

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

TERESA CASTRO RODRÍGUEZ, Procurador de los Tribunales, y de **D. ANGEL LUNA GONZÁLEZ, D. JOAQUIN PUIG FERRER, DÑA. CARMEN NINET PEÑA y DÑA. CRISTINA MORENO FERNÁNDEZ**, Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes Valencianas, cuya representación se acredita mediante copia de escritura de poderes especiales, ante la Sala comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 874 y demás concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vengo a comparecer y formalizo escrito **INTERPONIENDO RECURSO DE CASACIÓN**, por los siguientes motivos: a) por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar gravosa y contraria a derecho tal resolución judicial; b) con base en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española; por vulneración de un proceso con todas las garantías o proceso debido, ex artículo 24.2 Constitución Española; por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 de la Constitución Española; y por vulneración del derecho a no padecer indefensión, ex artículo 24.1 Constitución Española.

Preparado en tiempo y forma por recurrente legitimado, según el artículo 847 y 848 de la propia ley, la comparecencia e interposición del presente recurso se produce dentro del respectivo término señalado por el artículo 859, como ordena el artículo 873 de la misma Ley procesal.

De acuerdo con la ordenación del artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consigno:

MOTIVO PRIMERO.- BREVE EXTRACTO: encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley por inaplicación del art. 426 CP

Acuerda el Auto recurrido el sobreseimiento libre, básicamente, por no concurrir la necesaria relación causal en el denominado tipo de cohecho pasivo impropio del art. 426. A Tal efecto se apoya en la Sentencia del TS de 13 de Junio de 2008.

Y en efecto, la referida Sentencia, pero también el auto del TS de 1 de Junio 2007, requieren que junto a la cualidad de sujeto activo de autoridad o funcionario y la aceptación de la dádiva o regalos concorra “una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario”.

De ahí concluye que comoquiera que los imputados carecen de competencia para la adjudicación de los contratos de la empresa Orange Market SL y los funcionarios responsables de las adjudicaciones han negado cualquier irregularidad y el auto dictado por el instructor excluye que los regalos tuvieran por finalidad obtener ningún trato de favor por tales adjudicaciones o agasajar por los contratos adjudicados, no concurre el necesario requisito de causalidad para la tipicidad del art. 426.

La interpretación de la denominada conexión de causalidad es irrazonable y arbitraria. Ni el tipo, ni la jurisprudencia exigen tal conexión en los términos que recoge el Auto que ha dado lugar nada menos que a un sobreseimiento libre, esto es, a una sentencia anticipada con las consecuencias de cosa juzgada.

Para el Auto, la conexión causal (aunque no lo expresa de igual forma) es una relación ideal por la que la entrega de la dádiva o regalo está puesta en relación con la realización de un determinado acto. A modo como sucede en otros delitos, léase la estafa que exige una relación motivacional o causalidad ideal, a decir del Tribunal, la dádiva es una consecuencia (auténtica relación de causa-efecto) del acto o para el acto a ejecutar por la autoridad o funcionario. Al sostener tal criterio el Auto sitúa el tipo del art. 426 entre los delitos de lesión.

Sin embargo, es precisamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien ha esclarecido con notable precisión la conexión de causalidad en relación con el término “en consideración a su función”.

La propia sentencia invocada en el auto para fundamentar el sobreseimiento libre sobre la ausencia de causalidad ha de servir para tildar de irrazonable el

razonamiento sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En efecto, la STS de 13-6-2008, empieza por declara que **“La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor”**. Niega, pues, cualquier relación de causalidad entre la dádiva o regalo y el acto concreto a realizar o realizado por el funcionario.

Por este motivo, diversas decisiones jurisprudenciales estiman este delito como un **delito de peligro abstracto**: “De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo (RJ 1998, 4082) , en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se "...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley".

Si el Tribunal Supremo considera el delito como no retributivo de tal modo que excluye cualquier enlace con el acto del receptor y por tal consideración se inclina por una naturaleza de delito abstracto, queda por resolver el papel del requisito de la conexión causal exigible en este delito, y aquí, de nuevo, el Tribunal Supremo es terminante: <<La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público *del* receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, 21 de enero (RJ 1994, 86) , cuando precisa que "...el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que **la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla**">>.

El Tribunal Supremo exige una conexión causal efectivamente, pero no entre la dádiva y el acto desplegado o a desplegar por la autoridad o funcionario, sino entre la dádiva o regalo y la condición de autoridad o funcionario, y lo hace de una forma extraordinariamente gráfica: **la relación causal está presente cuando el particular no hubiera entregado la dádiva o regalo si el receptor no estuviera desempeñando la condición de funcionario o autoridad.**

Esta relación causal sí que forma parte del tipo porque el particular puede dirigirse a la autoridad o funcionario no como tal sino como particular, y en ese caso la conducta carece de relevancia penal. En **sentido positivo** la relación de causalidad queda afirmada cuando el particular entrega el regalo por la condición o en consideración a la función que desempeña la autoridad o funcionario, y en su **sentido negativo**, afirmamos la causalidad cuando el particular no se hubiera dirigido al funcionario o autoridad entregándole regalos si no desempeñase una función pública.

El Auto que declara el sobreseimiento de las actuaciones, sin embargo, opera con una idea extravagante de la causalidad requerida, pues, en primer lugar en una

clara descontextualización se apoya en un párrafo de un recurso de apelación de esta parte, por el que se afirmaba que “ciertamente esos datos a nivel indiciario no son aun suficientes para incorporarlos al acervo fáctico con la suficiente consistencia para concluir una relación causal entre los regalos y las contrataciones”. Tal afirmación estaba dirigida a impugnar la denegación de diligencias de investigación que permitirían modificar y ampliar el tipo de cohecho (vid Recurso de apelación de fecha 7 de Julio de 2.009) en los que debe darse una conexión entre la dádiva o promesa con el acto a realizar, delictivo, injusto o justo. El Tribunal al proceder de este modo enreda la causalidad, pues la focaliza y la desnaturaliza porque toma constantemente las adjudicaciones de las empresas donantes como referencia causal cuando la causalidad está referida única y exclusivamente a la consideración de la función y no a actos concretos derivados de la misma.

Parecida estrategia utiliza al tomar de modo extraordinariamente descontextualizada dos afirmaciones que se contienen en el Auto de instructor de 6 de Julio de 2009 por el que transforma el procedimiento en Tribunal del Jurado (subapartado sexto del apartado sexto de los Hechos). Decía efectivamente le instructor que: “No existe constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir, con las que parecen haber sido obsequiados D. Francisco Camps Ortíz, d. Ricardo Costa Climent, D. Victor Campos Guinot y D. Rafael Betoret Parreño, y los concretos actos de contratación realizados por las autoridades y los funcionarios de cada uno de los concretos organismos de la administración autonómica valenciana que decidieron su adjudicación a Orange Market SL en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a sus facultades decisorias presupuestarias”. “Tampoco existe constancia de que los agasajos hacia aquellas cuatro personas fueran la causa determinante de esa concreta adjudicación decidida por las citadas autoridades y funcionarios responsables de los referidos organismos, cuyos criterios obedecían, más bien, al conocimiento interno que parecían tenerse en casi todos aquellos servicios y organismos la existencia de Orange Market SL y de Alvaro Pérez, a quienes solían encomendarse las más variadas tareas y encargos”.

