

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DOÑA DOLORES MARTÍN CANTÓN, Procuradora de los Tribunales, en nombre de **DON JOSÉ LUIS NÚÑEZ CLEMENTE**, cuya representación acredito mediante el Poder que acompaño, ante esta Excma. Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que en la representación que ostento y de conformidad con lo establecido en los artículos 41, 44, 46.1, 48, 49 y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (de acuerdo al texto conformado tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), vengo a interponer por medio de la presente demanda **RECURSO DE AMPARO** contra el **Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014** (notificado el 11 de julio) denegatorio del incidente de nulidad planteado contra la **Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre de 2013**, dictada por la misma Sala de lo Penal del T.S., parcialmente confirmatoria, a su vez, de la **Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2011**, que expresamente se impugnan también a través de este recurso.

Que el recurso de amparo se funda en que las resoluciones citadas infringen lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y vulneran los derechos fundamentales de nuestro representado a la tutela judicial efectiva, del art. 24.1 CE, y a la presunción de inocencia, del art. 24.2 CE, que están incluidos entre aquellos a los que se refiere el art. 53.2 CE.

En el procedimiento de referencia, además de nuestro defendido, han sido parte José María Huguet Torremade, Manuel Abella Zarraluqui, Juan José Folchi Bonafonte, Francisco Javier de la Rosa Martí, Roger Bergua Canelles, Josep Luis Núñez Navarro, Salvador Sánchez Guiu, Álvaro Pernas Barro, Juan Antonio Sánchez Carreté, Jorge Oller Abella, Eduardo Bueno Ferrer, Francisco Colomar Salvo, José Lucas Carrasco, Mayra Mas Echevarría y María Isabel Ardila Quintana, también como acusados; y la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, como partes acusadoras.

Basamos nuestra solicitud de amparo en los siguientes fundamentos:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2011 (documento nº 1), condenó a nuestro representado como autor de un delito continuado de cohecho activo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión menor, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, más la pena de multa de dos millones de euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses en caso de impago; y como inductor de un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, concurriendo la circunstancia atenuante de *extraneus* prevista en el art. 65.3 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo igual tiempo, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por un año y seis meses, y a la pena de cuatro meses de multa con cuotas diarias de trescientos euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas no pagadas. Asimismo fue condenado al pago de 2/46 partes de las costas causadas y a satisfacer a la Hacienda Pública, conjunta y solidariamente con otros condenados, el importe de las cuotas que distintas sociedades del Grupo Núñez y Navarro supuestamente habrían dejado de ingresarle como consecuencia de las inspecciones tributarias realizadas por el Inspector D. Manuel Abella Zarraluqui.

Segundo.- Solicitada aclaración de distintos extremos de dicha sentencia, el día 31 de octubre de ese mismo año fue notificado a nuestro representado el Auto de 20 de octubre (documento nº 2) en el que la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió constatar y rectificar dos de los errores materiales denunciados, rechazando la aclaración o rectificación de las restantes cuestiones planteadas.

Tercero.- Formulado el oportuno recurso de casación (documento nº 3), la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre (documento nº 4), que lo estimó parcialmente por entender:

- a) que los hechos atribuidos a los actuarios Sres. Abella y Bergua, como autores, y a nuestro representado, como inductor, no eran constitutivos del delito de falsedad por el que habían sido condenados en la Sentencia de instancia (FD 58);
- b) que, como consecuencia de lo anterior y de que, por tanto, el delito de cohecho no tuvo por objeto la comisión de un acto delictivo, sino meramente ilícito, “la pena resultante [sc. para el delito de cohecho] ha de ser inferior a la establecida por este delito en la sentencia recurrida” (FD 59);
- c) que concurría además respecto de ese delito de cohecho la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, si bien meramente con el carácter de atenuante ordinaria (FD 60, en relación con el FD 12); y
- d) que no era procedente la imposición a nuestro representado de condena de responsabilidad civil alguna, ni por el delito de falsedad documental del que resultó finalmente absuelto, ni tampoco por el delito de cohecho por el que fue penado (FD 62, en relación con el FD 16).

Cuarto.- En virtud de ello, la Segunda Sentencia que, como consecuencia de la anterior, dictó en la misma fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo (y que se incluye igualmente en el documento nº 4) contiene en relación con nuestro representado el siguiente fallo:

“E.- Condenamos a JOSE LUIS NUÑEZ CLEMENTE como responsable criminalmente en el concepto que se dirá de los siguientes delitos:

1.- Delito continuado de cohecho activo, definido como delito en el artículo 386, 390, 61.1ª y 69 bis del Código Penal de 1973 concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de dos años y dos meses de prisión menor. Y, además, la pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años. Y la pena de multa de 1.500.000 de euros.

2.- Debemos **absolver y absolvemos a JOSE LUIS NUÑEZ CLEMENTE** del delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionarios público, por el que venía condenado.

Le condenamos al pago de 1/46 parte de las costas de la instancia.

(...)

O.- Debemos **absolver y absolvemos** a quienes venían condenados a indemnizar a la Hacienda pública en concepto de responsabilidad civil, sea como criminalmente responsables sea como meros responsables civiles: Jose María Huguet, Manuel Abella, Juan Jose Folchi, Jose Luis Núñez Clemente y Jose Luis Núñez Navarro, Salvador Sánchez Guiu, Roger Bergua, Álvaro Pernas, Juan Antonio Sánchez Carreté y las entidades Aciesa, Beaming, Pinyer, Sociedades de Figueres, Seteinsa, Aledora, Cogramon, Josel, Edificio y construcciones Rocafort Edificio Corcega Balmes Inmobiliarias Cubi Valls Neraco NN Renta Peromoinver Donca Kamina Mont Sociedad Ibusa Promociones Bilmo Tresmar Hines así como al resto de los responsables civiles que ya habían sido absueltas en la sentencia de instancia”.

Quinto.- Considerando que en dichas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2013 se habrían deslizado varios errores materiales, solicitamos, mediante escrito de fecha 31 de enero de 2014 (documento nº 5), su rectificación. En concreto, señalamos en primer lugar que habría tenido que deberse a un error material la concreta magnitud de la pena de prisión impuesta a nuestro representado, pues, cifrada en una duración de dos años y dos meses, resultaba superior incluso a la fijada para funcionarios públicos condenados en relación con los mismos hechos y era, en esa medida, incongruente con los propios criterios de determinación de la pena establecidos en la Sentencia de instancia, que no habían sido objeto de recurso alguno y, por tanto, no podían ser modificados *in peius* en la casación. Y, por otro lado, señalamos también el manifiesto error de carácter material en que se había incurrido al imponer a nuestro representado -aparte de las penas privativa de libertad y pecuniaria, antes mencionadas- una pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años, siendo así que tanto el art. 391 del Código Penal de 1973, que es el que la Sala de casación consideró aplicable (aunque mencionase, asimismo por error, el art. 390 del mismo Cuerpo Legal), como el art. 424 del Código Penal vigente, excluyen expresamente la imposición de esta última pena al particular responsable de la comisión de un delito de cohecho activo.

Sexto.- El día 21 de febrero de 2014 fue notificado a nuestro representado el Auto de 10 de febrero de 2014 (documento nº 6) en el que la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolvió admitir y rectificar dos de los tres errores materiales denunciados, rechazando por el contrario que se hubiese producido el denunciado en primer lugar. En

el mencionado Auto se vino a reconocer en efecto, por una parte, que la referencia al artículo 390 del Código Penal de 1973 había constituido un “verdadero lapsus calami cuya corrección merece incluirse entre las del mero error material”, pues “los solicitantes penados son particulares y no funcionarios” y “es el artículo 391 del Código Penal de 1973 el que regula su comportamiento constitutivo de cohecho”. En dicho Auto se admitió también que la imposición a tales particulares de la pena de inhabilitación especial habría sido “un error arrastrado del anterior y que, por ello, debe recibir la misma consideración de error material”, pues “es obvio que justificando la sentencia una condena como particular sujeto activo del delito de cohecho la norma excluye la imposición de esa pena privativa de derechos”. En cambio, la Sala Segunda del Tribunal Supremo rechazó en el mencionado Auto que la concreta medida de la pena de privación de libertad impuesta a nuestro representado se debiese a un error material, aritmético o de cómputo. Tal determinación de la pena se habría basado en determinadas razones “presentes en la decisión del Tribunal, siquiera no suficientemente exteriorizadas”, por lo que procedería, a juicio de dicha Sala, “suplir” en el Auto de aclaración, exteriorizando esas razones, “la omisión de su exposición que no sus conclusiones”.

Séptimo.- Por estimar que, pese a la rectificación de aquellos dos errores, en la Primera y Segunda Sentencias núm. 990/2013, de 30 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y en su Auto de 10 de febrero de 2014 se habían producido nuevas vulneraciones de derechos fundamentales de nuestro representado, más allá de las que habíamos ya denunciado respecto de la Sentencia de instancia en el mencionado recurso de casación, promovimos mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2014 (documento nº 7) el preceptivo incidente de nulidad contra aquellas resoluciones.

Octavo.- El día 4 de abril de 2014 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Providencia (documento nº 8) acordando admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones instado por nuestro representado y dar traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Noveno.- A pesar de ello, el día 23 de junio de 2014 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó un Auto (documento nº 9) en el que, literalmente, se acuerda, de un modo contradictorio con lo dispuesto en la citada Providencia de 4 de abril de

2014, “que no ha lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones solicitado”, entre otras, por la representación procesal de D. José Luis Núñez Clemente.

Dicho Auto nos ha sido notificado el día 11 de julio de 2014.

II.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

1. Objeto y plazo de la demanda de amparo

Los derechos fundamentales cuya vulneración se aduce -el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución (CE) y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE- se incluyen entre los derechos a los que se refiere el art. 53.2 CE.

Las resoluciones judiciales que, por lesionar inmediatamente tales derechos fundamentales de nuestro representado, motivan el presente recurso son el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014, las Sentencias nº 990/2013, de 30 de diciembre, dictadas por la misma Sala del Tribunal Supremo y la Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2011.

Al haberse notificado a esta parte la última resolución impugnada, que pone fin a la vía judicial de amparo, el día 11 de julio de 2014, este recurso se presenta dentro del plazo de treinta días que para su interposición establece el artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

2. Legitimación

Nuestro defendido ha sido parte en el procedimiento en que se han dictado las resoluciones a las que se refiere este recurso y es titular de los derechos fundamentales vulnerados.

3. Cumplimiento de los requisitos procesales del art. 44.1 LOTC

a) Agotamiento de la vía judicial ordinaria

En primer término, se han “agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”, como exige el art. 44.1, apartado a) LOTC, en la redacción que le ha dado la LO 6/2007, de 24 de mayo. En particular, se ha cumplido con el deber de promover en cuanto fuera procedente el oportuno incidente de nulidad a fin de dar ocasión al Tribunal Supremo de restablecer los derechos fundamentales inmediatamente vulnerados en sus Sentencias nº 990/2013, de 30 de diciembre, y en su Auto de 23 de junio de 2014, respetándose de este modo el carácter subsidiario que en nuestro Ordenamiento tiene la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional con respecto al que pueda prestarles la jurisdicción ordinaria. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 241 LOPJ contra la resolución que ha resuelto dicho incidente no cabe ya recurso alguno en la vía judicial

b) Atribución directa de la vulneración del derecho fundamental a las resoluciones que motivan el recurso de amparo

Como se detallará seguidamente en la exposición de los distintos motivos en que se basa este recurso la violación de los derechos fundamentales que en cada caso se denuncia es imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión de los órganos judiciales mencionados (art. 44.1, apartado b) LOTC).

c) Invocación del derecho fundamental vulnerado

Según exige el art 44.1, apartado c) LOTC, esta parte invocó la vulneración de sus derechos fundamentales tan pronto como tuvo ocasión para ello, esto es, tras su condena por la Audiencia Provincial, mediante el pertinente recurso de casación y, posteriormente, tras recaer sentencia del Tribunal Supremo, mediante la promoción del oportuno incidente de nulidad.

d) Irrelevancia a estos efectos del acuerdo de que “no ha lugar a la admisión a trámite” del incidente de nulidad de actuaciones que oportunamente hemos instado

A nada de lo anteriormente expuesto sobre el cumplimiento de los mencionados requisitos de admisibilidad obsta el hecho de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 23 de junio de 2014 haya acordado que “no ha lugar a la admisión a trámite” del mencionado incidente de nulidad de actuaciones.

Como recordamos en el antecedente octavo de esta demanda de amparo, dicha Sala había ya resuelto en su Providencia de 4 de abril de 2014 “admitir a trámite el incidente de nulidad” planteado, entre otros, por nuestro representado y dar traslado del mismo, conforme a lo dispuesto en el art. 241 LOPJ, “por término común de CINCO DIAS al Ministerio Fiscal y a los demás partes personadas, a los efectos oportunos”.

Frente a esta inicial decisión, la misma Sala que la adoptó ha venido finalmente a acordar, en su Auto de 23 de junio de 2014, que “NO HA LUGAR a admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, solicitado por las representaciones procesales de Álvaro Pernas Barro, Salvador Sánchez Guiu, José Luis Núñez Navarro, José Luis Núñez Clemente y Joan Antón Sánchez Carreté, contra la Sentencia nº 990/2013, dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2013”.

Esta última resolución carece, al menos por lo que se refiere a los motivos de nulidad suscitados por nuestro representado, el Sr. Núñez Clemente, no sólo de fundamento, sino de la imprescindible motivación, pues no sólo no se explicitan las razones que han conducido a la Sala a cambiar de criterio, sino que ni siquiera se menciona que haya existido tal cambio de parecer, hasta el punto de faltar incluso cualquier referencia a la Providencia en la que se había resuelto inicialmente admitir a trámite del incidente de nulidad.

Sea cual fuere el juicio que este modo de proceder pueda merecer, la decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones instado por nuestro mandante excede en

todo caso notoriamente de la potestad que el último párrafo del art. 241.1 LOPJ confiere al órgano judicial correspondiente de acordar, “mediante providencia sucintamente motivada”, la inadmisión a trámite de cualquier incidente en el que se pretenda suscitar cuestiones distintas de aquellas a las que se refiere el párrafo primero de dicho precepto, esto es, de aquellas que afecten a la “vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, (...) que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y (...) no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

En efecto, la lectura de los tres motivos en los que se basaba el planteamiento de dicho incidente por parte de nuestro representado muestra con claridad que en ellos se cumplían todos los requisitos establecidos en el citado art. 241 LOPJ para que, como mínimo, se hubiese de tramitar el correspondiente incidente de nulidad, dado que en todos ellos se denunciaba la vulneración de algún aspecto constitucionalmente relevante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, que se habría producido precisamente en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 990/2103, de 30 de diciembre, contra la que no es posible interponer ningún recurso de carácter ordinario ni extraordinario. Y, por otra parte, es igualmente claro que la forma en que dicha Sala rechaza en su Auto de 26 de junio de 2014 –mediante una argumentación que no puede calificarse precisamente de sucinta- tales motivos es mucho más propia de una resolución desestimatoria que de una decisión de inadmisión a trámite.

Por lo demás es oportuno recordar aquí que, como dice la STC 47/2006, de 13 de febrero, la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la inadmisibilidad del alargamiento artificial del plazo para impugnar en amparo mediante la presentación de recursos manifiestamente improcedentes (a la que probablemente que apunte, aun sin citarla, el mencionado Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014, al rechazar la admisión a trámite de nuestra solicitud), “postula igualmente una interpretación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente”, pues a ello obliga –según señalara ya la STC 69/2003, de 9 de abril (F. 11), a la que la anterior se remite– “la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”, de modo que dicho concepto se ha

de limitar “a los casos en que tal improcedencia derive de forma terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad”, lo que evidentemente no se cumple en este caso, en el que la propia Sala encargada de resolver sobre el incidente lo admitió inicialmente a trámite y se tomó luego casi tres meses más para volver a pronunciarse, de un modo ciertamente prolijo, en sentido opuesto sobre el mismo asunto.

Por último cabe aún señalar que es imposible entender que con el planteamiento del incidente de nulidad que en su momento suscitamos “se evidencie una prolongación indebida de la vía judicial ordinaria” (como reclaman las SSTC 17/2012, de 13 de febrero, y 23/2012, de 27 de febrero), cuando, como sucede en el presente caso, para poder impugnar en amparo la Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre –en cuanto lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de nuestro defendido por falta de motivación suficiente, por incongruencia omisiva y por infracción del principio de invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales ya firmes- era de todo punto imprescindible instar el correspondiente incidente de nulidad contra ella, so pena de incurrir en el vicio de falta de agotamiento de la vía judicial previa. Pues, como muy recientemente ha señalado la STC 57/2014, de 5 de mayo, FJ 4:

“Este Tribunal ha venido incluyendo, entre los recursos y remedios procesales exigibles para cumplir el requisito previsto del art. 44.1 a) LOTC, el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, desde la modificación operada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un remedio destinado a reparar los defectos de la resolución no recurrible que originen cualquier vulneración de un derecho fundamental, entre ellos, la incongruencia omisiva en que puedan incurrir las resoluciones judiciales (por todas, recientemente, STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 2)”.

En definitiva, pues, ***el planteamiento por nuestra parte del incidente de nulidad no se ha dirigido a producir una prolongación artificial e indebida de la vía judicial ordinaria***, sino a ofrecer al órgano judicial que había dictado las resoluciones en las que se podría haber deslizado la vulneración de aquellos derechos fundamentales de nuestro representado la oportunidad de reflexionar acerca de tal eventualidad, de enmendar

dicha vulneración y de permitir así que para su corrección no se hiciera necesario -como finalmente ha sido- acudir al amparo extraordinario de este Tribunal Constitucional. Todo lo cual *se corresponde también con el propósito y el sentido objetivo de la vigente regulación sobre la distribución de tareas atribuidas, en orden a la tutela de los derechos fundamentales, a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional*, pues, como es bien sabido, la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en la regulación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para hacerlo admisible únicamente cuando, además de haberse producido una vulneración de derechos fundamentales, dicha vulneración invocada tenga “*especial trascendencia constitucional*”, según figura en la nueva redacción del art. 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tenía como contrapartida el fortalecimiento del llamado “amparo ordinario”, esto es, del planteamiento y control de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales por medio de los recursos ordinarios y demás medios de impugnación que se establecen en las leyes procesales. Esta fue precisamente la finalidad de la modificación que la Disposición Final 1ª de la mencionada Ley Orgánica 6/2007 introdujo a su vez en el art. 241.1 LOPJ para extender el alcance del incidente de nulidad de actuaciones a “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*”. Según la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica 6/2007, con ello se pretendía “*lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria*”. En este sentido, la STC 153/2012, de 16 de julio, ha recordado recientemente lo siguiente:

“[E]l incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan «especial trascendencia constitucional». No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela

de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales.

Una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional. Es por ello que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión”.

III.- ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LAS QUEJAS DE AMPARO QUE SE ALEGAN

Las quejas expresadas en la presente demanda tienen, según se expone a continuación, la “especial trascendencia constitucional” que el artículo 49.1 LOTC exige justificar al demandante de amparo.

Como es sabido, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha modificado sustancialmente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que a partir de ahora sólo será admisible cuando, además de haberse producido una vulneración de derechos fundamentales, la vulneración invocada tenga “*especial trascendencia constitucional*”, según figura en la nueva redacción del art. 50.1.b) LOTC, que por lo demás añade que esta especial trascendencia deberá determinarse en atención a los siguientes parámetros: “*su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

La STC 155/2009, de 25 de junio, ha concretado los criterios que ha de tener en consideración este Alto Tribunal para determinar si la demanda de amparo tiene especial trascendencia constitucional, aun destacando que dichos criterios *no deben entenderse “como un elenco definitivamente cerrado de casos”*.

Los supuestos en que según esta STC 155/2009, de 25 de junio, se apreciará especial trascendencia constitucional son los siguientes:

“a) El de un recurso que *plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional*, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que *dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina*, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que nos ocupa, o *por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio de doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE*; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o *si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental* y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la Jurisdicción ordinaria, o *existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros*; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, *trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica* o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”¹.

De acuerdo con los expresados criterios, el presente recurso de amparo tiene la “especial trascendencia constitucional” que reclama el vigente art. 50.1.b) LOTC, en atención a su importancia “para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” invocados y para la “general eficacia” de la tutela que pretende dispensarles nuestra Constitución, pues –aunque se trate de derechos fundamentales sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse muy amplia y frecuentemente la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, como son los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia- en todas las quejas de amparo que a continuación se formulan vienen a suscitarse algunas novedosas cuestiones sobre determinadas facetas de dichos derechos fundamentales, en relación

¹ El subrayado es nuestro, como en el resto de este escrito, salvo que se diga otra cosa.

con las cuales no ha sido todavía establecida una doctrina precisa del Tribunal Constitucional, o bien se cierne el peligro de que se generalice una interpretación lesiva del referido derecho fundamental, o bien existen resoluciones judiciales contradictorias respecto de su contenido y alcance.

1. La **primera de las quejas de amparo** que sometemos a la consideración de este Tribunal afecta a un tema clásico del amparo constitucional como es el de la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva consagrados en los apartados 1º y 2º del art. 24 CE a causa de la falta de motivación suficiente del relato fáctico en el que se pretende basar la condena penal. Entre las cuestiones suscitadas en dicha queja hay algunas, no obstante, que muestran aspectos novedosos sobre los que no ha tenido aún ocasión de pronunciarse este Tribunal.

En efecto, en el presente caso denunciemos la existencia de graves defectos en la fundamentación fáctica de las resoluciones penales impugnadas consistentes, entre otras cosas, en un uso fragmentario y sesgado del conjunto de la prueba válidamente practicada de la que, sin motivo alguno, no se toma en consideración y ni siquiera se cita una parte sustancial caracterizada por tratarse de informes periciales, propuestos tanto por la acusación como por la defensa, que vienen a contradecir en aspectos relevantes las tesis acusatorias. En esta queja se trata por tanto de dar ocasión al Tribunal Constitucional a que aclare qué juicio de censura constitucional merecen aquellas prácticas judiciales que, en el momento de la valoración de la prueba, ofrecen una visión distorsionada, mutilada y parcial de su resultado.

Ciertamente esta cuestión ya fue genéricamente considerada en la STC 139/2009, de 15 de junio, aunque en un contexto muy diferente: en ella, al tratarse de un procedimiento contencioso-administrativo, el derecho fundamental que se consideró afectado fue meramente el derecho a la tutela judicial efectiva, en su faceta de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho. En el caso que aquí presentamos, al tratarse de un proceso penal y operar esa defectuosa valoración de la prueba en perjuicio de un imputado entendemos que la cuestión que habría de ser concretamente resuelta es la de la incidencia que podría tener además la falta de valoración íntegra de la prueba en una negativa afectación del derecho a la presunción de inocencia.

