

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10783 *Sala Segunda. Sentencia 60/2008, de 26 de mayo de 2008. Recurso de amparo 4309-2004. Promovido por don José Miguel Moreno García respecto a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, en grado de casación, revocó la de la Audiencia Provincial de Málaga y le condenó por delitos de cohecho y fraude en relación con la privatización de Intelhorce.*

Supuesta vulneración de los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial, a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso penal y motivación), a un proceso con garantías, a ser informado de la acusación y a la legalidad penal: magistrado ponente nombrado Fiscal General del Estado después de dictada y firmada la sentencia; condena penal que puede ser dictada en casación sin recurso ulterior, modificando la calificación jurídica de los hechos declarados probados en la instancia; correlación del fallo con la acusación, que pudo ser debatida en casación; interpretación judicial de la condición de funcionario público y de la percepción de dádiva como elemento del tipo penal; término inicial de la prescripción del delito; inexistencia de bis in idem procesal.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4309-2004, promovido por don José Miguel Moreno García, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Díaz Solano y asistido por el Abogado don Carlos Larrañaga Junquera, contra la Sentencia núm. 1590/2003, de 22 de abril de 2004, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por la que resolvió el recurso de casación núm. 2074-2001, interpuesto contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de abril de 2001, dictada en el procedimiento abreviado núm. 5384-1984 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga, sobre delito de estafa y otros. Han comparecido don Abel Arribas Fernández, don Jorge Bardeau Salm y don Álvaro

Miguel García Lavigne, representados por los Procuradores de los Tribunales don Emilio Álvarez Zancada, don Jesús Iglesias Pérez y doña Carmen Ortiz Cornago, respectivamente. También han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 2 de julio de 2004 la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Díaz Solano, actuando en nombre y representación de don José Miguel Moreno García, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos referentes al recurrente en que se fundamenta la presente demanda, sin perjuicio de los que se reseñarán al analizar los motivos específicos de impugnación, son, en síntesis, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga incoó diligencias previas por delitos de malversación de caudales públicos, estafa, falsedad documental, apropiación indebida, entre otros, acordando proseguir las actuaciones por los cauces del procedimiento abreviado (núm. 5384-1984), donde formularon acusación contra el recurrente y otros acusados el Ministerio Fiscal y demás acusaciones personadas. Abierto el juicio oral y designándose competente para conocer a la Audiencia Provincial de Málaga, la Sección Tercera de ese Tribunal, luego de resolver respecto de las pruebas propuestas por las partes y diversas incidencias procesales, celebró el juicio en diversas sesiones consecutivas (la última el día 13 de febrero de 2001), dictando Sentencia de fecha 17 de abril de 2001, por la que se absolvía al recurrente de los delitos de fraude y cohecho por los que había sido acusado. Se alegaba a tal fin que el acusado no estaba revestido de la condición de funcionario público cuando realizó la acción, invocándose también a su favor el instituto de la prescripción.

b) Para una mejor la comprensión de la demanda merecen reseñarse los siguientes datos extraídos del relato de hechos probados de la referida Sentencia de instancia: La empresa textil malagueña Industrias Textiles del Guadalhorce, S. A., fue creada por el Instituto Nacional de Industria en 1957, constituyendo su objeto social la fabricación y comercialización de productos de algodón. Siendo de titularidad estatal fue privatizada en 1972 y en 1980 volvió a manos del Estado que, en forma de ampliación de capital, invirtió en ella alrededor de 24.000 millones de pesetas, guiado primordialmente por un objetivo político social, cual era el mantenimiento de un gran número de puestos de trabajo en una zona escasamente industrializada y con una alta tasa de desempleo. Ello no obstante, el gran volumen de pérdidas anuales que la sociedad generaba –unos dos mil millones de pesetas– llevaron a la Dirección General del Patrimonio del Estado, accionista única de Intelhorce, S. A., a tomar la determina-

ción de volver a privatizar la sociedad, idea que se expuso al director gerente de la entidad Inmobiliaria de Promociones y Arriendos, S. A. (Improasa), don José Miguel Moreno García, quien quedó en la tarea de iniciar las gestiones para proceder a la reprivatización. A tal efecto dicha entidad realizó una serie de actuaciones dirigidas a promocionar la venta y a encontrar compradores, de las que se derivó la oferta efectuada por la sociedad Benorbe (gestionada por los también acusados Sres. Orefici y García Lavigne), que no tenía, ni la capacidad financiera, ni la experiencia necesaria para proceder a la adquisición de Intelhorce y que lo que finalmente hizo fue descapitalizarla, al utilizar los compradores en beneficio propio los fondos de la misma y los aportados por el Estado para sanearla. Para vencer el recelo que en la Dirección General del Estado pudiera suscitar dicha oferta el Sr. Orefici contactó con el recurrente, a quien ofreció la posibilidad de percibir una cantidad cercana a los 50 millones de pesetas si se consumaba la venta, a lo que éste debía colaborar no profundizando en los datos de identificación de la entidad compradora. Sabedor el demandante de amparo de la trascendencia que para la venta tendría el respaldo de una gran empresa, apuntó la posibilidad de que la conocida empresa italiana Benetton, con la que Orefici mantenía ciertas relaciones negociales, concurrese a la licitación a través de una empresa interpuesta (Benorbe), pese a que conocía que dicha empresa no estaba interesada en la compra de Intelhorce, llegando posteriormente a afirmar que la verdadera compradora era la mencionada empresa italiana. Convencido de que la oferta de Benorbe era la mejor de las presentadas, el Director General del Patrimonio del Estado informó favorablemente sobre la venta de Intelhorce a Benorbe, siendo la misma autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 14 de julio de 1989. En la escritura de venta de Intelhorce, que tuvo lugar el 4 de agosto del mismo año, la Dirección General el Patrimonio del Estado decidió incluir una cláusula por la que se exigía la autorización de dicho organismo para disponer de los fondos aportados por el Estado con el fin de sanear la empresa. En los hechos probados se hace constar que no consta que el recurrente participara en una segunda fase subsiguiente al acuerdo de compra de Intelhorce, dirigida a obtener la liberalización del total de dichos fondos.

c) Presentado por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones particulares recurso de casación contra la anterior resolución, ésta fue parcialmente revocada por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 2004, notificada a la representación procesal del demandante de amparo el día 4 de junio de ese mismo año. Por ello el órgano judicial dictó segunda Sentencia, en la que procedió a condenarle, como autor responsable de un delito de cohecho, a las penas de cuatro años y dos meses de prisión y multa por importe de 360.000 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cargos en cualquier empresa de carácter público por tiempo de seis años y un día y, como autor responsable de un delito continuado de fraude cometido por funcionario público, a la pena de cinco años de prisión, también con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cargos en cualquier empresa de carácter público por tiempo de seis años y un día, así como a satisfacer, en forma solidaria con el principal acusado y condenado en el procedimiento de instancia, en la cantidad establecida en la Sentencia recurrida en concepto de responsabilidad civil.

3. El recurrente considera vulnerados, en primer lugar, sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 24.2 CE), al no poder ser revisada la Sentencia condenatoria dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo después del pronunciamiento absolutorio recaído a su favor por parte de

la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga. Así se habría vulnerado el derecho a la doble instancia en materia penal, previsto en el art. 14.5 PIDCP, trayendo a colación en apoyo de su queja el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso Gómez Vázquez contra España, que declara contrario al referido precepto el sistema casacional español. Según la demanda, es necesario partir de la afirmación de que el derecho reconocido en el citado art. 14.5 PIDCP se atribuye sólo a la persona declarada culpable de un delito, de lo que se desprende que son irrecurribles las Sentencias absolutorias. No aceptar esta conclusión conduce, como ha ocurrido en su caso, a que, si el Ministerio Fiscal o la acusación recurre la Sentencia absolutoria y es después condenado, se encuentra con que ya ningún tribunal puede revisar dicho pronunciamiento, lo que implica además una condena *inaudita parte* dado el carácter limitado que tiene el recurso de casación en nuestro ordenamiento procesal. Así las cosas, ante la inexistencia de la posibilidad de revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta, al ser condenado luego de una Sentencia absolutoria, se habría vulnerado la expresada garantía recogida en el art. 14.5 PIDCP, que, por otra parte, incluye, no sólo el derecho al «doble grado de Jurisdicción», sino más propiamente el derecho a la «doble instancia», es decir, a un segundo proceso sobre la misma cuestión. Seguidamente el recurrente hace alusión a la doctrina sentada por este Tribunal a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, respecto de la necesidad de respetar las garantías de inmediación y de contradicción también en la segunda instancia, cuando la Sentencia recurrida sea de naturaleza absolutoria y se proceda a su sustitución por una Sentencia condenatoria. Según la demanda «se ha procedido a condenar en dicha segunda instancia, modificando los hechos probados de la Sentencia absolutoria, sobre la base de un debate centrado en la acreditación de unos elementos (fundamentalmente el carácter de funcionario público de mi representado y la inexistencia de la prescripción delictiva) sobre los que se asentó el fallo absolutorio de la Audiencia Provincial de Málaga». Tal resultado violaría además «la doctrina ampliamente asentada en base a la cual el Tribunal Supremo no puede valorar de nuevo los hechos enjuiciados, salvo cuando se trate de error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 849-2 LECrim)».