De estas declaraciones colige el Tribunal la inexistencia de causalidad toda vez que, de una parte el ámbito de las funciones desempeñadas por los imputados no tiene por objeto la aprobación y adjudicación de los concretos actos de contratación que le fueron adjudicados a la sociedad Orange Market SL. Además las adjudicaciones fueron decididas por funcionarios responsables entre los que no están los imputados, y, finalmente, actos propios “de su función” del art. 426 inciso primero del CP son actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario”.

El Auto del Instructor cuando hace esta relación de hechos los conecta con una fundamentación completamente alejada de la interpretación que hace el Tribunal. Lo que sirve de soporte fáctico al Instructor para incardinar la conducta en el inciso primero del art. 426 CP y, por tanto desechar el inciso segundo –para la consecución de un acto no prohibido legalmente-, es tomado arbitrariamente por el Tribunal para excluir el inciso primero. El mundo al revés.

En efecto en su Razonamiento Jurídico Segundo, apartado c, declara que: “La competencia específica que corresponde a la función pública desempeñada por cada una de la personas beneficiadas no permite concluir que la finalidad perseguida por quienes le obsequiaban de aquel modo fuera la de lograr la realización, por parte de aquellas, de un concreto acto que fuera propio de sus funciones, pues éstas no guardaban relación con las que competían a aquellas otras autoridades y funcionarios que sí tenían atribuida la facultad de adjudicar los contratos que se celebraron por diversos organismo de la Administración de la Generalitat Valenciana con la entidad Orange Market SL, **lo que excluye que sus conductas puedan subsumirse en el segundo inciso del citado artículo 426 del Código Penal**. El modo mismo de producirse los hechos, el tipo de relación existente entre Álvaro Pérez y las personas obsequiadas y la entidad y características de los regalos, denotan que **la finalidad perseguida no era otra que lograr el agasajo o provocar la complacencia de aquellas personas, obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor, pero sin tender a la obtención de una determinada contraprestación**”.

Es más durante la instrucción se solicitó por esta parte insistentemente la investigación de las adjudicaciones y el Instructor y el Tribunal rechazaron las diligencias porque dada el ámbito de competencia asumido por el Tribunal, estrictamente el cohecho pasivo impropio del art. 426, la instrucción giraba en exclusiva sobre el deslinde entre el inciso primero y segundo del citado artículo.

El auto impugnado al tomar las contrataciones no como deslinde de los incisos, sino como fundamento del primer inciso, no sólo ha caído en la más absoluta incongruencia, sino que ha vaciado de contenido el artículo 426 primer inciso del CP.

Con la tesis del Tribunal, ya no es posible distinguir entre los regalos “en consideración a su función” y los regalos para la consecución de un acto no prohibido legalmente”. Tan es así que el Tribunal define “en consideración a su función” como actos propios “de su función”, esto es como actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario. Pese a que como ha declarado la jurisprudencia, no son actos retributivos, y el enlace causal está limitado a la motivación derivada de la función.

Esta forma de enredar la cuestión hace que en el discurso del Tribunal aparezca como sentado (requisitos del tipo) algo que no forma parte de la conducta típica, y a partir de esta falacia, discurre y se construye un razonamiento viciado en origen.

La entrega de regalos del art. 426 inciso primero no está conectada necesariamente con ningún acto, de estarlo sería de aplicación el segundo inciso o alguna otra modalidad de cohecho atendiendo a la naturaleza del acto.

Las referencias jurisprudenciales que invoca el Auto recurrido, no sólo no contradicen esta doctrina sino que en su caso la refuerzan o no son de aplicación al caso. En efecto, la cita del Auto TS de 1 de Junio de 2007, recoge una declaración absolutamente desconectada del fondo del asunto, pues un hecho, la entrega de un premio por una aseguradora por la trayectoria profesional de una catedrática, ahora Magistrada, no tiene adecuación en el tipo del art. 426 por “la genérica referencia a unos supuestos asuntos que pudieran encontrarse sometidos al conocimiento del

órgano que preside". En ningún lugar dice lo que sugiere el Tribunal, esto es, que el tipo requiera el anudamiento de la dádiva con la realización de un acto concreto, sino que se limita a rebatir que tales referencias genéricas no son suficientes para colmar las exigencias del delito imputado, sino más al contrario, porque la entrega del premio lo era por la trayectoria de catedrática y no por su condición de Magistrada, esto es, no en consideración a su función, por muy mucho que tuviera asuntos pendientes la aseguradora que entregaba el premio en el Tribunal que formaba parte la agraciada. Por el contrario en el presente caso, la entrega de los regalos han gozado de opacidad frente a lo público del supuesto de hecho del auto invocado por el Tribunal, y su entrega como luego veremos se hace consideración a la función de autoridad y funcionario público de los imputados.

Tampoco la STS de 3-2-2009 es de aplicación. En primer lugar porque concluir que cuando no consta la finalidad de la entrega del dinero es tanto como exigir una relación de causalidad significa un estiramiento inaceptable del hecho y por ende del tipo aplicable. La no constancia de la finalidad de la entrega del dinero excluye el art. 426, primer y segundo inciso pero no porque el primer inciso requiera una relación causal entre dádiva y acto, sino porque lo que requiere es una relación entre dádiva y "en consideración a su función". En efecto, basta leer el conjunto de la declaración del TS para comprenderlo así: "En otros términos, no concurre en el hecho probado la realización de la finalidad para la que se entrega el dinero, tratándose de un contrato de préstamo incumplido en orden a la devolución, sin que medie la realización de un acto propio del cargo, o recompensa del ya realizado, **o que haya sido entregado en consideración a su función.** La afirmación fáctica contenida en el hecho no permite la tipificación que se interesa en la impugnación al referirse a la concesión de un préstamo que se documenta".

La STS de 13 de Junio de 2008, para empezar, reproduce la doctrina de la STS 30/1994, 21 de enero (RJ 1994, 86) , a la que hemos menciono más arriba y que desmiente la pretendida relación de causalidad entre dádiva y acto, cuando precisa que **"...el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquella"**. En segundo lugar, si bien dice que las visitas de los guardias civiles lo eran cuando estaban de servicio, esto es, con motivo de su función (aunque la mayoría fuera de servicio), no puede tomarse tal expresión como justificación de una pretendida relación de causalidad sin traicionar el texto y su fundamento. En efecto, que los guardias civiles fueran al club de alterne en el ejercicio de su función (esto es de servicio), nada dice de la relación de la dádiva (prestación de favores sexuales gratuitos) con el acto de servicio, a salvo de que el Tribunal entienda el acto, como el acto sexual, cosa disparatada donde la haya.

Qué suerte de relación establece la Sentencia entre la prestación de servicios sexuales (dádiva o regalo) estando desarrollando su función los Guardias Civiles y el

acto de su competencia retributivo de la dádiva. No parece que pueda sostenerse seriamente que exista ninguna relación causal, más allá de la exigible en el tipo, la relación causal entre la dádiva (su entrega) “en consideración de su función”, pero en modo alguno, entre la dádiva y un acto propio de su función. La Sentencia, más al contrario, lo que afirma es que basta para configurar el delito de cohecho pasivo impropio la condición de autoridad o funcionario, la entrega de dádiva y una mera relación motivacional por la que la entrega se deba a la consideración de la función del receptor. Ni más ni menos.

