. Es obvio que el juez instructor no podía, cuando esas normas estaban en vigor, negar la competencia del tribunal o proceder reducirla o a ampliarla.

De este modo el magistrado instructor de la Sala de lo Civil y Penal no puede dictar resoluciones que decidan la competencia asumida por la Sala, ni para negarla, ni para disminuirla, ni para ampliarla. Si ese magistrado estimara que es necesario un pronunciamiento en esta materia de la competencia no puede adoptarlo él, debiendo limitarse a elevar la cuestión a la Sala para que ésta se pronuncie en el sentido que fuere.

Más aún, tampoco estimamos procesalmente regular que se entienda que si la decisión competencial del magistrado es recurrida en apelación y sobre ese recurso se pronuncia la Sala se está, de alguna manera, no ya subsanando el defecto competencial, sino ni siquiera convalidando el acto que en su origen es nulo. No se subsana (que es la conducta tendente a reparar el vicio en que incurre un acto procesal a fin de ajustarlo a la legalidad e impedir su declaración de nulidad), ni se convalida (lo que supondría que el vicio del acto deviene irrelevante porque después de todo el acto ha logrado su fin) lo que nació nulo por falta de competencia. La falta de competencia nunca es ni subsanable ni convalidable. Se trata de una nulidad absoluta.

Tercero.- *La aplicación de las normas procesales y las garantías de las partes.*

En el desarrollo de lo anterior debe ahora atenderse a las consecuencias procesales de las nulidades denunciadas. De entrada hay que hacer dos afirmaciones:

1ª) Un órgano jurisdiccional no puede declarar la nulidad de los actos procesales realizados por otro órgano jurisdiccional, salvo tratándose obviamente de que el segundo órgano conozca de un recurso contra esos actos del primero. Este es el supuesto normal para la declaración de nulidad, pero aun cabe algún otro caso, como el de que un órgano judicial pierda la competencia para conocer de una causa, competencia que se asume por otro órgano judicial, y entonces este segundo órgano sí podrá declarar las nulidades en que haya incurrido el primero, y ello porque se sigue tratando del mismo proceso. Fue por ello por lo que la Sala de lo Civil y Penal de Madrid pudo declarar la nulidad de determinadas intervenciones de conversaciones en locutorios penitenciarios acordadas inicialmente por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5; era el mismo proceso.

Pero dejando a un lado lo anterior debe estarse a la regla general y en virtud de ellas esta Sala no puede declarar la nulidad de la inhibición acordada por el Magistrado Instructor de la Sala de Madrid; esto es, no puede aplicar la sanción que se deriva de la estimación de ilegalidad en un acto procesal realizado por otro órgano. Puede considerar el acto contrario a la ley, pero no aplicar la nulidad, que es la sanción derivada de la ilegalidad.

2ª) Firme lo anterior la segunda afirmación atiende a que un órgano jurisdiccional no puede entenderse vinculado, en aquello que afecta de modo claro a su propia competencia, por los actos procesales realizados por otro órgano jurisdiccional si esos actos no se han sujetado a lo dispuesto en la norma procesal reguladora de los mismos.

No hay declaración de nulidad en sentido formal, pero esta Sala, en opinión de este magistrado, no debería entender que se ha suscitado una inhibición a su favor cuando la misma proviene de un órgano que la Sala debería estimar manifiestamente incompetente para ello; esto es, cuando ese órgano es manifiestamente incompetente para suscitarse cuestiones de competencia. Según este magistrado, autor de este voto particular, si esta Sala entendiera que, a pesar de todas las irregularidades procesales, la misma debe limitarse a decidir sobre el fondo de la inhibición, sin atender a nada más, es decir, sin tomar en consideración las ilegalidades cometidas en la aplicación de la norma procesal y las consecuencias de esas ilegalidades, podría llegar a entenderse que está haciendo dejación de la que debe considerarse una de sus funciones básicas: el control de la regularidad en la aplicación de la norma procesal, la cual es garantía de los sujetos que intervienen en el proceso; de todos ellos por igual, de los imputados y de los acusadores.