Como segundo motivo se invoca en la demanda la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), en base al nombramiento como Fiscal General del Estado el día 24 de abril de 2004 del Excmo. Sr. don Cándido Conde Pumpido, persona que había sido designada como Ponente de la Sentencia de casación. En este sentido se argumenta que la vista oral tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2003, dictándose la Sentencia con fecha 22 de abril de 2004, después de varias prórrogas, «dado el volumen y complejidad de la causa», por treinta días (de 29 de noviembre de 2003, 10 de enero, 13 de febrero y 26 de marzo de 2004); no obstante se notificó a las partes el día 4 de junio del mismo año, sin haberse explicado convenientemente las razones de tal demora, máxime cuando el art. 160 LECrim establece que las Sentencias definitivas se notificarán el mismo día en que se firman o a lo más al día siguiente. De lo anterior parece desprenderse que, si el nombramiento indicado del Ponente coincide con el dictado de la Sentencia casacional, y si al mismo no le ha sido prorrogada su jurisdicción, ha de procederse a declarar la nulidad de dicha resolución judicial, al poderse haber dictado por una persona que ya no revestía la condición de Magistrado. Tales circunstancias, junto al dato de que la Sentencia recaída asume la tesis del Ministerio Fiscal, hace surgir serias dudas acerca de la imparcialidad del Juzgador, aunque se carezca de motivo alguno fundado en una causa de recusación tasada legalmente.

En tercer lugar se aduce la lesión del principio acusatorio (art. 24.2 CE) al haber sido condenado el demandante por el Tribunal Supremo por los tipos penales de cohecho y fraude en base a unas circunstancias de las que no ha tenido conocimiento con la debida antelación y en el momento procesal oportuno. La alteración sobrevenida en dicha resolución judicial de los hechos y de las imputaciones subsiguientes le ha provocado una suerte de indefensión, al no haber podido articular convenientemente su estrategia defensiva. En particular el órgano de casación, en contra del criterio de la Audiencia Nacional, que había limitado la imputación del recurrente hasta el día 4 de agosto de 1989 (fecha en que se produce la elevación a público de los acuerdos de venta de Intelhorce), extiende su participación a actos posteriores, «pues además de la inicial obtención de la empresa en la escritura de venta, el engaño se prolongó mediante una serie de maniobras posteriores para ir obteniendo la disponibilidad de la totalidad de los fondos cuya entrega se encontraba condicionada». No obstante estos aspectos no fueron planteados convenientemente en el plenario ni fueron acogidos por la acusación en sus conclusiones definitivas, lesionándose así, no sólo el principio acusatorio, sino también su derecho de defensa. Tal tacha constitucional tiene su origen en el recurso de casación formulado por el Fiscal, pues el órgano de casación se limitó a acoger sus argumentos.

Como cuarto motivo se invoca la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haberse limitado el órgano de casación a contestar a los motivos articulados por el Ministerio Fiscal en su recurso, sin dar cumplida respuesta a las alegaciones planteadas por el recurrente en su escrito de impugnación. Además la Sentencia dictada adolece de la necesaria motivación, por lo que no se puede saber cuál ha sido el proceso argumental seguido por el Tribunal para llegar al pronunciamiento condenatorio respecto del recurrente. Este deber de motivación del órgano judicial tiene como objeto que el ciudadano sepa que la solución dada al caso es consecuencia de una interpretación del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad, estando especialmente acentuado en el presente caso, en que se ha sustituido una Sentencia absolutoria por otra de signo condenatorio. Entre estas alegaciones se encontraba, en primer lugar, que el Auto de 29 de febrero de 2000, dictado por la Audiencia Provincial de Málaga en trámite de cuestiones previas al juicio oral, resolvió que la entidad Improasa, de la que el recurrente era presidente, estaba configurada como una sociedad anónima, sin que pudiera afirmarse que sus servicios fueran de exclusivo interés general. Por otra parte el ahora recurrente no estaba revestido de la condición de funcionario público, por lo que no pudo cometer los delitos de fraude y cohecho imputados por el Ministerio Fiscal. Dicha resolución judicial no fue impugnada por el Ministerio Fiscal cuando fue notificada, no alegándose nada contra la misma en el trámite de conclusiones definitivas. Por su parte la Audiencia Provincial ratificó estas valoraciones en la Sentencia dictada, afirmando que esta entidad no dejaba de ejercer las mismas funciones de mediación que cualquier empresa del mismo ramo, no siendo posible así afirmar que participara en el ejercicio de funciones públicas. En segundo lugar, tal como reconoció la Sentencia de instancia, el comportamiento fraudulento atribuido al recurrente concluyó el 4 de agosto de 1989, fecha en que se procede a la venta de Intelhorce por parte del Estado, no pudiendo establecerse ninguna relación de continuidad entre éste y los hechos realizados por los restantes acusados con posterioridad, dirigidos a obtener la disponibilidad del total de los fondos sucesivamente entregados por la Administración del Estado para el saneamiento de la empresa. La conducta del recurrente en esta segunda fase, como reconoce la Audiencia Provincial, fue «puntual e inocua», sin perjuicio de que, además,

la posterior utilización del dinero ya obtenido en el referido acto de disposición, aunque estuviese sometido a un calendario de disposiciones, formaba parte de la fase de agotamiento del delito. También es arbitrario el grado de participación que se atribuye al recurrente, que el Tribunal Supremo delimita como «coautor por omisión de la totalidad del fraude», como se deduce de la escasa remuneración que percibió por sus servicios (cerca de 40 millones de pesetas), y además la conducta que se le imputa, al ocultar determinados datos de que tenía conocimiento a la Administración, no se encuentra acogida propiamente en el tipo penal que se le ha aplicado (fraude de art. 403 del Código penal de 1973). En tercer lugar, tampoco se había ponderado por el Tribunal Supremo su argumentación respecto de la prescripción de los delitos de fraude y cohecho por los que había sido condenado. Así, por lo que se refiere al fraude, al haberse consumado cuando se realiza la escritura pública de compraventa el 4 de agosto de 1989, había prescrito, en la línea de lo sostenido por la Sentencia de instancia, en agosto de 1994, al haber transcurrido ya los cinco años previstos legalmente, por cuanto la querrela que dio lugar a las diligencias previas se interpuso el 11 de noviembre de 1994, dirigiéndose el procedimiento contra el recurrente y demás acusados a partir de Auto del Juzgado de 25 de noviembre del mismo año. Respecto del delito de cohecho se discrepa también en la demanda de la tesis mantenida por el Tribunal Supremo al fijar el momento consumativo cuando recibió la última entrega de la cantidad ofrecida, replicando que dicha consumación se habría producido ya en el momento de la aceptación por su parte de la entrega de dicha cantidad, lo que conduciría a estimar también producida la prescripción, porque tal momento habría tenido lugar lógicamente con anterioridad a la fecha de 4 de agosto de 1989 en que se materializó el citado contrato de compraventa.

Finalmente el recurrente manifiesta que se ha infringido el principio de «cosa juzgada», en relación con el principio *non bis in idem* (reconocido en el art. 25.1 CE), por haber recaído con anterioridad al proceso que culminó en su condena una resolución de otro órgano judicial por el que se acordaba el archivo de las actuaciones. Así, con fecha 10 de octubre de 1991, el Secretario Provincial del sindicato CC.OO. presentó una denuncia por los mismos hechos contra el ahora recurrente y otros, que dio lugar a un «auto de archivo» por parte del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Málaga el 18 de octubre de 1991, al entender que «los hechos denunciados no revestían la consideración de ilícito penal alguno y que todo lo más pudiésemos estar ante unos hechos que debieran depurarse ante la Jurisdicción administrativa». Tal pronunciamiento del órgano judicial ha de entenderse como una declaración de sobreseimiento libre, aun cuando no se utilice expresamente este término, teniendo una vez firme la autoridad de «cosa juzgada», lo que ha de impedir la apertura de un nuevo proceso contra la misma persona en función de unos mismos hechos, aun cuando posteriormente se hayan revelado nuevos datos que no constaban en la denuncia inicial. Esta alegación se hizo ante el Juez de Instrucción núm. 11 de Málaga, que luego conoció del presente procedimiento, así como ante la Audiencia Provincial, sin resultado alguno, al entender estos órganos judiciales que la resolución cuestionada tenía un carácter meramente «provisional», que por ello no impedía la reapertura del proceso. El Tribunal Supremo, por su parte, confirmó esta valoración en su Sentencia, justificando tal conclusión en la doctrina de dicho Tribunal sobre que los autos de archivo dictados en las diligencias previas del procedimiento abreviado «no son equiparables a los autos de sobreseimiento libre a los efectos de apreciar la excepción de cosa juzgada, dado su carácter preliminar o interino». No obstante esta afirmación, el sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta de tipicidad del hecho, habiendo afirmado este Tribunal Constitu-