La STS 2115/1993 de 7 de Octubre dice precisamente lo contrario de lo que afirma el Tribunal: Esta Sala ha declarado que en el delito de cohecho no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, **a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes**, y si esto se ha dicho del cohecho finalista que persigue la realización de un ulterior acto delictivo, pasando por las especies intermedias de omisión y mera ilicitud, **con mayor razón ha de predicarse del cohecho pasivo, en su modalidad más simple de aceptación de regalos**, describiéndose la indicada ratio legis, que pretende rodear a la función de administrar la cosa pública de aquel halo de integridad **y respeto necesarios para no despertar recelo y suspicacia en los administradores**. El tipo del art. 390 se circunscribe a la admisión de regalos, bien en consideración a su oficio, o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Deben comprenderse en él **no sólo los ofrecidos en atención a las cualidades que definen el correspondiente oficio**, sino también en los supuestos en que los regalos fueron presentados en atención a actuaciones que el funcionario haya llevado a cabo o pueda realizar en el futuro”.

La Sentencia dictada con arreglo a la anterior regulación del delito de cohecho pasivo, deja sentado a las claras que son las cualidades de autoridad las que determinan la relación entre la entrega y la finalidad perseguida, extendiendo, en virtud del segundo inciso, tal finalidad “en atención” a actuaciones pasadas o futuras.

En cuanto a la Sentencia TS 378/1995 de 10 de Marzo, la confección y entrega de un abrigo para la mujer del condenado a su instancia –supuesto diferenciado del presente-, se remite a la Sentencia 30/1994 de 21 enero: el término «*en consideración a su función*» debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que **sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla**. Declara igualmente que: Constituye la modalidad más leve de concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular delictivo o simplemente impuesto propio de su función, **sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención a su cargo o función desempeñada** para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y, por ende, justos) que no tienen por qué ser remunerados por los particulares.

La STS 102/2009, es otro supuesto completamente diferenciado de los hechos objeto de la presente Causa, pues si la finalidad de la entrega es un préstamo incumplido en orden a su devolución, es evidente que la entrega no es en consideración a la función, se trata de una conducta privatista sin reflejo penal, pero nada dice ni añade sobre una supuesta relación causal entre recepción y adjudicación.

Finalmente, se invoca el ATS de 2-2-2009 y la STS 709/1994. En cuanto al primero, se excluye la tipicidad por ser un hecho radicalmente distinto, pues en primer lugar, la entrega no se realiza a la autoridad o funcionario, y, en segundo lugar, lo que se declara sin más es que ***“cabe también rechazar como verosímil que aquella generosa aportación bancaria tuviese la consideración del cargo de D Lorenzo como causa”***. En cuanto a la sentencia, recoge una declaración genérica sobre el delito de cohecho y la aplica sin crítica alguna a un supuesto no comprendido en tal declaración, pues no hay más que ver, que no puede estar comprendido el cohecho pasivo impropio porque toda la jurisprudencia y doctrina es unánime que en este tipo no se requiere que el funcionario *“realice los actos que de él se soliciten”*.

Ni siquiera el Auto ahora impugnado se atreve a tanto, pues es bastante que los regalos se ofrezcan y se acepten *“en consideración a su función”*, sin que se realice acto alguno por parte del funcionario o autoridad, pues cuando así sea entran en juego otras tipologías de cohecho: para *realizar* en el ejercicio de su cargo *una acción u omisión* constitutiva de delito (art. 419), por *ejecutar un acto* injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito (art. 420), que tenga por objeto *la abstención de un acto que debiera practicar* en el ejercicio de su cargo (art. 421), para *realizar u acto* propio de su cargo (art. 425.1 inciso primero), para la *consecución de un acto* no prohibido legalmente (art. 426, inciso segundo) o como recompensa de un *acto realizado*, sea constitutivo delito o no (art. 425.1 y 1).

Y es que la locución *“en consideración a su función”* ha de entenderse *“en atención a su función”*, *“debido a su función”*, *“por motivo de su función”*. Ésta y no otra es la conexión causal exigida entre el regalo y la función pública (SSTS de 21-1-1994 y 2-2-1994).

La exigencia de *“que la entrega y aceptación de la dádiva, se realiza porque se encuentra dentro de las competencias y potestades de la autoridad o funcionario la concesión u otorgamiento de contratos u otros actos o, al menos, que aún no estándolo, dicha autoridad o funcionario haya procurado que el funcionario a quien si compete, conceda al donante alguna clase de ventaja, que no fuera injusta, lo cual como vimos no se ha acreditado”*, es un requisito no exigido en el tipo del art. 426 CP, pues nada menos que confunde el *cohecho subsiguiente* *–“haya procurado” o “no se ha acreditado” que las adjudicaciones estuvieran en conexión causal con los regalos-*, con el cohecho pasivo impropio. En efecto, si la conexión debe ponerse en relación con competencias y potestades, toda función pública las tiene y no añade nada y si, por el contrario, las conecta con unas concretas -las adjudicaciones ya realizadas- se adentra en el tipo del art. 425.2 CP (cohecho subsiguiente) y si lo son para la consecución de adjudicaciones futuras, su encaje cuando menos se encuentra en el inciso segundo del art. 426 CP.

Esta interpretación del Tribunal del primer inciso del art. 426 deja vacío de contenido el art. 425.2 y segundo inciso del art. 426 CP, y por aplicación del principio de vigencia, y ante dos interpretaciones, cuando una de ellas supone una radical abrogatio, habremos de inclinarnos por la que mantiene la vigencia del precepto, que en este caso no sólo desborda sus límites típicos sino que tiene pleno encaje, si estamos como estamos ante lo que se denomina un tipo de recogida.

Entender que “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla” (STS 21-1-1994), no implica ninguna suerte de automatismo como dice el Auto recurrido, sino que por el contrario es completamente respetuoso con el tenor literal y material del precepto, pues pese a lo que afirma la resolución impugnada el tipo no se completa por “el mero hecho de constatarse que se reúne la cualidad de autoridad o funcionario público”, sino que la dádiva se ha entregado y aceptado en consideración a su función y esto se constata por la concurrencia de un elemento subjetivo que cumple la doble función de tipicidad y culpabilidad conformando una forma dolosa.

En efecto, el regalo entregado a un funcionario puede ser a título particular (ámbito privatista en el que el derecho penal queda extramuros), o a título de su función, en cuyo caso completa la conducta típica. Es por esto que se requiere una conexión causal entre regalo y función. Sabemos que la entrega es en una condición u otra - elemento interno- y las distinguimos por la exteriorización y objetivación de determinados actos que nos permiten concluir que es o no “en consideración a su función”. El dolo se completa, en cuanto a su elemento intelectual por la conciencia de la conexión entre regalo y la función pública desempeñada: “no cabe duda que el dolo, salvo cuando sea reconocido por el propio autor, tiene que aflorar de datos probados, externos y obrantes en la causa en una operación lógica y razonable. Se patentiza con la exigencia de que sin coste alguno se le confeccionara un abrigo a su mujer y con el mero requerimiento de un chaquetón, con su condición funcional y su situación de superioridad o control informativo sobre el requerido (Sentencia TS núm. 378/1995 de 10 marzo).