Cuarto.- *De la conexión del artículo 17, 5º a la regla general de la competencia territorial*

En el Auto del Magistrado Instructor de Madrid de 28 de julio de 2009 se produce la inhibición por estimar que existe conexidad; es decir, se inhibe de modo parcial porque considera que entre los hechos atribuidos en Madrid a los Sres. Correa, Crespo y Pérez y los hechos que se han imputado en Valencia a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret existe conexión. Con lo anterior es elemental que el paso siguiente debería consistir en determinar a qué clase de conexión se hace mención, con lo que debe estarse a los supuestos previstos en el artículo 17 de la LECRIM. Pues bien, si se acude al Auto de 28 de julio de 2009 se comprueba que en el mismo el apartado de ese artículo 17 que se cita como base de la conexión es el 5º. Según éste se consideran delitos conexos: “Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

La conexión por este apartado atiende esencialmente a que a una o más personas se imputen dos o más delitos, de manera que los delitos imputados, cuando guarden analogía o relación entre sí a juicio del tribunal, deben entenderse conexos y por ello se comprenderán en un único proceso (art. 300). Se trata, pues, de que el elemento determinante de la conexión es que existan varios delitos (diversidad objetiva) y un solo imputado (identidad subjetiva), de modo que si en los apartados anteriores, del 1º al 4º la conexión se basa en una relación entre delitos (objetos procesales), en el apartado 5º la conexión no se refiere a los delitos sino a las personas (sujeto imputado).

No obsta a lo anterior que en alguno de los delitos haya participado, con el imputado común, otra u otras personas, caso en el que, con relación a las pretensiones individuales, y en el que uno de los delitos en conexión subjetiva sea a la vez conexo de otro por cualquiera de los otros apartados del artículo 17 puede llevar a la llamada conexidad mediata y con ella a la alteración de la regla ordinaria de atribución de la competencia.

Con todo en el presente caso y esta pretendida conexión no se trata de que a los imputados en Valencia (los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret) por un delito de cohecho impropio se les impute de otro delito y diferente. Se trata, como es manifiesto en el Auto de 28 de julio de 2009, de que se estima que hay conexión entre los hechos que se imputan a los anteriores y los hechos que se imputan a otras personas (a los Sres. Correa, Crespo y Pérez). La conexión no se basa en hechos diferentes que se imputan a las mismas personas, sino en hechos que se imputan a personas diferentes

En el Auto del Magistrado Instructor de Madrid, de 28 de julio de 2009, se atiende de modo directo a la conexidad y por ello en el mismo la inhibición se produce para su unión al Procedimiento del Tribunal del Jurado 1/2009 de Valencia, esto es, para que en mismo proceso se conozcan de los hechos que se imputa a las siete personas. La conexión que se afirma impone la existencia de un único proceso.

Pero las cosas cambiaron en el Auto de la Sala de lo Civil y Penal de Madrid de 21 de marzo de 2011. A pesar de que en este segundo Auto se citan, en el Fundamento Jurídico Segundo, los artículos 16, 17, 5º y 18.1, 1º de la LECRIM inmediatamente se produce una que se califica de matización en el propio Auto, conforme a la que lo determinante no es ya la conexión, sino que lo decisivo es la aplicación de la regla general de la competencia penal, la regla del lugar de la comisión de los hechos, y así se dice –aunque sea copiando lo dicho en un Auto anterior- que habiendo ocurrido los hechos referidos a los aforados en territorio de la Comunidad Valenciana debe atenderse sin más a la regla general de la competencia territorial. Después se toma en consideración la regla especial del aforamiento, pero sólo después.

Y se insiste en el Fundamento Jurídico Tercero: En atención a los indicios de competencia territorial y de aforamiento no es preciso acudir a las reglas de la conexidad o de la acumulación. Y se añade que debe matizarse el alcance de la inhibición parcial acordada a favor de la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Valenciana que, en su caso resolverá, sobre la admisión de la imputación, sobre la conexidad o no con las actuaciones ya realizadas por el Magistrado Instructor de Valencia y, por si faltara algo, “sobre todo lo atinente al objeto al que alcanza la inhibición acordada”. Es aquí donde se advierte de modo claro que la copia de una resolución anterior hace que la decisión de la Sala de Madrid carezca de adecuación a este caso concreto.

Empecemos por advertir que la Sala de Madrid cambia el sentido de la inhibición acordada por su Magistrado Instructor y altera el objeto del recurso de apelación. El Magistrado Instructor centró la inhibición parcial en la conexidad y el recurso apelación atendió a la falta de la misma y a la división de la continencia de la causa de Madrid. Pues bien, en el Auto de 21 de marzo de 2011 la Sala de Madrid no se centró ni en la resolución

recurrida ni en el objeto del recurso. La Sala de Madrid pasó a sostener que debía pronunciarse “sobre la procedencia o no de la inhabilitación acordada y si ha de serlo, en caso positivo, en los términos acordados o en otros diferentes”.