cional que en estos casos «el archivo dictado por el Juez, si estimare que el hecho no es constitutivo de delito, debe considerarse un sobreseimiento libre» (ATC 246/1992, de 25 de agosto). Por ello debió haberse impedido la incoación de un segundo procedimiento por los mismos hechos, al existir una resolución judicial previa con efectos de cosa juzgada, ya que cuando el Estado a través de uno de sus órganos jurisdiccionales ha declarado la inexistencia de unos hechos no cabe que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca esta declaración. Admitir lo contrario afectaría además al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y también al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El órgano de casación añadió que además no concurría en dicha resolución provisoria de archivo «la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento» que constituye el presupuesto material de aplicación del principio *non bis in idem*, pues la denuncia formulada por CC.OO. se refiere a «unos hechos descritos en términos tan vagos y genéricos que no pueden equipararse, en absoluto, a los hechos posteriormente descubiertos, juzgados y sancionados». No obstante la identidad objetiva se produce en el presente caso, bien entendido que este juicio comparativo ha de atender únicamente a los elementos esenciales y no a los accesorios o circunstanciales. Además la falta de actividad del Juzgado de Instrucción en la actividad investigadora no puede imputarse al ciudadano, «si queremos movernos en el contexto de lo que es un verdadero Estado democrático y de Derecho» (art. 1.1 CE), donde el descubrimiento de la verdad, que es la pretensión del proceso penal, tiene unos límites y ha de alcanzarse a través de los procedimientos legales, respetándose el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene todo acusado.

4. Por diligencia de ordenación, de 15 de julio de 2004, de la Sección Tercera de este Tribunal se acordó conceder al recurrente, de conformidad con lo previsto en el art. 50.5 LOTC, un plazo de diez días para que procediera a la subsanación de una serie de defectos observados en su demanda, requiriéndole en particular que aportara al presente proceso constitucional copia de las resoluciones judiciales de las que trae causa el mismo y del escrito de impugnación al recurso formulado por Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 17 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Málaga.

5. Cumplimentada tal solicitud, por providencia de 26 de mayo de 2005, la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional decidió, conforme lo previsto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio público un plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

El 14 de junio de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Díaz Solano, en nombre del recurrente, por el que de manera resumida se reiteraba el contenido de su demanda de amparo, insistiendo en los fundamentos de impugnación antes expuestos. El Fiscal presentó al día siguiente su escrito evacuando el trámite conferido, en el que concluía que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 86.1 y 80 LOTC, procedía la inadmisión de la demanda por falta de contenido constitucional y por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

6. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 18 de octubre de 2005, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga y a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para la remisión de certificación o copia adverbada de las actua-

ciones (rollo de Sala núm. 366-1997, dimanante de las diligencias previas núm. 5384-1997 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga, y actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 2074-2001). También se interesaba de la Sala se procediera a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte demandante, para que, si lo desearan, pudieran comparecer, en el plazo de diez días, en el presente recurso de amparo.

Recibido oficio con entrada en el Registro General de este Tribunal el día 9 de mayo de 2006, en el que se ponía de manifiesto por la Audiencia Provincial la dificultad que existía para remitir testimonio íntegro de las actuaciones correspondientes al expresado rollo, dada su complejidad, por providencia de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2006 se acordó estar a los emplazamientos acordados en la providencia anterior, sin perjuicio de que, en su caso, se pudieran solicitar los particulares que se estimaran pertinentes.

7. La Sala Segunda de este Tribunal, también por providencia de 18 de octubre de 2005, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, conforme a lo solicitado por el recurrente por otrosí en su escrito de demanda y en escrito posterior de 30 de julio de 2004, y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones pertinentes sobre la suspensión solicitada.

Presentadas dichas alegaciones, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional por Auto de 20 de diciembre de 2005, acordó, conforme a lo solicitado por el Fiscal, denegar la suspensión de las penas interesada. Respecto de la pena privativa de libertad impuesta, porque, a la vista de su extensa duración (nueve años y dos meses) y de la notable trascendencia de los hechos que motivaron la condena, su suspensión supondría una grave perturbación del interés público en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. También se denegaba la suspensión de la ejecución de la pena de inhabilitación impuesta, dada su naturaleza de pena accesoria que ha de seguir la suerte de la pena principal, y de la pena de multa y de la indemnización en concepto de responsabilidad civil, al existir la posibilidad de restitución íntegra de las cantidades abonadas en caso de una eventual concesión del amparo.

Por la representación del recurrente se interpuso recurso de súplica contra la resolución anterior, siendo desestimado el mismo por Auto de 27 de marzo de 2006 de la indicada Sala Segunda.

8. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 2006, se tuvieron por personados y partes en el presente proceso constitucional a los procuradores don Emilio Álvarez Zancada, don Jesús Iglesias Pérez y doña Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación, respectivamente, de don Abel Arribas Fernández, don Jorge Bardeau Salm y don Alvaro Miguel García Lavine, así como también al Abogado del Estado. En la misma diligencia se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

9. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el día 12 de septiembre de 2006. En ellas afirma que las referencias que hace el recurrente sobre la doble instancia, en particular la conclusión que propugna sobre la eliminación de la casación en las Sentencias absolutorias, se opondrían al principio de igualdad de las partes en el proceso, así como a la función constitucional del Tribunal Supremo como ins-

trumento de unificación jurisprudencial. Por otra parte la cuestión suscitada sobre la imposibilidad de recurrir su condena ya habría sido abordada por este Tribunal, en particular en la STC 296/2005, donde se afirma, por referencia a una Sentencia dictada por un Tribunal de apelación tras el recurso del Fiscal, que «ninguna vulneración comporta *per se* un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena que podría no tener fin». Tampoco se habrían vulnerado por el órgano de casación las garantías derivadas de la inmediación y contradicción, porque éste se habría limitado a una estricta operación de calificación jurídica. En segundo lugar, no se justifican debidamente los presupuestos de los que debería inferirse la falta de imparcialidad del Juzgador. En este sentido las circunstancias que se exponen en la demanda (retraso en la emisión de la Sentencia o en su notificación) no son suficientes para llegar a esta conclusión, tratándose de «puras insinuaciones o sugerencias» carentes de todo contenido. Respecto al tercer motivo de impugnación, referente a la vulneración del principio acusatorio, afirma que no se habría producido, pues la Sentencia de casación no se basa en hechos distintos a los declarados probados en la Sentencia de instancia. Tan sólo ha concurrido una diversa valoración jurídica de unos mismos hechos por parte de cada uno de los órganos judiciales intervinientes, manteniendo estos opiniones opuestas sobre la condición o no de funcionario público del recurrente y el sistema de cómputo para la prescripción del delito. Sentada la condición funcional del mismo, como presidente de la entidad Improasa, es clara la concurrencia de los elementos integrantes de los tipos penales de fraude y cohecho por los que ha sido condenado, deduciendo también el Tribunal Supremo el carácter continuado de la infracción de la propia Sentencia de instancia. Tampoco se observa el déficit de motivación atribuible a la Sentencia de casación, utilizando el demandante este motivo para reproducir una vez más su discrepancia sobre la cuestión de fondo resuelta por el Tribunal Supremo sobre la calificación de los hechos y el consiguiente cómputo de la prescripción. Finalmente, los argumentos sobre la infracción de la «cosa juzgada», en su proyección *non bis in idem*, carecen del necesario contenido constitucional, pues la Audiencia Provincial razona con notable extensión porque el archivo recaído no equivale sin más a un sobreseimiento, «sobre todo sin que la materia procesal hubiera tenido un mínimo desarrollo», y el Tribunal Supremo aborda igualmente la cuestión, resaltando la reiterada jurisprudencia sobre la falta de equiparación posible entre los autos de archivo dictados en procedimientos abreviados y los autos de sobreseimiento libre o las Sentencias absolutorias. Además las identidades inherentes a la «cosa juzgada» tampoco se demuestran por el recurrente, pareciendo sugerir que basta la identidad subjetiva para que se produzca este resultado.

10. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 26 de septiembre de 2006, interesó la desestimación de la demanda de amparo, dando por reproducidas las alegaciones que hizo en escrito anterior de 14 de junio de 2005. En estas entiende que la queja del recurrente expuesta en primer lugar no puede acogerse, pues se construye cuestionando el sistema de recursos establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal y desconociendo la Jurisprudencia de este Tribunal Constitucional referida a la acomodación al derecho al recurso en materia penal de la condena pronunciada en segunda instancia tras un recurso en el que el condenado ha gozado de todas las garantías (cita al efecto el ATC 306/1999, de 13 de diciembre). Respecto a la lesión de la garantía de inmediación, el órgano de casación no habría modificado el *factum* tras una nueva valoración de pruebas personales, limitándose

a revocar la Sentencia de instancia en base a criterios jurídicos, lo que sería también acorde con la doctrina de este Tribunal. La vulneración del derecho el Juez ordinario predeterminado por la Ley, no se habría producido, pues la Sentencia de casación aparece dictada y firmada por la totalidad de los integrantes del Tribunal con anterioridad a que se produjese el cese del Magistrado ponente por haber sido nombrado Fiscal General del Estado, apareciendo además «huérfana de toda probanza» la denuncia sobre la supuesta falta de imparcialidad por parte del referido Magistrado. En relación a la quiebra del principio acusatorio sostiene el Fiscal que concurre la causa de inadmisibilidad de la demanda prevista en el art. 44.1 c) LOTC, pues el recurrente se abstuvo de formular dicha queja en su impugnación al recurso de casación formulado por el Ministerio público, circunscribiéndose a sostener la improsperabilidad del mismo por no haber recurrido temporáneamente el auto que resolvió las cuestiones previas o a discrepar con la calificación jurídica por él realizada, tanto en lo relativo a su condición de funcionario público como respecto a la naturaleza jurídica de los hechos o su prescripción. En todo caso no se habría originado dicho defecto, pues la Sentencia cuestionada acogió los argumentos contenidos en el recurso de casación del Fiscal, teniendo la parte la oportunidad de impugnarlos convenientemente, sin que por lo demás pueda hablarse de modificación fáctica alguna, pues los aspectos controvertidos eran estrictamente jurídicos. Respecto a la incongruencia omisiva que se invoca, sin perjuicio de que tampoco se observa que el recurrente hubiera interpuesto el pertinente incidente de nulidad de actuaciones para subsanar tal tacha constitucional, resulta incontestable que el órgano de casación ha procedido a una desestimación tácita de todas y cada una de las alegaciones del demandante. Además la Sentencia dictada conforma una resolución judicial motivada, con un razonamiento congruente fundado en derecho, por lo que no cabe hablar de arbitrariedad ni de irrazonabilidad, al contener una motivación que, partiendo de los hechos acreditados, analiza su calificación jurídica descartando las conclusiones a que había llegado la resolución de instancia, dando por ello plena satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante. En relación al último motivo, sobre violación del principio *non bis in idem* en su dimensión procesal, circunscribe el Fiscal la cuestión planteada a analizar si se ha iniciado un nuevo procedimiento sancionador por unos mismos hechos enjuiciados en otra causa que ha concluido con una resolución con efectos de «cosa juzgada». Así se debe examinar, en primer lugar, si existe la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre ambos procedimientos judiciales, observándose que la Sentencia impugnada niega que exista tal identidad al no contener la denuncia original la totalidad de los hechos que luego fueron descubiertos. Por lo demás dicha resolución judicial negó también que el previo proceso hubiera concluido con un pronunciamiento que produjese el efecto de «cosa juzgada», al tener el Auto dictado el carácter de un sobreseimiento provisional, lo que se razonó extensamente por la Sala en base a la regulación procesal entonces en vigor, sin que las discrepancias del ahora recurrente sobre una ulterior reforma de la normativa legal sirvan para desvirtuar la razonabilidad de la decisión adoptada.

11. La representación de don Abel Arribas Fernández presentó sus alegaciones por escrito también registrado con fecha 26 de septiembre de 2006, empezando por adherirse en su integridad a los razonamientos expuestos por el recurrente respecto a la doble instancia penal. En relación a la falta de imparcialidad del órgano judicial, subraya que la vista del recurso de casación tuvo lugar el 18 de noviembre de 2003, celebrándose en una única sesión. Después de varias prórrogas para dictar Senten-

cia, ésta (que lleva fecha de 22 de abril de 2004) es notificada a las partes el 4 de junio de 2004. Previamente se había difundido en los medios de comunicación el día 21 de abril de 2004 la noticia del nombramiento del Ponente de la causa, Excmo. Sr. Cándido Conde Pumpido, como Fiscal General del Estado, lo que así ocurrió en el Consejo de Ministros del día 23 de mismo mes. Así las cosas puede pensarse que buena parte de la Sentencia fue redactada con posterioridad a dicho nombramiento, pues de lo contrario se habría notificado en fechas próximas al 22 de abril, y en todo caso la independencia o imparcialidad del Magistrado se habría visto comprometida desde el mismo momento en que se anuncia a la prensa que sería nombrado Fiscal General del Estado. También se ratifica por esta parte la fundamentación jurídica efectuada por el recurrente respecto a la lesión del principio acusatorio, de la tutela judicial efectiva (por deficiente motivación de la Sentencia impugnada) y de principio *non bis in idem*, añadiendo en su escrito de alegaciones la incidencia que tales supuestas vulneraciones constitucionales le habrían originado, al ser también condenado en la presente causa, cuestión que ya articuló en su demanda de amparo formulada ante este Tribunal (núm. 4307-2004), que fue inadmitida por la Sección Tercera de este Tribunal.

Por otra parte la representación de don Álvaro Miguel García Lavigne presentó su escrito de alegaciones con fecha 27 de septiembre de 2006, adhiriéndose también a los motivos de impugnación expuestos por el demandante. Igual que en el caso anterior reproduce, por lo que afecta a su caso concreto, la argumentación que ya hizo en su demanda anterior (núm. 4307-2004), también inadmitida por la misma Sección.

Finalmente, la representación de Jorge Bardeau Salm presenta sus alegaciones el 29 de septiembre de 2006, adhiriéndose íntegramente a las efectuadas por el demandante de amparo.

12. Por providencia de 22 de mayo se señaló para la deliberación y fallo el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La parte recurrente solicita la anulación de la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004, que resolvió el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de abril de 2001, recaída en el procedimiento abreviado núm. 5384-1994 proveniente del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, la Audiencia Provincial declaró la absolución del recurrente respecto de todas las imputaciones contra él formuladas durante la sustanciación de la referida causa, procediendo no obstante el Tribunal Supremo a condenarle, luego del recurso de casación formulado por el Fiscal, como autor de un delito de cohecho y otro continuado de fraude, a las penas de cuatro años y dos meses y de cinco años de prisión menor, respectivamente, además de la multa, accesorias e indemnización civil correspondiente.

El demandante de amparo estima que dicha resolución condenatoria ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 24.2 CE), al no tener posibilidad de articular un recurso contra la misma, y plantea la cuestión de la doble instancia en materia penal y no haberse respetado por el órgano de casación las garantías de inmediación y contradicción (tal como exige la STC 167/2002 y siguientes) al modificar en sentido condenatorio el pronunciamiento absolutorio del Tribunal de instancia. También se habría lesionado en su criterio el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y al Juez imparcial (art. 24.2 CE), con base en el nombramiento sobrevenido como Fiscal General del Estado

de la persona que había sido designada como Ponente de la causa, Excmo. Sr. don Cándido Conde Pumpido, así como el principio acusatorio (art. 24.2 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber sido condenado en casación por hechos distintos de los declarados probados en la Sentencia de instancia y porque la Sentencia dictada en dicho recurso carece de la preceptiva motivación y no da cumplida respuesta a todas las alegaciones planteadas. Finalmente se habría producido una vulneración de la legalidad penal por infracción del principio *non bis in idem* (art. 25.1 CE), al existir, con anterioridad al inicio del procedimiento que concluyó en su condena, una resolución del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Málaga, por la que se archivaban las actuaciones al entender que los hechos denunciados no eran constitutivos de infracción penal.

El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, personados en el presente proceso constitucional, no comparten estas conclusiones y solicitan ambos la desestimación de la demanda presentada. Se adhieren a ésta, y a la fundamentación jurídica en que se apoya, las representaciones procesales de don Abel Arribas Fernández, don Álvaro Miguel García Lavigne y don Jorge Bardeau Salm, e interesan, además, la extensión de los efectos de la Sentencia estimatoria en su beneficio al haber sido también condenados a resultados del procedimiento penal de referencia.

2. Delimitado en los términos expuestos el presente el proceso de amparo, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar, en virtud del diferente efecto y alcance que tendría la eventual estimación de las vulneraciones constitucionales aducidas, por la denunciada lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y al Juez imparcial, dado que, como consecuencia de su supuesta estimación, resultaría innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las otras lesiones alegadas hasta tanto no hubiera obtenido el recurrente una resolución dictada por un Tribunal imparcial (por todas, STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 1).