Por otra parte, el comentario que publicó en su momento a la citada STC 139/2009 un atento observador de la jurisprudencia de este Tribunal, el Fiscal Miranda Estrampes, al que haremos cumplida referencia en el desarrollo de esta queja, denota que estas operaciones de “maquillaje probatorio”, como él gráficamente las califica, pueden hallarse muy extendidas en la praxis de los tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales y poner por lo tanto en un riesgo muy significativo el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales afectados. Las resoluciones contra las que se dirige esta queja son indicativas de que ese riesgo podría haberse instalado de un modo muy pronunciado en el ámbito del proceso penal.

Por todas estas razones entendemos que la cuestión aquí planteada, más allá del caso concreto enjuiciado, se podría considerar de especial trascendencia constitucional y hacer oportuno que este Tribunal proclame la necesidad de que las resoluciones judiciales analicen y den cuenta de la totalidad del cuadro probatorio disponible, sin ofrecer una visión distorsionada o mutilada del mismo.

2. La segunda queja de amparo afecta asimismo a un aspecto muy particular del derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre el que todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta donde se nos alcanza, este Tribunal Constitucional.

Se trata en ella de la cuestión de cómo se debe proceder cuando, hallándose formulados dos tipos penales de tal modo que presenten ciertos elementos comunes, pero también algún elemento adicional definido en términos alternativos y, estando sancionada su realización con penas diferentes, de mayor o menor gravedad según sea el caso (como sucede actualmente por ejemplo con el delito de aborto cometido con o sin el consentimiento de la gestante o sucedía –esto es lo que resulta aquí relevante- bajo la redacción inicial del Código Penal de 1995 con el cohecho activo según que la iniciativa del mismo correspondiese al particular o al funcionario público), no quede suficientemente acreditado cuál de esos supuestos se realizó en el caso enjuiciado.

La pretensión planteada en nuestro recurso de casación fue la de que, existiendo en tal caso una situación de incertidumbre a dicho respecto, es obvio que se habría debido optar por aplicar el tipo delictivo sancionado con pena de inferior gravedad, en

atención al derecho de nuestro defendido a la presunción de inocencia y al principio in dubio pro reo (que reza aquí in dubio mitius).

En cambio, según la tesis acogida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo la solución aquí propuesta no sería admisible “porque el presupuesto fáctico de que se parte -que sea el funcionario el que se dirige al particular por propia iniciativa reclamando la dádiva- no resulta de los hechos declarados probados” (FJ 59 de la Sentencia de 30 de diciembre de 2013) o “no se tuvo por probado” (Auto de 23 de junio de 2014, por el que se resuelve el incidente de nulidad suscitado, entre otros, por este motivo).

En nuestra opinión, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al no detenerse siquiera a analizar ni, menos aún, a rebatir nuestra alegación fundada en el particular modo de operar la presunción de inocencia en estos supuestos, ha incurrido en una vulneración del derecho de nuestro defendido a la tutela judicial efectiva, en la vertiente del mismo que proscribire la llamada incongruencia omisiva, así como en la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

Todo ello lo razonaremos más amplia y detalladamente en nuestra segunda queja de amparo. Importa sin embargo señalar ahora que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la que son ya exponentes las SSTC 70/2009, de 23 de marzo, y 155/2009, de 25 de junio, nos hallamos aquí ante una cuestión de especial trascendencia constitucional en el sentido del art. 50.1.b) LOTC, al no existir una doctrina de este Tribunal sobre esta concreta faceta del derecho fundamental a la presunción de inocencia oportunamente invocado.

3. En la tercera queja de amparo se suscita a su vez una cuestión relativa a una faceta particular del derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

Se plantea en ella ante todo el problema originado por el procedimiento propuesto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para reconstruir la declaración de hechos probados contenida en la Sentencia de instancia, una vez que, por la estimación parcial de un motivo de casación formulado precisamente por esta parte, resolvió

modificar de un modo sustancial dicha declaración. Según dicha Sala supone, se trataría simplemente de integrar los hechos incluidos en el factum de aquella Sentencia, que se pudiesen considerar aún subsistentes, con las declaraciones fácticas reunidas en los Antecedentes 10-13 de la Segunda Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2013 e incluso con otras consideraciones fácticas recogidas también entre los fundamentos jurídicos de la Sentencia de Casación de esa misma fecha.

Como habremos de ver, la rectificación así operada en la fundamentación fáctica de la Sentencia de instancia es, sin embargo, de tanto calado y, a la vez, de tan incierto alcance y de tan dudosa coherencia, que el deber de motivación vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva difícilmente puede considerarse adecuadamente cumplido en este caso: a falta de un relato auténticamente integrado de los hechos que la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera todavía probados, el procedimiento adoptado (similar al de una derogación tácita de todo aquello que viniese a resultar incompatible con dicha rectificación) no satisface el estándar establecido por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional acerca del deber de motivación de las sentencias penales, pues que de ese modo no es posible saber cuáles son exactamente los hechos por los que se pronuncia la condena, ni –menos aún– la base probatoria a través de la cual se pudo alcanzar racionalmente la convicción de su existencia.

Que ello es así fue de algún modo admitido por el propio Ministerio Fiscal que, pese a impugnar al incidente de nulidad que oportunamente planteamos por las razones hasta aquí sucintamente expuestas, entendió que “la estimación de varios motivos [de casación] y la modificación parcial de la base fáctica de la sentencia [de instancia] provoca cierta falta de cohesión y coherencia de la sentencia y dificulta[d] de búsqueda”. Esto no es otra cosa que el reconocimiento de que con el procedimiento de integración del factum al que se refiere nuestra queja se impide alcanzar una comprensión cabal del fundamento fáctico sobre el que se basa la condena de nuestro representado y se dificulta a la vez muy gravemente el control de su racionalidad en otras instancias y, en particular, por este Tribunal Constitucional.

Hasta donde se nos alcanza, la concreta cuestión suscitada en esta tercera queja de amparo (esto es, la referente a los requisitos de claridad y precisión exigibles en la

determinación del factum de la sentencia tras una modificación parcial del mismo en virtud de la estimación de un recurso) no ha sido objeto de pronunciamiento alguno por parte de este Tribunal, de modo que podría considerarse de una especial trascendencia para la general eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y (por referirse de nuevo a la motivación fáctica de una condena penal) a la presunción de inocencia un pronunciamiento del mismo a dicho respecto.

4. Por último, la **cuarta queja de amparo** atañe asimismo a una faceta relativamente poco tratada hasta ahora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: aquella en la que se encuentra implicado el principio de invariabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Lo que en dicha queja sostenemos es, resumidamente, que la Sala Segunda de Tribunal Supremo ha vulnerado en distintas resoluciones (concretamente en la Sentencia de 30 de diciembre de 2013, en el Auto de aclaración de 10 de febrero de 2014 y en el Auto de 23 de junio de 2014, de resolución del incidente de nulidad que oportunamente promovimos) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de nuestro mandante, a causa primero de la ausencia en la Sentencia de 30 de diciembre de 2013 de una motivación suficiente acerca de la concreta magnitud de la pena de privación de libertad impuesta; por el carácter ilógico, arbitrario y cambiante de la motivación posteriormente ofrecida a partir del Auto de 10 de febrero de 2014, en el que manifiestamente se produjo además un desbordamiento del cauce que, para la mera aclaración de conceptos oscuros o la rectificación de errores materiales, prevé el art. 267 LOPJ, al emplearlo de un modo indebido para remediar defectos de motivación; y, sobre todo, por no respetar en cualquier caso tampoco la intangibilidad del criterio de determinación de la pena sentado en la Sentencia de instancia, que –sin haber sido objeto de recurso alguno a este respecto- terminó siendo modificado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido al efecto.

La especial trascendencia constitucional de la cuestión aquí planteada puede ser en este caso justificada no sólo por tratarse en esta queja de “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”, sino también -como se señalará en su momento- por la existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el alcance del derecho

fundamental afectado (aparte de las resoluciones contra las que se dirige esta queja, cabe citar en sentido opuesto, entre otras, las sentencias 606/2010, de 25 de junio, y 361/2013, de 23 de abril, ambas también de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), lo que hace especialmente oportuno que este Tribunal Constitucional proclame la doctrina que considere pertinente para garantizar la adecuada tutela del derecho fundamental invocado.

La especial trascendencia constitucional del asunto aquí planteado adquiere, si cabe, un mayor realce a la vista del modo en que el Auto de 23 de junio de 2014 resuelve el incidente de nulidad que promovimos por este motivo. En dicho Auto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo niega contra toda evidencia que se haya producido apartamiento alguno de lo firmemente decidido en la instancia. Puesto que para demostrar que no se produjo en el aspecto que aquí interesa ningún cambio de criterio dicha Sala pretende efectuar una interpretación del sentido y alcance de lo que había resuelto el Tribunal de instancia, entendemos que, más allá de las particularidades del caso concreto, tiene una gran trascendencia para la general eficacia del principio de invariabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales, sobre todo en el orden penal, que se determinen claramente los límites dentro de los que se pueda considerar admisible tal interpretación.

En nuestra opinión, que sometemos al parecer de este Tribunal Constitucional, así como una “interpretación” de la ley que se aparte de un modo patente de los cánones hermenéuticos generalmente reconocidos infringe, según la conocida doctrina de este Tribunal, el derecho fundamental a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE, aquella “interpretación” que desconozca manifiestamente aquellas pautas que razonablemente se deben seguir en la exégesis de las decisiones judiciales entraña materialmente una modificación de las mismas y puede comportar por lo tanto la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

0IV.- MOTIVOS DE AMPARO

PRIMERA QUEJA DE AMPARO

Vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia consagrados en el art. 24.1 y 2 CE, por falta de motivación suficiente del relato fáctico respecto de la comisión del delito de cohecho activo por el que nuestro representado ha sido condenado y de su intervención en el mismo.

I. Consideraciones introductorias

Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que, entre otros requisitos, el derecho del acusado a la presunción de inocencia exige que la prueba de cargo practicada permita inferir “más allá de toda duda razonable” los hechos por los que se condena y la responsabilidad que por ellos aquél haya podido contraer. Así lo ha declarado, por ejemplo, este Tribunal Constitucional en su sentencia 209/2002, de 11 de noviembre:

“La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”.

En igual sentido se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTC 81/1998, de 2 de abril, 123/2002, de 20 de mayo, 43/2003, de 3 de marzo, 145/2005, de 6 de junio, y 245/2007.

Ese mismo criterio de que la prueba de cargo ha de acreditar “más allá de toda duda razonable” la responsabilidad de quien haya de resultar penalmente condenado, lo ha establecido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos desde su sentencia en el caso *Irlanda c. el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, según la cual “*el derecho penal*”, frente al derecho civil, “*exige prueba más allá de toda duda razonable*” (§ 142). La misma jurisprudencia se reitera, entre las sentencias más

recientes, en las dictadas en los casos *Salman c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, o *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001.

La STC 145/2005, de 6 de junio (FJ 5º) vino a compendiar buena parte de las garantías que la jurisprudencia constitucional ha vinculado a la vigencia de este derecho fundamental. Entre ellas conviene comenzar destacando que, pese a la imposibilidad de sustituir al juez penal en la valoración *prima facie* de la prueba practicada en el proceso, la función tutelar del derecho fundamental a la presunción de inocencia que al Tribunal Constitucional incumbe se traduce en este ámbito en el deber de “supervisar que la actividad judicial se llevó a cabo con respeto de las reglas que forman el contenido de este derecho y que suponen en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, que cuando el juez llegó a la conclusión fáctica que expresa lo hizo porque no albergaba al respecto ninguna duda razonable y, en segundo lugar, desde una perspectiva objetiva, que su convicción no resulta reprochable, que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables”. Como consecuencia de ello, “la convicción del juez acerca de cómo sucedieron los hechos que incriminan al acusado no resultará constitucionalmente aceptable (...) si el propio juez transmite sus dudas razonables en torno a dicho relato, pues la regla presuntiva que está en el núcleo del derecho y que le da denominación le impone en tales casos el abandono de tales hechos como punto de partida para la calificación jurídica”. Por otra parte, “tampoco podrá aceptarse como válida, en cuanto objetivamente expresiva de una convicción judicial suficiente acerca de la acreditación de los hechos, la inferencia falta de lógica o de coherencia ... en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de él se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él”. Y, “además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, este Tribunal ha considerado asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial. Como tales inferencias hemos catalogado las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas; aquellas en las que caben ‘tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 189/1998, de 13 de julio, F. 3; además, entre otras, SSTC 120/1999, de 28 de junio, F. 2; 123/2002, de 20 de mayo, F. 9; 135/2003, de 30 de junio, F. 2). Un riesgo mayor de se produzca una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial tiene lugar en el ámbito de la denominada prueba de indicios, «que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio

que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia» (STC 189/1998, de 13 de julio, F. 3)”.

Como complemento a lo anterior cabe recordar algunas precisiones que han efectuado entre otras las SSTC 145/2005, de 6 de junio, 245/2007, de 10 de diciembre, y 12/2011, de 28 de febrero, en el marco de esta fundamental doctrina y que, por su importancia para este caso, conviene tener especialmente presentes; precisiones todas ellas que han sido reiteradas aún más recientemente en la importante Sentencia 22/2013, de 31 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional:

a) La primera de esas precisiones se refiere a la “íntima relación” existente entre la motivación de la valoración de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia. Así en la STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5 (a la que se remiten las SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6; y 22/2013, de 31 de enero, FJ 5) se puede leer lo siguiente:

“La cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las Sentencias impugnadas no es una cuestión que atañe sólo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este Tribunal ha reiterado que uno de los modos de vulneración de ese derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo inculpativo. Como afirmábamos en la STC 145/2005, de 6 de junio, existe una «íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 120/1999, de 28 de junio, F. 2; 249/2000, de 30 de octubre, F. 3; 155/2002, de 22 de julio, F. 7); 209/2002, de 11 de noviembre, F. 3; 163/2004, de 4 de octubre, F. 9)”.

b) Una segunda precisión se refiere “al diferente estándar de exigencia” que, como advierte también la citada STC 22/2013, corresponde al deber de motivación suficiente, cuando de fundamentar el relato fáctico incriminatorio se trata. Pues desde la perspectiva constitucional aquí relevante:

“resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero ‘dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (STC 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la ratio dicendi de la decisión judicial, sino que exige una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4)” (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5, a la que literalmente se remiten las SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6, y 22/2013, de 31 de enero, FJ 5).

c) La tercera y última precisión que importa hacer ahora atañe a la consecuencia que ha de tener esa falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio:

“Junto al diferente estándar de exigencia, consecuencia adicional de esta perspectiva constitucional sobre la ausencia de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio, está la de que, a diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la plena reparación del derecho a la presunción de inocencia pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. Como expresa la STC 245/2007, de 10 de diciembre, “la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva (FJ 5)” (STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5).

En los apartados siguientes de esta Queja contrastaremos este estándar en materia de prueba en el proceso penal con la forma en que las Sentencias de 27 de julio de 2011, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, y 990/2014, de 30 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, han tratado de justificar que

la prueba aportada era suficiente para considerar debidamente acreditada la comisión del delito por el que nuestro representado ha sido condenado y su responsabilidad personal en el mismo. Este contraste pondrá de manifiesto que, a pesar de sus continuas protestas en sentido contrario, dichas resoluciones han quedado en numerosos aspectos muy por debajo de aquel estándar cualificado de motivación, lesionando por tanto los derechos fundamentales de nuestro representado a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

II. Las vulneraciones de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia respecto de la existencia de los hechos constitutivos de un delito de cohecho activo por el que pudiese responder nuestro representado

1. En el **tercer motivo del recurso de casación que formulamos contra la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2011** denunciemos la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de nuestro defendido por no estar debidamente acreditado que desde la empresas del Grupo Núñez y Navarro se hubiesen efectuado las dádivas supuestamente recibidas por los actuarios Sres. Abella y Bergua.

El contenido de dicho motivo de casación se puede resumir del modo siguiente. Por un lado, el Tribunal de instancia había considerado que la totalidad de los ingresos en efectivo que se hicieron en las cuentas bancarias de los Sres. Abella y Bergua a lo largo de entre siete y nueve años procedió del Grupo Núñez y Navarro. Sin embargo, como la propia Sentencia de instancia tuvo que reconocer, no había una sola prueba de ello. Es más, en dicha Sentencia expresamente se admite que quienes hicieron los ingresos en sus cuentas fueron los propios Sres. Abella y Bergua y que no había constancia del origen de esos fondos (“de origen formalmente desconocido”, “cuyo origen no consta”: vid. pp. 99, 326 y 333 de la Sentencia). Más aún: en ella asimismo se reconoce -como lo hizo, por cierto, también el propio Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación de nuestro recurso de casación- “la existencia de importantes sospechas de que estos inspectores hubieran recibido dinero de otros grupos empresariales inspeccionados, que no se han podido acreditar” y que había “otras hipótesis posibles sobre el origen de estos ingresos”. Pese a todo, la Sala de instancia, presumió que tuvo

que ser el Grupo Núñez y Navarro quien se los proporcionara.

Por otro lado, la Sentencia de instancia consideró que habría habido también un favorecimiento económico a los Sres. Abella y Bergua en la venta de unos inmuebles. Sin embargo, la suposición de que el precio de las respectivas compraventas habría sido inferior al valor de mercado, que es en lo que el Tribunal de instancia cifró tal favorecimiento, no fue en absoluto confirmada, como de algún modo admitió también dicho Tribunal al realizar la bizarra afirmación que figura en la p. 329 de su Sentencia:

“Fijar la discrepancia de valor realmente no es tan esencial como sustentan las defensas de Bergua y el Grupo NyN, pues lo relevante es que, como dijo el Ministerio Fiscal en relación con el piso de Abella, se lo regalaron, al ser un hecho que el piso está a su nombre, y lo ha pagado con parte del dinero que le dio el Grupo NyN”.

Por lo demás, según razonamos cumplidamente en nuestro recurso, el Tribunal de instancia se basó, para tratar de justificar la condena, en una valoración incompleta, contradictoria y sesgada del acervo probatorio.

- a) Así, para la estimación del valor del inmueble adquirido por el Sr. Abella, concedió un valor determinante a un informe de tasación que la entidad financiera había emitido a otros efectos (en concreto, los de justificación de la cobertura de riesgo en la concesión del correspondiente crédito hipotecario) y que no llegó a ser ratificado en el juicio oral, desentendiéndose en cambio del que había emitido y ratificado oportunamente, como perito de la acusación, la Arquitecta Jefe del Gabinete Técnico de la Agencia Tributaria, siendo así que en este Informe se dio en concluir que el precio de venta fue efectivamente conforme al de mercado, coincidiendo en ello con el criterio expuesto por un segundo perito (el también arquitecto D. Jordi Griñó Sans) propuesto por una de las defensas. Todo esto es tan chocante que el propio Ministerio Fiscal tuvo que reconocer, en su ya citado escrito de impugnación de nuestro recurso de casación, que la decisión de la Sala de atenerse a aquella tasación que atribuyó un valor mayor al inmueble no estuvo suficientemente motivada y que se deberían haber expresado “las razones de esa elección”.

- b) En cuanto a la valoración de inmueble adquirido por el Sr. Bergua, la Sala sentenciadora atendió paradójicamente, sin justificar tampoco las razones de su elección, al informe de la mencionada Arquitecta de la Agencia Tributaria, cuando existía también otro informe pericial, oportunamente ratificado en la vista por el Sr. Griñó Sans, en el que, atendiendo a las características singulares del inmueble (que habían llevado a que durante muchos años fuera prácticamente invendible), se justificaba la correspondencia entre el precio de su venta y el valor de mercado. De un modo tan llamativo como en el caso anterior, este segundo informe, de nuevo el más favorable a los intereses de nuestro representado, tampoco fue tomado en consideración, ni mencionado siquiera, en la Sentencia de instancia.

En nuestro recurso señalamos también que, en un caso como éste, la STS 975/2011, de 28 septiembre, dio la razón a un recurrente que denunciaba que se habían vulnerado sus derechos fundamentales precisamente porque la Sentencia de instancia no mencionase algunos informes periciales que, resultándole favorables, habían constituido objeto de prueba en el juicio oral.

En consideración a todo lo anterior, que se explica de un modo mucho más detallado en el tercer motivo de nuestro recurso de casación contra la Sentencia de instancia, sostuvimos que en ella se había incurrido respecto de la comisión del delito de cohecho activo atribuido a nuestro representado en un vacío probatorio y en una argumentación ilógica e irrazonable, que condujo a su condena a través de una inversión de la carga de la prueba en contra del acusado, vulnerando por lo tanto, en definitiva, su derecho a la presunción de inocencia.

2. En el FD Quincuagésimo Sexto de la Sentencia 990/20013, de 30 de diciembre, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras resumir muy sucintamente el modo en que la Sentencia de instancia pretendió explicar su convicción, expresó en los siguientes términos las razones que le condujeron a desestimar en este punto nuestro recurso de casación:

“3.- En cuanto a la dádiva a favor del Sr. Abella constituye un fuerte indicio la correlación en el tiempo entre las actuaciones de inspección llevadas a cabo

por el funcionario a empresas del grupo y los sucesivos ingresos en efectivo en la cuenta en que se llevan a cabo los pagos de la deuda, supuestamente generada por la adquisición del inmueble a la empresa vendedora del grupo NyN.

Recuerda también la Abogacía del Estado como indicio relevante que deriva de la sentencia impugnada que el inspector Sr. Abella concluye las inspecciones al grupo NyN en el año 1998, y dejó de pagar la hipoteca en el año 1999. Lo que se habría evitado de ser otros los "patrocinadores" de los incrementos patrimoniales del funcionario. Resalta la sentencia la forma de la adquisición del inmueble y el acceso a la concesión del crédito hipotecario, que la sentencia expone, como dejamos dicho en el apartado anterior. La obtención de ese crédito resulta impensable, dadas las condiciones económicas del Sr. Abella y el importe de aquél, sin el respaldo de la vendedora. Tal aserto de la sentencia encuentra apoyo en la declaración testifical del Sr. Rocha, analista de riesgos, para quien la operación de crédito hipotecario era "inviabile". Y rechaza de manera razonable la sentencia la credibilidad del testimonio del Sr. Gaitus que trató de postular la "normalidad" de dicha operación crediticia. A ello se añade la realización gratuita de importantes obras por la vendedora en el inmueble. Todos estos constituyen indicios desde los que la inferencia de favor por parte del grupo NyN, es conclusión lógica no desvanecida por dudas de entidad.

