

En la Ciudad de Valencia a nueve de junio de dos mil once. Siendo ponente el magistrado Ilmo Sr. D. Juan Montero Aroca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las primero Diligencias Previas 2/2009 y luego del Procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/2009 se dictó el Auto de 16 de mayo de 2011 en el que se acordó:

1º) No haber lugar a actuar en las dichas actuaciones por los hechos a los que se refiere la inhibición de fecha 28 de julio de 2009, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado de las Diligencias Previas 1/2009 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativos a la conducta de D. Francisco, de D. Pablo y de D. Álvaro en relación con las entregas o con el pago del precio de las prendas de vestir con las que indiciariamente parecen haber sido obsequiados D. Fernando, D. Ricardo, D. Víctor y D. Rafael, por resultar penalmente atípica.

2º) Decretar el sobreseimiento libre y parcial de la presente causa respecto de tales hechos atribuidos a los citados D. Francisco, de D. Pablo y de D. Álvaro.

Contra ese Auto se han interpuesto dos recursos de queja. Temporalmente el primero por la representación procesal de la acusación popular, integrada por el Sr. L.G. y otros, a título personal, pero citando su condición de diputados en la legislatura anterior de las Cortes Valencianas, y el segundo por el ministerio fiscal.

Tras el traslado correspondiente ha presentado escrito de impugnación únicamente la representación procesal de D. José Víctor.

SEGUNDO.- La comprensión del Auto recurrido y de los recursos exige volver atrás y atender al origen en las Diligencias Previas 275/2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional.

El órgano dicho, y en las actuaciones mencionadas, conoció en un único procedimiento de 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 D. Francisco, como cabeza aparente de un grupo organizado de personas y empresas, en el que se integraban, en lo que ahora importa, D. Pablo y D. Álvaro. Ese grupo organizado tenía, siempre con carácter indiciario, 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.

En aquellas Diligencias 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. Nos importa ahora la

primera, la elevada a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que se partía de 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. Fernando, Cargo000 de la Generalidad Valenciana y Cargo000 del Partido Popular en la Comunidad Valenciana, y de D. Ricardo, diputado de las Cortes Valencianas y Cargo001 del Partido Popular de la Comunidad Valenciana; y las prendas habrían sido abonadas por empresas del grupo de Francisco.

La citada Exposición Razonada incluía a D. José Víctor, que fue Cargo002 y Cargo003 de la Generalidad Valenciana, y a D. Rafael, Cargo004 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 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. Víctor y Rafael 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. 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.

Esta Sala, en su Auto de 21 de abril de 2009, asumió la competencia limitada, por una parte a cuatro personas (los Sres. Fernando, Ricardo, Víctor y Rafael) y, por otra, a los hechos concretos relativos a la aceptación de dádivas consistentes en prendas de vestir, que habían sido calificados ya de modo provisional de cohecho impropio del artículo 426. Se procedió así a la incoación de las Diligencias Previas 2/2009, nombrando instructor al Ilmo. Sr. D. José Flors Matfies.

En estas Diligencias por el ministerio fiscal y por la acusación popular, integrada por el Sr. L.G. 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 Ilmo. Sr. Magistrado Instructor. De modo especial

deben mencionarse los autos de éste de 6 de junio de 2009 y de 14 de julio de 2009 en los que se denegó expresamente la ampliación. En el Auto de 22 de julio de 2010 se decía:

1.a) Al parecer, a los sujetos responsables del entramado societario que era objeto de investigación en la causa principal, se les atribuía la práctica de obsequiar a algunas autoridades o funcionarios en distintos lugares del territorio nacional con la finalidad de obtener un trato ventajoso en las adjudicaciones a las que concurrían o en las relaciones que mantenían con distintas Administraciones públicas. En esas circunstancias no resultaba posible que en este procedimiento se realizara una actividad instructora solamente respecto de una parte de las conductas de aquellos tres sujetos (el pago del precio de las prendas con que, al parecer, fueron obsequiadas unas personas en Valencia), cuando todas las acciones realizadas por ellos en distintas partes del territorio nacional formaban parte, en principio y en su conjunto, de un proceder que respondía a un propósito único y común que formaba parte del objeto más amplio de otro proceso en curso que se tramitaba ante otro órgano jurisdiccional (la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid). Una elemental exigencia impuesta por el régimen propio de la continuidad delictiva hacía jurídicamente inviable el enjuiciamiento separado de las conductas que la integraban, mucho más cuando la totalidad de esos hechos ya era objeto de un proceso que se seguía ante el citado Tribunal de Madrid.