Respecto a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, con apoyo en la circunstancia de que el Ponente de la Sentencia de casación fue nombrado Fiscal General del Estado, conviene recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, que este derecho constitucional, reconocido en el art. 24.2 CE, exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4). Exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (AATC 42/1996, de 14 de febrero, FJ 2, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 4). De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta –y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2).

Con esta perspectiva es incuestionable que el Excmo. Sr. Conde Pumpido cumplía con los requisitos del derecho constitucional invocado al estar previamente determinado por la Ley e investido de jurisdicción y competencia como integrante, junto con otros cuatro Magistrados, de

la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que debía de resolver el recurso de casación interpuesto, y al haber sido designado Ponente del mismo por providencia de 20 de junio de 2001, que fue debidamente notificada a las partes, entre éstas al ahora demandante en amparo, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 203.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), extremos que constan en el testimonio del rollo de casación unido al presente proceso constitucional. Por otra parte, este Magistrado seguía formando parte de la Sala sentenciadora en la fecha en que fue dictada y firmada la Sentencia en cuestión, ya que, como se deduce de la propia demanda, este nombramiento del Ponente como Fiscal General del Estado ocurrió con posterioridad, es decir el día 24 de abril de 2004, tratándose de una mera sugerencia sin soporte probatorio alguno la alegación que hace el recurrente de que este trámite procesal pudiera haberse producido con posterioridad a dicho nombramiento, máxime cuando dicho trámite no dependía sólo del Ponente designado, sino de todos los integrantes de la Sala. Por otra parte carecen también de relevancia con nuestra perspectiva constitucional las manifestaciones que vierte el recurrente, al desarrollar este motivo del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, sobre que el Tribunal ha incumplido el plazo previsto legalmente para dictar la Sentencia resolutoria del recurso de casación (art. 899 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim), así como respecto al plazo para proceder a su notificación una vez firmada (art. 160 LECrim), por cuanto, sin perjuicio de que la propia Sala parece justificar estos retrasos en «el volumen y gran complejidad de la causa», es doctrina conocida de este Tribunal que no toda infracción de las normas procesales adquiere por sí sola relieve desde la perspectiva constitucional y que es preciso para ello acreditar la existencia de «un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impide defender sus derechos e intereses» (STC 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4, entre otras), lo que no se ha producido en el presente caso.

3. Por lo que se refiere al motivo invocado por el recurrente sobre la lesión de su derecho a un Juez imparcial, como integrante del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), es necesario subrayar que, según doctrina de este Tribunal, la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de

presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas. En distinto plano hemos afirmado también que, en razón a la subsidiariedad del recurso de amparo, no puede alegarse en esta vía la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haberse planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó (SSTC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 28/2007, de 12 de febrero, FJ 3).

A la luz de la anterior doctrina se aprecia, en primer lugar, que el recurrente no invocó en el proceso judicial la supuesta lesión de este derecho fundamental en el momento en que tuvo conocimiento de su posible existencia y esperó a cuestionar la independencia del Magistrado con ocasión de articular su recurso de amparo ante este Tribunal contra la Sentencia condenatoria del órgano de casación. No obstante es de destacar que tuvo ocasión de recusar al Magistrado que consideraba carente de imparcialidad, con fundamento en su nombramiento sobrevenido como Fiscal General del Estado el día 24 de abril de 2004, a partir del mismo momento en que éste se produjo, porque es evidente que tuvo conocimiento de tal circunstancia, no sólo porque se publicó el nombramiento en el «Boletín Oficial del Estado», sino también porque, como reconoce don Abel Arribas Fernández en su escrito de alegaciones, éste se había difundido previamente en los medios de comunicación. No lo hizo así, y esperó a que le fuera notificada la Sentencia con fecha 4 de junio de 2004, con lo que incurrió en la causa de inadmisión de falta de un correcto agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] y, en consecuencia, también de falta de invocación temprana en la vía judicial del derecho constitucional que se dice vulnerado [art. 44.1 c) LOTC]. No hay que olvidar, como decíamos en la STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4, que la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. Hay que tener en cuenta que las garantías establecidas en el art. 24 CE son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada –la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar–, resultarían lesionados los derechos de las demás partes que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se verían privadas de ella por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación de la causa y que no fue alegada hasta conocerse el resultado de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, la circunstancia del inminente nombramiento como Fiscal General del Estado del Magistrado que había sido designado Ponente del recurso de casación no tiene acogida entre las causas de abstención y recusación previstas en el art. 219 LOPJ, como se reconoce por el mismo recurrente en su demanda de amparo. Ha de destacarse, por el contrario, que este precepto considera como relevante el dato del nombramiento de una persona para un cargo público, pero circunscribiendo éste a que tal designación hubiera tenido lugar con anterioridad al desempeño de la actividad jurisdiccional (causas 13 y 16), porque es entonces cuando tal contingencia podría afectar en ciertos casos a su debida imparcialidad. El hecho de que el Ponente de la causa tuviera la expectativa de ser nombrado para dicho cargo no tiene la suficiente entidad o consistencia como para entender que su convicción estuvo mediatizada por prejuicios o tomas de partido previos a favor de la tesis de

una de las partes, en este caso de la acusación, como sugiere el recurrente, y menos aún si no se aporta en la demanda ningún dato o indicio complementario. Esta previsión de futuro no es suficiente por sí misma, o por lo menos no ha sido así demostrado en la demanda, para concluir que hubiera podido tener una influencia en la persona del Juez para desviar la objetividad de su juicio, por lo que las afirmaciones que vierte el recurrente son puramente gratuitas y se reducen a una mera invocación abstracta o genérica, insuficiente para fundamentar una pretensión de amparo, máxime cuando se refieren a la actividad de un Magistrado profesional llamado a decidir colegiadamente y rodeado de todas las garantías del Poder Judicial, entre las que cabe reseñar su independencia y su sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). Por otra parte el demandante pretende deducir la supuesta falta de imparcialidad del Magistrado de la práctica coincidencia temporal entre el dictado de la Sentencia casacional (22 de abril de 2004) y su nombramiento para el cargo (24 de abril de 2004), cuando el presente caso reviste algunas peculiaridades al referirse a un órgano colegiado. Así hemos dicho en la STC 140/2004, de 13 de septiembre, luego de reseñar las sucesivas fases que integran la formación de las Sentencias en tales órganos (arts. 249 y ss. LOPJ), que «es obvio que la Sentencia firmada ha de ser fiel al fruto de las deliberaciones y a la votación, y, en ese sentido, puede compartirse la afirmación del Ministerio Fiscal de que es más importante en el *iter* formativo de la Sentencia ese momento que el de la redacción y firma» (FJ 6). En el presente caso, aunque no se hace constar ningún dato sobre este extremo en el rollo de casación aportado, no cabe duda de que esta fase de deliberación y votación se encuentra más alejada en el tiempo de la fecha del nombramiento recaído, y de que debe considerarse la complejidad de la causa y la dificultad existente a la hora de proceder a la redacción de la correspondiente Sentencia, por lo que el argumento del recurrente sobre la indicada coincidencia pierde además la intensidad que éste pretende otorgarle. Por los argumentos expuestos, y porque en definitiva el canon de enjuiciamiento de las dudas alegadas en la demanda ha de ser especialmente riguroso cuando se susciten apoyadas en circunstancias sobrevenidas en el proceso (pues «apartar a un Juez ya determinado por circunstancias sobrevenidas a la asignación el caso, quebrando así la previsión legal inicial, exige fundadas razones que eliminen cualquier posibilidad de utilizar interesadamente este mecanismo de garantía para seleccionar o separar al Juez tomando como base la preferencia o rechazo del justiciable hacia sus cualidades personales»: STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), no cabe sino concluir que la denunciada vulneración de la imparcialidad judicial carece de toda relevancia constitucional al no estar en modo alguno justificada.

4. Apartada así la pretendida vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y al Juez imparcial, ha de partirse ahora de que el recurrente desarrolla una impugnación de la actual regulación del sistema casacional español y de la legitimación específica prevista para interponer este recurso (art. 854 LECrim), al efecto de concluir que ha carecido de la posibilidad de recurrir la Sentencia que le condenaba, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra la Sentencia inicialmente absolutoria. Considera que tal circunstancia ha producido la lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que ha de incluirse, por la incidencia que en la interpretación del art. 24.2 CE tiene el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), la de toda persona declarada culpable de un delito de someter a revisión el fallo condenatorio y la pena impuesta.

Con esta perspectiva conviene empezar afirmando que, en efecto, el mandato del citado art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la existencia de un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, entre otras). No obstante, aunque dicho mandato se ha incorporado a nuestro Derecho interno a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2). En su virtud, reconociéndose la libre capacidad normativa de que dispone el legislador para la configuración de estos recursos, hemos ido delimitando un cuerpo de doctrina, fundamentalmente a partir de la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, que determina que «existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» (en el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).