Parece claro que no se trató de que la Sala de Madrid confirmara la inhabilitación parcial acordada en el Auto recurrido de 28 de julio de 2009, aunque fuera por fundamentos jurídicos diferentes, sino que alteró el sentido mismo de la inhabilitación, y resolvió sobre lo que no le había sido pedido. El recurrente no pidió que se acordara una inhabilitación diferente, sino que no se acordara la inhabilitación, y la Sala acuerda una inhabilitación diferente a la recurrida.

Pero no es sólo lo dicho hasta aquí. Además hay que recordar que legalmente la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana no se basa en la regla general determinadora de la competencia territorial, que es el lugar de la comisión de los hechos, sino en una regla especial de aforamiento que tiene naturaleza objetiva. Si se atiende al artículo 73.3, a) de la LOPJ y a los artículos 23.3, II, y 31 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana se advertirá que la competencia de esta Sala se deriva única y exclusivamente del aforamiento (regla objetiva) y ya después, y solo de modo complementario, de que los hechos delictivos se hayan cometido en el territorio de la Comunidad (regla territorial).

Esta Sala no tiene competencia respecto de los hechos cometidos en el territorio de la Comunidad, como regla inicial y sin más; tiene sólo competencia en virtud de una regla especial de aforamiento y la regla especial se aplica de modo preferente a la regla general de la competencia. No cabe sostener por ello que la inhabilitación se produce atendiendo al criterio general de la regla del lugar de comisión de los hechos y decir seguidamente que esta Sala de Valencia decidirá si los hechos que se imputan a los Sres. Correa, Crespo y Pérez se enjuiciarán de modo conjunto o de manera separada de los hechos que se imputan a los Sres. Camps. Costa, Campos y Betoret. Y no puede decirse esto porque esta Sala nunca podrá tener competencia para juzgar de modo separado, es decir, en proceso específico, a personas no aforadas ante la misma. La única manera de estimar la inhabilitación sería por la conexión, para que esta Sala juzgara de modo conjunto tanto a los sí aforados como a los no aforados.

Quinto.- *El cambio de criterio sin motivación*

Hemos destacado en los hechos que el Ilmo. Sr. Garzón Real, magistrado titular entonces del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, con base en su Auto de 5 de marzo de 2009, acordó elevar dos exposiciones razonadas.

a) El reparto inicial de competencia

Una se elevó a esta Sala de la Comunidad Valenciana y se centraba en unos hechos referidos a lo que ya se calificaba penalmente como cohecho impropio del artículo 426 del Código Penal, y la otra se elevó a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; es esta segunda se incluían: 1) Objetivamente hechos que podrían ser calificados de delitos de blanqueo de dinero, defraudación fiscal, tráfico de influencias, cohecho, falsedad en documento público, oficial y mercantil, revelación de secretos y prevaricación, y 2) Subjetivamente tanto personas aforadas ante esa Sala como personas no aforadas.

Hay que completar lo anterior recordando que la Sala de Madrid, en el Auto de 31 de marzo de 2009, decidió asumir la competencia que podemos considerar general y que lo hizo de modo indubitado. En ese Auto, después de señalar los indicios referidos a las tres personas aforadas, añadía:

1º) Es necesaria la investigación conjunta, en un solo procedimiento, de todas las actividades, y por ello se reclama del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 “la remisión de la totalidad de la causa”.

2º) Por ello aceptó la competencia para el conocimiento de las Diligencias Previas núm. 275/08 seguidas ante el indicado Juzgado Central de Instrucción. Está claro que se asumió la competencia de todo lo incluido en esas Diligencias Previas.

3º) Por si quedara alguna duda en ese Auto, y en la parte dispositiva, se reclamó la totalidad de las actuaciones y se añadía: “sin perjuicio de la decisión que adopte la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana”.

En resumen y para mayor claridad por si fuere necesario. Esta Sala de Valencia, en su Auto de 21 de abril de 2009, asumió la competencia para los hechos, considerados cohecho impropio, imputados a los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret, y nada más, mientras que la Sala de Madrid, en su Auto de 31 de marzo de 2009, asumió la competencia para todo el resto, y en ese resto se incluyen los aforados ante ella y los no aforados y por todos los hechos imputados a unos y a otros.