Estos datos, externos y objetivos, han tenido un reflejo en el Auto del Instructor por el que acordaba convertir la diligencias Previas en Procedimiento de Jurado: 1) Todas las prendas de vestir con las fueron obsequiadas aquellas personas merecen la conceptualización de dádiva a los efectos de lo establecido en el artículo 426 del Código Penal; 2) No puede equipararse a los presentes o las atenciones de cortesía o de mero reconocimiento que los usos sociales aceptan como inocuos, dada 3) la reiteración en su entrega, 4) su mismo valor; 5) No existe ninguna causa o razón diferente de la atinente a la condición personal de los receptores de las prendas y la función pública que los mismos desempeñaban, que permita explicar por qué motivo Álvaro Pérez o las sociedades a las que el mismo estaba vinculado tuvieran que obsequiarles de aquél modo (ni de ningún otro). Y a todo ello debe añadirse: 1) Los regalos son además de reiterados producidos en un largo periodo de tiempo, años 2005 a 2008; 2) no guardan

relación con fechas significativas que el uso social pudiera justificar; 3) son aleatorios a lo largo de un periodo muy prolongado; 4) finalizaron con la detención de los donantes; 5) los regalos eran elegidos por los receptores que seleccionaban telas y tipo de vestimenta para su confección; 6) a tal efecto se desplazaban a otra población y 7) quien pagaban los regalos era la empresa Orange Market, S.L. (u otras empresas de su grupo) beneficiaria de millonarias adjudicaciones por las distintas Consellerías del Gobierno de la Generalitat Valenciana que preside uno de los imputados, Sr. Camps, y cuyo Vicepresidente durante un determinado periodo de adjudicación y regalos era otro de los imputados (Sr. Campos), coincidiendo temporalmente ambos hechos, con el inicio del desempeño de la función de tales cargos, así como con el inicio de adjudicaciones y los correlativos regalos.

Conviene añadir que la distinción entre usos sociales y una conducta con relevancia típica, puede encontrar sustento en una falta de antijuridicidad material, en lo que se ha denominado en el principio de insignificancia, pero este criterio no puede generalizarse, sino que hay que estar al caso concreto, y sin que consideraciones generales la lesividad del precepto puedan tener acogida en un ámbito jurisdiccional: ***Las consideraciones del recurrente acerca de la injustificada protección penal de un bien jurídico como el que late en el art. 426, no pasan de ser simplemente eso, unas reflexiones tan apreciables como insuficientes para el éxito del efecto impugnatorio que anima el motivo. El art. 426 del CP acoge, desde la reforma introducida por la [LO 9/1991, 22 de marzo \(RCL 1991, 798\)](#) , la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Conforme a la redacción actual, coincidente con la del previgente art. 390 del [CP de 1973 \(RCL 1973, 2255\)](#) , este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.***(STS núm. 362/2008 de 13 junio).

Cuanto se ha expuesto es predicable de la conducta de todos los imputados, Sr. Camps, Sr. Campos, Sr. Betoret, incluido el Sr. Costa pues si bien su condición de diputado, la función que desempeña es de participación en tareas legislativas sin competencias en aéreas ejecutivas o de adjudicación de contratos, esto *per se* no le excluye de la condición de sujeto activo del delito de cohecho impropio pasivo. En los términos recogidos en el Auto que se impugna habría categorías de funcionarios o autoridades que estarían excluidos del tipo del art. 426 inciso primero del Código Penal. Y esta conclusión resulta contraria a la condición genérica del sujeto activo en esta clase de cohecho. El delito es un delito especial propio pero las características especiales que delimitan el sujeto activo son universalizables.

La consideración de la función no tiene porqué estar relacionada con la expectativa de una adjudicación o un acto concreto que beneficie al donante. No ha de olvidarse que lo que se protege en este tipo calificado por la jurisprudencia y doctrina como de peligro abstracto es que mediante la incriminación de esa conducta se "...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar ***la confianza pública*** en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley". STS núm. 362/2008 de 13 junio. Igualmente el TS ha declarado "que en el delito de cohecho no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de ***garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios***, a quienes

hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria transgresión de sus deberes, y si esto se ha dicho del cohecho finalista que persigue la realización de un ulterior acto delictivo, pasando por las especies intermedias de omisión y mera ilicitud, con mayor razón ha de predicarse del cohecho pasivo, en su modalidad más simple de aceptación de regalos, describiéndose la indicada *ratio legis*, que pretende rodear a la función de administrar la cosa pública de aquel **halo de integridad y respeto necesarios para no despertar recelo y suspicacia en los administradores**. Sentencia TS núm. 2115/1993 de 7 octubre. Y tal y como se ha dicho, y se ha de insistir, no tiene carácter retributivo. STS núm. 362/2008 de 13 junio.

Pero es que además, como también ha señalado la jurisprudencia, “tales entregas de carácter gratuito y de evidente contenido patrimonial (por lo que constituían otros tantos regalos) le fueron hechas en atención a la posición de ventaja e influencias (para conseguir trabajo) que él mismo hacía ver le proporcionaba su cargo policial, o lo que es lo mismo, le fueron ofrecidas en consideración a su función, **pues de no desempeñar ésta sin duda las personas que realizaron tales entregas lucrativas no lo hubieran hecho**” Sentencia TS núm. 30/1994 de 21 enero. Es evidente que no está entre las competencias ni es la función del agente de Policía conseguir trabajo, y sin embargo su conducta se inscribe en el delito de cohecho pasivo impropio porque lo decisivo es que las entregas se hicieron “en consideración a su función”.

Y, por si no fuera bastante, y de seguir con el razonamiento sobre la naturaleza causal –regalo/acto-del auto recurrido que se ha rechazado más arriba, ha declarado igualmente el Tribunal Supremo que “pueden no coincidir las personas que lo reciben, y el que lo ejecuta” Sentencia TS núm. 2115/1993 de 7 octubre, de tal modo que es indiferente que quien recibe el regalo sea quien tenga competencia, basta que lo sea en consideración a su función, esto es que es por su función por la que recibe el regalo con independencia de que ejecute un tercero que sí tiene competencias. En el caso presente la falta de competencia en adjudicaciones no empece para que la conducta se adecúe al tipo de cohecho pasivo impropio (por este motivo y no otro se denomina impropio).

Si a ello se añade que el Sr. Costa es Diputado Autonómico además de Secretario General del Partido Popular en la Comunidad Valenciana y que el Sr. Camps, es Presidente del Partido Popular en la Comunidad Valenciana además de Presidente de la Generalitat Valenciana, y que existe una completa identificación entre Parlamento y Ejecutivo al disponer de una mayoría absoluta holgada, las tareas se confunden y la distinción entre quien recibe y ejecuta cobra mayor entidad, mayor relevancia indiciaria, si atendemos al *modus operandi*, a la carga indiciaria más arriba detallada, a la unidad subjetiva del donante, y a la conexión de los receptores.

Por si esto no fuera bastante, el informe remitido por la Brigada de Blanqueos de Capitales el 31 de Julio de 2009, en plena fase de deliberación del Auto ahora recurrido da cuenta de estas vinculaciones del Sr. Costa con las adjudicaciones, que hemos de insistir que no requieren de causalidad alguna. En efecto, allí se reseña que el pago de los 420.700 € de Orange Market, S.L. al “PPVCL” -como ha reconocido el autor del apunte José Luís Izquierdo, Partido Popular de la Comunidad Valenciana-

(folio 47 del Informe), sólo tiene explicación como comisiones participativas en las adjudicaciones de la administración valenciana a la citada empresa, y de ahí también la entrega de regalos a los imputados por tales adjudicaciones.