Entrando ya en el supuesto a que se refiere la demanda, también ha tenido oportunidad este Tribunal de afirmar (así en la STC 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3) que «la ausencia de un instrumento de revisión de la Sentencia condenatoria en apelación [ahora, en casación], no supone la ausencia de una garantía procesal de rango constitucional. No forma parte esencial de la que incorpora el art. 14.5 PIDCP como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un Tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias». Con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, elegida ahora por el recurrente, conviene resaltar que ya el ATC 318/1995, de 22 de noviembre, FJ 2, afirmó que «desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando, como en el caso de autos, las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos

órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podría hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo, por lo que no existe razón para que la condena en segunda instancia tenga que abrir un nuevo ciclo de justicia ordinaria» (en el mismo sentido ATC 306/1999, de 13 de diciembre, FJ 5, citado por el Fiscal en su escrito de alegaciones). Con tal perspectiva, este Tribunal también ha afirmado que «ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin» (por todas, STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 8). Toda esta doctrina es coherente, además, con la previsión del art. 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, firmado y pendiente de ratificación por España, que considera que el derecho a que la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior podrá ser exceptuado, entre otros casos, para quien haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución. Si bien este Tribunal ha interpretado que tal posibilidad no debe entenderse en rigor como una excepción al derecho de acceso al recurso en materia penal que proclama el art. 14.5 PIDCP, sino más bien como una delimitación de su contenido esencial, siendo necesario resaltar para una mejor comprensión de nuestra doctrina al respecto que los instrumentos procesales que abundan en las garantías de defensa de las partes y en las de acierto judicial, como es la previsión de nuevos recursos frente a decisiones previas, pueden colisionar con otros intereses de rango constitucional, como son la seguridad jurídica y la celeridad en la Administración de la Justicia, y pueden también perder parte de su virtualidad tutelar al separar excesivamente en el tiempo el juicio y el hecho enjuiciado (así, STC ya citada 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto podemos afirmar que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva aducidas por el recurrente, ya que ha dispuesto para el enjuiciamiento de su causa de dos instancias, donde ha podido contradecir los argumentos de las demás partes con plenitud de armas procesales, en particular los del Fiscal, con ocasión de su escrito de impugnación al recurso de casación presentado contra la inicial Sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, no apreciándose así atisbo de indefensión alguna con relevancia constitucional, máxime cuando además se observa en el testimonio del rollo de casación recibido en este Tribunal que en este caso se celebró vista oral del recurso el día 18 de noviembre de 2003, momento en el que la representación del demandante de amparo pudo ejercer su derecho de defensa contradictoria ante al órgano judicial del que emanaría la Sentencia condenatoria.

5. Respecto de la infracción también del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al no haberse respetado los principios de inmediación y contradicción por la Sentencia dictada en casación a la hora de valorar la prueba, conviene empezar afirmando que, en efecto, desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, hemos reconocido límites constitucionales a la posibilidad de revisión fáctica de las Sentencias absolutorias. Tales límites derivan de la exigencia de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas. No obstante, como hemos afirmado recientemente en la STC 328/2006, de 20 de noviembre (FJ 4), tales «límites son aplicables al juicio de apelación penal en tanto que su configuración legal –art. 795 LECrim– atribuye plena jurisdicción al Tribunal *ad quem*, con la posibilidad de revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez *a quo* y de modificar los

hechos probados». En estos casos el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (por todas, STC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2). Dicho lo anterior también es verdad que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que sólo permita revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim, tal como se afirma en la demanda, ya que, como recordábamos en la también reciente STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3, en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación podía interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del art. 24.2 CE (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle, tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. Así hemos dicho que, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente «tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo “la revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).

Ahora bien, en el presente caso el Tribunal Supremo ha respetado los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, tal como afirma en su Sentencia de 22 de abril de 2004, y no ha efectuado una ponderación distinta de los diversos elementos probatorios existentes. Así, el órgano de casación, en respuesta al recurso interpuesto por el Fiscal por infracción de Ley, se limita en los fundamentos jurídicos 13 a 19 de su Sentencia a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados por éste. Esta discrepancia respecto del Tribunal *a quo* se circunscribe, en primer lugar, a la conclusión de que el recurrente, como presidente de la sociedad estatal Improasa, estaba revestido de la condición de funcionario público a efectos penales (art. 24.2 del Código penal vigente), porque dicha empresa participaba en el ejercicio de funciones públicas (en particular «la privatización de Intelhorse»), habiendo sido designado para tal cargo por la Dirección General del Patrimonio. Sentada dicha condición de funcionario público, el Tribunal de casación aprecia la existencia de los elementos integradores de los tipos penales de fraude y cohecho al constar suficientemente en el relato fáctico de la Sentencia de instancia «cómo el acusado, abusando de su cargo contribuyó de modo eficiente al engaño, informando favorablemente la oferta y ocultando aquellos datos que resultaban perjudiciales para los adquirentes», así como también constaba debidamente «la percepción de la dádiva», ya que «se le ofrecieron cincuenta millones de pesetas y se le pagaron, al menos, treinta y cinco». Por otra parte el órgano de casación discrepa del criterio de la Sala de instancia, al entender que la participación del acusado en la estafa había concluido con la firma de la escritura de venta de

Intelhorce el 4 de agosto de 1989, entendiendo, por el contrario, que esta colaboración se había prolongado durante todas las operaciones posteriores, que mantuvieron y reforzaron el engaño para lograr que la Administración autorizara la disposición de nuevos fondos hasta alcanzar el total de 5.689 millones de pesetas aportados por el Estado. Tal conclusión, que permite calificar el delito de fraude como continuado, la deduce la Sala de diversos datos objetivos que también «constan en el relato fáctico», como la circunstancia de que el acusado continuara «participando en reuniones y gestiones relacionadas con Intelhorce en los años 1990 y 1991», «sin que en momento alguno, pese a su especial responsabilidad en el tema y a la confianza en él depositada como garante de los servicios públicos, advirtiéndose de una trama engañosa que le era perfectamente conocida por su decisiva y lucrativa participación inicial en ella», observándose, además, cómo «continuó percibiendo parte de la dádiva incluso con posterioridad a la escritura de venta, como un cheque el 28 de noviembre de 1989». Finalmente el Tribunal Supremo entiende que dichos tipos penales no pueden entenderse prescritos, y efectúa el cómputo de los correspondientes plazos de prescripción conforme a la secuencia histórica de los hechos reflejada por la Audiencia Provincial en el *factum* de su resolución, cuestión ésta a que nos referimos más adelante al haber sido objeto de una queja autónoma.

En consecuencia, la decisión de condena acordada en casación no se sustenta en una alteración de los hechos declarados probados en la instancia, sino que se fundamenta exclusivamente en una distinta consideración jurídica sobre los extremos antes referenciados, a partir de unos datos objetivos que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de lógica y experiencia no dependientes de la intermediación, es perfectamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de las garantías constitucionales (STC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3), procediendo así el órgano de casación a una revisión del juicio de inferencia realizado por la Sala que puede ser corregido lícitamente a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim. Se trata, en definitiva, de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de casación y que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la intermediación (SSTC 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 75/2006, de 13 de marzo, FJ 6; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 3). Por otra parte hemos avalado en diversas ocasiones la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda revisar la calificación de los hechos, posibilidad que «se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida de que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación, en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del art. 902 LECrim, a cuyo tenor: si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley dictará a continuación, pero separadamente, la Sentencia que proceda conforme a derecho» (SSTC 183/2005, de 4 de julio, FJ 6; 26/2006, de 30 de enero, FJ 14).

6. En relación al motivo invocado en la demanda sobre la lesión del principio acusatorio (art. 24.2 CE) conviene recordar que este Tribunal ha señalado que, entre las garantías que incluye dicho principio, se encuentra la de que «nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse», habiendo precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse «únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*», sino también «la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate

contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3). En consecuencia el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre los cuales, por tanto, el acusado no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2; 183/2005, de 4 de julio, FJ 4). Además, este Tribunal ha afirmado que con la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que *de facto* no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas (por todas, STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por otra parte las exigencias del principio acusatorio, entre las que cabe incluir esta congruencia entre acusación y fallo, son de aplicación también en la segunda instancia (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2), aunque, en relación con el recurso de casación, no tengan que ser de aplicación de manera idéntica, porque «la estructura contradictoria en esta segunda instancia ya no es predicable de la relación entre quien ejerce una pretensión punitiva (acusación) y quien se defiende de ella (acusado) para que sea resuelta por un órgano judicial dentro de los límites en los que se establezca dicho debate; sino de la relación entre quien ejerce una pretensión de revisión de la legalidad de la resolución (recurrente) y los razonamientos de la resolución impugnada (resolución de primera instancia), para que sea resuelta por un órgano judicial superior dentro de los límites en que se establezca dicho debate» (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 9). Ello no impide que se aprecie la lesión constitucional alegada por el recurrente si con su actuación «el Tribunal de casación ha impedido de algún modo hacer efectivo su derecho de defensa contradictoria, al no haber tenido conocimiento de los términos de la acusación, o ha comprometido su imparcialidad judicial al asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas» (STC 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Con esta perspectiva, ningún reproche cabe efectuar al pronunciamiento condenatorio respecto del recurrente efectuado por el Tribunal Supremo por los delitos de cohecho y fraude, toda vez que los términos en que fue formulada desde el primer momento la acusación por el Ministerio Fiscal (tanto en sus conclusiones provisionales como definitivas) incluían los referidos tipos penales, por lo que aquél tuvo en todo momento pleno conocimiento del contenido de la acusación y pudo defenderse contra ella en un debate contradictorio. Además, del testimonio del rollo de casación recibido en este Tribunal se desprende que el demandante ha tenido oportunidad de oponerse al recurso de casación formulado por el Fiscal (en particular a los motivos tercero y cuarto) y ha podido así «debatir contradictoriamente en la casación» frente a las razones por él expuestas, referentes a su condición de funcionario público, a la institución de la prescripción y a la figura de la continuidad delictiva, con base en las cuales el órgano de casación procedió a la revisión del fallo absolutorio recaído. En todo caso, si analizamos en profundidad la Sentencia impugnada, se observa que a tal conclusión inculminatoria llegó el órgano de casación sin efectuar la alteración fáctica que se sugiere en su demanda, sino tras efectuar un análisis global de la actividad desarrollada por el acusado a lo largo de todo el proceso de «privatización de Intelhorce», sobre la base de datos objetivamente constatados que ya aparecen recogidos en Sentencia de instancia, como ya se ha desarrollado convenientemente al tratar del principio de intermediación.

7. Por otra parte la Sentencia impugnada no ha dejado imprejuzgada la pretensión formulada por el recu-

rente, tal como refiere en su demanda, sin perjuicio de que, de haber existido dicha incongruencia, habría dado lugar, como subraya el Fiscal, a su inadmisión de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 50.1 a) y 44.1 a) LOTC, ya que, si se consideraba que esta resolución judicial no daba respuesta a las concretas alegaciones planteadas en su escrito de impugnación al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, debería haberse intentado la oportuna nulidad de actuaciones regulada en el art. 241 LOPJ para dar así a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de reparar dicho defecto (SSTC 178/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 223/2003, de 15 de noviembre, FJ 3). En todo caso esta tacha constitucional no se ha producido. Este Tribunal ha advertido reiteradamente de la necesidad de distinguir, a efectos de valorar la posible incongruencia de una Sentencia, entre las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y estas últimas consideradas en sí mismas, y ha aclarado que no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso, pues el derecho invocado puede satisfacerse atendiendo a las circunstancias de cada caso «con una respuesta a las alegaciones de fondo que vertebran el razonamiento de las partes» (STC 223/2003, de 15 de diciembre, FJ 4). Así las cosas es incuestionable, tras una lectura de la Sentencia impugnada, que ésta, al responder a los motivos alegados por el Fiscal en su recurso de casación, dio respuesta a todos los razonamientos fundamentales expuestos por el demandante en su escrito de oposición, referentes a su condición o no de funcionario público, a la existencia de los ilícitos de fraude y cohecho, a la continuidad delictiva y a la prescripción, analizando incluso, en sus folios 205 y 206, la objeción de procedibilidad por aquél invocada sobre la firmeza del Auto de la Audiencia resolutoria de las cuestiones previas, por lo que el Tribunal no ha dejado de tutelar por este motivo los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia (STC 114/2003, de 16 de junio, FJ 3).

Además, con la perspectiva también sugerida en la demanda, la Sentencia de casación conforma una resolución judicial motivada, al contener los elementos o razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5), e incluye también una fundamentación en Derecho, consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (STC 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Así, dicha resolución, partiendo de los elementos fácticos acreditados por el Tribunal de instancia, tal como antes se ha afirmado, analiza su calificación jurídica y responde de manera razonada a los argumentos esgrimidos por el Fiscal en su recurso de casación (motivos tercero y cuarto), descartando finalmente las conclusiones absolutorias a que había llegado la Sentencia de instancia, por lo que tampoco se aprecia lesión alguna a la tutela judicial efectiva del demandante.

En todo caso, este último, al articular el anterior motivo, no parece sino discrepar de la aplicación de la ley penal y del análisis sobre la tipicidad de la conducta del recurrente que ha realizado el órgano de casación, que ha servido de base para su condena por un delito continuado de fraude y otro de cohecho (arts. 403 y 385 CP de 1973), análisis que ha de efectuarse con la óptica del art. 25.1 CE. Así, dicho órgano argumenta en su Sentencia, en contra del criterio de la Audiencia Provincial, que el recurrente, como presidente de Improasa, sí estaba revestido de la condición de funcionario público a efectos penales (art. 24.2 CP vigente, antes art. 119 CP de 1973), al venir participando dicha empresa en el ejercicio de funciones públicas, en concreto la gestión de los intereses generales que

suponía la privatización de Intelhorce, y al haber sido designado para tal cargo por resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Sin que se pueda entender que esta cuestión había sido resuelta definitivamente por Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de febrero de 2000, no recurrido por el Fiscal ni por la acusación, porque, según doctrina consolidada de la propia Sala Segunda, «el Auto resolviendo cuestiones previas no puede recurrirse autónomamente, por considerarse estructuralmente ensamblado con la Sentencia definitiva, debiendo, en consecuencia, ser recurrido conjuntamente con ésta» (FJ 8). Sin perjuicio de este razonamiento del Alto Tribunal, es obvio que el Ministerio Fiscal ha seguido manteniendo la imputación de fraude y cohecho a lo largo del procedimiento, precisamente con fundamento en la condición funcional del demandante, por lo que no puede sostenerse ahora que este análisis se había planteado con posterioridad al expresado Auto como «una cuestión nueva», generadora así de la consiguiente indefensión.

El órgano judicial también razona convenientemente por qué concurren los elementos constitutivos de los tipos penales de fraude y cohecho, al contribuir de modo eficiente al engaño sobrevenido, «informando favorablemente la oferta y ocultando aquellos datos que resultaban perjudiciales para los adquirentes, entre ellos la insolvencia de las sociedades que pretendían la adquisición» y percibir por ello la dádiva (al menos, treinta y cinco millones de pesetas), y ha apreciado además la continuidad delictiva respecto al fraude al entender que el comportamiento fraudulento perduró más allá de la fecha de venta de la empresa (4 de agosto de 1989), para así obtener la disponibilidad de la totalidad de los fondos cuya entrega se encontraba condicionada.

Tal actitud, que lleva al Tribunal a catalogar la participación del recurrente como «coautor por omisión de la totalidad del fraude», al incumplir el acusado su posición de «garante», en nombre de la Administración, «de la buena marcha del proceso de privatización», la infiere el órgano judicial, como se ha visto, tras un análisis global de la actividad desarrollada a lo largo del referido proceso, con apoyo en una serie de datos objetivos ya acreditados en la instancia, como la circunstancia de que el recurrente continuara participando, en esta segunda fase, con posterioridad a la escritura de venta, en reuniones o gestiones relacionadas con Intelhorce o incluso percibiendo parte de la dádiva, juicio de valor en definitiva que hace el Tribunal sobre el elemento intencional concurrente en el demandante de amparo, que conforma un análisis estrictamente jurídico y que puede así realizarse legítimamente. En todo este proceso de subsunción de los hechos en la norma no se observa que la Sentencia de casación se haya apartado de los criterios conformados por una consolidada doctrina de este Tribunal, resumida en que «no sólo vulnerar el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológica –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas de la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 6). De forma que, en el presente caso, la Sentencia condenatoria recaída no ha resultado imprevisible para el ciudadano, «al no permitirle programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados penalmente» (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5), ni ha supuesto «una manifestación de la ruptura del monopolio del Estado en la determinación de las conductas ilícitas» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

Sin olvidar, como también ha afirmado insistentemente este Tribunal, que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados, al ser esta una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8). En definitiva, como decíamos en la reciente STC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 6, «la interpretación de la ley penal que ha llevado a la condena del demandante no puede ser tachada de ilógica, arbitraria o imprevisible, como tampoco lo puede ser la que mantuvo la Sentencia absoluta de instancia, por lo que ambas respetan el principio de legalidad con que el art. 25.1 CE sujeta la imposición de las penas y sanciones.Cuál de las diversas interpretaciones posible de la ley penal es la más correcta es una cuestión abierta al debate doctrinal, pero ajena al derecho fundamental a la legalidad penal, que no ha resultado vulnerado en este caso».