4.- En cuanto al Sr. Bergua ya dijimos al resolver el motivo noveno de los formulados por ese acusado que la sentencia analiza, bajo la rúbrica "dádiva Roger Bergua", las razones de su imputación. A lo allí dicho nos remitimos ahora. La cuestión es si, aun en el supuesto de que el incremento patrimonial no justificado se pueda considerar entregado a favor de los funcionarios en atención a su cargo: **a)** la entrega se puede imputar a las empresas del grupo NyN y **b)** cual era el acto que quien hizo la entrega pretendía llevarse a cabo el funcionario corrupto.

Respecto a la autoría del cohecho activo, es decir a quien proporcionó la dádiva, debemos reiterar los elementos corroboradores de la imputación al grupo NyN que ya indicara la Abogacía del Estado como reflejados en la sentencia recurrida: la atención personal y directa al acusado por el Director comercial del grupo de empresas a la que pertenecía la entidad vendedora, el abandono de la vivienda vendida por su ocupante, dependiente de la vendedora, o el aplazamiento de los pagos con libramiento de letras a largo plazo sin devengo de intereses financieros.

Desde luego resulta fuera de discusión la intervención del Sr. Bergua en los procedimientos de inspección seguidos a empresas del grupo NyN. En un periodo anterior como actuario, y en el periodo del delito imputado, como Inspector Regional Adjunto.

Así pues, los enunciados que la sentencia formula sobre el carácter de dádiva que atribuye a los beneficios obtenidos por los Srs. Abella y Bergua, y también sobre el origen de tales favores en las decisiones y actuaciones del grupo NyN se muestran con certeza que cabe asumir de manera generalizada.

En lo relativo al establecimiento de las premisas fácticas de que parte, y en la coherencia entre aquellas premisas y las conclusiones citadas. Avaladas por el canon de la lógica y la enseñanza de la experiencia. Sin que las dudas pretendidas por el recurrente sean de entidad razonabilidad suficiente para desvirtuar aquellas conclusiones.

Sobre el comportamiento de los funcionarios que percibieron la dádiva versan los siguientes motivos.

Este motivo se desestima”.

3. La Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha limitado pues a mencionar la existencia de algunos datos indiciarios de que desde el Grupo Núñez y Navarro se habrían efectuado dádivas a los Sres. Abella y Bergua y a concluir de un modo apodíctico, sin otro argumento que su simple mención, que “los enunciados que la sentencia formula sobre el carácter de dádiva que atribuye a los beneficios obtenidos por los Sres. Abella y Bergua, y también sobre el origen de tales favores en las decisiones del grupo NyN se muestran con certeza que cabe asumir de manera generalizada”. Una conclusión que, dicho sea de paso, implica el reconocimiento de que de algunos extremos particulares de aquellos enunciados no se podría predicar la misma certeza.

Puesto que no se ofrecen aquí otros argumentos para sostener el carácter concluyente de aquellos indicios que los que había ya manejado la sentencia de instancia, es claro, a nuestro juicio, que la vulneración de los derechos fundamentales de nuestro defendido que denunciarnos como producida por dicha sentencia no ha sido eliminada en la casación y se mantiene tras ella.

No reproduciremos aquí con todo detalle lo que ya expusimos en el motivo tercero de nuestro recurso de casación, al que podemos a tal efecto remitirnos. Para demostrar que la descripción que figura en la Sentencia de instancia, lejos de ser coherente y estar fundada en las reglas de la lógica y de la común experiencia –como supone la Sala Segunda del Tribunal Supremo- carece en verdad de cualquier consistencia y de un fundamento razonable, será suficiente señalar algunas de sus más flagrantes contradicciones e incoherencias en lo que se refiere precisamente a los aspectos aludidos en la Sentencia de casación.

a) En ella se hace especial énfasis, como hemos visto, hasta el punto de considerarlo “un fuerte indicio” de que se habría realmente producido la dádiva al Sr. Abella, a **“la correlación en el tiempo entre las actuaciones de inspección llevadas a cabo por el funcionario a empresas del grupo y los sucesivos ingresos en efectivo en la cuenta en que se llevan a cabo los pagos de la deuda, supuestamente generada por la adquisición del inmueble a la empresa vendedora del grupo NyN”**. Este indicio vendría acompañado por otro, que es calificado también de “relevante”, derivado también de **la relación temporal, en este caso, entre el momento en que cesaron las inspecciones al grupo NyN (en 1998) y el momento en que el Sr. Abella dejó de hacer frente al pago de las cuotas de su hipoteca (en el año 1999)**: este incumplimiento –se dice– “se habría evitado de ser otros los ‘patrocinadores’ de los incrementos patrimoniales del funcionario”.

Estos indicios que la Sala de Casación presenta como tan fuertes y relevantes no resisten, sin embargo, el más somero análisis, ni desde el punto de vista de su propia solidez, ni desde el de su coherencia con el resto de los argumentos sobre los que ha tratado de justificarse la tesis condenatoria.

Recuérdese que según esta tesis, tal y como se recoge en los hechos que se declararon probados en la Sentencia de instancia, el Sr. Abella habría obtenido del Grupo Núñez y Navarro “durante el periodo dicho de 1991 a 1999, la cantidad total de 114.062.167 ptas., que corresponden a los siguientes conceptos:

- Diferencia entre el valor de tasación y el precio pagado 22.525.680
- Dinero efectivo ingresado en sus cuentas 91.536.487
- SUMA TOTAL DE LA DÁDIVA 114.062.167 pesetas”.

El Sr. Bergua, por su parte, habría obtenido, “durante el periodo dicho de 1991 a 1999, la cantidad de 63.894.643 pesetas², que corresponde a los siguientes conceptos:

² En la Sentencia figuraba originalmente la cifra de 99.894.643 pesetas, pero fue rectificada, a instancia de la representación procesal de nuestro defendido, en el Auto de aclaración de Sentencia de 20 de octubre de 2011 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona.

- Diferencia ente el valor de la vivienda y garaje adquiridos, y el precio pagado 43.369.643 pesetas
- Dinero recibido en metálico durante el periodo 1992 a 1998 20.525.000
- SUMA TOTAL DE LA DÁDIVA 63.894.643 pesetas”.

Dejando al margen, por el momento, lo que se refiere a las supuestas diferencias entre el valor de los inmuebles y el precio pagado por ellos, la tesis en la que se ha basado la condena consiste en considerar que todo el dinero ingresado por esos dos inspectores en sus cuentas entre determinadas fechas (distintas por cierto en uno y otro caso) les fue entregado por el Grupo Núñez y Navarro. Esta suposición resulta completamente irracional si se atiende, precisamente, a la existencia, que aparece igualmente supuesta en los hechos probados de la sentencia, de una “trama de corrupción en el seno de la Inspección regional de Cataluña” de la que habían formado parte los Sres. Bergua y Abella, pues si eso fue así ¿cómo es que esos ingresos en efectivo no podrían haber procedido de sociedades del Grupo Ibusa o de cualquier otra empresa que hubiese satisfecho dádivas a funcionarios corruptos de la AEAT de Cataluña?

Si citamos individualizadamente el caso del grupo Ibusa es porque la sentencia de instancia declaró probado que el Sr. Abella la habría favorecido en sus inspecciones de aquellos años y porque, en los fundamentos jurídicos de dicha sentencia (pp. 257, 488 s., 513) se dice que no se pudo acreditar sin embargo que el citado inspector recibiese pagos de dicho grupo empresarial. Pues bien, esa falta de prueba respecto del grupo Ibusa (o respecto de cualesquiera otras sociedades o personas físicas a las que se pudiese haber ilícitamente favorecido en el marco de aquella trama de corrupción generalizada que, según se dice, operaba entonces en la AEAT de Cataluña), a pesar de la existencia de sospechas en tal sentido, se ha terminado por convertir en la presunción de que tuvo ser en consecuencia el Grupo Núñez y Navarro quien efectuase esos pagos, vulnerándose así de un modo clamoroso el derecho a la presunción de inocencia de nuestro representado y de las demás personas relacionadas con dicho Grupo.

Por lo demás, un análisis riguroso de la relación temporal entre todos los hechos que la propia Sentencia de instancia consideró relevantes, pone de relieve tales

incongruencias con la tesis condenatoria que impiden considerar que esta se encuentre racionalmente fundada.

En las páginas 72 a 75 de nuestro recurso de casación presentamos una cronología completa de los hechos que se recogen en la sentencia de instancia, con indicación del lugar de la misma en que aparecen citados, al efecto señalar las muchas contradicciones en que el Tribunal de instancia incurrió al relatarlos.

Sin ánimo de exhaustividad, recordaremos ahora las siguientes incongruencias:

- En el caso del Sr. Bergua la Sentencia considera que los ingresos en efectivo procedentes del Grupo NN son todos los que figuran en sus cuentas bancarias entre los años 1992 y 1998, mientras que en el caso del Sr. Abella serían todos los que figuran en sus cuentas entre los años 1991 y 1999. El Tribunal de instancia no explica de ningún modo este desfase temporal. Las fechas de comienzo y fin del favorecimiento económico al Sr. Abella coinciden con las fechas en las que dicho Inspector quedó adscrito a la URI núm. 28. Si el Tribunal fuera coherente con ese criterio, entonces el favorecimiento económico al Sr. Bergua tendría que haber ocurrido entre el 30 de mayo de 1991, en que se le nombró Inspector Regional Adjunto, y el 28 de abril de 1995, en que cesó en su cargo. Sin embargo, el Tribunal considera que el favorecimiento ocurrió entre 1992 y 1998.
- Según la Sentencia, el Sr. Bergua tuvo unos “importantísimos incrementos patrimoniales” a partir del año 1987. Por tanto, su presunto enriquecimiento se inició cuatro años y medio antes de que fuera nombrado Inspector Regional Adjunto, cinco años antes de que, según la Sentencia, percibiera los primeros ingresos en efectivo del Grupo Núñez y Navarro y seis años antes de que comprara un piso a una sociedad del Grupo. Si esto es así, y es el Tribunal de instancia quien lo afirma, no encuentra explicación alguna que se pretenda atribuir el incremento patrimonial injustificado a dicho grupo de empresas. Como tampoco encuentra una explicación razonable la suposición de que todos sus ingresos en efectivo, durante siete años además, tuvieran que proceder de tal grupo empresarial y no de cualquier otra fuente, por

ejemplo de su propio patrimonio, que se había incrementado de forma importantísima desde 1987, mucho antes de comprar el piso y de ser nombrado Inspector Regional Adjunto.

- La Sentencia de instancia manifiesta en varias ocasiones que la finalidad de la dádiva era conseguir que el Sr. Bergua, en tanto que Inspector Regional Adjunto, aceptara las inspecciones realizadas por el Sr. Abella, ya que “su función era revisar el trabajo de Abella” (p. 327). En la p. 94, dentro de los Hechos Probados, así se dice también. La cronología sin embargo demuestra que los hechos que la Sentencia declara probados no tienen sentido desde tal perspectiva, pues si la finalidad de la dádiva era que el Sr. Bergua no obstaculizara como Inspector Regional Adjunto las inspecciones y actas del Sr. Abella, no se puede explicar por qué los supuestos pagos en efectivo se siguen produciendo hasta el año 1998, siendo así que el Sr. Bergua había cesado en tal cargo el 28 de abril de 1995. Ello contradice también, de un modo palmario, la afirmación contenida en la Sentencia de Casación (p. 268) de que “desde luego está fuera de discusión la intervención del Sr. Bergua en los procedimientos de inspección seguidos a empresas del grupo NyN. En un periodo anterior como actuario, y en el periodo del delito imputado, como Inspector Regional Adjunto”.
- El dato de que el 20 de enero de 1996 el Sr. Bergua y su esposa terminaron de pagar el piso y la plaza de garaje no encaja con la versión de los hechos que figura en la Sentencia, pues según ésta, todos los ingresos en efectivo que los Sres. Abella y Bergua hicieron en sus cuentas bancarias hasta el año 1999 procedían del Grupo NN y esos ingresos tenían como finalidad hacer que los pisos que habían adquirido al Grupo les salieran gratis (o prácticamente regalados). Si esto es así, resulta inexplicable que, después de terminar de pagar el piso en enero de 1996, el Sr. Bergua siguiera supuestamente recibiendo dinero en efectivo del Grupo Núñez y Navarro durante tres años más (de 1996 a 1998).
- El dato de que en el año 1999 el Sr. Abella dejase de pagar la hipoteca de su piso, dato que –siguiendo a la Abogacía del Estado- la Sentencia de Casación

considera como “indicio relevante” de que el Grupo Núñez y Navarro habría sido el único “patrocinador” de los incrementos patrimoniales de dicho funcionario, es incompatible asimismo con la tesis de que el cohecho consistió precisamente en regalar su piso al citado Inspector y de que las posteriores entregas en efectivo habrían sido simplemente la forma de simular que era el Sr. Abella y no el propio Grupo Núñez y Navarro quien hacía frente al cumplimiento de tales obligaciones hipotecarias (“para aparentar la legalidad de la operación”, como se dice en la Sentencia de Casación, p. 266). Lo cierto es sin embargo que, habiéndose concedido en 1994 por Caixa de Catalunya al Sr. Abella y a su esposa una hipoteca por valor de 66.368.800 pesetas para adquirir ese piso (los 20.000.000 de pesetas restantes procedieron de la venta de su piso anterior), al producirse después de 1999 el impago de las obligaciones hipotecarias que habían contraído, el capital aún pendiente ascendía a 47.055.758 pesetas (282.810,80 €), lo que motivó que unos años después Caixa de Catalunya formulase demanda de ejecución hipotecaria y se celebrase la subasta de las dos fincas registrales en que aquel piso se dividía. Ante el hecho objetivo de estar aún pendiente de pago una cantidad tan importante del capital que superaba con creces la mitad del valor de venta del piso, es simplemente imposible afirmar tanto que éste fue “regalado” al Sr. Abella por el Grupo Núñez y Navarro, como que el impago a partir de 1999 de las cuotas hipotecarias restantes constituye un “indicio relevante” de que así pudo haber sucedido.

Como se puede ver, un simple estudio de las fechas que se reseñan en la Sentencia revela numerosas contradicciones e inconsistencias, que convierten en ilógico y absurdo el relato fáctico que el Tribunal de instancia dio en considerar probado, y viene a refutar de un modo contundente la suposición del Tribunal de casación de que las dudas que habíamos expuesto en nuestro recurso carecían de razonabilidad suficiente para desvirtuar las conclusiones que aquél había alcanzado.

b) En la Sentencia de casación se hace referencia, como luego diremos, a la forma y circunstancias en las que los Sres. Abella y Bergua adquirieron sus pisos a empresas del Grupo Núñez y Navarro, pero significativamente no se concede importancia a las diferencias supuestamente existentes entre el precio pagado por ellos y

el valor de los inmuebles, lo que parece indicar que la propia Sala de casación alberga dudas sobre la verosimilitud de los datos considerados por la Sentencia de instancia en este sentido.

Esto es comprensible, pues el propio Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición a nuestro recurso de casación, había admitido la existencia en la causa de dos informes periciales, uno propuesto por la defensa del Sr. Núñez Navarro (el del Arquitecto Sr. Griñó) y el otro de la acusación (el de la Arquitecta Jefe del Gabinete Técnico de la AEAT, mencionado al comienzo de esta queja) que estimaron el valor de las viviendas adquiridas por el Sr. Abella en una cantidad casi exactamente coincidente con el precio consignado en la escritura, de modo que la decisión de la sala de instancia de atenerse a la tasación de la entidad financiera que hizo una valoración sensiblemente mayor no estuvo, tampoco a su juicio, suficientemente motivada pues se deberían haber expresado “las razones de esa elección”. Ciertamente el Ministerio Público, de un modo incoherente con la función que le incumbe de velar por el respeto la legalidad y de los derechos fundamentales en el proceso, trató de minimizar la importancia de ese déficit de motivación aduciendo que “ninguna indefensión causó a recurrente que ya conocía el valor fijado al piso por el banco a efectos de la hipoteca”, sin reparar entre otras cosas en que la falta de motivación de la que aquí se trata no sólo atañe al derecho de defensa, sino antes y por encima de esto a uno de los principales indicios en que la Sentencia de instancia había tratado de construir la prueba de cargo contra nuestro defendido, quedando por tanto gravemente afectado su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otro lado, también en el caso del piso adquirido por el Sr. Bergua se había dado la circunstancia de que el Tribunal de instancia no considerase, ni mencionase siquiera, en su Sentencia un informe pericial, oportunamente ratificado en la vista por el Arquitecto Sr. Griñó, en el que atendiendo a las características singulares del inmueble (que habían llevado a que fuera durante muchos años prácticamente invendible) se acreditaba igualmente la correspondencia entre el precio de venta y el valor de mercado. El Tribunal de instancia prefirió hacer caso en esta ocasión al informe de la Arquitecta de la AEAT que paradójicamente no había tomado en consideración respecto del piso del Sr. Abella y, sin motivar de ningún modo tan incoherente preferencia, se limitó en lo demás a descalificar el informe de un tercer perito (¡no el del Sr. Griñó, que –según

hemos dicho- ni siquiera es mencionado en la Sentencia de instancia!), por mediar supuestamente entre su autor y el Sr. Bergua una relación de amistad.

A pesar de que en nuestro recurso habíamos advertido que en un caso como éste la STS 975/2011, de 28 de septiembre, dio la razón a un recurrente que había denunciado la vulneración de sus derechos fundamentales porque la sentencia de instancia no mencionó algunos informes periciales que le favorecían y que habían constituido prueba válidamente practicada en el juicio oral, la Sala Segunda del Tribunal Supremo tampoco dijo nada acerca de esto al pronunciarse sobre nuestro motivo de casación. Solamente de un modo muy indirecto, en la remisión que dicha Sala efectuó (al exclusivo fin de justificar la comisión de un delito de cohecho por parte del Sr. Bergua) a su respuesta al motivo noveno del recurso formulado por éste, puede hallarse un confuso atisbo de contestación. Lo que allí (FD 25, apartado 6, pp. 209 s. de la sentencia de casación) se dice es lo que no estaría fundada la queja del Sr. Bergua “en cuanto a la valoración de los inmuebles, porque la sentencia cuenta con aval pericial. Y no cabe decir que ignorara las pericias diversas. El examen de la justificación expuesta en páginas 328 y siguiente, acredita su lectura. Ciertamente cabría hacer un análisis contrapuesto y minucioso de cada pericia. Pero eso no afecta a la suficiencia y legitimidad de la prueba que reclama la garantía constitucional, cuya invocación por el recurrente nos ocupa ahora”.

Para expresarse de este modo, tan oscuro por cierto, la Sala de casación parece haberse basado en la idea de que, en relación con los inmuebles adquiridos por el Sr. Bergua, sólo existieron dos informes periciales, el de la Arquitecta de la AEAT y el de quien es tachado por el Tribunal de instancia (precisamente en esas pp. 328 s. de su sentencia) a causa de su supuesta afinidad personal con el propio Sr. Bergua, cuando lo cierto es que existía todavía un tercer informe, el del Arquitecto Sr. Griñó, propuesto por la defensa del Sr. Núñez Navarro y no afectado por semejante tacha. Todo esto había sido claramente expuesto y además con cierta extensión en las páginas 82-86 de nuestro recurso, al que por lo que se ve no se prestó en este punto la menor atención.

Esta falta de consideración por parte del Tribunal de instancia de un conjunto de pruebas válidamente practicadas, tiene por sí misma relevancia para justificar la queja

de haberse vulnerado los derechos fundamentales de nuestro representado a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

La Sentencia de este Tribunal Constitucional 139/2009, de 15 de junio, estimó el recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en un procedimiento contencioso-administrativo en el que el Tribunal había prescindido por completo, sin aducir razón alguna en la resolución, de una parte sustancial de la prueba practicada, consistente precisamente en informes periciales. En el diario jurídico *La Ley* del 15 de septiembre de 2009 D. Manuel Miranda Estrampes, Fiscal ante el Tribunal Constitucional, publicó un comentario sobre esa Sentencia de gran interés para lo que aquí estamos tratando. Dice al respecto el Fiscal Miranda Estrampes³:

“Más allá de las singularidades del caso concreto analizado, la censura constitucional se dirige a aquellas prácticas jurisdiccionales que en el momento de la valoración de la prueba y de la explicitación justificativa del razonamiento probatorio en la sentencia mutilan, parcial e interesadamente, el resultado de la totalidad de la prueba practicada cuando la misma resulta decisiva para resolver el núcleo esencial de la pretensión planteada. Esta operación de maquillaje probatorio no cumple con los estándares constitucionales derivados del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Toda resolución judicial debe dar cuenta de la totalidad del cuadro probatorio disponible exteriorizando las razones por las cuales descarta o acoge su resultado, sin ofrecer una visión distorsionada, por fragmentada o mutilada, de dicho resultado. La motivación de la resolución judicial, en su aspecto relativo al razonamiento probatorio, exige como característica de relevancia constitucional, de su completud, esto es, la necesidad de analizar la totalidad de las pruebas admitidas y practicadas en un proceso siempre que las mismas resulten relevantes para resolver las cuestiones planteadas, salvo que su omisión pueda interpretarse de forma razonable como una respuesta tácita a esa exigencia justificativa. La suficiencia de la motivación como estándar constitucional obliga a que dicha motivación fáctica tenga un carácter integral, esto es, que alcance a todas las pruebas relevantes y útiles, sin omisiones ni silencios”.

En el supuesto sobre el que versó la STC 139/2009 el recurrente en amparo era el demandante en un procedimiento contencioso-administrativo. Por esa razón el derecho constitucional que se consideró vulnerado fue el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial motivada. Sin

³ Diario *La Ley*, Nº 7241, Sección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 Sep. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY.

embargo, en el presente caso la omisión en la motivación fáctica de la Sentencia de la necesaria valoración de todas esas pruebas y de las cuestiones fácticas a que las mismas se refieren tiene un alcance incluso más importante, pues afecta además al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Al margen de esto, la escasa importancia que el Tribunal de casación ha concedido, ni siquiera para corroborar otros supuestos indicios, a los razonamientos de la sentencia de instancia sobre la tasación de los citados inmuebles, así como la reiterada observación de que, “independientemente de la diferencia entre precio de mercado o valor real del inmueble y precio abonado”, decisivas serían más bien las entregas de dinero en efectivo, son expresivas de que algún efecto han tenido las dudas planteadas a este respecto en nuestro recurso.