Se desdibuja así un apunte dialéctico incluido en el Auto que acuerda el sobreseimiento libre, por el que sostiene que los regalos fueren ofrecidos, ya no sólo al Sr. Costa sino al resto de los imputados, en razón a la condición de dirigentes del Partido Popular en la Comunidad Valenciana. Introduce esta alternativa ajena a la cuestión discutida, dado que, ninguno de los imputados invocó estas razones para justificar la aceptación de los regalos. Todos ellos negaron que fueran regalos, porque todos ellos afirmaron haber satisfecho el importe de las prendas recibidas.

El objeto del proceso son las pretensiones de las partes, las acusaciones que fijan una imputación (cohecho) y las defensas que o bien mantienen una posición pasiva o alegan en su descargo. Los imputados, al negar haber recibido regalos no introdujeron en el debate que los trajes les fueran obsequiados en razón a su condición de dirigentes del Partido Popular en la Comunidad Valenciana, pretensión que ahora el Auto introduce disimuladamente, y que, por tanto, no puede ser siquiera tenido en cuenta.

La cuestión relativa al principio de certeza en relación a la concurrencia de alternativas ha sido profusamente estudiada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pero su sitio procesal se encuentra en el seno del juicio oral, pues hasta no llegar a él, la cuestión de la certeza no surte ningún efecto, la fase indiciaria no pivota sobre alternativas dado que nos situamos en un plano de probabilidad y no de certeza, como se ha dicho, capaz de enervar el principio de presunción de inocencia. Las disquisiciones del Tribunal en razón a la concurrencia de una alternativa que no ha sido alegada en las declaraciones de los imputados, que tampoco ha sido objeto de prueba, dado que no era objeto del debate y sobre la que los imputados han mantenido una actitud pasiva, no puede ser introducida unilateralmente por el Tribunal, en una fase meramente indiciaria, y menos aun para acordar un sobreseimiento libre de la causa que no es más que una Sentencia absolutoria anticipada y como tal con efecto de cosa juzgada.

Con cuanto se ha expresado, debe concluirse que la decisión no sólo es precipitada –en un doble sentido, se han producido nuevas diligencias que han sido ignoradas a la hora de tomar la decisión, y al mismo tiempo, se clausura un procedimiento con vehemente relevancia típica-, sino que no encaja con **un sobreseimiento libre que sólo es factible cuando de las diligencias de investigación practicadas se desprende inequívocamente que los hechos objetivamente y ex ante nunca podrían cumplir el tipo objetivo de una figura penal**. La existencia de claros indicios de criminalidad y la discusión sobre una cuestionada relación de causalidad que no exige el tipo en los términos recogidos por el Auto impugnado, justifica sobradamente la continuación del procedimiento, máxime cuando esta forma de yugular la investigación hurta la competencia que viene atribuida al Tribunal Enjuiciador competente para una valoración conjunta de las pruebas.

Procede, pues, con estimación del recurso por inaplicación del art. 426 inciso primero, casar el Auto de fecha 1 de Agosto de 2.009, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictando otro por el que se revoque el sobreseimiento libre decretado, mandando seguir el procedimiento por los trámites del Tribunal del Jurado.

MOTIVO SEGUNDO.- BREVE EXTRACTO: Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por Infracción de precepto constitucional, artículo 9.3 de la Constitución Española, interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y en relación a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 de la Constitución Española, por cuanto la primera es una proyección negativa de la segunda.

La doctrina constitucional sobre la interdicción de la arbitrariedad, es un cuerpo jurisprudencial absolutamente consolidado, como muestra por todas la Sentencia num. 118/2006, de 24 de Abril, del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) [RTC/2006\118]:

*“En primer lugar, la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997, 58] , F. 2; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25] , F. 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147] , F. 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que **debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad** (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 146] , F. 7). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto **si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia** (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25] , F. 2; y 221/2001, de 31 de octubre [RTC 2001, 221] , F. 6). En suma, el art. 24 CE (RCL 1978, 2836) impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (entre otras, STC 8/2005, de 17 de enero [RTC 2005, 8] , F. 3).*

En concreto, este Tribunal ha dicho que una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo [RTC 1994, 148] , F. 4; 244/1994,

de 15 de septiembre [RTC 1994, 244] , F. 2; 54/1997, de 17 de marzo [RTC 1997, 54] , F. 3; y 160/1997, de 2 de octubre [RTC 1997, 160] , F. 7). Y en cuanto al vicio de irrazonabilidad susceptible de tutela a través del recurso de amparo, hemos afirmado que «la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (STC 164/2002, de 17 de septiembre [RTC 2002, 164] , F. 4).”

No cabe sino concluir que una interpretación de un precepto alejada de su tenor literal y de la doctrina jurisprudencial generada alrededor del mismo, supone un retorcimiento de las exigencias típicas que, en la medida que no suponga una nueva orientación interpretativa, implica de suyo que la decisión basada en tales presupuestos quepa tacharla de arbitraria.

En el caso presente existen patentes datos que ponen de relieve que bajo la excusa de una exigencia jurisprudencial derivada de la interpretación del artículo 426 del Código Penal, se ha alterado caprichosamente, extendiéndola a supuestos no contemplados, como es el caso de exigir que la relación de causalidad de la dádiva o regalo no se encuentre estrictamente vinculada a “en consideración a su función”, sino a actos pasados, presentes o futuros, por los que la dádiva sea una retribución de los mismos.

Esta manera de proceder implica un desorden sistemático por el que se vacía de contenido el artículo 425.1 del Código Penal (como recompensa del ya realizado) y el 426 inciso segundo del Código Penal (para la consecución de un acto no prohibido legalmente).

Asimismo, construir el fundamento de la no concurrencia de tal requisito sobre los antecedentes fácticos del Auto de fecha 6 de Julio de 2.009 dictado por el Magistrado Instructor, y cuya apelación resuelve el Auto ahora impugnado, es igualmente una deslealtad procesal que se convierte en el presente caso en una arbitrariedad, porque el citado Auto cuando declara, en su Razonamiento Jurídico Segundo que “La competencia específica que corresponde a la función pública desempeñada por cada una de la personas beneficiadas no permite concluir que la finalidad perseguida por quienes le obsequiaban de aquel modo fuera la de lograr la realización, por parte de aquellas, de un concreto acto que fuera propio de sus funciones, pues éstas no guardaban relación con las que competían a aquellas otras

autoridades y funcionarios que sí tenían atribuida la facultad de adjudicar los contratos que se celebraron por diversos organismo de la Administración de la Generalitat Valenciana con la entidad Orange Market, S.L., **lo que excluye que sus conductas puedan subsumirse en el segundo inciso del citado artículo 426 del Código Penal**. El modo mismo de producirse los hechos, el tipo de relación existente entre Álvaro Pérez y las personas obsequiadas y la entidad y características de los regalos, denotan que la finalidad perseguida no era otra que lograr el agasajo o provocar la complacencia de aquellas personas, obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor, pero sin tender a la obtención de una determinada contraprestación”, claramente trata de deslindar jurídicamente el inciso primero del segundo, de tal manera que, al excluir el segundo, y al no encontrar vinculaciones con la “consecución de un acto no prohibido legalmente”, concluye que los regalos les fueron ofrecidos en consideración a su función, por las razones que el propio Auto expone.

Lo que para el Magistrado Instructor fue una exclusión del inciso segundo, se convierte sin razón alguna en una exclusión del inciso primero, pervirtiendo el sentido del precepto a través de un forzamiento de la interpretación del mismo sin base ni sustento alguna.