2.a) La consideración aislada de la singular conducta de aquellas tres personas únicamente con referencia al obsequio de las prendas de vestir de que se trata en el presente procedimiento, resultaría de muy difícil encaje en el tipo del artículo 423.1 del Código Penal.

TERCERO.- Hemos dicho antes que en las Diligencias Previas 275/2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los de la Audiencia Nacional se procedió a elevar una segunda exposición razonada. Esta lo fue a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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.

Al respecto exponía que "(...) 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 lo que nos consta hasta ahora, en fase de investigación y en la misma, y por el Magistrado Instructor se acordó una primera inhibición, acordada inicialmente en el Auto de

28 de julio de 2009 y en los términos siguientes: se acuerda “la inhabición 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, Pablo y Álvaro, en relación con las eventuales entregas de prendas de vestir a Ricardo, Fernando, Rafael y Víctor”.

El Auto dicho de 28 de julio de 2009 fue recurrido, primero en reforma y luego en apelación y a la postre la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Auto de 21 de marzo de 2011 y en lo que ahora importa, ratificó la inhabición.

Esta Sala en su Auto de 20 de abril de 2011 acordó lo siguiente: “Acceder a la inhabición parcial acordada por 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 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, D. Pablo y D. Álvaro, en relación con las eventuales entregas de prendas de vestir a D. Ricardo, D. Fernando, D. Rafael y D. Víctor, y en consecuencia procede su acumulación a los hechos conocidos en este Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2009 tramitado en este Tribunal por presuntos delitos de cohecho pasivo impropio, procediendo el Instructor con libertad de criterio a resolver lo que estime procedente”.

Recurrido en súplica el Auto anterior por la representación procesal de D. Rafael y del Partido Popular, los recursos fueron desestimados en el Auto de 13 de mayo. Puesta en conocimiento del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor la admisión de la inhabición, en oficio del mismo día, por aquél se dictó el Auto de 16 de mayo, al que nos hemos referido al principio y que es el recurrido en queja.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los dos recursos de queja no se refieren a los hechos que se han estimado acreditados, con el carácter provisional propio de la situación procesal del Procedimiento ante el Tribunal del Jurado, y a los que se refiere el Magistrado Instructor en su Auto y en el razonamiento jurídico segundo in fine, y que podemos resaltar:

1º) No existe constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir con las que parecen haber sido obsequiados D. Fernando, D. Ricardo, D. Víctor y D. Rafael, 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, S.L.’ en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a sus facultades decisorias y presupuestarias.

2º) 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 parecía tenerse en casi todos aquellos servicios y organismos de la existencia de 'Orange Market, S.L.' y de Álvaro, a quienes solían encomendarse las más variadas tareas y encargos.

3º) El modo mismo de producirse los hechos, el tipo de relación existente entre Álvaro y las personas obsequiadas y la entidad y características de los regalos, denotan que la finalidad perseguida no era otra que la de 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 o un acto concreto que fuera propio del ejercicio de las funciones de su cargo.

Los recursos se centran en la calificación jurídica de los hechos, no en la impugnación de los mismos. Para el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor tipificados los hechos de la autoridad o del funcionario en el artículo 426 del CP (se entiende en la redacción de 1995, no en la realizada en la LO 5/2010), esa norma sanciona únicamente a la autoridad o al funcionario que admitiere la dádiva o regalo hecha en consideración a su función, pero no la del particular que lo realiza. En los recursos se discrepa de esta conclusión jurídica y a esta discrepancia debemos estar.

SEGUNDO.- En el Código Penal de 1995, y en los artículos 419 y siguientes puede verse una cierta escala en el delito de cohecho pasivo propio de la autoridad o funcionario público, de modo que el artículo 419 tipifica el acto u omisión constitutiva de delito, el artículo 420 atiende al acto injusto propio del cargo que no sea constitutivo de delito y el 421 a la abstención de un acto que debiera realizar. En esa escala el artículo 423 se centra en el particular y se hace así a los efectos de atender a la conducta del particular que se corresponde con cada uno de los tipos de cohecho de los artículos anteriores, de modo que ahora la norma atiende al cohecho activo.

La interpretación del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor basada en la estructura sistemática del Capítulo V ("Del cohecho") del Título XIX ("Delitos contra la Administración") del Libro II del Código Penal no es sólo que se corresponda con esa estructura es que, además, la interpretación contraria llevaría a la conclusión de que se carece de una mínima adecuada sistemática legislativa. Si se llegara a entender que el artículo 423 es aplicable a los artículos anteriores y también al artículo 426, que es posterior, el legislador habría incurrido en una ininteligible y deficiente técnica legislativa.

En la práctica social, y especialmente en las comunidades pequeñas, es, pero sobre todo ha sido, común que los ciudadanos expresaran el agradecimiento a un funcionario (y no sólo al funcionario, también, por ejemplo, a los médicos particulares) por el buen trato, por la amabilidad, por los pequeños favores, bien entendido que siempre dentro de la ley, con regalos o dádivas de cuantía moderada, actos estos tanto el dar como el recibir que en modo alguno podían entenderse tipificados como delito pues venían guiados por un ánimo de gratitud o

de reconocimiento. La tipificación aparece cuando el regalo o dádiva pasa a ser algo no adecuado socialmente, que cabe presumir guiado por otras intenciones, y entonces:

1) Esa tipificación cubre toda una serie de supuestos de hecho en los que no existe, o no se puede demostrar que exista, un regalo y una contraprestación por parte del funcionario, pues el regalo se hace sólo en consideración a la función, y

2) La tipificación atiende al funcionario, pero no al particular, dado que se trata de sancionar la conducta del funcionario que admite la dádiva, que es la conducta socialmente reprochable, pero no la del particular que la ofrece.

TERCERO.- Es cierto que las cosas no siempre se han presentado con meridiana claridad y que, precisamente en esta materia, los cambios legislativos y la sistemática empleada y resultante de los mismos, no han ayudado a lograr una tipificación muy precisa y dotada de la conveniente y suficiente concreción al menos en algunas de las conductas incorporadas al delito de cohecho, en particular a la del cohecho activo impropio (lex certa; SSTC 133/87, 150/89 y 127/90; STC 159/86, en relación con el principio de legalidad indica: "(...) el legislador penal debe conformar sus preceptos de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada") que cabe considerar consustancial al Derecho Penal.

Así, existen resoluciones judiciales anteriores al Código Penal de 1995 en las que podría encontrarse doctrina anterior y contraria a la sostenida en el Auto del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor y a la que sostiene esta Sala, pero el caso es que en los últimos años con alguna oscilación y obiter dicta las sentencias del Tribunal Supremo parece que vienen decantándose por la no tipificación del cohecho activo impropio. Por ejemplo:

a) En la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006 se sostiene que es atípica la acción de ofrecer regalo o dádiva, salvo que pretenda la corrupción del funcionario. Se trataba de un caso en el que se imputaba a un funcionario de la Administración de Justicia de percibir dinero por realizar las comunicaciones judiciales en los despachos de los procuradores percibiendo una cantidad.

Se condena al funcionario por el artículo 425, pero respecto de los procuradores se retiró la acusación.

b) En la sentencia del mencionado Tribunal de 13 de junio de 2008 se atendía a un supuesto en el que dos guardias civiles (de uniforme y sobre todo de paisano) eran agasajados en un club, y el agasajo consistía en no pagar las consumiciones ni los "servicios sexuales que recibían" (sic en la sentencia). Pues bien en la sentencia se advierten dos consideraciones de importancia, una positiva y otra negativa:

a) La positiva radica en el agasajo dicho, que se tipifica como delito del artículo

426, no puede escudarse en actos de liberalidad propios del contexto social, sino que los servicios respondían a la consideración de ser los invitados guardias civiles.

b) La parte negativa consiste en que el dueño del Club, el que asumía el coste de las consumiciones y de los encuentros sexuales, no aparece como parte imputada en momento alguno.

c) Más clara, si cabe, es la sentencia de la mencionada Sala de 16 de noviembre de 2010, dictada en un recurso de revisión que se estima, pues en la segunda sentencia se condena a uno de los imputados, al funcionario, por el tipo del artículo 426 del CP, y se absuelve al otro, al particular, por estimarse que “la conducta debe considerarse atípica, por falta de una previsión legal al efecto”.

Relacionando dicha doctrina jurisprudencial con la reforma legislativa que se indicará, esta debe ser la doctrina jurisprudencial a la que esta Sala debe estar, y a la que está para desestimar las dos quejas.

CUARTO.- Y restan las alusiones a la Ley 5/2010, de 22 de junio. En el proyecto de ley se contenía una alteración del orden de los artículos del delito de cohecho, pero en los artículos que ahora importan se contenía la siguiente redacción:

A) Artículo 422

a) Proyecto.- Artículo 422.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

b) A ese artículo se presentaron las siguientes enmiendas:

1) Enmienda núm. 132 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), y

2) Enmienda núm. 274, del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que pretendían la modificación, también en la numeración, con este sentido:

Artículo 421.- “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiere, por sí o por persona interpuesta, dinero u otras ventajas patrimoniales que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años.”

c) Las dos enmiendas fueron rechazadas y el texto de la Ley es igual al del proyecto.

B) Artículo 424

a) Proyecto.- Artículo 424.- 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare, la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.”

b) A este artículo, aunque cambiando la numeración, se presentaron dos enmiendas:

1) Enmienda núm. 133 del G.P. Vasco (GV-EAJ-PNV), y

2) Enmienda núm. 277 del G.P. de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (ERC-IU-ICV). En las dos se pretendía que el artículo 422 dijera:

Artículo 422: “1. Las penas de prisión y multa establecidas en los artículos precedentes se aplican también al particular que entregue dinero u otras ventajas patrimoniales indebidas o realice promesas de ellos a autoridades o funcionarios públicos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario público tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa, sociedad, asociación u organización a la que representare, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones y entes públicos y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad

Social, por un tiempo de dos a cinco años.

4. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, asociación u organización, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

b) Y en la justificación se decía, en lo que importa: “Se propone una nueva redacción del delito de cohecho activo, que supone la equiparación de la sanción del particular a la del funcionario en las tres modalidades de cohecho. Con esta decisión se despejan de forma definitiva las dudas sobre cuál es la responsabilidad del particular en estos supuestos de corrupción.

No obstante, conviene aclarar esta decisión en relación al cohecho pasivo propio por acto propio del cargo y al cohecho pasivo impropio:

Respecto a los supuestos de cohecho dirigidos a la obtención de un acto del cargo conforme a la legalidad administrativa, la atipicidad de la intervención del particular resulta especialmente insatisfactoria cuando el acto objeto del soborno tiene naturaleza discrecional o política (transfuguismo, compra de voto, etc.).

En cuanto a la conducta de particulares que entregan ventajas patrimoniales para conseguir una actitud favorable del funcionario, estamos, sin duda, ante prácticas reprobables, con una significativa capacidad para generalizar un clima de corrupción en la actividad administrativa”.

c) La Ponencia propone la aceptación de una transacción a estas enmiendas (había otras), y de este modo el texto quedó así:

Artículo 424.- “1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar

de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.”