Ahora bien, si esto fue así, lo correcto entonces habría sido estimar, al menos parcialmente, el tercer motivo de casación formulado la Sentencia de instancia. Pues ésta, sobre muy endeble e inadmisibles fundamentos, había considerado probada la entrega al Sr. Abella de una dádiva de nada menos que 22.525.680 pesetas, en que se cifraría la diferencia entre el valor de tasación y el precio pagado por su piso, y la de otra dádiva aún superior al Sr Bergua, de 43.369.643 pesetas, por la supuesta diferencia ente el valor de la vivienda y el garaje adquiridos y el precio satisfecho por ellos.

La consecuencia de entender que nada de esto estaba suficientemente acreditado habría tenido que ser, como mínimo, la de reducir correspondientemente la pena de multa impuesta, que la ley vincula directamente, en el delito de cohecho, al valor de la dádiva efectivamente solicitada o entregada. La importancia del defecto señalado trasciende sin embargo esta cuestión de detalle y afecta, dado lo imbricados que están entre sí todos los supuestos indicios que se han tomado en cuenta para construir la tesis condenatoria, a la razonabilidad de toda la fundamentación fáctica de la condena de nuestro representado.

c) En lugar de a la diferencia entre el valor de los inmuebles y los precios pagados por ellos, la sentencia de casación concede, por último, un valor indiciario o de corroboración de los anteriores indicios a determinadas **circunstancias de adquisición de tales inmuebles por los inspectores de Hacienda.**

Respecto del Sr. Abella, en dicha sentencia se dice, en primer lugar, que la obtención del crédito que le fue concedido para adquirir su piso sería “impensable, dadas las condiciones económicas del Sr. Abella y el importe de aquél, sin el respaldo de la vendedora”. El aserto realizado en la sentencia de instancia en ese sentido encontraría “apoyo en la declaración testifical del Sr. Rocha, analista de riesgos, para quien la operación de crédito hipotecario era "inviabile", mientras que sería “razonable” también la forma en que la sentencia de instancia rechazó la credibilidad del testimonio del Sr. Gaitus, que había tratado de postular “la "normalidad" de dicha operación crediticia”. En segundo lugar, a ello habría que añadir todavía “la realización gratuita de importantes obras por la vendedora en el inmueble”. Todos estos serían “indicios desde los que la inferencia de favor por parte del grupo NyN, es conclusión lógica no desvanecida por dudas de entidad”.

¿Cabe decir seriamente que estos son indicios suficientes para suponer que las empresas del grupo Núñez y Navarro “favorecieron” al Sr. Abella no ya en el sentido trivial de facilitar que la entidad financiera le concediese el crédito necesario para adquirir el piso que aquellas estaban interesadas en vender, sino en el delictivo sentido de llegar “regalarle” en realidad el piso supuestamente vendido? En nuestro recurso habíamos expuesto fundadas razones para poner esto en duda, que a la Sala de casación no le han parecido sin embargo de suficiente entidad.

Allí argumentamos pormenorizadamente que el informe de valoración realizado por la Jefe del Gabinete Técnico y Arquitecto de la Hacienda Pública que obra a los ff. 263000-263016, elaborado como prueba pericial para este procedimiento penal y ratificado en el plenario, al que antes nos hemos referido para recordar su falta de consideración por las Sentencias objeto de esta Queja, había concluido lo siguiente:

“El valor total estimado en venta de la vivienda ‘duplex’ y las plazas de aparcamiento el **5 de octubre de 1994** es de: **81.806.027 pts**” (f. 263016; con negrita en el original).

Esta valoración no sólo coincide, como antes dijimos, prácticamente hasta la peseta, con el precio de venta escriturado de estos inmuebles (que, según consta en la p.

96 de los Hechos Probados de la sentencia de instancia fue de 81.480.000 pesetas), sino que es patente que tuvo ya en cuenta las obras, consistentes precisamente en unir dos viviendas situadas en plantas distintas para convertirlas en el dúplex que finalmente se vendió al Sr. Abella. Esas obras estaban ya terminadas en el momento de la venta del piso y de las plazas de garaje, que tuvo lugar en la misma fecha (el día 5 de octubre de 1994) a la que se refiere el citado informe de valoración. Por eso mismo en dicho informe no se habla de dos pisos separados, sino de una vivienda “duplex”. Teniendo en cuenta todo esto, que estaba corroborado además por otro informe pericial (emitido y ratificado en el plenario por el Arquitecto Sr. Griñó) y que la única tasación que había atribuido un valor mayor al inmueble tenía -como también señalamos- una diferente finalidad y no fue objeto de ratificación, ¿cómo es posible decir que en nuestro recurso no se habían formulado reparos de entidad suficiente como para suscitar una duda razonable acerca de que se hubieran realizado “gratuitamente” (esto es, regalado) “importantes obras por la vendedora en el inmueble”, cuando lo que sucedió es algo tan simple como que el valor de las obras pasó a integrarse y estaba ya computado en el de la vivienda vendida?

No tiene un peso mayor el otro “indicio” al que hace mención la sentencia de casación: las condiciones de otorgamiento de un crédito que sería supuestamente inviable desde el punto de vista del análisis de riesgos. A ello tuvimos ocasión de referirnos también con detalle en las pp. 67-70 de nuestro recurso, a las que podemos aquí remitirnos, no sin antes reseñar que el rechazo por el Tribunal de instancia del testimonio del Sr. Gaitus, rechazo que a la Sala de Casación parece “razonable”, se debió fundamentalmente a que vino a sostener tesis contrarias a las de la acusación y, en particular, la de que la concesión del crédito al Sr. Abella y su esposa no era en realidad inviable porque las entidades financieras -en aquellos años, en los que no se preveía una caída, sino más bien un aumento sostenido del precio de los inmuebles- podían llegar a prestar hasta el 100% del valor del inmueble objeto de la compraventa, pues lo que importaba era la garantía que ofrecía el propio bien hipotecado. Esto, que como sabemos era práctica habitual de toda clase de entidades financieras en los años del boom inmobiliario, le pareció sin embargo al Tribunal de instancia “una postura totalmente irracional”, aduciendo para justificar tan tajante descalificación del testigo un argumento de tan escasa solidez, como el de que “es de sobra conocido, y más ante el debate suscitado en la actualidad [¡esto es, en 2011, en que está fechada la Sentencia!]

en relación a los créditos hipotecarios que se realizan, que las entidades bancarias, ante un nivel de endeudamiento alto piden garantías adicionales”, y la gratuita suposición -contraria de nuevo a la presunción de inocencia de nuestro defendido- de que tuvo entonces que haber “una garantía adicional no escrita como puede ser el respaldo total y absoluto del grupo NyN”.

La Sentencia de casación ha considerado también como elementos corroboradores de la sospecha de que habría sido el Grupo Núñez y Navarro el que efectuó las dádivas que explican el incremento patrimonial no justificado del Sr. Bergua algunas circunstancias que rodearon la adquisición de su vivienda. Estos elementos serían, como hemos ya visto, “la atención personal y directa al acusado por el Director comercial del grupo de empresas a la que pertenecía la entidad vendedora, el abandono de la vivienda vendida por su ocupante, dependiente de la vendedora, o el aplazamiento de los pagos con libramiento de letras a largo plazo sin devengo de intereses financieros”.

A todo ello habíamos dado asimismo una cumplida respuesta en el tercer motivo de nuestro recurso de casación. Como dijimos allí, las circunstancias descritas encuentran una fundamental explicación en el hecho de que la adquisición de los inmuebles en cuestión se efectuó a través de un contrato de promesa bilateral de compraventa concluido en 2001, a partir del cual el Sr. Bergua se comprometió a abonar diversas cantidades a cuenta hasta que dos años después se elevó a escritura pública cuando quedó resuelto el contrato de arrendamiento existente con un inquilino, lo que impidió durante todo ese tiempo que el Sr. Bergua pudiese disponer del inmueble que pretendía adquirir. Puesto que durante ese tiempo fue el Sr. Bergua quien anticipó el pago al Grupo Núñez y Navarro, sin que tal anticipo devengase interés alguno, no era extraño que en correspondencia no se establecieran intereses para las cantidades posteriormente aplazadas: el posterior aplazamiento de parte del precio hasta la terminación del pago en enero de 1996 estaba ya compensado por aquel anticipo.

4. Por la intensa imbricación que existe para tratar de justificar la condena de nuestro representado entre la supuesta entrega de cantidades de dinero en efectivo a los Inspectores Abella y Bergua desde el Grupo Núñez y Navarro y el pretendido favorecimiento económico de dichos Inspectores mediante la venta de determinados

inmuebles por precio inferior al de mercado, hemos presentado hasta aquí de un modo conjunto la presente Queja de amparo, a fin de señalar la ausencia de prueba directa de cargo acerca de cualquiera de esos extremos, la falta de lógica y consistencia de los indicios expuestos en su apoyo, así como el carácter circular, abierto e inconcluyente de las inferencias efectuadas a partir de los mismos, como se desprende ya de las dudas expuestas por el Tribunal de instancia y por la propia Sala de casación respecto del relato de los hechos declarados probados.

Se ha de hacer notar, no obstante, la especial importancia que tiene en este contexto la existencia de dudas razonables en torno a la efectiva realización de aquellas supuestas entregas de dinero en efectivo, en la medida en que la falta de constancia de tales entregas habría de determinar, independientemente de las fundadas dudas a su vez existentes respecto de que con aquellas ventas de inmuebles se hubiese producido un ilícito favorecimiento económico de los funcionarios de la Hacienda Pública, la plena absolución de nuestro defendido.

En efecto, en el Séptimo motivo de nuestro recurso de casación (pp. 299-305) planteamos, de un lado, que la anulación de la condena de nuestro representado por el delito de falsedad documental que inicialmente le había sido atribuido habría de implicar que el plazo de prescripción del delito de cohecho restante fuese meramente de cinco años; y, de otro, que si se considerase asimismo que el supuesto favorecimiento económico de los Sres. Abella y Bergua se redujo al que obtuvieran con la adquisición de sus pisos, la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción habría sido el 5 de octubre de 1994, en el que se otorgó la escritura de compraventa de la vivienda del Sr. Abella (la de la vivienda del Sr. Bergua se había producido ya con anterioridad, el día 29 de enero de 1993), mientras que el *dies ad quem* sería el 18 de junio de 2002, por lo que habrían transcurrido en esta fecha mucho más de esos cinco años de prescripción desde aquel *dies a quo*.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, que -como ya hemos dicho- accedió a absolver al Sr. Núñez Clemente del delito de falsedad documental por el que había sido condenado en la instancia, rechazó en cambio nuestra pretensión de que, en consecuencia, se declarase prescrita su responsabilidad por el delito de cohecho. La desestimación de nuestro recurso en este punto no se debió a cualquier discrepancia

respecto del plazo de prescripción aplicable, ni respecto de la determinación del *dies ad quem* procedente, sino a no considerar “acertada” la fecha del *dies a quo* que invocamos, por cuanto “se declara probado en la sentencia recurrida que las prestaciones corruptoras fueron entregadas, no solamente mediante la entrega del inmueble a cada uno de los funcionarios Sras. (sic) Abella y Bergua, sino también facilitándole (sic) las entregas en efectivo que aquellos destinaban a la cancelación de la carga hipotecaria” y “dichas entregas, según se declaró probado, continuaron hasta los años 1999 y 1998 respectivamente”.

III. Las vulneraciones de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia respecto de la intervención de nuestro defendido en los hechos por los que ha sido condenado.

En el **segundo motivo de nuestro recurso de casación** sostuvimos, en síntesis, que *la Sentencia recurrida vulnera el canon de certeza de la “duda razonable” en lo que se refiere a la intervención en los hechos de nuestro representado*, pues no ha quedado acreditado más allá de toda duda razonable que D. José Luis Núñez Clemente tomase parte en los hechos delictivos que, según la sentencia de instancia se cometieron en el seno del grupo empresarial Núñez y Navarro, pasando por alto que en aquellos años, por desempeñar el cargo de Presidente del Fútbol Club Barcelona, tuvo que dedicar su tiempo a actividades y responsabilidades muy importantes, que le apartaron de la gestión del citado grupo de empresas.

En el FJ Quincuagésimo quinto de su Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha desestimado dicho motivo con una justificación muy lacónica, que se concentra en el apartado tercero de tal FJ. Allí se dice simplemente lo siguiente:

“3.- Pese a la manifestación del recurrente sobre la improcedencia de tener a la familia como sujeto activo criminal, cabe decir que la sentencia pone la expresión de que las decisiones se adoptaban por la familia en boca del acusado hijo Sr. Núñez Navarro. Y, en cualquier caso se trata de una expresión coloquial. Eso sí de sentido inequívoco: nadie

ajeno a la familia, salvo el Sr. Sánchez Guiu, intervenía en la adopción de tales decisiones.

Y la sentencia parte precisamente de lo manifestado por el Sr. Núñez Navarro. Pero también del informe del Sr. Arthur Andersen. El motivo se rechaza”.

Es oportuno reproducir aquí el apartado segundo de ese mismo FJ, en el que la Sala de casación resume del modo siguiente las consideraciones contenidas en la Sentencia de instancia a las que, sin más justificación, se remite:

*2.- La sentencia de instancia proclama que las empresas que pertenecen al grupo NyN están vinculadas aunque no contablemente consolidadas. Pero integran un grupo familiar. Están registralmente domiciliadas en los domicilios de los miembros de la familia Núñez o en las oficinas de la empresa en C/ Conde Urgel. Los hijos de D. José Luis Núñez Clemente, que inició la empresa, se distribuyen el trabajo según sus profesiones con independencia de la naturaleza de la actividad que se atribuye a cada empresa. En cuanto a la dirección efectiva la sentencia señala que el grupo fue creado por el recurrente Sr. Núñez Clemente y D^a María Luisa Navarro, entrando su hijo en la reorganización que se efectúa cuando el recurrente accede a la presidencia del club de fútbol Barcelona. No obstante, valorando lo dicho por el testigo Sr. Vidal, director financiero, el padre **no perdió la dirección real** ya que, analizando la sentencia lo manifestado por el hijo coacusado Sr. Núñez Navarro, las **decisiones se tomaban por la familia** "a la hora de comer en el domicilio familiar" subrayando que "bueno era su padre para no contarle cosas". La sentencia también toma en consideración para mantener ese protagonismo paterno en la dirección, **el informe del Sr. Arthur Andersen** que en septiembre de 1996 postula que **se mantenga "el control político de José Luis Núñez Clemente"**, recordando que solo se mantiene lo que se detenta.*

Por ello concluye que, además de esa efectiva dirección, fue el recurrente quien, junto con su Hijo Sr. Núñez Navarro y el coacusado Sr. Sánchez Guiu tomó "la decisión de comprar la voluntad de la inspección de Hacienda". Expresamente rechaza la sentencia la pretensión de la defensa de "desplazar sus responsabilidades" de las diversas operaciones a empleados del Grupo, y que eran "ellos quienes materializaban los acuerdos adoptados en el seno de la familia" según, dice la sentencia, consta documentalmente. Argumenta al efecto la recurrida que esa "decisión de sobornar en los términos en que se hizo,

no es una decisión que por su trascendencia pueda surgir y adoptarse al nivel de meros directivos no pertenecientes al círculo familiar dirigente y propietario de la empresa o de su círculo de su máxima confianza" (destacados con negrita en el original).

Lo cierto es sin embargo que esta mera reproducción abreviada que en la Sentencia de casación se efectúa del contenido de la Sentencia de instancia no da respuesta a los argumentos que en detalle se expresan en nuestro motivo, precisamente a partir de la evaluación del insuficiente valor probatorio de los elementos citados.

Para sostener que el Sr. Núñez Clemente era responsable de los delitos por los que ha sido condenado, la Sentencia se basa en dos “pruebas”, si es que se pueden llamar así, de que era el Sr. Núñez Clemente quien “tomaba las decisiones de lo que se hacía o se dejaba de hacer”; y en un razonamiento adicional que, como aquellas supuestas pruebas, carece de todo valor concluyente.

Veámoslo separadamente.

a) La primera “prueba” consiste en la afirmación de D. José Luis Núñez Navarro, de que “bueno era su padre para no contarle cosas”.

Derivar, de ese simple comentario, que el Sr. Núñez Clemente tomaba todas las decisiones es, desde luego, un salto argumentativo sin justificación. Sobre todo cuando, además, en el mismo párrafo se deja claro que las decisiones de las que se está hablando, las que “tomaba la familia” y para las que no eran precisas reuniones del Consejo de Administración, eran sólo “las grandes decisiones, compras, crecer, nueva estrategia o apertura sector”. Como se razona más detalladamente en nuestro recurso de casación, nada de lo que dice la Sentencia de instancia permite sostener que las actuaciones por las que se le condenó formaban parte de esas “grandes decisiones” en las que, según el Tribunal, intervenía personalmente de forma necesaria el Sr. Núñez Clemente. En cualquier caso no fue eso lo que dijo el Sr. Núñez Navarro.

b) La segunda “prueba” es un informe de la consultora Arthur Andersen, de septiembre de 1996, sobre la reestructuración patrimonial del Grupo, en el que

se habla de la **“necesidad de mantener el control político de José Luis Núñez Clemente”**.

De ello el Tribunal de instancia quiso inferir que ese control “nunca lo perdió”. Esta prueba es por completo intrascendente, por una razón jurídico-mercantil bien sencilla: la Sentencia de instancia confunde los derechos (o el control) políticos, que es de lo que se hablaba en aquel informe, con la gestión efectiva de la sociedad, siendo así que se trata, como resulta evidente, de cosas distintas.

c) El mismo carácter inconcluyente se observa en relación con **el razonamiento complementario de que “la estrategia defraudatoria, la decisión de sobornar en los términos en que se hizo, no es una decisión que por su trascendencia pueda surgir y adoptarse al nivel de meros directivos no pertenecientes al círculo familiar dirigente y propietario de la empresa o de su círculo de máxima confianza”, sino que “sólo puede ser adoptada al máximo nivel”**, ya que “esa decisión implica una sucesión de actuaciones, no es un solo acto corruptor” y “es una decisión cuya ejecución se prolonga en el tiempo” y que “implica ordenar actuaciones de diversos responsables de la empresa” (p. 470 de la Sentencia impugnada).

Una cadena de infundadas suposiciones termina por desembocar en una injustificable presunción en contra del acusado, cuando lo cierto es que resulta altamente probable que en una organización grande, compuesta por un gran número de sociedades, con una facturación y un volumen de actividad significativos, se produzcan actuaciones delictivas de las que sean responsables directivos o empleados de nivel medio o alto, sin el conocimiento de los administradores. Hay que tener en cuenta que ese tipo de conductas, aunque beneficien a la entidad, con frecuencia suponen también una ventaja económica para los directivos o empelados implicados, en la medida en que de esa forma consiguen mejores resultados que redunden al menos también en su propio beneficio. En nuestro recurso señalamos incluso algún antecedente en el que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió que así pudo haber sucedido.

Por otra parte, del razonamiento de la Sentencia tampoco se deriva necesariamente que D. José Luis Núñez Clemente hubiese intervenido en los hechos que se le han imputado. Suponiendo que fuese cierto que “tal decisión sólo puede ser

adoptada al máximo nivel”, ese máximo nivel incluía a diversas personas, tanto de la familia Núñez como sus más cercanos colaboradores. No se explica pues por qué tenía que estar al tanto de todas estas concretas actuaciones el Sr. Núñez Clemente, cuando la propia Sentencia reconoce que era “lógico” que, dada su responsabilidad en el Fútbol Club Barcelona, se desvinculara en buena medida de la actividad del grupo Núñez y Navarro; ni se explica tampoco que ninguna imputación se dirigiera contra otro miembro de la familia y del Consejo de Administración “que desarrollaba su función en el área de construcción de los inmuebles, que eran el principal objeto de la empresa” (p. 92).

Explicar cualquiera de estas cosas careció de importancia para el Tribunal de instancia. Y eso no fue debido, como el Abogado del Estado supuso en su escrito de oposición a nuestro recurso, a que el fundamento de su responsabilidad estuviese clara y sólidamente establecido⁴, sino a que la presunción que dirigió su razonamiento hizo innecesario esforzarse en buscarlo: como el Sr. Núñez Clemente era el máximo responsable de la familia, necesariamente tuvo que estar al tanto de lo que ocurría, incluyendo las decisiones delictivas que se fueran tomando.

Todo ello nos condujo a afirmar en nuestro recurso que no había quedado acreditado más allá de toda duda razonable que D. José Luis Núñez Clemente interviniera en los hechos delictivos que, según la Sentencia, se cometieron en el seno del Grupo ni tampoco que tuviera conocimiento de los mismos: la razón por la que el Tribunal considera que el Sr. Núñez Clemente intervino en los hechos se reduce a que era el cabeza de la familia propietaria de la empresa y a que por ello necesariamente tuvo que intervenir en las decisiones que dieron lugar a los hechos presuntamente delictivos. Sin embargo, esta conclusión que la Sentencia presenta como una inferencia necesaria no es más que una hipótesis, que habría tenido que ser confirmada por algún medio de prueba adicional.

⁴ Al final de su escrito el Abogado del Estado trata de explicar por qué es tan magra la fundamentación fáctica de la intervención del Sr. Núñez Clemente en los hechos por los que se le condena: “la explicación de la Sentencia impugnada sobre la imputación al recurrente” –nos dice- sería “tan clara” que no precisaría “de su complemento” y “quizás por ello la Sentencia Impugnada” se habría dedicado “más a fijar la responsabilidad de su hijo, el señor Núñez Navarro”.

Tal prueba confirmatoria no existe en el presente caso, pues las únicas dos “pruebas” que menciona la Sentencia –un comentario en su declaración del Sr. Núñez Navarro y un documento que atribuye el control político del Grupo al Sr. Núñez Clemente– son irrelevantes para la cuestión debatida, como hemos expuesto.

Por lo demás, aunque nuestro defendido durante el tiempo en que fue Presidente del F.C. Barcelona hubiera continuado gestionando efectivamente la empresa, ello no significa que tuviese que conocer necesariamente los hechos relativos a las inspecciones tributarias y al presunto soborno de dos inspectores de Hacienda. La vigente regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas evidencia que el propio legislador es consciente de que pueden cometerse hechos delictivos, incluso delitos dolosos graves, en el seno de una sociedad mercantil sin que sus administradores tengan conocimiento de los mismos. De igual forma, en la jurisprudencia no es difícil encontrar precedentes de hechos delictivos muy graves cometidos en una sociedad sin que se aprecie responsabilidad alguna de sus administradores.

En suma, del hecho de que D. José Luis Núñez Clemente fuera el cabeza de la familia propietaria del Grupo Núñez y Navarro sólo se derivaría, a lo sumo, la posibilidad o la sospecha de que hubiera intervenido en los hechos delictivos cometidos supuestamente en la empresa o los hubiera conocido. Pero una posibilidad, una simple sospecha, no es un fundamento idóneo para una condena penal en un Estado de Derecho y por ello consideramos que la Sentencia de instancia y la de casación, que sin otros argumentos ha venido a confirmarla, vulneran también en este aspecto el derecho fundamental de nuestro defendido a la presunción de inocencia.

SEGUNDA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE y del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE, al no pronunciarse de un modo suficientemente motivado ni la Sentencia de 30 de diciembre de 2013, ni el Auto de 26 de junio de 2014, ambos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre la pretensión suscitada en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de instancia de que, en caso de reputarse justificada la condena de nuestro defendido por un delito de cohecho, se le aplicase lo dispuesto en la redacción inicial del art. 423. 2 CP 1995, en virtud del principio *in dubio pro reo*.

1. El Tribunal Constitucional ha establecido, en una doctrina más que consolidada que empezó en los años 80 del siglo pasado, que una de las garantías incluidas en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva es la de que el Tribunal ha de resolver motivadamente todas las pretensiones que las partes en el procedimiento planteen, por lo que la omisión de pronunciamiento sobre alguna de ellas, la llamada incongruencia omisiva, puede tener también trascendencia constitucional.

Así lo declara por ejemplo, en uno de los primeros precedentes sobre esta materia, la STC 244/1988, de 19 de diciembre:

*“Este Tribunal ha reconocido, entre otras en su STC 20/1987, la dimensión constitucional de la incongruencia omisiva, como lesión del derecho a la tutela judicial, que resulta denegada *ex silentio* cuando el órgano judicial no resuelve alguna de las pretensiones ante él debidamente formuladas”.*

La STC 180/2007, de 10 septiembre, expone con gran claridad la doctrina del Alto Tribunal acerca de en qué supuestos la incongruencia omisiva constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

“Igualmente, ha incidido este Tribunal en que, desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la llamada incongruencia omisiva sólo tiene relevancia constitucional cuando el órgano judicial, por dejar imprejuzgada una pretensión esencial oportunamente planteada, no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia, que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes”.

En esa misma sentencia ciertamente se advierte en términos generales, como ha hecho tradicionalmente este Tribunal Constitucional, que:

“La falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, que se produce cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido también que en determinados casos debe exigirse una respuesta expresa. La STC 176/2007, de 23 de julio, señala que para determinar hasta dónde puede aceptarse la desestimación tácita de las cuestiones planteadas por las partes es necesario distinguir entre las pretensiones en sí mismas y las alegaciones aducidas en su apoyo:

“A estos efectos hemos señalado que hay que distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. Respecto de estas últimas hemos sostenido que las exigencias de congruencia son más estrictas y por ello hemos afirmado que para poder apreciar que del conjunto de razonamientos contenidos en la resolución judicial existe una respuesta tácita es preciso no sólo que de los referidos razonamientos pueda deducirse que el órgano judicial ha valorado la pretensión sostenida, sino, además, que de ellos puedan deducirse también los motivos en los que esta respuesta tácita se fundamenta”.

Pese a que en el caso de las alegaciones la STC 176/2007 citada señala que no se exige, “en principio, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica al problema planteado”, sin embargo se añade algo que resulta aquí de gran importancia:

No obstante, existen casos en los que la falta de respuesta expresa a las alegaciones formuladas ha de examinarse con mayor rigor. Así sucede con las alegaciones sustanciales que vertebran el razonamiento de las partes. Y así sucede también en los supuestos en los que se alega la vulneración de derechos fundamentales”.

2. La Sentencia de esta Excma. Sala de 30 de diciembre de 2013 incurrió a nuestro juicio en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, al no pronunciarse de forma explícita y pormenorizada, ni en cualquier caso suficientemente motivada acerca de la muy razonada y articulada alegación sobre la que se vertebraba la pretensión de que, en caso de resultar nuestro defendido condenado por un delito de cohecho activo, se le aplicase lo previsto en la redacción inicial del art. 423.2 CP 1995, que establecía la reducción en un grado de la pena para los particulares responsables de dicho delito “que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos”, pues tal reducción habría de determinar, en todo caso, un tratamiento punitivo más favorable que el establecido en la sentencia recurrida.

En nuestro recurso señalamos y argumentamos de un modo igualmente pormenorizado que la Sentencia de instancia no incluía entre los hechos que declaró probados (ni en cualquier otro lugar) una base suficiente en la que apoyar la suposición de que las dádivas que, en su caso, pudiese haber entregado nuestro defendido no se hubiesen dado en atención a una previa solicitud de los funcionarios implicados. Bien al contrario, en los pasajes relevantes de la Sentencia de instancia (que transcribimos de un modo completo en nuestro recurso) aparecen expresiones que resultan más bien compatibles con la posibilidad de que la solicitud inicial partiera del funcionario o los funcionarios favorecidos. Esto fue, por cierto, lo que se declaró probado que sucedió en un caso tan próximo a éste como es el enjuiciado por la SAP de Barcelona, Sección 9ª, de 27 de septiembre de 2002, dictada en la pieza (tempranamente desgajada de esta causa) de Metro 3. Y esto es también lo que la propia Sentencia recurrida admite expresamente que habría ocurrido también, dentro ya del procedimiento actual, en el apartado de la sentencia relativo al grupo KEPRO, en donde se declara expresamente probado que la iniciativa habría partido del inspector, que, alertado de la fragilidad de algún contribuyente y tras ir minando su resistencia con una inspección muy severa, terminó por solicitarle una dádiva a cambio de la conclusión favorable del expediente (nos remitimos a lo que de un modo muy gráfico se describe en la p. 684 de la Sentencia).

Por lo demás, lo que se dibujaba en la Sentencia de instancia era algo difícilmente compatible con que la corrupción, en caso de haberse producido, tuviese su origen en la iniciativa de los particulares, cuando de lo que se habla es de la previa

existencia de una trama de funcionarios corruptos que, ávidos de lucrarse a costa de los contribuyentes y prevaliéndose de su posición oficial, aprovecharon las inspecciones que a aquéllos se iban girando para obtener de ellos pingües beneficios.

La declaración de hechos probados de la Sentencia arranca, en efecto, en las páginas 61 ss., con la descripción de lo que denomina la “trama de corrupción en el seno de la Inspección Regional de Cataluña. Y el Fundamento de Derecho 2º de aquella Sentencia, dedicado a la motivación de la valoración de la prueba, se inicia asimismo, en las pp. 250 ss., con consideraciones relativas a dicha trama, entre las que figuran que ésta tenía “por finalidad lucrarse de forma individualizada, a costa de los obligados tributarios, prevaliéndose de su situación de funcionarios públicos y más concretamente de su condición de funcionarios de hacienda” (p. 251); que dichos funcionarios se colocaron “en el mercado y se vendieron a aquellos que los quisieron comprar” (p. 252); y que, habiendo ya dado algo antes sus primeros pasos, “con posterioridad, y ya a finales de los 80 y en los años 90, se descende al terreno del empresario adinerado, pero empresario de la zona, y así es cuando se materializan las inspecciones de Pinyer, de las denominadas sociedades de Figueras, del Grupo NyN y de Ibusa” (p. 258).

Con ello no se describía un clima de mera permisividad de los funcionarios hacia supuestas iniciativas corruptoras de los particulares, sino más bien uno de abuso de poder y de prevalimiento frente a éstos, en el que es perfectamente imaginable, especialmente a la luz de los demás antecedentes citados, que se intentase aprovechar la debilidad de su posición ante la Hacienda pública para exigirles dádivas o retribuciones de cualquier clase a cambio de obtener un trato fiscal favorable (o, más bien, de eludir un trato injustificadamente desfavorable).

Además, como señalamos en nuestro recurso de casación, en el caso de los cohechos supuestamente concertados entre responsables del Grupo Núñez y Navarro y los Inspectores Abella y Bergua hay en la Sentencia allí recurrida algunas indicaciones -a nuestro juicio, como ya hemos dicho en la Queja anterior, insuficientemente fundadas- acerca de las características que habrían tenido las dádivas, su valor y el momento en que fueron entregadas o recibidas. Pero respecto de si fueron aquéllos los que por propia iniciativa corrompieron a los funcionarios o si atendieron más bien las solicitudes que en tal sentido éstos les pudiesen hacer, la sentencia de instancia no se

pronunció, pues los escasos pasajes en los que parece aproximarse algo a esta cuestión muestran tal vaguedad que son perfectamente compatibles con ambas hipótesis.

En tal tesitura-que, como decíamos en el octavo motivo de nuestro recurso, no se puede resolver por una lectura sesgada de un determinado pasaje de la resolución recurrida en detrimento de otros (una solución para la que faltaría además cualquier fundamento probatorio)-, la única conclusión admisible en nuestro ordenamiento jurídico habría sido dejar de aplicar la opción más grave, cuyos presupuestos específicos no estaban acreditados, y aplicar el tipo penal más favorable al acusado: *in dubio mitius*, como caso particular del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE. Una conclusión a la que ha llegado por cierto la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras en la STS 77/2007, de 7 de febrero, referida precisamente a la misma cuestión aquí suscitada.

3. Pues bien, toda la respuesta que la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2013 dio a la pretensión así planteada fue ésta:

“No cabe acoger la pretensión de aplicación del artículo 423.2 del Código Penal de 1995, en redacción anterior a la hoy vigente porque el presupuesto fáctico de que parte -que sea el funcionario el que se dirige al particular por propia iniciativa reclamando la dádiva- no resulta de los hechos declarados probados” (FJ 59, pp. 291 s.).

Basta contrastar este lacónico pronunciamiento con la alegación formulada en nuestro recurso de casación o, simplemente, con el resumen que de ella aquí hemos hecho para percatarse de que tal alegación, sobre la que se vertebraba la pretensión de esta parte, ha quedado en realidad sin respuesta.

En particular, no se podía considerar de ningún modo que así estuviera contestada la alegación relativa a la solución que se ha de dar, a través del derecho a la presunción de inocencia, a la falta de constancia en los hechos declarados probados del presupuesto fáctico de la conclusión alternativa, esto es, que fuese el particular el que se hubiese dirigido al funcionario por propia iniciativa para ofrecerle la dádiva.

Esta falta de respuesta había de ser considerada particularmente grave desde el punto de vista constitucional, al haber sido expresamente invocada también la vulneración de ese derecho fundamental y, en esa medida, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada de este Tribunal, entendimos que se habría de considerar infringido el derecho fundamental de nuestro defendido a la tutela judicial efectiva, por no haber recibido una resolución fundada en Derecho y congruente con su pretensión.

Desde tal entendimiento, planteamos el oportuno incidente de nulidad ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

4. En el Auto de 23 de junio de 2014, por el que se resolvió definitivamente dicho incidente, en lugar de responder a la cuestión tal y cómo fue formulada, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se limitó a preguntarse retóricamente “qué más cabe añadir, sin costes para la sencillez a todos inteligible, para justificar la no aplicación de una norma que al negar que exista el hecho probado que acredite su aplicabilidad. Es decir que **no se tuvo por probado** que la iniciativa partió del funcionario corrupto y no del particular corruptor”.

Esta ingeniosa fórmula de responder una pregunta con otra puede ser aceptable en otros contextos, pero –dicho sea con todos los respetos- nos parece inadmisibles en el marco de un procedimiento tan serio como es el establecido en nuestro ordenamiento jurídico para garantizar el respeto en el proceso de los derechos fundamentales.

Ciertamente en supuestos normales la falta de prueba del presupuesto fáctico de una norma es suficiente para rechazar su aplicación al caso de que se trate. Así por ejemplo si no consta que se mató a una persona, no es posible aplicar la norma relativa al homicidio y decae por lo tanto la posibilidad de una condena por ese delito a quien hubiese sido acusado del mismo. Ello viene impuesto, precisamente, por el derecho de cualquier acusado a la presunción de inocencia.

No siempre estamos sin embargo ante esos casos normales, pues existen algunos tipos penales que contienen al menos un elemento formulado en términos contradictorios respecto del elemento definitorio de otro tipo penal alternativo. Y a veces esos tipos penales alternativos llevan aparejadas penas distintas.

Así sucedía notoriamente en el Código Penal anterior, por ejemplo, con los delitos de robo y de hurto, que estaban definidos respectivamente como apoderarse de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas y como tomar una cosa mueble ajena con ánimo de lucro sin violencia o intimidación en las personas y sin fuerza en las cosas. Lo mismo sucede en el Código vigente con en delito de aborto, que cuenta con dos modalidades definidas respectivamente por realizarse con y sin el consentimiento de la mujer gestante. Y este fue el caso también, en la redacción inicial del Código Penal de 1995, del delito de cohecho activo, castigado con penas distintas según que la iniciativa hubiese partido del particular, corrompiendo o tratando de corromper a las autoridades o funcionarios públicos (en la modalidad más grave, sancionada en el art. 423.1 con las mismas penas de prisión y multa que están previstas para la autoridad o el funcionario) o bien que tal iniciativa partiese de las propias autoridades o funcionarios públicos (modalidad de menor gravedad, sancionada en el art. 423.2 con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior).

En esta clase de casos, dado el carácter estrictamente alternativo de los tipos penales en cuestión, para aplicar el precepto que tipifica el supuesto de menor gravedad (y dejar de aplicar en cambio el más grave) no es necesario que esté probada la concurrencia del elemento distintivo de aquél (en el caso que aquí interesa, que la iniciativa partió del funcionario público). En ellos, para respetar la vigencia del principio in dubio pro reo (que se convierte para este tipo de supuestos en la regla in dubio mitius) y, por ende, la presunción de inocencia, es preciso acoger también la opción más favorable al reo cuando, constanding la concurrencia de los elementos comunes a uno y otro tipo delictivo, no esté acreditada la realización del elemento particular del tipo más grave (en el presente caso, que la iniciativa fue del particular).

La pretensión formulada en nuestro recurso de casación y reiterada después en nuestro planteamiento del incidente de nulidad era pues la de que, existiendo una situación de incertidumbre en la Sentencia de instancia a ese respecto -pues, ni estaba claramente expresado que la iniciativa para cometer el supuesto cohecho correspondiese a nuestro defendido, ni en caso de estarlo en base a qué pruebas pudo alcanzar el Tribunal de instancia su convicción-, se habría tenido que aplicar lo dispuesto en el

segundo apartado del art. 423 CP y reducir por tanto la pena del delito de cohecho activo que procediese imponerle en un grado, lo que habría determinado, fuese cual fuese el tipo de cohecho activo considerado, una pena menor que aquella que se le ha adjudicado.

Esta pretensión quedó sin respuesta en la Sentencia de 30 de diciembre de 2013 y ha vuelto a quedar sin una contestación suficientemente motivada en el Auto de 23 de junio de 2014, pues para responderla no basta decir “que no se tuvo por probado que la iniciativa partió del funcionario corrupto y no del particular corruptor”. Habría sido necesario más bien que se hubiese tenido por probado que la iniciativa partió del particular corruptor y no del funcionario corrupto y que se hubiesen expuesto las razones en que pudo basarse, más allá de cualquier duda razonable, tal suposición.

Nada de eso ha sucedido y es lógico que así fuera, pues –como ya se ha dicho– eran muchas y muy poderosas las razones que apuntaban hacia la suposición contraria, empezando por el hecho probado de que los funcionarios formaban parte de una trama de corrupción organizada en el seno de la Inspección de la Hacienda Pública en Cataluña y siguiendo por la constatación, que figura asimismo en la motivación fáctica de la Sentencia de instancia, de que esos funcionarios corruptos decidieron en un determinado momento “descender” como aves de presa sobre los empresarios adinerados de la zona y, entre ellos, según expresamente se declara en dicha Sentencia, sobre los empresarios del Grupo Núñez y Navarro.

Al no dar respuesta a ninguna de estas cuestiones, se ha vuelto a incidir en incongruencia omisiva y con ello en la vulneración del derecho de nuestro defendido a la tutela judicial efectiva. Pero, puesto que en ello estaba implicada –e invocada expresamente además– la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por haberse aplicado la pena del delito más grave sin estar suficientemente acreditada la concurrencia de todos sus elementos típicos, lo que procedería en este caso es la anulación a este respecto de las resoluciones objeto de esta queja, sin retroacción, en aplicación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que se cita al comienzo de nuestra primera Queja de amparo.

TERCERA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, al no existir en las resoluciones impugnadas motivación suficiente acerca de que el delito de cohecho activo atribuido a nuestro representado hubiese estado orientado a la ejecución de un acto injusto, así como del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE en la medida en que dicha falta de motivación afecte también a los fundamentos fácticos de tal imputación.

1. Como se dice entre otras en la Sentencia 246/2011, de 14 de Abril, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2011 (FJ 12º), “el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim., está prescrito en el art. 120.3 CE y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Ley”.

En esa misma Sentencia se resumen los criterios establecidos por nuestra jurisprudencia constitucional y penal para determinar en qué casos se puede entender producida la vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el motivo que aquí se denuncia:

“Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (...).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente (...).”

Por otra parte, en la mencionada Sentencia se hace referencia a los parámetros a los que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, se ha de atender para determinar si la motivación de una resolución judicial se puede considerar suficiente. En relación con esto, allí se recuerda que:

“El Tribunal Constitucional, SS 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

(...) Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”.

Por otra parte, la tan citada Sentencia se refiere también a los aspectos que dicho deber de motivación ha de abarcar:

“Así, se ha señalado, entre otras en la STS núm. 584/1998, de 14 de mayo, que, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado; subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas); y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

En efecto, como dicen las SSTS. 485/2003 de 5.4 y 1132/2003 de 10.9, las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva.

Además la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas

en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial”.

2. En el Antecedente Único de la Segunda Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2013 se procedió a modificar los fundamentos fácticos de la Sentencia de instancia en diversos extremos.

a) En los apartados 10-12 de dicho Antecedente (p. 351) se vino a descartar que el Inspector Sr. Abella realizase en los documentos de los procedimientos de inspección que tuvo a su cargo en relación con las empresas del grupo Núñez y Navarro afirmaciones de hecho que no se correspondiesen con la realidad o que omitiese en dichos documentos datos que pudiesen tener relevancia fiscal. En particular:

- En ese sentido se admite que, “en los documentos del procedimiento de inspección autorizados por el Sr. Abella a empresas del grupo Núñez y Navarro, en relación a las denominadas operaciones intragrupo, no consta que el actuario hiciera afirmaciones, describiendo las citadas operaciones, que no se correspondan con la realidad” y tampoco que en esa documentación se omitiera algún dato que tuviera relevancia fiscal, siendo consciente de ello, o no, el actuario” (apartado 10).
- Lo mismo se dice respecto de las exenciones por reinversión: “tampoco constan probados ni enunciados mendaces, ni omisiones de datos, cuya existencia, constase o no al actuario, tuviera relevancia obstativa de la exención” (apartado 11).
- Y, en relación con cualquier “otro tipo de operaciones referidas en la acusación y relatadas en la sentencia de instancia, se reconoce asimismo que “tampoco consta ni el enunciado mendaz ni la omisión del dato de existencia constatada que tuviera relevancia tributaria” (apartado 12).

b) A pesar de todo lo anteriormente afirmado, que evidentemente excluía que los delitos de cohecho atribuidos a nuestro defendido y a otras personas pudiesen estar

referidos a la comisión de actos (de falsedad documental) constitutivos de delito, en el apartado 13 de ese mismo Antecedente se declaró “no obstante” que el Inspector Sr. Abella sí habría tenido conciencia de que las diligencias y actas por él autorizadas “no eran el resultado de la investigación exhaustiva que le era exigible realizar” y que el Inspector Regional Adjunto Sr. Bergua “contribuyó a la consolidación administrativa de los resultados del procedimiento de inspección y liquidación mediante el otorgamiento del visado, pese a no revisar la documentación, ni exigir del actuario complemento alguno”.

La Sala sentenciadora no explica, ni este ni en ningún otro lugar, de qué modo llegó a alcanzar semejante convicción, ni en qué sentido ello permitía decir que se habrían cumplido los presupuestos fácticos necesarios para fundamentar una condena por un delito continuado de cohecho activo referido, precisamente, a la ejecución de actos injustos.

El problema señalado tiene su origen en el propio procedimiento propuesto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para reconstruir los hechos probados una vez producidas las mencionadas modificaciones en los fundamentos fácticos de la Sentencia de instancia: según se supone, se trataría simplemente de integrar los hechos que, declarados probados en esta Sentencia, aún se pudiesen considerar subsistentes tras tales modificaciones, con las declaraciones fácticas reunidas en los Antecedentes 10-13 de la Segunda Sentencia dictada el 30 de diciembre de 2013 e incluso con otras consideraciones fácticas recogidas también entre los fundamentos jurídicos de la Sentencia de Casación de la misma fecha.

Cada una de estas operaciones está sin embargo rodeada de graves dificultades.

- 1) Por una parte, no es fácil identificar qué pasajes de la declaración de hechos probados (y de su correspondiente motivación) cabe considerar aún compatibles con las modificaciones efectuadas en este caso por el Tribunal Supremo.
- 2) Por otra, tampoco resultan claros ni el fundamento probatorio de algunas de las declaraciones fácticas incluidas en los Antecedentes de su Segunda

Sentencia, ni -como enseguida veremos con algo más de detalle- la consistencia de las mismas.

- 3) Por último, se hace igualmente arduo identificar el alcance y la base probatoria en que se sustentan las consideraciones fácticas efectuadas entre los fundamentos jurídicos de la Sentencia de casación, así como su coherencia con el resto de la narración de los hechos.

En suma: la rectificación así operada en la fundamentación fáctica de la Sentencia de instancia es de tanto calado y, a la vez, de tan incierto alcance y de tan dudosa coherencia, que el deber de motivación vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva difícilmente puede considerarse adecuadamente cumplido en este caso: a falta de un relato auténticamente integrado de los hechos que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado probados, el procedimiento adoptado no satisface a nuestro juicio el estándar establecido por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional acerca del deber de motivación de las sentencias penales, pues que de ese modo no es posible saber cuáles son exactamente los hechos por los que se pronuncia la condena, ni –menos aún- la base probatoria a través de la cual se pudo alcanzar racionalmente la convicción de su existencia.

3. A título de muestra de lo que venimos diciendo, cabe indicar que la indefinición en que queda el relato fáctico impide comprender cómo se ha podido considerar compatibles afirmaciones como las que se mencionan a continuación, pues, a falta de concreción de los datos en los que pudieran apoyarse, parecen absolutamente contradictorias.

En una relación paradójica de esta clase se hallan algunas declaraciones fácticas contenidas en los apartados 10-12 de los Antecedentes de la Segunda Sentencia de 30 de diciembre de 2013 cuando se las confronta con otras que aparecen en el apartado 13 de esos mismos Antecedentes.