La pretensión de apoyarse en una jurisprudencia que cita profusamente, es una mera apariencia de legalidad que su propia lectura desbaratar la interpretación sostenida en la medida en que se muestra contraria al sentir jurisprudencial unánime con respecto al artículo 426, primer inciso, del Código Penal. En efecto, tal y como se ha puesto de manifiesto en el primero de los motivos, por infracción de Ley, la jurisprudencia interpreta “en consideración a su función”, por todas la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 30/1994, 21 de enero (RJ 1994, 86), **“sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquella”>>**.

Al proceder de este modo el Tribunal hace irreconocible su resolución que es más propia de un decisionismo voluntario que de una fundamentación racional del precepto aplicado (no aplicado), pues lo que trata de garantizar el artículo 24.1 en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española, también, es que “el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso” pues en otro supuesto, la decisión no estaría fundada en derecho y la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas SSTC 25/2000, de 31 de Enero, y 221/2001, de 31 de Octubre).

Ya se ha dicho que el artículo 426 del Código Penal, inciso primero, no exige ninguna suerte de relación causal entre dádiva y acto, porque en consideración a su función ha de interpretarse “en atención a su función, debido a su función o con motivo de su función”. Requerir una conexión causal como la pretendida por la resolución impugnada es “inventar” el derecho, y supone un error patente sin

justificación alguna en un salto ilógico tomando elementos descontextualizados de una jurisprudencia que no ofrece fisuras y que es unánime al respecto.

El motivo deberá estimarse y declarar nulo el Auto por vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad, y dictar otro por el que acuerde que no procede el sobreseimiento libre y en consecuencia mande seguir la causa por el procedimiento del Tribunal del Jurado.

MOTIVO TERCERO.- BREVE EXTRACTO: Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 de la Constitución Española, y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Asimismo supone una clara arbitrariedad adoptar una decisión de sobreseimiento libre cuando existen en la causa datos relativos a la investigación aun no culminada susceptibles de ofrecer nuevos indicios sobre los hechos investigados y la calificación jurídica de los mismos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid había advertido que aun faltaban por abrir diversas cajas de documentación incautadas en el registro de la sede de Orange Market, S.L., como indica en el Fundamento Séptimo del su Auto de inhibición: “La documentación soporte de la inhibición que ahora se acuerda se encuentra incluida en el testimonio de las Diligencias Previas 275/08 que con fecha 5 de Marzo de 2.009 se remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Con posterioridad, al irse avanzando en el volcado y levantamiento del precinto de los diversos soportes intervenidos, se ha acordado la remisión de testimonio de algunos documentos. **Aun no ha concluido el levantamiento de precinto de documentación intervenida**” (Auto de inhibición dictado por el Magistrado Instructor de las Diligencias Previas 1/09 que se siguen ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de Julio de 2.009).

El Auto se recibió durante el proceso de deliberación de los recursos de apelación que han dado lugar a la resolución ahora impugnada. La decisión padece no sólo de precipitación sino que resulta inexplicable y por ende arbitraria, pues habiéndole puesto de manifiesto otro Tribunal una inhibición a su favor en relación a otros imputados y advirtiéndole de la existencia de documentación aun pendiente de examinar que podía ser reveladora de indicios nuevos o que reforzasen los existentes sobre los hechos y responsabilidades investigadas, no resulta razonable que el Tribunal omitiendo el deber de valorar la nueva situación procesal y acomodar los trámites al estado de la causa, resolviera la apelación decretando el sobreseimiento libre con la

imposibilidad de proseguir la investigación en ese momento y en el futuro, y dejara sin efecto de facto la inhibición y cuantos elementos indiciarios se derivasen de la misma.

Esta manera de proceder supone una violación de la tutela judicial efectiva, de un proceso con todas las garantías al adoptarse una decisión absolutamente arbitraria, que ha traído como consecuencia dictar un sobreseimiento libre sin atender a elementos que se han puesto en comunicación del Tribunal por otro Tribunal, para finalmente no dar lugar a la inhibición porque la causa está “cerrada”. Al no atender a la inhibición de la que tuvo conocimiento en el proceso deliberativo, aceptándola o rechazándola, además de vedar el ingreso de la prueba que se derivase de la investigación cuya inhibición se comunicaba, el Tribunal ha truncado el procedimiento toda vez que en el caso de que la hubiera rechazado se ha privado al Tribunal Supremo, de suscitarse, la resolución del conflicto de competencias derivado de una competencia negativa, sustituyendo la competencia del Tribunal Supremo.

En iguales términos cabe pronunciarse sobre la recepción con fecha 31 de Julio de 2.009 del Informe emitido por la Brigada de Blanqueo de Capitales, que pese a ser recibido con antelación a dictarse el Auto de sobreseimiento libre, no fue valorado hasta que recayó resolución definitiva de sobreseimiento libre y es a posterioridad cuando el Tribunal decide no atenderlo por las razones que constan en el Auto de fecha 10 de Septiembre de 2.009. Sin embargo, en el citado informe constan resultados elocuentes de la investigación sobre la vinculación de al menos un imputado, Sr. Costa, con las adjudicaciones, que hemos de insistir que no requieren de causalidad alguna. En efecto, allí se reseña que el pago de los 420.700 € de Orange Market, S.L. al “PPVCL” -como ha reconocido el autor del apunte José Luís Izquierdo, Partido Popular de la Comunidad Valenciana- (folio 47 del Informe), sólo tiene explicación como comisiones participativas en las adjudicaciones de la administración valenciana a la citada empresa, y de ahí también la entrega de regalos a los imputados por tales adjudicaciones. El Sr. Costa, es el Secretario General del Partido Popular en la Comunidad Valenciana, y de las grabaciones que obran en el citado Informe, se desprende sin dificultad alguna que es el responsable de las decisiones relativas a los pagos y cobros con la empresa Orange Market, S.L.

El Tribunal no tuvo en cuenta estos relevantes indicios, y con posterioridad al sobreseimiento libre, si bien afirmó que no guardaban relación con los hechos investigados, decidió incorporarlo a la causa, entre otras razones porque la investigación correspondía al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. El Tribunal no explicó por qué no tuvo en consideración tales indicios, ni tampoco por qué afirmaba que no guardaban relación con la causa, esta decisión meramente voluntarista está aquejada de falta de valoración y concreción fundamentadora. El Auto fue recurrido por dos de los imputados y en la oposición se le pusieron de manifiesto tales extremos, pese a ello, estimó el recurso de súplica formulado y ha acordado el desglose y devolución del Informe. El Tribunal ha tenido, pues, perfecto conocimiento de tales indicios, ya no sólo porque constan en el Informe sino porque además se le ha advertido de la concurrencia de los mismos, y de la necesidad de que, primero debieron de ser valorados antes de dictar el sobreseimiento libre, y después de su incorporación a la causa. El Tribunal no ha atendido ni a una ni a otra

consideración, se ha parapetado en el proceso de deliberación como excusa para no evaluar, en este caso, el Informe de la Brigada de Blanqueo de Capitales, cuando debió de haberlo hecho antes, dando traslado a las partes, que no han tenido conocimiento del mismo hasta el Auto de fecha 10 de Septiembre de 2.009, para que, ante la presentación del Informe, pudieran pronunciarse en cuanto a la influencia que pudiera tener en la apelación pendiente de resolver, no lo hizo así y violó el derecho a un proceso con todas las garantías.