De lo anterior se debe desprender, que el propósito del legislador fue cambiar lo existente y que, de modo muy particular las enmiendas perseguían, más bien de modo retórico, despejar definitivamente dudas sobre la responsabilidad del particular. Cuando existen dudas sobre la tipificación de una conducta por la redacción de un tipo penal, se difumina el principio de *lex certa*, por lo que la reforma legislativa que viene a aclarar dichas dudas, debe en principio entenderse como reforma y cambio respecto de una anterior situación de atipicidad.

Cuarto.- El ministerio fiscal califica también el sobreseimiento parcial acordado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de prematuro, en atención a la pendencia de la obra inhibición, la que está en trámite en el rollo 53/2009 de esta Sala.

El ministerio fiscal ha pretendido, de modo reiterado y siempre sin resultado, no ya incluir a los particulares en el cohecho impropio, en su parte activa, sino alterar la calificación del mismo cohecho para pasarlo a propio. Siguiendo en esa misma línea impugna el sobreseimiento y lo hace:

1º) Manifestando que el sobreseimiento vulnera su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 34.2 CE), si bien seguidamente no se dice cuál de las garantías se entiende violada.

En un recurso anterior del fiscal hubo de decirse:

“Es muy frecuente que las partes a lo largo de cualquier proceso, cuando se les deniega cualquiera de las posibles peticiones que pueden hacer -y son muchas esas posibles peticiones- sostengan que se les está colocando en situación de indefensión. Pareciera como si todo lo que sea desestimar sus peticiones, sin calibrar la calidad y trascendencia de éstas, es indefensión o vulneración del derecho a un debido proceso o a un proceso con todas las garantías. Se acude de este modo a las garantías procesales constitucionales, que es lo máximo, sin atender a la posible vulneración de normas procesales ordinarias, que es lo ordinario o común. Esta remisión a lo máximo carece de consistencia jurídica cuando se emplea de modo indiscriminado”.

A lo anterior hay que añadir ahora que ese acudir a la norma fundamental no se puede hacer de modo genérico, sino que es preciso el detalle. La alusión a un proceso con todas las garantías carece de contenido en si misma cuando no se determina qué garantía es la que se estima vulnerada.

2º) Sosteniendo que en el presente caso el sobreseimiento, al ser de la clase del libre, se ha hecho contrariando la práctica habitual de los órganos jurisdiccionales que se decantan habitualmente por el provisional, y con ello no se está afirmando que el sobreseimiento libre acordado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor sea contrario a la ley, sino simplemente a la que el fiscal entiende práctica común, lo que desde luego no es argumento legal alguno. La procedencia de una u otra

clase de sobreseimiento lo es por las circunstancias concurrentes y no por una genérica invocación a una práctica judicial. Un sobreseimiento por atipicidad no puede serlo con carácter provisional.

3º) Confiando en un futuro, como sería el de que algunos de los hechos sobre los que versa la inhibición segunda, la que se tramita en el rollo 53/2009 de esta Sala, se acumularan a la causa presente y que con esa acumulación todo se alterara. Frente a esa posibilidad debe tenerse en cuenta que los ciudadanos tienen derecho a que se aclare su situación procesal penal lo antes que sea posible legalmente y sin estar a la espera de futuro alguno. Debe tenerse en cuenta que los hechos han sido calificados por el mismo ministerio fiscal en esta causa como constitutivos de un delito de cohecho impropio del artículo 426 CP, por lo que, debemos estar al momento de resolver la presente al estado y objeto procesal que presenta la causa sin perjuicio de lo que ulteriormente proceda resolver sobre la acumulación.

PARTE DISPOSITIVA

Se declara no haber lugar a los recursos de queja interpuestos por la representación procesal del Sr. L.G. y otros, a título personal pero citando su condición de diputados en la legislatura anterior de las Cortes Valencianas, y del ministerio fiscal contra el Auto de 16 de mayo de 2011 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor en el Procedimiento especial del Tribunal de Jurado 1/2009.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la presente no cabe interponer recurso alguno al ser firme

Así por éste nuestro Auto lo disponemos, mandamos y firmamos. Pilar de la Oliva Marrades.- Juan Montero Aroca.- José Francisco Ceres Montés.