- Así, por un lado, se dice que “no consta que se omitiera algún dato que tuviera relevancia fiscal” (apartado 10) o que “tampoco constan (...) omisiones de datos, cuya existencia (...) tuviera relevancia obstativa de la

exención” (apartado 11) o que “tampoco consta (...) la omisión del dato de existencia constatada que tuviera relevancia tributaria” (apartado 12).

- Pero inmediatamente después (en el apartado 13) se afirma que “no consta ni el verdadero contenido ni la relevancia fiscal de los datos omitidos” (sc. por el actuario Sr. Abella), ni que “el actuario conociera el contenido de lo omitido” (apartado 13),

La paradoja radica en que en el apartado 13 se habla de “datos omitidos” (aunque se admite que no se ha conseguido establecer de qué datos pudo tratarse, ni cuál pudo ser su contenido, ni que el actuario tuviese conocimiento de lo que se omitió) tras haberse reconocido en los apartados anteriores que no consta que se omitiera dato alguno que pudiese tener relevancia fiscal.

Similares tensiones se observan en el interior del propio apartado 13 de los Antecedentes de la Segunda Sentencia citada:

- Así resulta difícil entender, por ejemplo, cómo se sostiene a la vez que “no consta ni el verdadero contenido ni la relevancia fiscal de los datos omitidos por el actuario” y que “consta”, en cambio, “que éste [el Sr. Abella] no recabó la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes en cada inspección” y que, además, se habría comportado de ese modo, precisamente, “para favorecer a los sujetos pasivos”. La propia noción de “riesgos fiscales” o de “favorecimiento” de los sujetos pasivos de los tributos se antoja ciertamente inaprehensible si no se aclaran previamente “ni el verdadero contenido ni la relevancia fiscal de los datos” supuestamente “omitidos” ni si, realmente, hubo tal omisión.
- Igualmente incomprensible resulta la aseveración de que “aun cuando no consta que el actuario conociera el contenido de lo omitido, sí sabía que las diligencias y actas conformadas, y por él autorizadas, no eran resultado de la investigación exhaustiva que le era exigible realizar”: sin una determinación mínimamente precisa de qué datos pudieron ser “omitidos” -y de si en

verdad se produjo cualquier omisión- resulta imposible decir que la investigación no fue tan exhaustiva como habría sido exigible.

- Otro tanto cabe decir, por último, de la afirmación final de que “el Inspector Regional Adjunto, contribuyó a la consolidación administrativa de los resultados del procedimiento de inspección y liquidación mediante el otorgamiento del visado, pese a no revisar la documentación, ni exigir del actuario complemento alguno”: sin establecer qué datos con relevancia fiscal podrían faltar en la documentación correspondiente es manifiestamente improcedente alzar cualquier reproche de ilicitud por haberse visado y consolidado administrativamente los resultados del correspondiente procedimiento de inspección o por no haberse exigido la realización de actuaciones complementarias.

4. La falta de precisión que señalamos en la motivación efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo no afecta, sin embargo, únicamente a los antecedentes fácticos de su Segunda Sentencia, sino que aqueja también a los fundamentos jurídicos de la Sentencia de casación en lo relativo a la calificación del delito por el que nuestro defendido ha sido condenado.

En el Fundamento de Derecho Quincuagésimo Noveno de la Sentencia de casación se dice que “en el presente caso, dado que estimamos el motivo que lleva a la exclusión del delito de falsedad por el funcionario, pero permaneciendo la atribución a éste de comportamientos ilícitos, aunque no típicamente falsarios, ha de mantenerse el título de imputación de la condena establecido en la instancia”, que por error se había referido al cohecho activo pero no para la ejecución de un delito, sino para la de un acto injusto.

Aquella declaración convive, sin embargo, en la propia Sentencia de casación, con otras en las que la Sala que la dictó vino a manifestar dudas acerca del carácter ilícito de aquellos comportamientos, cuando no a expresar la opinión de que no se podría atribuirles esa naturaleza antijurídica.

Son muchos los pasajes de la referida Sentencia en la que la Sala de casación reconoce tener como mínimo dudas a ese respecto. Bastará mencionar simplemente algunos de ellos:

- En el FJ 25° (p. 210), respecto del recurso del Sr. Bergua, se encuentra la siguiente manifestación:

“Tal como venimos adelantando, la parcial estimación de los recursos formulados por los acusados integrados en el denominado grupo NyN, deja sin efecto la declarada naturaleza delictiva de los comportamientos atribuidos a los funcionarios en las actuaciones inspectoras desarrolladas en relación con esas empresas. E incluso de su naturaleza de ilicitud no penal”.

- En el FJ 58° se alude al reproche generalizado efectuado por el Tribunal de instancia a la actividad inspectora por no haberse supuestamente pedido “la documentación necesaria para conocer el alcance de las operaciones en que se fundaba la exención” (285). Frente a ello, el Tribunal de casación pone en entredicho la justificación de semejante reproche y para ello no sólo alude a la existencia de una “diversidad de opiniones” entre los peritos de la acusación y los de la defensa sobre su correcta calificación, sino que indica que una parte muy importante de la cuestión ha quedado “zanjada por la STS Sala de lo Contencioso administrativo de 23 de marzo de 2011” en el sentido de que la existencia de vinculación entre las entidades enajenante y adquirente no excluía que la exención resultase procedente. Más importante si cabe es aún que, al final de este apartado (pp. 288 s.), la Sala Segunda del Tribunal Supremo concluya lo siguiente:

“No trataremos de optar por la preferencia de una u otra de las tesis mantenidas por los peritos (...). La sentencia (sc. de instancia) no expresa cual sea el enunciado expresado en el documento del que pueda predicarse falsedad, ni, en su caso, cual sea el dato de enunciado omitido pero cuya existencia conste y que podría eventualmente dar lugar a consecuencias jurídicas tributarias excluyentes de la exención a la que nos venimos refiriendo”.

- Por último en ese mismo FJ 58° (pp. 289 s. de la Sentencia de casación), se señala que se ha producido en la sentencia de instancia una “similar denuncia (...) de relevantes omisiones en la actuación del actuario Sr. Abella”. Sin embargo la opinión de la Sala de casación acerca de todos estos extremos es radicalmente opuesta a la del tribunal de instancia:

“Como en los apartados anteriores no encontramos en la sentencia la identificación del enunciado expreso u omitido que hubiera dado lugar a consecuencias tributarias distintas de expresarse con otro contenido o de no omitirse”.

5. Por otra parte, la indefinición de que están aquejadas las Sentencias dictadas el 30 de diciembre de 2013, afectan de un modo muy importante a otro aspecto concreto de la calificación del delito imputado al Sr. Núñez Clemente.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dado sin más por supuesto que, afirmada la ilicitud de tales comportamientos, conductas tales como “no recabar la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes en cada inspección” o dejar de efectuar “la investigación exhaustiva” exigible o “no revisar la documentación, ni exigir del actuario complemento alguno” podrían constituir el “acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo” que, ejecutado por un funcionario público, constituye el objeto de referencia del delito de cohecho pasivo penado en el inciso inicial del art. 386 y, por remisión a él, en el de cohecho activo del art. 391 CP 1973.

Pues bien, aparte de todas las dificultades anteriormente expuestas, tal calificación tropieza además con el escollo de que las conductas atribuidas finalmente en las citadas Sentencias a los Inspectores Abella y Bergua, aunque se admitiese a efectos dialécticos su ilicitud, no habrían consistido precisamente en la ejecución de actos injustos, sino más bien y de acuerdo con el modo en que literalmente aparecen descritas, “en abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo”, esto es, en la conducta que corresponde a la modalidad de cohecho sancionada con pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva en el art. 387 (en relación con el art. 391) CP 1973 y meramente con la pena de multa del tanto al duplo de la dádiva en la redacción inicial del art. 421 (en relación con

el art. 423) CP de 1995, que por lo tanto habría de resultar en tal caso de aplicación preferente.

El hecho de que no se haya considerado siquiera esta calificación alternativa, ni menos aún- se hayan expuesto las razones por las que no se ha optado por ella constituye un motivo más para considerar vulnerado el derecho fundamental de nuestro defendido a la tutela judicial efectiva.

6. Sobre la base de todas las anteriores consideraciones formulamos el pertinente incidente de nulidad contra las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 990/2013, de 30 de diciembre, en el que además recordamos que nuestra pretensión hallaba también fundamento en la jurisprudencia de dicha Sala, que, en su Sentencia 353/2009, de 2 de abril (FD 2º), ya había tenido ocasión de enjuiciar un supuesto de muy similares características a las del presente caso, decidiéndolo en el mismo sentido que nosotros demandábamos.

En dicha Sentencia, en efecto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo censuró al Tribunal de instancia que no hubiesen quedado acreditados “los datos fácticos que exige la calificación, como ajustada o no a Derecho, [de lo] que los acusados proponían” y que se hubiese incurrido por tanto en un “grave olvido” acerca “de que la naturaleza misma del delito de cohecho exige inexorablemente una calificación del hecho, ofrecido por el funcionario o requerido por el particular corruptor, como delictivo, injusto, de debida práctica por razón del cargo, no prohibido legalmente o, al menos, propio del cargo que dicho funcionario ostenta. Y [de que], para ello, han de constar los datos de hecho que justifican la citada calificación”. Y, en virtud de ello, estimó que la condena del particular por el delito de cohecho activo del art. 423 CP se habría tenido que poner, por lo tanto, en relación con el art. 425 y no con el art. 420, ambos del mismo Cuerpo Legal.

Y eso mismo fue lo que en el escrito de planteamiento del incidente de nulidad solicitamos que se hiciera también en esta ocasión, para reparar la vulneración que, en otro caso, se produciría en el derecho a la tutela judicial efectiva de nuestro defendido.

7. La Sala Segunda del Tribunal Supremo rechazó sin embargo esta pretensión en su Auto de 23 de junio de 2013. En el Razonamiento Jurídico Segundo, referido a esta cuestión, se exponen a tal efecto los siguientes argumentos:

“SEGUNDO.- También reprocha el incidentista a la sentencia de casación que atribuya al cohecho la finalidad de obtener un acto injusto sin que de ello exponga suficiente motivación, teniendo así por vulnerado el ya invocado derecho a la tutela judicial efectiva.

*Eso fue el objeto del recurso. La sentencia de instancia calificó el hecho, que declara probado, constitutivo del delito de falsedad. La de casación entendió que parte de los enunciados fácticos imputados a tal efecto no estaban probados. Así, ad exemplum, ocurría con el aserto de que lo omitido, o lo expresado, en los documentos oficiales autorizados por los funcionarios eran mendaces. Parte de tal relato no fue compartido por lo que el resultado final **asumido como probado varió en la casación en cuanto a su calificación jurídica. Pero no en cuanto a la aceptación de su probanza.** Lo que no impedía tampoco que, incluso como meros ilícitos, algunos de esos hechos probados \neg omisiones pretendidamente indebidas en la pesquisa de antecedentes de supuestas bases imponibles \neg fueran cuestionados, por más que intrascendentemente en cuanto al resultado final, en la sentencia de casación.*

*Lo que importa a los efectos de este incidente es que la sentencia de casación **no añadió nuevos datos fácticos.** Mientras la sentencia de instancia proclamaba que la falta de investigación derivaba en la consideración de falsedad del acta, la de casación entendió que aquella ausencia de investigación no implicaba tal falsedad en la medida que no se acreditase la existencia del dato omitido, su contenido y relevancia respecto al sentido de lo enunciado en el documento y la cobertura del elemento subjetivo del autor en referencia al mismo. Y a tal efecto distinguía entre la falta de cumplimiento del deber de veracidad, que caracteriza la falsedad delictiva y el incumplimiento de otros deberes, como el de investigar o el de probidad, cuya infracción puede ser tipificada conforme a otras modalidades delictivas. En todo caso la no imputación de tales delitos y su no consideración en la sentencia de casación no podía impedir la proclamación de la evidencia de ilicitud en dicho comportamiento que la sentencia de instancia, y no la de casación, se reitera, proclamó como hecho probado.*

Por ello, en cuanto se aceptaba esa parcial versión fáctica de la instancia, no era necesaria una abundancia en la justificación de su proclamación como probado, ya que no cabe estimar que nada se añadía ex novo en la segunda sentencia.

*Otra vez ha de replicarse al no conforme penado que el derecho de tutela judicial exige una motivación que no sea merecedora de arbitrariedad. Lo que, por lo dicho, no es el caso. Basta leer el escrito que propone la nulidad para comprender las razones, que, sin embargo, dice no encontrar, sobre la búsqueda de objetivos ilícitos por parte del particular corruptor. Que ya venían expuestos en la sentencia de instancia, de la que en la de casación **solamente se excluye la calificación de delictivos**. No su existencia. Por lo que ninguna más abundante motivación sobre el antecedente fáctico era requerida.*

La discrepancia con la calificación jurídica de los hechos en la sentencia de casación no encuentra en este incidente marco adecuado para su debate”

8. La redacción del Razonamiento Jurídico anteriormente transcrito es sumamente confusa y está plagada de graves ambigüedades, lo que no es desde luego poco defecto cuando de lo que se trata en el mismo es de salir al paso de la denuncia, referida a las Sentencias de 30 de diciembre de 2013, de no haberse en ellas precisado ni justificado suficientemente en qué consistieron los hechos ilícitos a cuya ejecución se consideró orientada la comisión del delito de cohecho por el que ha sido condenado nuestro defendido, ni cuál fue el fundamento probatorio en el que se basó a tal respecto su condena.

La primera ambigüedad en que incurre el Auto de 23 de junio de 2014 se encuentra en decir que el reproche de falta de motivación suficiente acerca de que el cohecho hubiese tenido por finalidad obtener un acto injusto “fue el objeto del recurso”. Eso evidentemente no pudo ser así, pues la condena dictada por el Tribunal de instancia había atribuido al acto propuesto la cualidad de delictivo y esta consideración fue la que impugnamos en el motivo sexto de nuestro recurso de casación.

Antes de esto, en los dos motivos anteriores de ese recurso de casación (cuarto y quinto) impugnamos un presupuesto que había servido de base a tal calificación: que estuviesen acreditados los hechos sobre los que la Sentencia de instancia pretendió establecer la irregularidad (falsaria además) de las inspecciones seguidas por el actuario Sr. Abella contra las empresas del Grupo Núñez y Navarro y que la interpretación efectuada por el Tribunal de instancia de las normas jurídico-tributarias relevantes a esos efectos resultase correcta.

En el cuarto motivo de nuestro recurso de casación denunciarnos en efecto el carácter ilógico e irracional la valoración de la prueba efectuada en la Sentencia recurrida en lo que se refiere a los aspectos fácticos de los llamados “riesgos fiscales” en que supuestamente habrían incurrido las sociedades del Grupo Núñez y Navarro y que constituyeron la premisa de la condena tanto por el delito de falsedad documental, como por el de cohecho: la supuesta existencia de esos “riesgos fiscales” era, en efecto, fundamental en la narración de la Sentencia, ya que sin ella carecía de sentido cualquier tacha de irregularidad en las inspecciones efectuadas a dicho grupo de empresas, así como la hipótesis de que se habría producido un favorecimiento económico de los actuarios que realizaron tales inspecciones para recompensar tal irregularidad inspectora.

En el quinto motivo de nuestro recurso impugnamos la interpretación y aplicación que de la legislación tributaria había efectuado la Sentencia recurrida para integrar con ella los preceptos del Código penal relativos a la falsedad documental, al cohecho y a la responsabilidad civil derivada del delito. A través de un detenido análisis de la normativa respectivamente aplicable (ante todo de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 y el Reglamento del Impuesto de 1982), se trataba en él de demostrar que la Sentencia recurrida interpretó y aplicó erróneamente la normativa en cuestión, entre otras, por las siguientes razones:

- 1) Porque las operaciones entre sociedades vinculadas (intragrupos) eran y son perfectamente válidas desde la perspectiva del Derecho tributario, que únicamente exige que tales operaciones se efectúen a precios de mercado y que los beneficios obtenidos por la sociedad transmitente se declaren y tributen oportunamente, como ocurrió en el presente caso.
- 2) Porque la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, sólo obligaba a apreciar un incremento de patrimonio por simple anotación contable cuando ésta se realizase en única sociedad y no cuando la diferencia de valor se pusiera de manifiesto en una compraventa a precio de mercado entre dos sociedades distintas, aunque vinculadas.

- 3) Porque la hipótesis del sujeto pasivo único, sin la cual toda la calificación jurídico-tributaria de la Sentencia quedaría sin sustento, resultaba jurídicamente inadmisibile.
- 4) Porque la imputación temporal de los ingresos y gastos que hicieron las sociedades del Grupo Núñez y Navarro en las operaciones intragrupo con precio aplazado se atuvo estrictamente a lo establecido en la legislación tributaria vigente en cada momento.
- 5) Porque el régimen general de la exención por reinversión del art. 147.1 RIS era aplicable a los beneficios obtenidos por las sociedades dedicadas al arrendamiento de inmuebles que vendían un inmueble arrendado.

En ese motivo de casación se señaló además con el detalle preciso que todas y cada una de las conclusiones citadas, con las que desaparece la base en que la Sentencia había pretendido fundamentar la condena de nuestro defendido por los delitos de cohecho y de falsedad documental, estaban avaladas y reconocidas como la pura y simple aplicación de la Ley por consultas vinculantes de la Dirección General de los Tributos, por resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Regional o Central o, al máximo nivel, por de jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Y en el sexto motivo de casación planteado denunciarnos la indebida aplicación del art. 390.1.4º CP a hechos que no revestían los presupuestos típicos del delito de falsedad documental previsto y penado en dicho precepto, pues las irregularidades o anomalías que el Tribunal de instancia creyó haber detectado en las actas y otros documentos de las inspecciones realizadas a las sociedades del grupo Núñez y Navarro, aunque -en contra de lo sostenido en el motivo anterior- se hubiesen producido efectivamente, no habrían en ningún caso afectado a los hechos narrados en ellas; y son estos, los hechos, los únicos objetos a los que pueden alcanzar tanto el valor probatorio de los documentos, como el juicio de falta de correspondencia con la verdad, que a su vez fundamentan material y formalmente el contenido de injusto típico del delito de falsedad documental.

Estos tres motivos corrieron distinta suerte en la Sentencia de casación. El motivo cuarto fue desestimado en el FJ Quincuagésimo séptimo de dicha Sentencia con el argumento de que en él “lo único que se combate es que los datos omitidos tuvieran incidencia alguna en cualquiera de los tributos debidos” y de que “eso en cuanto juicio de valor es ajeno a la garantía constitucional de presunción”.

La forma en que concluye este FJ de la Sentencia de casación es sin embargo muy expresiva de la ambigüedad que aquí le reprochamos, pues en lugar de desestimar ese motivo sin más lo que se dice es que tal motivo debe ser desestimado “sin perjuicio de lo que diremos al estudiar los siguientes [motivos]”.

La Sala de casación decidió estudiar esos motivos siguientes (el quinto y el sexto) conjuntamente en el Fundamento jurídico Quincuagésimo Octavo “por su estrecha vinculación”. Este Fundamento Jurídico concluye diciendo:

“Como en los apartados anteriores no encontramos en la sentencia la identificación del enunciado expreso u omitido que hubiera dado lugar a consecuencias tributarias distintas de expresarse con otro contenido o de no omitirse. Menos aún se encuentra la valoración probatoria de la mendacidad de lo expresado o de la existencia de lo omitido.

La eventual consideración de una confabulación defraudatoria por parte del Sr. Abella con estos sujetos pasivos queda al margen de nuestra consideración por decisión de las partes acusadoras que no incluyeron la tipicidad del fraude fiscal como objeto de este proceso.

Por ello también en este aspecto, y así de manera total, al no constatarse la tipicidad falsaria de lo imputado a los actuarios y al recurrente, debemos estimar este motivo”.

Es evidente que esta última expresión se refiere, si se tiene en cuenta el contexto en el que se inserta, al sexto de nuestros motivos de casación.

No hay en cambio un pronunciamiento expreso del Tribunal de casación sobre su posición sobre el quinto, lo cual es particularmente grave, desde el punto de vista de nuestra Queja de amparo, pues en él se trataba precisamente de si las actuaciones de los Inspectores de Hacienda Abella y Bergua podrían ser calificadas o no como contrarias a Derecho. Si se analiza el conjunto de este Fundamento Jurídico, cabe advertir sin embargo que no hay uno solo de los comportamientos de dichos inspectores en los que

la Sala aprecie una ilegalidad inequívoca. Son muchos aquellos de los que se dice tajantemente que eran conformes con la interpretación más fundada de las normas aplicables y sólo unos pocos los que suscitan al Tribunal de casación alguna duda. De un modo generalizado se admiten pues las tesis expuestas en nuestro motivo de casación. Ciertamente la perspectiva de ese análisis está fundamentalmente dirigida a determinar si se pudo entender cometido un delito de falsedad, pero lo cierto es que no se justifica en la Sentencia de casación que esos hechos pudiesen ser considerados ilícitos desde cualquier otra perspectiva.

Según señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Auto de 23 de junio de 2014, por el que resuelve el incidente de nulidad formulado contra sus Sentencias de 30 de diciembre de 2013, eso en realidad no es importante:

*“Lo que importa” -nos dice- “es que la sentencia de casación **no añadió nuevos datos fácticos**. Mientras la sentencia de instancia proclamaba que la falta de investigación derivaba en la consideración de falsedad del acta, la de casación entendió que aquella ausencia de investigación no implicaba tal falsedad en la medida que no se acreditase la existencia del dato omitido, su contenido y relevancia respecto al sentido de lo enunciado en el documento y la cobertura del elemento subjetivo del autor en referencia al mismo. Y a tal efecto distinguía entre la falta de cumplimiento del deber de veracidad, que caracteriza la falsedad delictiva y el incumplimiento de otros deberes, como el de investigar o el de probidad, cuya infracción puede ser tipificada conforme a otras modalidades delictivas. En todo caso la no imputación de tales delitos y su no consideración en la sentencia de casación no podía impedir la proclamación de la evidencia de ilicitud en dicho comportamiento que la sentencia de instancia, y no la de casación, se reitera, proclamó como hecho probado”.*

Lo que ahí se dice podría justificar, si fuese verdad que tal dato quedó “evidenciado” en la sentencia de instancia, la consideración de que el cohecho habría estado orientado en cualquier caso a la consecución de un comportamiento antijurídico de los funcionarios de Hacienda. Lo que sucede es que no es cierta en absoluto la realidad de tal evidencia. La sentencia de instancia no proclamó que hubiese quedado acreditada en todo caso la ilicitud del comportamiento al que se dirigían esos funcionarios para añadir luego la suposición de que tal ilicitud sería además delictiva, en cuanto constitutiva de una infracción punible de falsedad documental, de modo que suprimida esta última caracterización en la Sentencia de casación subsistiera de todos

modos aquella evidencia de ilicitud. Lo que proclamó fue en realidad que la ilegalidad del comportamiento de los funcionarios habría sido evidente precisamente porque falsearon las actas de inspección y amañaron las inspecciones mismas, al no investigar ninguno de los “riesgos fiscales”, en los que -según su particular interpretación de las normas tributarias aplicables a las operaciones intragrupo de compraventa de inmuebles, a la imputación temporal de ingresos y gastos en esas operaciones, a la exención por reinversión, etc.- habrían incurrido las empresas del grupo Núñez y Navarro.

Una vez rechazada por la propia sentencia de casación en su Fundamento Jurídico Quincuagésimo octavo la corrección de aquella particular interpretación de las normas tributarias relevantes y, con ello, la realidad de aquellos supuestos “riesgos fiscales”, no quedó ya resto alguno de ilegalidad que hubiese quedado debida y suficientemente acreditado en la sentencia de instancia y al que se pudiesen conectar los delitos de cohecho supuestamente también cometidos. Para considerar acreditada tal ilegalidad se tendrían que haber añadido nuevos fundamentos fácticos y esto, desde luego, ni lo hizo, ni pudo hacerlo el Tribunal de casación, pues ello habría supuesto efectuar una nueva valoración integral de la prueba, algo que está completamente excluido en la revisión casacional de lo decidido en la instancia.

Por lo demás una referencia tan abierta y abstracta, como la que se hace en el Auto citado, al supuesto “incumplimiento de otros deberes, como el de investigar o el de probidad” tampoco puede suplir el déficit de motivación aquí denunciado, al no precisarse, ni siquiera de un modo aproximado, qué fue lo que los inspectores imputados dejaron indebidamente de investigar a las empresas del grupo Núñez y Navarro o en qué consistió su falta de probidad, más allá, claro está, del propio cohecho supuestamente cometido.

Por otra parte, en las Sentencias y el Auto a los que se refiere esta Queja se admite que una “parte” del relato de la Sentencia de instancia no fue “compartido” en la casación. A pesar de nuestra insistencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha conseguido aclarar sin embargo cuál fue la “parcial versión fáctica de la instancia” que quedó en pie tras la modificación operada por la Sentencia de casación.

El Auto por el que se resolvió el incidente de nulidad no sólo no aclara nada, sino que introduce todavía algo más de oscuridad, si es que esto es posible, cuando dice:

*“Parte de tal relato no fue compartido por lo que el resultado final **asumido como probado varió en la casación en cuanto a su calificación jurídica. Pero no en cuanto a la aceptación de su probanza.** Lo que no impedía tampoco que, incluso como meros ilícitos, algunos de esos hechos probados \neg omisiones pretendidamente indebidas en la pesquisa de antecedentes de supuestas bases imponibles \neg fueran cuestionados, por más que intrascendentemente en cuanto al resultado final, en la sentencia de casación”*

Tan confusas y contradictorias aseveraciones desmienten la tesis, sostenida en ese mismo Auto, de que “no era necesaria una abundancia en la justificación” de lo que quedó subsistente de los hechos declarados probados en la instancia.

El propio Ministerio Fiscal, aun oponiéndose en su escrito de impugnación del incidente de nulidad a la estimación de este motivo, tuvo que admitir (p. 7 de dicho escrito) que “la estimación de varios motivos [de casación] y la modificación parcial de la base fáctica de la sentencia provoca cierta falta de cohesión y coherencia interna de la sentencia y dificulta de búsqueda”.

En su opinión, sin embargo, esos inconvenientes serían superables porque “la nueva sentencia tiene que completarse e integrarse necesariamente con la parte no modificada de la sentencia de instancia de manera que junto a los apartados décimo a décimo cuarto de la segunda sentencia hay que acudir a la argumentación que realiza la sentencia al rechazar los demás motivos formulados por el actual recurrente”. Esto no es sin embargo una refutación, sino más bien la confirmación de las razones que habíamos aducido para sostener que, a través de un proceso de reconstrucción del factum semejante, no es posible alcanzar una comprensión cabal del fundamento fáctico de la resolución judicial que afecta tan gravemente a nuestro representado. Y que con ello se dificulta también de un modo muy grave el control de su racionalidad en otras instancias y, en particular, por este Tribunal Constitucional, infringiendo por tanto la jurisprudencia por él establecida acerca de la extensión, la intensidad y la precisión que ha de tener la motivación de la resolución para que resulte manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

9. Al margen de lo que respecta a la indefinición del factum de la Sentencia y de la ausencia de una motivación suficiente sobre la convicción alcanzada acerca del mismo, hay que reiterar ahora la denuncia de falta de motivación suficiente acerca de la concreta calificación jurídica del delito imputado al Sr. Núñez Clemente, a la que nos hemos referido ya en el apartado 5 de esta misma Queja. Y hay que hacerlo con especial énfasis en este momento porque la alegación que realizamos a dicho propósito al plantear el incidente de nulidad ha quedado en este punto sin respuesta alguna.

Baste pues ahora recordar que, aunque se admitiese que el modo de conducir sus inspecciones por parte de los Sres. Bergua y Abella fue ilícito, su comportamiento no habría consistido precisamente en ejecutar actos injustos, sino más bien “en abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo”, esto es, en la conducta típica de la modalidad de cohecho sancionada con pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva en el art. 387 (en relación con el art. 391) CP 1973 y meramente con una pena de multa del tanto al duplo de la dádiva en la redacción inicial del art. 421 (en relación con el art. 423) CP de 1995, que por lo tanto habría de resultar en tal caso de aplicación preferente.

La insistencia por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en no considerar esta calificación alternativa y en no exponer las razones por las que no se ha optado por ella constituye un motivo adicional para entender vulnerado el derecho fundamental de nuestro defendido a la tutela judicial efectiva.

CUARTA QUEJA DE AMPARO.- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. CE, por haberse infringido el deber de motivación de la medida de la pena privativa de libertad impuesta a nuestro defendido y la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales.

1. A nuestro juicio, se produjo también en la Segunda Sentencia 991/2013, de 30 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo una vulneración del derecho de nuestro representado a la tutela judicial efectiva, al haberse infringido el deber de motivar la individualización de la pena privativa de libertad que le fue impuesta en dicha Sentencia por el delito continuado de cohecho activo por el que fue finalmente condenado, así como el principio de invariabilidad, inmodificabilidad o intangibilidad

de las resoluciones judiciales, que -según consolidada jurisprudencia de esta Excma. Sala y del Tribunal Constitucional- forma parte asimismo del contenido esencial del mencionado derecho fundamental.

2. Para que se comprenda adecuadamente el alcance de tal vulneración, es oportuno recordar que la Sentencia de instancia, partiendo de la base de que el delito continuado de cohecho activo por el que nuestro defendido fue condenado habría tenido por objeto la comisión por funcionario público de un delito también continuado de falsedad en documento público u oficial y que no concurriría circunstancia atenuante (o agravante) alguna, le había impuesto una pena de cuatro años de prisión menor.

La estimación por el Tribunal de casación del motivo formulado en orden a que se excluyera la calificación de los hechos realizada en la instancia como constitutivos de un delito (continuado) de falsedad documental condujo a su vez en el FJ 59 de la Sentencia de casación a fijar el efecto que ello habría de tener en la condena “en el sentido de que la pena resultante ha de ser inferior a la establecida por este delito en la sentencia recurrida” (p. 292).

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho Quinto de la Segunda Sentencia de 30 de diciembre de 2013, atendiendo a “la necesidad de no ocasionar al recurrente una reforma a peor respecto de la condena que le fue impuesta en la instancia”, se vino a señalar que resulta obligado “considerar cuál sería la pena que, estimado el recurso que determina la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas, correspondería conforme al título de imputación que justifica la condena en la sentencia de la instancia” esto es, “la de prisión menor en su grado mínimo conforme a los artículos 390⁵, 386, 69 bis y 61.1^{aa}” o, lo que es igual, una pena “que tendría una extensión de hasta dos años y cuatro meses de prisión menor”.

La procedencia de mantener en esos términos la opción de aplicar esas normas del Código Penal de 1973 en lugar de los preceptos correlativos del Código Penal de 1995, se justifica por tanto porque la extensión máxima de la pena resultante de aquellos

⁵ Esta referencia al artículo 390 CP 1973 fue rectificada en el Auto de Aclaración de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014, sustituyéndola por la remisión al art. 391 del mismo Cuerpo Legal.

(de hasta dos años y cuatro meses de prisión menor) sería incluso “inferior al mínimo correspondiente conforme al Código Penal de 1995”.

Esta es toda la motivación que esta Excma. Sala ha efectuado de la individualización de la pena impuesta. En lo demás, sólo se señala que se ha fijado “como pena privativa de libertad la de dos años y dos meses de prisión menor. Y, además, la pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años⁶. Y la pena de multa en 1.500.000 de euros que no alcanza el duplo de la dádiva total”.

Resulta pues patente que, teniendo el grado mínimo de la pena de prisión menor en el Código Penal de 1973 una duración de seis meses y un día a dos años y cuatro meses, según se establecía en la tabla demostrativa a la que se remitía su art. 78, falta en las Sentencias de 30 de diciembre de 2013 cualquier mención de los motivos que han conducido a imponerla en una medida tan alejada del mínimo y tan próxima al máximo legal previsto.

3. En relación con lo anteriormente expuesto es conveniente recordar también la doctrina sentada sobre las exigencias de motivación en relación con la individualización de la pena tanto por el Tribunal Supremo como por este Tribunal Constitucional, que se encuentra oportunamente resumida y sistematizada en la importante STS 974/2012, de 5 de diciembre (FJ 39°):

“Como la jurisprudencia tiene establecido -SSTS 661/2012 de 3.7, 460/2012 de 29.5, 95/2012 de 16.2, entre las más recientes-el derecho a la obtención a la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia, exige una explicación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en las sentencias del TC 21/2008, de 3-1, 91/2009, de 20-4.

“...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación

⁶ La referencia a esta pena de inhabilitación especial fue suprimida en el Auto de Aclaración de 10 de febrero de 2014.

no irracional- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001 de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril).".

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...." (STC 20/2003, de 10-2; 136/2003 de 30-6; 170/2004, de 18-10; 76/2007, de 16-4) y que éstas no sean incoherentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización de la pena (STS 148/2005, de 6- 6; 76/2007, de 16-4).

También ha de señalarse que aunque la necesidad de motivación del art. 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de la motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, que no precisa justificación o motivación alguna (STC 57/2003 de 24.2), que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley (STS 1478/2001 de 20.7).

Por ello este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación alguna al respecto, o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta y no hay datos en la sentencia

recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto es, cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos, y ante aquella ausencia de datos la pena no debería ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (SSTS 7.3.2007, 2.6.2004, 16.4.2001, 19.4.99)”.

4. Esta parte era plenamente consciente de la mencionada doctrina, así como de los criterios relativos a la individualización de la pena del delito de cohecho que habían quedado ya fijados en el Fundamento de Derecho Quinto (p. 703) de la sentencia de instancia, donde literalmente se dijo lo siguiente:

“(…) este Tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 66.1.6 CP 1995, considera que las penas a los Inspectores ha de imponerse en su nivel más alto, pues su conducta es la más culpable de todas las examinadas y por tanto debe ser objeto de mayor reproche penal y de mayor pena.

Los empresarios y sus colaboradores, son objeto de un menor reproche social, pues actuaron de forma individualizada, para su propio grupo, motivo por el que se les ha de imponer una pena ligeramente inferior a los anteriores, pero dentro del grado/mitad más alto, con excepción de Juan José Folchi, que participa prácticamente en todas las piezas, y por tanto es merecedor de una pena superior a la de aquellos, pero inferior a la de los inspectores”.

Esta parte tenía presente además que, en aplicación de ese criterio, en el fallo de la Sentencia dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el día 27 de julio de 2011 (pp. 712 ss.) se había impuesto al Inspector Sr. Huguet por el delito continuado de cohecho pasivo por el que fue condenado una pena de prisión menor de seis años de duración y a los también Inspectores Sres. Abella y Bergua, por la comisión del mismo delito, sendas penas de cinco años de prisión menor, mientras que al Sr. Núñez Clemente (al igual que a los Sres. Núñez Navarro y Sánchez Guiu) les fue impuesta, por el correspondiente delito continuado de cohecho activo, la pena de cuatro años de prisión menor.

Por todo ello, hubo de causar extrañeza a esta parte que en el fallo de la Segunda Sentencia de 30 de diciembre de 2013 (pp. 361 ss.), tras estimar la

conurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y excluir que los delitos de cohecho hubiesen tenido por objeto la comisión de un delito, se impusiese al Sr. Huguet una pena de dos años y cuatro meses de prisión menor y a los Sres. Abella y Bergua la de dos años de prisión menor (lo que hasta ahí parecía guardar una estricta relación de proporcionalidad mutatis mutandis con las penas fijadas en la sentencia de instancia), mientras que al Sr. Núñez Clemente y a los Sres. Núñez Navarro y Sánchez Guiu (sin guardar ya esa proporción) se les condenase a cumplir una pena de dos años y dos meses de prisión menor.

En la convicción de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no habría pretendido desviarse del criterio establecido en la Sentencia de instancia en orden a la concreta individualización de la pena del delito de cohecho, anteriormente transcrito, puesto que en este punto la citada Sentencia no había sido recurrida por ninguna de las partes, supusimos que la mencionada desproporción entre la pena privativa de libertad impuesta a nuestro defendido y la aplicada a los Sres. Abella y Bergua hubo de deberse a un error material, aritmético o de cómputo. Y con ese fundamento solicitamos que se procediera a corregir tal error, fijando aquella pena para nuestro mandante en una extensión no superior a un año y nueve meses de prisión menor, que sería aproximadamente la que resultaría de aplicar la misma proporción seguida por esta Excm. Sala en su Segunda Sentencia para reducir la pena correspondiente a los funcionarios públicos responsables de los correlativos delitos de cohecho activo.

5. En el Razonamiento Jurídico Cuarto de su Auto de Aclaración de 10 de febrero de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dio en rechazar esta última solicitud de rectificación con el argumento, en primer término, de que “tal pretensión desborda el cauce de la corrección a través del cual pretende canalizarse”, pues a su juicio “no se pretende una corrección de error sino una modificación del criterio individualizador de la pena”, y de que “ello bastaría para su inadmisión”. Mas, en segundo término y de un modo difícilmente consistente -como luego veremos- con el argumento anterior, se añadió que “además, no se trata de una determinación de pena en el caso de los tres penados (sc. nuestro mandante y los Sres. Núñez Navarro y Sánchez Guiu) que no responda a lo que el Tribunal conscientemente decidió. A lo sumo –se nos dice- lo que cabría matizar es la extensión de la argumentación al efecto considerada como omisión”.

Tal “matización” la efectuó dicha Sala en tres pasos.

a) Por una parte, comenzó diciendo que no sería “determinante” el “paralelismo” propuesto con el funcionario Sr. Bergua, ya que “éste ya viene sufriendo una pena mayor, pues a la de privación de libertad se une la privativa de derechos (inhabilitación).

b) Por otra parte, sostuvo que “la alusión a las mismas penas que para ambos-funcionario y particular- establece el artículo 391 del Código Penal de 1973, se refiere a las penas en abstracto, sin perjuicio de la individualización que proceda en virtud de la eventual concurrencia de circunstancias modificativas que pueden alcanzar a unos y no a otros”.

c) Y, finalmente, advirtió que “tampoco puede olvidarse que los solicitantes de la corrección no fueron sancionados por un cohecho activo que tuviera como destinatario un único funcionario, sino que su acción corruptora alcanzó también al Sr. Abella. De ahí que la individualización de la pena no puede relegarse a la ponderación de la pena del particular con la pena de uno solo de los funcionarios. Así la determinación de la pena a imponer a los que instan corrección ha de suponer una mayor que la que correspondería de haber ofrecido dádiva a un solo funcionario, en cuyo caso la regla de tres postulada en uno de los escritos de los penados tendría algo más de justificación”.

Pues bien, según se afirmó literalmente en el Auto de Aclaración dictado el día 10 de febrero de 2014, “todas estas razones estuvieron presentes en la decisión del Tribunal, siquiera no suficientemente exteriorizadas, supliéndose ahora la omisión de su exposición que no sus conclusiones”. Y, consiguientemente, en la Resolución en que dicho Auto concluye, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó no sólo corregir los errores detectados en sus Sentencias 990/2013 de 30 de diciembre, sino “suplir” esa “omisión de exposición”, pues ésta -según expresamente se admite- resultaba insuficiente para fundamentar tales conclusiones, lo que no significa otra cosa que -como literalmente se reconoce también- “completar los fundamentos jurídicos de la sentencia a corregir con lo expuesto en los correlativos de esta resolución”.

6. A nuestro juicio es paradójico que en el mismo Auto en el que se reprochó a esta parte –injustificadamente por cierto- no haber respetado los estrictos límites del cauce de corrección de errores materiales, aritméticos o de cómputo por el que nuestra pretensión tendría que canalizarse se incurriera de un modo tan patente, precisamente, en ese “desbordamiento del cauce” que se nos imputaba.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo la establecida por el Tribunal Constitucional, ha fijado en efecto los requisitos a los que debe atenerse el trámite de aclaración de sentencias a fin de respetar el “límite infranqueable” que supone el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; un principio que es a su vez consecuencia del de seguridad jurídica, que expresamente reconoce el art. 9.3CE, y también parte integrante del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. Y entre los aspectos que conforman ese límite infranqueable dicha jurisprudencia viene señalando de un modo expreso, uniforme y constante la imposibilidad de utilizar ese procedimiento de aclaración para “remediar defectos de motivación” de las resoluciones judiciales.

Como recuerda, entre otras muchas, la STS 640/2011, de 21 de junio (FD 1º):

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, de forma coincidente y uniforme han venido estableciendo un sólido cuerpo doctrinal en orden a delimitar los contornos del recurso de aclaración. Su límite infranqueable se encuentra en el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, consecuencia del principio de seguridad jurídica expresamente reconocido en el art. 9.3º CE que actúa como una de las garantías de la interdicción de toda arbitrariedad en la práctica judicial y asimismo como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro del respeto a ese límite, se permite de manera excepcional, que los órganos judiciales en caso de observar oscuridades u omisiones, de un lado, o errores materiales manifiestos o aritméticos por otro, puedan rectificarlos/aclararlos, a través de este remedio procesal que evita con evidente economía procesal y temporal la formalización de un recurso para obtener la corrección que se puede obtener a través de la aclaración.

(...)

Recordemos la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, que, en síntesis, tiene declarado que por la vía de la aclaración no se pueden:

- a) Remediar defectos de motivación.*
- b) Corregir errores en la calificación jurídica.*
- c) Alterar las conclusiones probatorias previamente mantenidas.*
- d) Anular y sustituir un fallo por otro contrario.*

En tal sentido la STS 112/99 de 14 de Junio declara que "...el llamado recurso de aclaración debe atenerse siempre, dado su carácter excepcional a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ...". "...En la regulación del art. 267 LOPJ, coexisten dos regímenes distintos... la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las sentencias o autos definitivos, y, en segundo lugar la rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos....", pero, se concluye, que el ámbito de la aclaración encuentra su límite infranqueable en los cuatro aspectos reseñados. En idéntico sentido se pueden citar las SSTC 231/91 –FJ 5-, 27/92, 50/92, 101/92, 23/94, 19/95 –FJ 5-, 23/96, 122/96, 208/96, 164/97, 180/97, 48/99 -FJ 2- 262/00 de 30 de Octubre, 216/01 de 29 de Octubre, FJ2 y la 187/02 de 14 de Junio, FJ 6º, que reiterando la doctrina permite la utilización del remedio de la aclaración sin quiebra del principio de inmodificabilidad de las resoluciones ni del principio a la seguridad jurídica "...cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista..." y ello porque la garantía de inmodificabilidad no comprende la facultad de beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores que con toda certeza puedan deducirse del propio texto de la resolución judicial. Últimamente, la STC 31/2004 de 4 de Marzo, reitera la doctrina expuesta --F.J. 2, 6 y 7--.

De esta Sala de Casación se pueden citar las siguientes resoluciones SSTS de 7 de Febrero y 31 de Octubre de 1997, nº 1700/2000 de 3 de Noviembre; 1277/2001 de 26 de Junio y 620/2004 de 4 de Junio, entre otras muchas, y auto de 29 de Enero de 2010 -Recurso de Casación 11272/2008, todas ellas sosteniendo la doctrina expuesta”.

La pretensión de la Sala de aprovechar la rectificación solicitada por esta parte, entre otras, para remediar el déficit de motivación del que, como se vio obligada a reconocer, estaban irremisiblemente aquejadas las Sentencias que había dictado el día 30 de diciembre de 2013 (si lo que ellas se pretendía era en verdad apartarse del criterio de individualización de la pena seguido en la Sentencia de instancia), supone, pues, en

sí misma, una manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

7. Además, tampoco se podía pasar por alto que los razonamientos con los que la Sala Segunda del Tribunal Supremo había intentado justificar un trato más severo para nuestro defendido que el dispensado a los funcionarios autores de los correspondientes delitos de cohecho activo carecía de antecedentes en la jurisprudencia de dicha Sala y, en todo caso, de un fundamento suficiente.

En efecto:

- a) El argumento de que la intensificación de la pena privativa de libertad para el particular vendría a compensar la imposibilidad de imponerle la pena privativa de derechos (inhabilitación especial) que pesa sobre el funcionario -aparte de presentar nuevamente tintes paradójicos en una sentencia que, ciertamente por error, había impuesto esa pena también a los particulares- invierte de un modo injustificado el dato normativo decisivo: un dato que no es otro, precisamente, que el reconocimiento legislativo de que los delitos de cohecho pasivo tienen ya por principio una mayor gravedad, derivada de la especial relación que vincula al funcionario público con la Administración, que los de cohecho activo, en los que el ataque al interés de una recta Administración pública se produce desde el exterior de tal relación.
- b) El argumento de que la referencia a “las mismas penas” que para ambos-funcionario y particular-efectúa el artículo 391 del Código Penal de 1973, ha de entenderse a las penas en abstracto, sin perjuicio de la individualización que proceda en virtud de la eventual concurrencia de circunstancias modificativas que pueden alcanzar a unos y no a otros, resulta en este caso manifiestamente irrelevante, pues –independientemente de que esta parte no había apelado al tenor de ese precepto- lo cierto es que, hablando en términos estrictos, no existían aquí circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal diferentes en los funcionarios y los particulares (aunque a la única concurrente en relación con todos ellos, la de

dilaciones indebidas, habría sido razonable reconocerle precisamente un peso mayor en relación con nuestro mandante que, estando implicado tan sólo en una pieza de este procedimiento, fue arrastrado a un proceso de una dimensión muy superior, como se admite precisamente en las Sentencias de instancia y de casación, en atención a la existencia de una trama de corrupción organizada por funcionarios de la Hacienda Pública).