El motivo con su estimación por vulneración de un proceso con todas las garantías acarrea la nulidad del Auto con devolución de la causa para que por Tribunal distinto resuelva con antelación a dictar el Auto de sobreseimiento libre, la inhabilitación postulada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y valore, su contenido a efectos de resolver el recurso de apelación, y asimismo el Informe recibido de la Brigada de Blanqueo de Capitales, de fecha 31 de Julio de 2.009.

MOTIVO CUARTO.- BREVE EXTRACTO: Encuentra su base procesal el presente motivo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 Constitución Española, y derecho a no padecer indefensión, artículo 24.2 de la Constitución.

El Auto impugnado, como ya se ha dicho, realiza una arbitraria interpretación de la conexión causal exigible en el artículo 426, inciso primero, del Código Penal, en tanto en cuanto estima que debe existir una relación causal entre el regalo y un acto concreto desplegado por la autoridad o funcionario, y por tal razón se ha articulado el primero de los motivos por infracción de Ley. Igualmente se ha denunciado una arbitraria selección, por descontextualizada, de las razones tenidas por el Instructor para diferenciar el inciso primero del inciso segundo en cuanto a la no constancia de que los regalos lo sean en atención a las contrataciones realizadas, pero aunque fuere a efectos dialécticos, tales consideraciones -la exigencia arbitraria de la relación de causalidad dicha- están reñidas con el derecho de defensa.

En el escrito de querrela presentada por esta parte, se solicitaron una serie de diligencias relativas a la investigación de los contratos de adjudicación de la administración valenciana a favor de la entidad Orange Market, S.L., más en particular que se requiriese a la Consejería de Presidencia para que aportara los expedientes de contratación, e igualmente que por cooperación judicial al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid se remitiera la contabilidad de Orange Market, S.L. y de otras empresas pagadoras de los trajes, y finalmente, se requiriera, también por cooperación judicial, al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, la documentación obtenida en el registro efectuado en las oficinas de Orange Market, S.L. Estas diligencias de investigación fueron rechazadas por el Instructor y contra su resolución se interpuso recurso de apelación, por los motivos que en el mismo constan, y que fue resuelto negativamente por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana mediante Auto de fecha 19 de Junio de 2.009, con base a que existía una delimitación competencial de la investigación al artículo 426 del Código

Penal, y que otro Tribunal, en concreto el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid ya investigaba esos hechos.

Por Providencia de 12 de Junio de 2.009 el Magistrado Instructor concedió un plazo de cinco días para que las partes efectuasen las alegaciones que pudieran tener por conveniente. En cumplimiento de este trámite se reprodujeron las mismas diligencias de investigación que figuraban en la querrela en lo que aquí respecta. Por Auto de 22 de Junio de 2.009 el Magistrado Instructor rechaza de nuevo las diligencias, por entender que no guardan relación con los hechos investigados y además corresponden a la causa principal que está siendo investigada por la Sala de Lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma que fue desestimado mediante Auto de 1 de Julio de 2.009 porque la aportación de los contratos “no puede ser determinante de la calificación jurídica de las conductas que son objeto del presente proceso” y porque es competencia (la aportación de la contabilidad) de la causa principal que se sigue en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Por Auto de fecha 21 de Julio de 2.009 se desestima por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de diligencias de investigación, porque entiende que la pretensión de esta parte es una *inquisitio generalis*.

No es admisible en Derecho, desde la vertiente del principio de proscripción de indefensión, que el Tribunal frustre *“con su actitud la práctica de determinada prueba, impidiendo a quien la ha propuesto y solicitó su colaboración en su práctica, la utilización de un medio de prueba pertinente para su defensa, y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado precisamente lo que se pretendía acreditar con la prueba no practicada. En estos supuestos lo relevante no es que tales pretensiones se hayan desestimado, sino que la desestimación sea consecuencia de la previa conculcación por el propio Juzgado de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia”* (STC 208/2001).

No puede afirmarse paladinamente que procede el sobreseimiento libre, cuando previamente se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, pues de esta manera se causa indefensión al interesado al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado “cuando no se pudieron acreditar precisamente porque ese mismo Juzgado o Tribunal impidió la correcta práctica de su prueba” (SSTC 217/1998, 183/1999). Con ello, se limitan los derechos de defensa del denunciante al inadmitir los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio Juzgado son atribuibles, resolviendo desestimarlas justamente, por no haberlas acreditado” (SSTC 90/1987, 29/1990, 138/1999).

En efecto, conviene antes que nada precisar que, el objeto del proceso penal es evolutivo, esto es, la competencia debe de determinarse en la medida en que avancen las fases del proceso, dado que la conformación del objeto puede sufrir modificaciones y con ella también la competencia para el enjuiciamiento, *“la Constitución no exige, en*

modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/1996 [[RTC 1996\49](#)], fundamento jurídico 4.º).

*La pretensión de que, desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor, queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, **no es aceptable. [...] Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente** (SSTC 135/1989, fundamento jurídico 4.º, y 41/1997 [[RTC 1997\41](#)], fundamento jurídico 5.º), especialmente cuando se plasma en los escritos de calificación o de acusación, que el art. 24 CE prohíbe que sean imprecisos, vagos o insuficientes (SSTC 9/1982, fundamento jurídico 1.º, y 20/1987, fundamento jurídico 5.º)".(Sentencia nº 41/1998, de 24 de Febrero, del Tribunal Constitucional (Sala Primera) [[RTC 1998\41](#)]).*

El Tribunal ha desechado la insistente solicitud de diligencias relacionadas con el objeto del proceso en base a su primigenia delimitación competencial (estricto art. 426 CP) y a que la Causa principal estaba siendo investigada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Hemos dicho en otro lugar de este procedimiento que:

"Al establecer el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana tan encorsetada delimitación del objeto de investigación por el que no se puede ir más allá de los hechos derivados de la Exposición Razonada elevada por el Magistrado del Juzgado Central número Cinco de la Audiencia Nacional, pero tampoco de la calificación jurídica acotada en el Auto de fecha 1 de Abril de 2.009, se produce un círculo vicioso que ahora se pretende deshacer, pues la investigación no puede dar ningún otro resultado que el anticipado dado que ha establecido una prohibición taxativa que exceda del marco del artículo 426 del Código Penal: no se admite ninguna diligencia de investigación destinada a acreditar ninguna otra variante típica del delito de cohecho, y por esto el presente recurso, y como no se admite ninguna otra diligencia, no es posible acreditar que los hechos sean subsumibles en ninguna otra variante típica del delito de cohecho. Esta forma de razonar se acerca a las denominadas falacias de petición de principio por las que se crea un círculo vicioso en el que en la premisa ya se contiene la conclusión, y la consecuencia no puede ser otra que el razonamiento carece de toda validez lógica.