Debe recordarse, por añadidura, que el ministerio fiscal estaba de acuerdo con ese esquema de reparto de competencia; más aún, el ministerio fiscal era partidario de que la competencia de esta Sala de Valencia se redujera a las dos personas (Sres. Camps y Costa) y se excluyera a los no aforados (Sres. Campos y Betoret). Es decir, se trataba de ampliar la competencia de la Sala de Madrid y de reducir la competencia de la Sala de Valencia.

b) *La pretensión de cambio en ese reparto*

Por razones no indicadas hasta ahora o, por lo menos, no conocidas por este magistrado en el ejercicio de su función, el ministerio fiscal cambió de opinión sobre el reparto de competencias entre las dos Salas. Consecuencia de ese cambio fue que pretendiera reiteradamente la ampliación objetiva y subjetiva de la causa de Valencia, incluyendo a objetos y a personas diferentes de las iniciales, pretensión que fue desestimada de modo reiterado por el Magistrado Instructor de esta Sala (caso de los Autos de 6 de julio de 2009, de 14 de julio de 2009 y de 22 de julio de 2010). Viendo que se le cegaba ese camino el ministerio fiscal acudió al Magistrado Instructor de Madrid y le pidió una inhibición parcial, con el fin de que se alterara el reparto anterior de competencias entre las Salas de Madrid y de Valencia.

La petición de cambio en el reparto no se basaba en hechos nuevos que se hubieran descubierto en el desarrollo de la investigación en la causa de Madrid, hechos nuevos a los que hasta ahora no se hace mención alguna, por lo que debe concluirse que no han existido; atendía única y exclusivamente a un cambio de criterio del fiscal, cambio que no se motivaba. Tampoco se basaba en hechos nuevos que se hubieran descubierto en la instrucción de la causa de Valencia, como se evidencia en los autos del Magistrado Instructor de esta Sala.

Es cierto que en el Auto de esta Sala de 21 de abril de 2009 no se cerraba la posibilidad de asumir una futura competencia sobre “las conductas bilaterales atribuibles a particulares”, remitiéndose a “lo que resulte del curso de las actuaciones”, pero también es cierto que en el desarrollo de las actuaciones no se había llegado a asumir esa competencia; esto es, tampoco en la causa de Valencia se descubrieron circunstancias fácticas nuevas que explicaran un cambio de criterio; antes al contrario, el Magistrado Instructor y la Sala se habían negado de modo reiterado a la ampliación de la competencia y lo habían hecho porque no concurría circunstancia alguna que posibilitara esa ampliación.

Ese no motivado cambio de criterio del fiscal fue asumido por el Magistrado Instructor de Madrid sin fundamentación alguna referida a hechos nuevos. En el Auto de 28 de julio de 2009 se transcribe prácticamente a la letra el escrito del fiscal y, si éste no tenía motivación justificadora del cambio, tampoco podía tenerla un Auto que es su transcripción.

Lo mismo puede decirse del Auto de 14 de diciembre de 2010 que decidió desestimar la reforma interpuesta por una acusación popular contra el anterior Auto de 28 de julio de 2009. En este Auto se dice justamente lo contrario de lo que se dijo por la Sala en el Auto de 31 de marzo de 2009 sobre dividir la continencia de la causa. Si en el Auto de la Sala se decía que “la investigación conjunta, en un solo procedimiento, de todas esas actividades resulta así esencial”, ahora en el Auto del Magistrado Instructor, copiando el escrito del fiscal, y ante la alegación del recurrente de ruptura de la continencia de la causa, se dice que las conductas atribuidas a los Sres. Correa, Crespo y Pérez tienen una mayor conexión con las conductas de los Sres. Camps, Costa, Campos y Betoret que con los restantes delitos de cohecho atribuidos a los primeros.

De este modo, sin producirse el descubrimiento de un hecho nuevo, esto es, permaneciendo los mismos hechos que se tuvieron en cuenta en los autos de 31 de marzo de 2009 (Sala de Madrid) y de 21 de abril de 2009 (Sala de Valencia) por un lado el fiscal pretende y por otro el Magistrado Instructor de Madrid decide alterar el reparto de competencias que se fijó en su momento por las dos Salas. Y esa pretensión y esa decisión carecen las dos de motivación.

c) El Auto de 21 de marzo de 2011 de la Sala de Madrid y su falta de motivación

El paso siguiente consiste en advertir que si la pretensión de cambio de competencia hecha por el fiscal y la decisión de inhibición acordada por el Magistrado Instructor de Madrid carecen de motivación, especial gravedad tiene que la Sala de Madrid haya cambiado también de criterio y que lo haya hecho asimismo sin motivar ese cambio. Debería atenderse a:

1º) Es doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, y desde antiguo (por ejemplo sentencias de 14 y de 22 julio de 1982), que el principio de igualdad del artículo 14 de la CE debe entenderse como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, lo que obliga a los poderes públicos a respetarlo; ese derecho exige que dos supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también a la igualdad en la aplicación de la Ley por los tribunales, de manera que un mismo órgano jurisdiccional no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes tenga una fundamentación suficiente y razonada (luego SSTC 63/1984, de 21 de mayo, 120/1987, de 10 de julio, y más recientemente por ejemplo SSTC 184/2007, de 10 de septiembre, y 31/2008, de 25 de febrero).

Esta doctrina se basa en la existencia de dos casos sustancialmente iguales en los que no pueden adoptarse decisiones diferentes, pero la misma debe entenderse reforzada cuando se trata de que en un mismo caso primero se adopte una determinada decisión y luego la contraria, y el cambio se produce sin que existan hechos nuevos. El mantenimiento de los mismos hechos antes y después no debe impedir siempre y sin matización un cambio de criterio; éste es posible pero siempre bien entendido que, permaneciendo los mismos los hechos, deben alegarse los motivos que razonablemente justifiquen el cambio de criterio.

2º) Si pareciera que lo anterior debe aplicarse cuando se trate de dos procesos diferentes con partes distintas –que sería una opinión discutible pero razonable- debería estarse entonces a las especialidades de la cosa juzgada formal cuando se trata del

procedimiento preliminar en el proceso. En este procedimiento, sea sumario o diligencias previas, el juez de instrucción no se limita a la verificación de los hechos aducidos por las partes, sino que investiga hechos y por ello se avanza descubriendo hechos nuevos. Son estos hechos nuevos los que, no ya permiten, sino que imponen que la resolución posterior sea diferente de la resolución anterior, pero esa diferencia sólo puede justificarse en la averiguación de hechos nuevos, lo que debe necesariamente motivarse

La Sala de Madrid en su Auto de 31 de marzo de 2009 asumió la competencia general para continuar las Diligencias Previas 275/2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y lo hizo atendiendo a una motivación que se centraba en la necesidad de la investigación conjunta, en su solo procedimiento, de todas las actividades incluidas en aquellas Diligencias Previas, con excepción de la competencia que asumiera la Sala de Valencia. Y ahora, en el Auto de 21 de marzo de 2011, sin hacer mención de hechos nuevos y sin explicar la causa por la que cambia de criterio, altera la decisión inicial y dice atender a la razón de la competencia del lugar de la comisión de los hechos, como elemento determinante de la inhibición. Ese elemento ya estaba presente el 31 de marzo de 2009 y a pesar del mismo se asumió la competencia; nada ha cambiado y por ello el cambio de criterio está falto completamente de motivación.

La falta de motivación se advierte de modo más evidente cuando se constata que el Auto de 21 de marzo de 2011 es en buena medida una copia del Auto de 30 de septiembre de 2010, auto este segundo que se refiere a una inhibición diferente, en la que se atendía a los siguientes delitos: 1) Delitos de cohecho y prevaricación cometidos en la contratación entre Orange Market, S. L. y la Administración Pública Valenciana, 2) Delitos electorales correspondientes a las elecciones (locales y autonómicas) celebradas en la Comunidad Autónoma de Valencia el 27 de mayo de 2007, 3) Delitos contra la Hacienda Pública y de falsedad en documento mercantil cometidos en el año 2007, que se estiman conexos con los electorales, y 4) De otros posibles hechos delictivos semejantes a los anteriores cometidos en el siguiente año 2008, y que podrían dar lugar a un delito electoral vinculado a las elecciones generales celebradas en dicho año, e igualmente de delitos contra la Hacienda Pública por el concepto del IVA y el impuesto de sociedades correspondientes a los años 2005, 2006 y 2008 de Orange Market, S. L., de delitos fiscales relacionados con las retenciones de trabajo practicadas por Orange Market, S. L. en los años 2006 y 2007 y de falsedad en documento mercantil.

Las dos inhibiciones no guardan alguna relación entre sí, pero la Sala de Madrid en la que se considera ahora, la del Auto de 21 de marzo de 2011, casi se limita a copiar el Auto anterior, aunque los hechos son completamente diferentes.

Sexto.- *La documentación soporte de la inhibición*

Hemos visto como el Auto de la Sala de Madrid de 21 de marzo de 2011 matiza el Auto del Magistrado Instructor de 28 de julio de 2009, confirmado por el Auto de éste de 14 de diciembre de 2010. La matización no se refiere a la documentación soporte de la inhibición, para la que debe seguir estándose al Auto primero de 28 de julio de 2009.

Pues bien, hemos indicado en los hechos que en el Auto de 28 de julio de 2009 el Magistrado Instructor de Madrid dice, en el fundamento jurídico séptimo, dos cosas referidas a la “documentación soporte de la inhibición que ahora se acuerda”:

1ª) De entrada dice que esa documentación “se encuentra incluida en el testimonio de las Diligencias Previas 275/2008 que con fecha 5 de marzo de 2009 se remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia” (se entiende de la Comunidad Valenciana).

Esta es la demostración de que no ha ocurrido en los hechos nada nuevo, dado que el testimonio de las actuaciones a que alude el artículo 25, III, de la LECRIM, y que es el soporte de la inhabilitación, no hace falta enviarlo puesto que basta una remisión a lo que ya se dispuso desde el inicio, es decir, desde que el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 elevó las dos Exposiciones razonadas el 5 de marzo de 2009.

2ª) Y seguidamente se añade: “Con posterioridad, al irse avanzando en el volcado y levantamiento de precinto de los diversos soportes intervenidos, se ha acordado la remisión de testimonio de algunos documentos. Aún no ha concluido el levantamiento de precinto de la documentación intervenida”.

A lo de antes hay que añadir ahora que nada de lo remitido posteriormente por el Magistrado Instructor guarda relación alguna con el posible desarrollo de los hechos a los que se refiere esta inhabilitación. Los hechos siguen siendo los mismos desde marzo de 2009, desde que la Sala de Madrid asumió la competencia para continuar las Diligencias Previa 275/2008 abiertas por el Ilmo. Sr. Garzón Real en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y desde que la Sala de Valencia asumió la competencia para unos hechos y unas personas determinadas.

En el Auto de la Sala de Madrid de 21 de marzo de 2011 no se menciona testimonio alguno de particulares de documentación soporte de la inhabilitación y tampoco se alude a esa documentación en el oficio de remisión del testimonio de ese Auto, oficio remitido por el Magistrado Instructor de Madrid el 23 de marzo de 2011. No hay testimonio alguno de actuaciones, es decir, no hay hecho nuevo alguno que justifique la inhabilitación. Sólo hay un cambio de criterio que carece de motivación.

CONCLUSIÓN

En un voto particular que debe añadirse a un Auto de la Sala debería bastar lo anterior para fundamentarlo. El magistrado que suscribe este voto es plenamente consciente de que existen más razones para llegar a la conclusión a la que llega, pues por ejemplo no se sabe si en Madrid se ha oído a las partes interesadas, pero considera que lo anterior puede ser suficiente.

Suele sostenerse en multitud de ocasiones que lo importante en un proceso, en cualquier proceso y en cualquiera de las incidencias del mismo, es la decisión sobre el fondo, que en esa decisión se haga la que se llama justicia material. El magistrado que formula este voto particular ha disentido siempre de esa opinión y, por el contrario, ha entendido, y lo ha dicho y lo ha escrito, y en los dos casos de modo reiterado, que importa, obviamente y desde luego, el final del camino, es decir, la decisión que se adopte, pero que no importa menos la regularidad del camino, el cómo se llega a la decisión.

Las normas procesales no son un obstáculo puesto para dificultar el acierto en la decisión sobre el fondo; por el contrario, el respeto de esas normas es el único camino por el que puede llegarse a una decisión de fondo que pueda calificarse de justa. Sea cualquiera el sentido de la decisión de fondo la misma será siempre ilegal si no se llega a ella cumpliendo las normas procesales; ese cumplimiento es siempre la mejor y mayor garantía de que se respetan los derechos de las partes, de todas ellas.

Con la fundamentación desarrollada en este voto se concluye que la inhabilitación remitida por el Magistrado Instructor de Madrid, y a pesar del Auto de la Sala de Madrid de 21 de marzo de 2011, no debería haberse tomado en consideración, procediendo su devolución para que, de insistir en la misma, se haga observando las normas procesales reguladoras.

En Valencia en la fecha ut supra.

Fdo. Juan Montero Aroca