- c) Por último, el argumento de que nuestro defendido, al igual que otros particulares, “no fueron sancionados por un cohecho activo que tuviera como destinatario un único funcionario”, sino que su “acción corruptora” alcanzó también a un segundo inspector, pasa por alto que unos y otros fueron sancionados en todo caso por delitos de cohecho continuados y en ningún lugar está dicho que sea más grave que “corromper” varias veces a un mismo funcionario hacerlo a funcionarios distintos. Y eso, por no mencionar que aquellas diferencias, si es que estuviesen realmente justificadas, podrían haber tenido su oportuno tratamiento, no a través de la pena privativa de libertad, sino mediante una modulación de la pena de multa, en la que cabría haber tenido en cuenta la suma de las dádivas consideradas en cada caso para realizar la eventual diferenciación. Lo cierto es, sin embargo, que ni el Tribunal de instancia, ni –lo que es harto más significativo- el de Casación procedieron de tal modo, sino que fijaron la misma cuantía para la pena pecuniaria de nuestro defendido y del Sr. Abella (dos millones de euros la Audiencia Provincial de Barcelona, y un millón y medio la Sala Segunda del Tribunal Supremo), lo que no puede justificarse sino en virtud del reconocimiento de que el hecho del particular tuvo en principio una menor gravedad que el del funcionario (y sólo la mayor cuantía acumulada de las dádivas para el primero permitió su equiparación a este respecto).

8. En conclusión, sostenemos que la imposición de la pena privativa de libertad en la medida concretamente fijada en el fallo de la Segunda Sentencia de 30 de diciembre de 2013 careció de una fundamentación adecuada: la contenida en dicha Sentencia incumplía el estándar de motivación suficiente requerido al efecto por la jurisprudencia constitucional y penal y la expuesta en el Auto de Aclaración de 10 de

febrero de 2014 no respetaba el límite infranqueable establecido por esa misma jurisprudencia que prohíbe remediar por vía de aclaración defectos de motivación. Ya por ambas razones entendemos producida una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de nuestro defendido.

Pero entendemos también que hay todavía una tercera razón que afecta, como la segunda, aunque de un modo aún más radical, a la vertiente de ese derecho fundamental en la que se encuentra implicado el principio de invariabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales.

La reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 361/2013, de 23 de abril, contiene muy atinadas observaciones acerca del alcance de este principio y de su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aquí invocado:

“Según la sentencia del Tribunal Constitucional 23/2005, de 14 de febrero, el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, reflejado, entre otras, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo; 159/2000, de 12 de junio; 111/2000, de 5 de mayo; 262/2000, de 30 de octubre; 286/2000, de 27 de noviembre; 59/2001, de 26 de febrero; 140/2001, de 18 de junio; 216/2001, de 29 de octubre; 187/2002, de 14 de octubre; y 224/2004, de 29 de noviembre.

Y en esa misma sentencia 23/2005 el TC recuerda que tiene reiterado que la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su art. 9.3 (aunque no se haya erigido por el Texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se haya otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional) y que existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE pues, si este comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio; y 23/1996, de 13 de febrero).

El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente

recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio; 231/1991, de 10 de diciembre; 19/1995, de 24 de enero; 48/1999, de 22 de marzo; 218/1999, de 29 de noviembre; 69/2000, de 13 de marzo ; 111/2000, de 5 de mayo; 262/2000, de 30 de octubre; 286/2000, de 27 de noviembre; 140/2001, de 18 de junio; 216/2001, de 29 de octubre)”.

En su proyección al caso aquí examinado la garantía de invariabilidad de las resoluciones judiciales, como ingrediente esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, implica en nuestra opinión que el pronunciamiento contenido en el Fundamento de Derecho Quinto (p. 703) de la sentencia de instancia, en el que el Tribunal a quo, “(...) haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 66.1.6 CP 1995” había declarado “que las penas a los Inspectores han de imponerse en su nivel más alto, pues su conducta es la más culpable de todas las examinadas y por tanto debe ser objeto de mayor reproche penal y de mayor pena”, mientras que “los empresarios y sus colaboradores”, habrían de ser “objeto de un menor reproche social, pues actuaron de forma individualizada, para su propio grupo, motivo por el que se les ha de imponer una pena ligeramente inferior a los anteriores”, no podía ser modificada de oficio por esta Excma. Sala, aunque tuviese tal criterio por erróneo, sino solo a través del sistema de procesos taxativamente establecido en la ley. Por tanto, al no haber sido recurrido, este aspecto de la Sentencia de instancia había adquirido firmeza y le era plenamente aplicable la consolidada jurisprudencia que se acaba de citar.

Y para despejar cualquier duda, si es que alguna pudiese quedar todavía tras lo dicho hasta aquí, acerca de que la tesis que propugnamos se corresponde con la que el propio Tribunal Supremo ha venido asumiendo de un modo constante, consideramos suficiente mencionar otro caso en el que muy señaladamente se resolvió la misma cuestión del modo que esta parte propone.

Se trata del caso de la Sentencia 606/2010, de 25 de junio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el mismo Excmo. Magistrado que lo fue en esta ocasión.

En el Fundamento de Derecho Primero de la Segunda Sentencia dictada en aquel caso se dice literalmente lo siguiente:

“(…) la sentencia de instancia no hizo uso de la facultad de agravar la pena atendiendo a los criterios del artículo 305 párrafo segundo. Muy al contrario postuló que, dentro del marco de la pena posible, se impusiera la mínima (Fundamento Jurídico duodécimo). Tal decisión no se ha recurrido. A ese criterio hemos de estar para eludir una reforma a peor de la situación del recurrente”.

Lo que en definitiva postulamos para subsanar las vulneraciones que, a nuestro juicio, se han producido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de nuestro mandante es que se proceda de igual modo que en el caso de aquella Sentencia núm. 606/2010; y, en consecuencia, que –bien mediante la aplicación de una regla de tres (como proponíamos en nuestra solicitud de rectificación de errores), o bien a través de cualquier otro procedimiento que se tuviese razonablemente por conveniente- se respetase la firme decisión de la Sentencia de instancia, tampoco recurrida en esta ocasión, de que a “los empresarios y sus colaboradores” (y entre ellos a nuestro defendido) se les aplicara una pena privativa de libertad inferior, en cualquier caso, a la que fue impuesta a los Inspectores condenados con ellos.

9. El incidente de nulidad que, en atención a las consideraciones precedentes, interpusimos oportunamente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo fue rechazado por ésta con el siguiente Razonamiento Jurídico:

*“**PRIMERO.- 1.-** En el primero de los motivos invocados para solicitar la nulidad de la sentencia dictada se alega que se ha impuesto una pena que, ni se motiva, ni se compadece con la intangibilidad de las resoluciones.*

Se reproduce parte del fundamento jurídico quinto de la sentencia de casación, referido precisamente a justificar la pena impuesta.

El incidentista no parece satisfecho con la argumentación. Es comprensible. Pero no está justificado. Porque una cosa es la discrepancia con una motivación y otra poder tildar a ésta de arbitraria o, menos, si cabe, de

inexistente, que es lo único que garantiza el derecho fundamental esgrimido para la pretensión anulatoria.

Tanto más cuanto que, en la aclaración pedida por esa parte, se abundó en la justificación de la concreta medida de la pena impuesta. Tal como el incidentista recuerda en su escrito promotor.

La Sala de instancia decidió castigar con menor pena al empresario para el supuesto criminal en que se sancionaba el conjunto cohecho más falsedad.

La sentencia de casación solo sanciona el cohecho.

El criterio de la instancia para esta situación no es modificado sencillamente porque es inédito. Y a falta de modificación mal puede hablarse de reforma a peor de la decisión para el recurrente. En todo caso, como advierte en su impugnación la Abogacía del Estado, es claro que la situación del recurrente no es peor después de la sentencia de casación que la ostentada con la sentencia de instancia. Nada autoriza a pensar que el menor reproche penal para el empresario se refería al cohecho también y no solo a la falsedad. Mientras, en cuanto a ésta, es indudable que el reproche se incrementa para el funcionario \neg autor \neg frente al empresario \neg inductor \neg respecto del cohecho, el Tribunal de instancia no había expuesto un criterio que se separase de la valoración de la poetisa del siglo de oro que entendía mayor la culpa de quien paga por pecar que la de quien peca por la paga.

Así pues, si de algo no se ha privado al incidentista es de la exposición de razones. Que no le plazcan, no las erige en arbitrarias. El derecho fundamental alegado no puede tenerse por vulnerado.

2.- Precisamente esa aclaración es ahora esgrimida como motivo para solicitar la nulidad. Se reprocha a este Tribunal que corrigiera por vía de aclaración los defectos de motivación. Con razón el Ministerio Fiscal impugna la pretensión del incidente por la incoherencia en las sucesivas actuaciones procesales de la parte.

*En aclaración de sentencia solicitó que se rectificase **la pena impuesta que atribuye a error** diciendo:*

"Por ello suponemos que sólo se ha podido deber a un error material, aritmético o de cómputo, al trasladar este criterio a la pena de prisión menor finalmente impuesta a nuestro defendido y a los otros dos procesados citados, que \neg en lugar de fijarla en una extensión aproximada de un año y nueve meses, como habría resultado de aplicar la misma proporción que en los otros casos mencionados \neg se le haya venido a imponer en una medida muy

superior, de dos años y dos meses, por encima incluso de la fijada para los funcionarios públicos condenados en relación con los mismos hechos."

El auto de aclaración explicó que no se trataba de un error. Y expuso las razones de ello.

No cabe pues hablar de un exceso en la aclaración, al añadir motivación.

*Confunde la parte con **suplencia** aquello que se aporta a mayor **abundamiento**. Es la suplencia lo que sobrepasa el cauce de la aclaración, porque lo que falta no puede aclararse. No obstante cuando de mera insuficiencia se trata, se remeda la tacha precisamente con la abundancia de lo añadido, que no altera nada más allá de la perfección a la que pueda llevar.*

Se comprende que, por lo que supone de dura pena, se insista en poner de manifiesto razones para solicitar una pena menor. Pero eso sí que habría sido modificación de lo decidido. Y no la mera ampliación de la preexistente argumentación".

10. La argumentación transcrita en el apartado anterior es sorprendente por muchas razones.

a) La primera de ellas es hasta cierto punto formal, pero no por ello menos importante. La Sala que dictó dicho Auto tergiversó el sentido de nuestra petición cuando dio en acusar a esta parte de falta de lealtad procesal por haber solicitado primero una "aclaración" y esgrimir luego la aclaración efectuada a instancia nuestra para solicitar la nulidad de actuaciones. Basta leer nuestro escrito de planteamiento de dicho trámite de "aclaración" (o las consideraciones antes expuestas, que coinciden casi literalmente con la contenidas a su vez en el que presentamos para plantear el incidente de nulidad) para percibir que, aunque, comúnmente se hable de forma abreviada de "aclaración" para referirse al complejo contenido del trámite previsto en los arts. 267 LOPJ y 161 LECrim., lo que al amparo de dichos preceptos formulamos no fue una solicitud de aclaración, sino de rectificación o corrección de errores. Y el motivo de efectuar tal solicitud fue que en efecto entendimos, como expusimos entonces, que tuvo que deberse a un error no sólo la imposición de una pena de inhabilitación legalmente improcedente, ni la mención de un precepto distinto del que, conforme a las propias premisas de la Sentencia en cuestión, sería en verdad aplicable (aspectos ambos en los

que se nos reconocieron efectivamente y se rectificaron los errores cometidos), sino también la concreta medida de la pena de privación de libertad impuesta, pues en ella se había desatendido un criterio de determinación de dicha pena claramente establecido en la Sentencia de instancia, que nadie había recurrido.

Esa fue la razón por la que solicitamos la corrección de lo que creíamos que había tenido que tratarse también de un error. Ni siquiera se nos ocurrió pedir una “aclaración” para demandar la motivación que faltaba de la pena impuesta, entre otras cosas, porque nos era de sobra conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo de que no es posible suplir un déficit de motivación en trámite de aclaración de sentencia.

b) Un segundo motivo de justificada extrañeza encontramos en el reproche que la Sala dirigió precisamente a esta parte, de un modo algo contradictorio por cierto con lo anterior, de confundir la “suplencia” de motivación con la “motivación a mayor abundamiento”.

Según nos dice para tratar de justificar tal reproche, “es la suplencia lo que sobrepasa el cauce de la aclaración, porque lo que falta no puede aclararse”, mientras que “cuando de mera insuficiencia se trata, se remeda (sic) la tacha precisamente con la abundancia de lo añadido, que no altera nada más allá de la perfección a la que pueda llevar”.

No sabemos muy bien de dónde ha extraído la Sala semejante doctrina supuestamente justificativa de su proceder, pero lo cierto es, por un lado, que en la Sentencia 990/2013, de 30 de diciembre, faltaba cualquier motivación de las razones que le habían conducido a imponer la pena dentro del marco disponible prácticamente en su límite superior y, por otro, que así lo había admitido la propia Sala en su Auto de “aclaración”, en el que fue ella misma y no esta parte quien dijo que, al no hallarse “suficientemente exteriorizadas” las razones que estuvieron “presentes en la decisión del Tribunal”, había resuelto “suplir” su “omisión” y “completar los fundamentos jurídicos de la sentencia a corregir con lo expuesto en los correlativos de esta resolución”.

c) Un tercer motivo de sorpresa es que las razones que no estaban “suficientemente exteriorizadas” en la Sentencia aparecen expresadas de un modo muy diferente en el Auto de “aclaración” y en el Auto por el que se resuelve el incidente de nulidad.

En el primero se dice que tales razones habrían consistido en que no sería “determinante” el “paralelismo” con el funcionario Sr. Bergua, ya que “éste ya viene sufriendo una pena mayor, pues a la de privación de libertad se une la privativa de derechos (inhabilitación)”; en que “la alusión a las mismas penas que para ambos-funcionario y particular- establece el artículo 391 del Código Penal de 1973, se refiere a las penas en abstracto, sin perjuicio de la individualización que proceda en virtud de la eventual concurrencia de circunstancias modificativas que pueden alcanzar a unos y no a otros”; y en que “los solicitantes de la corrección no fueron sancionados por un cohecho activo que tuviera como destinatario un único funcionario, sino que su acción corruptora alcanzó también al Sr. Abella. De ahí que la individualización de la pena no puede relegarse a la ponderación de la pena del particular con la pena de uno solo de los funcionarios. Así la determinación de la pena a imponer a los que instan corrección ha de suponer una mayor que la que correspondería de haber ofrecido dádiva a un solo funcionario, en cuyo caso la regla de tres postulada en uno de los escritos de los penados tendría algo más de justificación”.

Posiblemente porque la solidez de tales argumentos había sido cuestionada en cuestión en nuestro escrito de planteamiento del incidente de nulidad de un modo difícilmente rebatible, ninguno de esos argumentos figura ya en el Auto de resolución de dicho incidente. En lugar de ellos, aparece ahora otro completamente distinto: el de que mientras “la Sala de instancia decidió castigar con menor pena al empresario para el supuesto criminal en que se sancionaba el conjunto cohecho más falsedad” (...) “la sentencia de casación solo sanciona el cohecho”. Por tanto, “el criterio de la instancia para esta situación no es modificado sencillamente porque es inédito”.

Por lo demás, nos dice, “nada autoriza a pensar que el menor reproche penal para el empresario se refería [en la Sentencia de instancia] al cohecho también y no solo a la falsedad. Mientras, en cuanto a ésta, es indudable que el reproche se incrementa para el funcionario \neg autor \neg frente al empresario \neg inductor \neg respecto del cohecho, el

Tribunal de instancia no había expuesto un criterio que se separase de la valoración de la poetisa del siglo de oro que entendía mayor la culpa de quien paga por pecar que la de quien peca por la paga”.

El hecho de que vayan variando los argumentos aducidos es ya un signo evidente de que nos encontramos con una motivación tan ilógica e irracional, que linda con la arbitrariedad. En cualquier caso, los argumentos que ahora se esgrimen tienen todavía, si cabe, un menor fundamento que los alegados en primer lugar.

Por un lado, la cuestión aquí planteada nada tiene que ver con que en la Sentencia de instancia se hubiese condenado a nuestro defendido por un delito (el de falsedad documental) por el que quedó absuelto en la casación; y ello por la sencilla razón de que, habiendo apreciado el Tribunal de instancia un concurso real entre aquel delito y el de cohecho, la determinación de la pena se realizó por lo tanto en la instancia de manera independiente respecto de cada uno de ellos, esto es, como si el otro no hubiese formado parte de la condena impuesta.

Pero es que además, exactamente al contrario de lo que sostiene la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en este caso, todo lleva a pensar que el criterio de la Sala de instancia de imponer la pena en una medida algo inferior para los particulares que para los funcionarios se refería precisamente en este contexto al delito de cohecho y no al de falsedad documental.

Hay una serie de razones, todas ellas muy poderosas, que así obligan a entenderlo. De un lado, el Tribunal de instancia partió ciertamente también de que en la imposición de la pena del delito de falsedad se habría de atender a su diferente orden de gravedad respecto de funcionarios y particulares, pero para producir ese efecto no era ya necesario el argumento contenido en la p. 733 de la Sentencia de instancia, pues unas páginas antes (en el apartado que figura bajo el rótulo **ATENUANTE EXTRANEUS, ARTICULO 65.3º DEL CODIGO PENAL**, pp. 699 ss.) había ya resuelto aplicar a los particulares partícipes del delito de falsedad cometido por los funcionarios la rebaja de la pena en un grado, de acuerdo con lo establecido en el art. 65.3 CP para la participación de sujetos no cualificados en un delito especial. Resulta por ello evidente que el criterio de graduación de la responsabilidad mencionado en la p. 733 de dicha

Sentencia había de referirse precisamente al delito de cohecho (y no al de falsedad, para el que no resultaba ya necesario, ni tampoco adecuado). Por lo demás, que esa era la voluntad del Tribunal de instancia resulta claramente confirmado por el hecho de que a tal criterio se atuvo estrictamente dicho Tribunal Y la mejor prueba de que fue así se encuentra en que a ese criterio se atuvo el Tribunal de instancia al determinar las penas impuestas por una parte a los funcionarios Sres. Huguet, Abella y Bergua y, por otra, a los particulares Sres. Núñez Clemente, Núñez Navarro y Sánchez Guiu por los delitos de cohecho por los que respectivamente fueron condenados (basta remitirse, para comprobarlo, a las pp. 714-718 de la Sentencia de instancia).

A lo que es evidente que no se atuvo – ni tuvo por qué atenerse- el Tribunal de instancia es a esa máxima de Sor Juana Inés de la Cruz que, de un modo tan inapropiado como fuera de contexto, se menciona en el Auto de 23 de junio de 2014: pues, de acuerdo con la regulación del delito de cohecho, es indudablemente mayor la responsabilidad de “quien peca por la paga”, que la de “quien paga por pecar”.

La “interpretación” efectuada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acerca del alcance que habría tenido el criterio sentado por el Tribunal de instancia en orden a la determinación de la pena a imponer a los funcionarios y particulares imputados en esta causa y en concreto su pretensión de restringirla al delito de falsedad documental, contraviene los cánones hermenéuticos más elementales que han de regir no sólo la exégesis de las normas, sino también la interpretación del contenido de una sentencia, respecto de la cual importa desde luego el tenor literal de la declaración en cuestión (de la que, en este caso, tampoco se infiere la pertinencia de tal restricción), pero también el contexto en el que la misma se hizo y la finalidad o propósito de quien la emitió. Si por lo tanto ni desde parámetros “gramaticales”, ni “sistemáticos”, ni “teleológicos”, ni “históricos” cabe sostener la “interpretación” que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha efectuado del criterio sentado por el Tribunal de instancia en su sentencia, no cabe otra conclusión que la de que dicha Sala se ha apartado manifiestamente de lo decidido por aquel Tribunal y que, al hacerlo al margen del sistema de recursos legalmente establecido, ha infringido de un modo clamoroso el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Por consiguiente, tenemos que reafirmarnos en que la Sentencia de 30 de diciembre de 2013, el Auto de aclaración de 10 de febrero de 2014 y el Auto de resolución del incidente de nulidad de 23 de junio de 2014, todos ellos dictados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de nuestro mandante: en primer lugar, por la ausencia de una motivación suficiente de la pena de privación de libertad que le fue impuesta; en segundo término, por el carácter ilógico, arbitrario y cambiante de la motivación posteriormente ofrecida; y, por último (aunque esto es en definitiva lo más importante), por no respetar la intangibilidad de las resoluciones judiciales, produciendo su modificación al margen del sistema de recursos legalmente establecido.

Por todo lo cual, al Tribunal

SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen y, en la representación que ostento, por interpuesto en tiempo y forma contra el **Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2012** (notificado el 11 de julio), contra la **Sentencia 909/2013, de 30 de diciembre**, dictada por la misma Sala de lo Penal del T.S., y contra la **Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de julio de 2011, RECURSO DE AMPARO** y, previos los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que:

1.- se otorgue el amparo solicitado;

2.- como consecuencia del mismo, se declare que las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales de nuestro representado a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE;

3.- que, en consecuencia, se restablezca a nuestro mandante en la integridad de sus derechos, y, como consecuencia de ello, se anulen las resoluciones impugnadas, se revoque la condena y se decrete su libre absolución;

4.- o, en su caso, se reduzcan las penas impuestas del modo que resulte procedente a la estimación del amparo solicitado;

5.- o, en su caso, se retrotraigan las actuaciones al momento procesal en el que se produjo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva invocado.

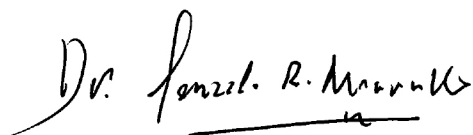
PRIMER OTROSI DIGO: Dado que, por la naturaleza de la condena, privativa de libertad, su ejecución haría perder al amparo su finalidad, y según lo establecido por el artículo 56 LOTC, al Tribunal

SUPLICO: Que suspenda la ejecución de la Sentencia impugnada notificándolo al órgano judicial que la dictó.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que siendo general para pleitos el Poder que se acompaña y precisándolo para otros usos, al Tribunal

SUPLICO: Que ordene su desglose y devolución dejándose la oportuna constancia en autos.

Es Justicia que respetuosamente pido, para Principal y Otrosíes, en Madrid.



Fdo. Dr. Gonzalo Rodríguez-Mourullo