El objeto de investigación es sencillamente el regalo de trajes a determinadas autoridades o funcionarios, ése y sólo ése es el objeto de investigación. De ese objeto de

investigación cabe su subsunción típica en alguno de los delitos de cohecho de los artículos 419 y siguientes del Código Penal. Sin desbordar el ámbito del objeto de investigación, esto es, el regalo de los trajes las diligencias destinadas a acreditar la finalidad de tales regalos forman parte del marco de la investigación. Sostener que los regalos de trajes son inscribibles sí y sólo sí en el artículo 426 del Código Penal, porque el artículo 426 del Código Penal, acoge lo regalos de trajes es un argumento falaz porque la conclusión se contiene en la premisa, esto es, en lo que se pretende probar y asimismo da cuenta de un aspecto parcial de los hechos investigados. Que el artículo 426 del Código Penal admita el regalo de trajes no excluye que atendiendo a las finalidades del regalo los hechos tengan encaje en algún otro tipo de cohecho. Parecidos argumentos pueden ofrecerse de las diligencias de investigación como ya se ha dicho: no se admiten diligencias de investigación destinadas a acreditar otro tipo de cohecho que no sea el del artículo 426 del Código Penal, ergo los hechos solamente son subsumibles en el artículo 426 del Código Penal, circularidad denunciada por la argumentación lógica”.

Si a ello añadimos que en la querrela no se exige que se concreten un tipo delictivo, art. 277.4º LECrim, sino hechos con apariencia delictiva y estos en el caso presente consienten cuando menos las diversas variantes típicas del delito de cohecho, de tal modo que sobre tales hechos puede y debe realizarse una dinámica investigadora con independencia de su calificación.

Máxime cuando el informe de la Sindicatura de Cuentas alerta sobre la concurrencia de irregularidades en los procesos de contratación efectuados por la Agencia Valenciana de Turismo, entre los que se encuentran los contratos para Fitur. Tales irregularidades se resumen en las siguientes:

- Se realizan cuatro contratos con el mismo objeto, siendo que lo son por una parte de suministros y de prestación de servicios, sin embargo en el pliego de cláusulas administrativas no se determina la parte del precio de licitación que corresponde al suministro y qué parte a los servicios.
- Se omiten los dos trámites preceptivos que son la resolución de iniciación, y la de aprobación del expediente, que únicamente se unifican en un solo acto.
- No se justifica la necesidad para los fines del servicio público (art. 13 y 67 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).
- No se aprueba el pliego de prescripciones técnicas.
- No se aprueba el cuadro de características básicas anexo al pliego de cláusulas administrativas.
- El pliego de prescripciones técnicas incluye materias que deberían figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que contraviene el artículo 68.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- En los contratos que podrían permitir el fraccionamiento por lotes, no consta el requisito de justificación preceptivo para ello.
- Se contrata conjuntamente proyecto y ejecución de obra, sin que obre justificación de las razones por las que se recurre a este tipo de contratación que se regula como excepcional en el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.
- Se efectúan contratos por el procedimiento negociado, cuya cuantía es superior a la determinada para este tipo de contratación.
- No se realiza publicidad de la adjudicación del procedimiento negociado.
- En algunos casos, la empresa adjudicataria no es ninguna de aquellas a las que expresamente se ha dirigido la invitación.

Y tales contrataciones, entre las que se encuentra las de Fitur, se producen siendo uno de los imputados (el Sr. Betoret) el responsable de Fitur.

Debe añadirse en este punto que las declaraciones testificales de los funcionarios intervinientes en las mesas de contrataciones que han sido practicadas, estaban limitadas a comprobar el segundo inciso del 426 Código Penal, pero no a comprobar la concurrencia de otras variantes típicas del cohecho, cuando además esas testificales en los términos en los que fueron planteadas, no podían desprender ninguna rentabilidad procesal, por cuanto es contrario a las garantías la pretensión de que un testigo se autoinculpe."

En cuanto a la competencia, tanto asistía a esta parte la razón que se produjo una inhibición subjetiva y real.

Esta forma de proceder del Tribunal ha limitado sino cercenado el derecho de defensa sin fundamento alguno como con posterioridad ha revelado la investigación, en concreto el informe de la Brigada de Blanqueo de Capitales de 31 de Julio de 2009, y el auto de inhibición del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y lo ha hecho de manera definitiva porque en ese trance ha finiquitado el procedimiento a través de la declaración de un sobreseimiento libre porque entiende que no hay conexión causal entre los regalos, que no cuestiona, y las adjudicaciones que son precisamente las que ha impedido su investigación. Y esto cobra una mayor entidad cuando en el citado Informe de la Brigada de Blanqueo de Capitales, se contienen grabaciones que dan cuenta de acuerdos sobre adjudicaciones e incluso que en el caso de Fitur, su responsable se encontraba el mismo despacho de Orange Market SL para discutir sobre el presupuesto (plicas).

Entre dichas grabaciones, se contiene una conversación de fecha 23 de Diciembre de 2.008, entre Cándido Herrero (contable de Orange Market, S.L.) y Álvaro Pérez Alonso, que se realiza encontrándose éste último en el despacho de Ricardo Costa Climent y en el que la que Cándido Herrero informa a Álvaro Pérez que acaba de salir de una reunión con Dña. Dora Ibars (Directora General de la Sociedad Gestora

para la Imagen Estratégica y Promocional de la Comunidad Valenciana) de la que depende la Feria de FITUR, y en la que trataban de los presupuestos del stand (FITUR). Igualmente, existe otra grabación de una conversación entre Pablo Crespo y Álvaro Pérez de fecha 6 de Noviembre de 2.008, en la que Álvaro Pérez textualmente le informa a Pablo Crespo que *“vale bueno escúchame un segundo escucha es que voy a entrar en el despacho ahora mismo pero está Dora Ibars con Arancha que vamos a hablar de los FITUR”*. Asimismo y en relación a las adjudicaciones, se alude constantemente a adjudicaciones cuyo responsable es Vicente Rambla (Vicepresidente Primero de la Generalitat Valenciana), conversación entre David Serra y Álvaro Pérez de 23 de Diciembre de 2.008, de Ricardo Costa y Álvaro Pérez de 26 de Diciembre de 2.008, y entre Pablo Crespo y Álvaro Pérez de 30 de Enero de 2.009.

Copia del Informe se acompaña junto al presente recurso por dos motivos, uno para una mejor ilustración del Tribunal dado que ha sido excluido de la causa y es ésta una limitación del derecho de defensa de esta parte y que con tal proceder se ha producido una indefensión a esta parte; y en segundo lugar, porque dictado Auto por el que se acordaba su incorporación a la causa, y por tanto, susceptible de ser examinado por el Tribunal, con posterioridad, ante el recurso de súplica interpuesto por dos de las defensas, se ha dejado sin efecto tal incorporación, sin que haya existido la posibilidad de reaccionar frente a tal exclusión, más allá de la oposición formulada a la citada súplica. Como quiera que tal exclusión forma parte de la vulneración del derecho de defensa, el único modo por el que el Tribunal puede valorar si la denuncia tiene el suficiente contenido material para ser acogida, es el examen de ese informe, no queda más remedio que, de manera excepcional, se acompañe al presente recurso.

Se ha producido, pues, una verdadera indefensión material, al cercenar toda posibilidad de investigación de hechos con relevancia típica tendente a acreditar el tipo aplicable a los hechos objeto de imputación.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, se sirva tenerme por comparecido y formalizado en tiempo y forma **RECURSO DE CASACIÓN** contra el Auto de fecha 1 de Agosto de 2.009, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por vulneración de derechos fundamentales, artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por infracción de Ley, artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y previos los trámites legales oportunos, dicte resolución en la que con estimación del mismo acuerde la nulidad con revocación de la resolución impugnada, ordenando la continuación del procedimiento por los trámites del Tribunal del Jurado.

En Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil nueve.

Fdo. Virgilio Latorre Latorre Fdo. Teresa Castro Rodríguez.