8. Respecto de la prescripción delictiva, cuyo análisis se resalta de manera especial en la demanda, la fundamentación acogida en la Sentencia de casación se ajusta también al canon de motivación reforzado que hemos ido delimitando en esta materia. Así hemos afirmado que «es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente, canon éste reforzado por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales ya que, en efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria» (STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7).

A estos parámetros se ajusta la resolución judicial impugnada, al contabilizar el cómputo del plazo de los cinco años de prescripción respecto del cohecho a partir de la fecha en que por el acusado se percibió el último cheque de los que integraban la dádiva (expedido el 28 de noviembre de 1989), entendiéndose que éste era el momento de la consumación del delito (cuestión de mera legalidad ordinaria en interpretación del art. 385 CP de 1973, que configuraba como conductas típicas acciones de signo opuesto, tanto «solicitar» como «recibir» dádiva o presente). Argumenta la Sala de lo Penal, respecto del fraude, que éste tampoco puede considerarse prescrito por su íntima vinculación al cohecho, ya que una conclusión distinta podría llegar al absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva. Y todo ello además de que la catalogación del delito de fraude como continuado retrasa la fecha de la consumación del delito hasta el 20 de mayo de 1991, en que tuvo lugar la última de las disposiciones de fondos (previsión esta coherente con el tenor del art. 132.1 CP vigente), y de que, al apreciarse dicha continuidad delictiva, el plazo de prescripción ya no es de cinco años sino de diez.

No tiene trascendencia, pues, la afirmación que hace el órgano de casación en su Sentencia de que la interrupción de la prescripción se produjo con la presentación de la denuncia en el Juzgado contra el recurrente, ya que en el presente caso esta cuestión resulta irrelevante porque el Juzgado de Instrucción dictó Auto de 25 de noviembre de 1994, es decir con anterioridad al vencimiento de los expresados plazos de prescripción, donde se incorporaba la denuncia presentada y constaba ya la identificación del recurrente.

9. Respecto del último motivo articulado en la demanda, vulneración del principio *non bis in idem* en su dimensión procesal, conviene recordar que este Tribunal ha ubicado en el ámbito del derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE) la garantía consistente en la interdicción de un proceso penal con el mismo objeto. Así, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b), declaramos (citando, a su vez, la STC 159/1987, de 26 de octubre) la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que «en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría sin duda la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme. Tal garantía tiene como fundamento las razones que el legislador español avanzaba en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión “contra reo”: evitar las “vejaciones” que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre”». Esta proscripción de un ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido de los convenios internacionales sobre derechos humanos existentes, entre éstos el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 14.7) y el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (art. 4), que como ya hemos dicho ha sido firmado pero no ratificado por España. En definitiva, en el marco del Estado constitucional de Derecho, tal como se sugiere en la demanda, ningún poder público es ilimitado, por lo que «la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano ha de sujetarse a estrictos límites» (FJ 8 de la citada STC 2/2003). Además, es evidente que «a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del Ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24.1 CE)» (STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5).

Por lo anterior, la cuestión principal se centra en este momento en averiguar la naturaleza del Auto del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Málaga de 18 de octubre de 1991, por el que disponía el archivo de la denuncia presentada, pues este Tribunal ha reiterado que la prohibición del *bis in idem*, invocado por el recurrente, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material (así, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 8). Ahora bien, también hemos precisado reiteradamente que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables por la justicia constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurrir en error patente ya que, en otro caso, el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (entre las últimas, SSTC 177/2006, de 5 de junio, FJ 3, y 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2). Por otra parte hemos afirmado que igualmente son cuestiones de legalidad ordinaria que, conforme al art. 117.3 CE, corresponden exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, sobre las que

este Tribunal sólo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos, las decisiones judiciales sobre si ha de dictarse o no un Auto de sobreseimiento y, si así fuera, con base en qué supuestos de los previstos en la Ley (así, SSTC 63/2002, de 11 de marzo, FJ 3, y 72/2006, de 13 de marzo, FJ 2).

Con esta perspectiva ha de concluirse que los órganos judiciales intervinientes han motivado debidamente, a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, las razones por las que el Auto mencionado del Juzgado de Instrucción núm. 12 tenía un mero carácter provisional, no pudiendo ser tildados de «manifiestamente irrazonables» los argumentos utilizados. Así el Tribunal Supremo, confirmando en este punto lo ya dicho por la Audiencia Provincial, niega en su Sentencia el efecto de cosa juzgada al Auto dictado por el Juzgado de Instrucción, razonando que «los autos de archivo dictados en las diligencias previas del procedimiento abreviado al amparo de la regla 1 del apartado 5 del artículo 789 LECrim, no son equiparables a los autos de sobreseimiento libre a los efectos de apreciar la excepción de cosa juzgada, dado su carácter preliminar o interino que impide otorgarles la eficacia definitiva propia de una resolución de fondo como las sentencias absolutorias o los autos de sobreseimiento libre» (FJ 54).

En el presente caso, no cabe apreciar elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad o error en la Sentencia de casación al hacer aplicación de la referida doctrina, por lo que ha de negarse así al Auto controvertido el efecto de cierre del procedimiento propio de la cosa juzgada, ya que, del contenido de las actuaciones remitidas a este Tribunal, se observa que la denuncia fue presentada por el sindicato CC.OO. el día 11 de octubre de 1991 y turnada el día 17 al Juzgado de Instrucción núm. 12, que procedió a dictar un Auto de archivo el día 18, no practicándose así ninguna diligencia encaminada a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, máxime en una cuestión tan compleja como la que constituía su objeto (referente a los distintos episodios acaecidos en torno de la Dirección General del Patrimonio con motivo de la venta de las acciones de Intelhorce), ni tomándose en consideración, para sustentar la decisión de archivo, ningún otro dato con independencia de los que ya se reflejaban en el propio contenido de la denuncia presentada. Por ello, entender en tales circunstancias, como hace el órgano de casación, que tal decisión no aparece revestida de los rasgos de la cosa juzgada, cuando además dicho Auto no emplea la expresión específica de sobreseimiento libre, no es ajena a estos parámetros constitucionales de argumentación en la forma en que antes se ha desarrollado. Sin que sirva para llegar a otra conclusión la alegación que se vierte en la demanda de que este Tribunal, en el Auto 246/1992, de 25 de agosto, ha afirmado que el Auto de archivo dictado en el marco del citado artículo 789.5.1 LECrim entonces vigente estaba revestido del carácter de un sobreseimiento libre (en el mismo sentido ATC 305/1994, de 14 de noviembre), porque en el supuesto de hecho que sirve de base a tal resolución se habían practicado por el Juez todas las diligencias necesarias de investigación, y se adoptó «la decisión de archivar las diligencias después de una investigación suficiente que puede calificarse de razonable sin duda alguna» (FJ 3 del invocado ATC 246/1992). El criterio sostenido coincide con el adoptado por este Tribunal Constitucional, en su Auto 264/2002, de 9 de diciembre, al sostener en el fundamento jurídico 4 que «no cabe apreciar elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad o error en la Sentencia de apelación que, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo, argumenta que el Auto adoptado nada más presentarse la denuncia por la Guardia Civil tras la diligencia de entrada y registro, no es susceptible de producir un efecto de cierre del procedimiento propio de la cosa juzgada», sin que tengan así la eficacia de cosa juzgada material «las reso-

luciones judiciales por las que se rechaza una denuncia ni los Autos de sobreseimiento provisional o asimilados, incluso para los casos en que se estime que el hecho no es constitutivo de infracción penal».

Por lo anterior se puede concluir que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo ni se ha afectado al principio de seguridad jurídica, derivado todo ello de la situación de inseguridad que se le habría generado si hubiera podido el Estado reiterar sus pretensiones punitivas sobre los mismos hechos, porque, según se desprende del razonamiento de los órganos judiciales intervinientes, no ha existido en modo alguno con anterioridad a su condena un enjuiciamiento sobre la cuestión de fondo, ni se ha reiterado así el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con «la carga y gravosidad» que tal situación le habría originado (STC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3).

Todas estas consideraciones nos eximen lógicamente de analizar el argumento, también utilizado por el Tribunal Supremo en su Sentencia «a mayor abundamiento» para desestimar la pretensión del recurrente, sobre que además no concurría en la resolución de archivo dictada por el Juzgado de Instrucción la «triple identidad de hechos, sujeto y fundamento», con referencia a los hechos que luego sirvieron de base a la Sentencia condenatoria.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo interpuesta por don José Miguel Moreno García.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, veintiséis de mayo de dos mil ocho. Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

10784 *Sala Segunda. Sentencia 61/2008, de 26 de mayo de 2008. Recurso de amparo 1287-2005. Promovido por doña Susana Álvarez Muro y otros respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria sobre reconocimiento de complementos retributivos.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): sentencia de apelación contencioso-administrativa que incurre en error patente acerca de la fecha de presentación de informes y la existencia de apercibimiento judicial a la Administración demandada al practicar una prueba de interrogatorio.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado