

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 19/2010

RECURSO CASACION N°: 1023/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia: 25/01/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMV

***Delito de actividades prohibidas a los funcionarios. Tipicidad. Elementos. Juez predeterminado por ley.**

Nº: 1023/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Vista: 19/01/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 19/2010

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Siro Francisco García Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de **JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN Y WILEBALDO LUIS YANES**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias Sala de lo Civil y Penal, que les condenó por delito de actividades prohibidas a los funcionarios, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes respectivamente representados por las Procuradoras Sras. Ortega Agudelo y Gallego Rol.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Sala de lo Penal y Civil del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, instruyó causa con el número de Procedimiento Abreviado 1/2008 dimanante de Diligencias Previas 1/06 contra **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes**, por delito actividades prohibidas a los funcionarios, y con fecha 15 de abril de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** "*Como tales se declaran los siguientes:*

PRIMERO.- Los acusados, D. José Antonio Martín Martín y D. Wilebaldo Luis Yanes, mantienen desde hace mucho tiempo una estrecha relación de amistad que tiene su origen en el hecho de ser ambos naturales de la misma isla y localidad. Los Llanos de Aridane (La Palma), y su desarrollo en la circunstancia de que ambos posteriormente han fijado sus respectivas residencias en la ciudad en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria.

Dicha relación de amistad ha propiciado el hecho de que D. Wilebaldo sea el padrino de bautismo de uno de los hijos de D. José Antonio, concretamente de D. Nereo Martín Fuentes.

SEGUNDO.- Además de la referida relación cuasi-familiar, el Sr. Luis Yanes, empresario de profesión, mantiene intensas relaciones mercantiles y societarias con su ahijado, D. Nereo Martín, el cual es Consejero Delegado de muchas de las sociedades de las que es titular aquél.

TERCERO.- Por otro lado, y como consecuencia de la actividad empresarial que desarrolla D. Wilebaldo Luis en Las Palmas de Gran Canaria, el mismo ha entrado en contacto con D. Julio Bornia Bordón, al que conoce desde el año 2001 y con el que mantiene relaciones comerciales y de amistad.

CUARTO.- A principios del año 2005 el hermano de D. Julio Bornia Bordón, D. Rafael Bornia Bordón, se encontraba en situación de prisión provisional acordada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Las Palmas de Gran Canaria en el marco de las Diligencias Previas nº 2.802/2004 (convertidas posteriormente en Sumario 2/2005), en donde se le imputaba la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes.

Dicha situación personal estaba pendiente de revisión ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, al haberse interpuesto recurso de apelación por la defensa del preso contra el auto que la acordaba.

QUINTO.- Conociendo D. Julio Bornia Bordón la amistad que unía a D. Wilebaldo Luis Yanes con D. José Antonio Martín Martín y que éste último era Magistrado de profesión y que ostentaba el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas y de su Sección Primera, pues ya lo había juzgado a él con anterioridad en la misma causa, primeramente pone en conocimiento de D. Wilebaldo la situación en la que se encontraba su hermano Rafael. Luego inicia una serie de maniobras tendentes a buscar, a través de su amigo, un contacto directo con el Magistrado para participarle las circunstancias concretas que rodean su caso y expresarle el deseo de que fuese puesto en libertad provisional aquél hasta la celebración del juicio oral.

Desde el primer momento D. Wilebaldo Luis se ofreció a D. Julio Bornia para colaborar en tales gestiones y para interceder por su hermano ante su amigo el Magistrado, en la medida de sus posibilidades.

SEXTO.- Así las cosas, el día 5 de mayo de 2005 el Sr. Luis Yanes organizó una cena en la que tendrían que coincidir D. Julio Bornia Bordón y D. José Antonio Martín Martín, propiciando así un encuentro personal entre ambos. El ágape tuvo lugar en horas de la noche de ese día en el Restaurante "la Fonda de Tafira" y en él estuvieron presentes además de los dos referidos, el organizador y otras dos personas más ajenas al motivo del encuentro.

SÉPTIMO.- A primeras horas de la tarde del día 30 de mayo de 2005, D. Julio Bornia Bordón contactó telefónicamente con D. Wilebaldo Luis Yanes y le pide que concierte una nueva cita con D. José Antonio Martín Martín para tratar el tema de su hermano.

Cumpliendo con el encargo recibido D. Wilebaldo llama inmediatamente a D. José Antonio y le trasmite el deseo de D. Julio de hablar con él, consintiendo D. José Antonio en un encuentro que quedaría pospuesto para más avanzada la tarde.

Este tuvo lugar finalmente sobre las 21,00 horas de la noche en el portal del edificio donde reside D. José Antonio Martín, sito en la calle León y Castillo de Las Palmas de Gran Canaria, acudiendo D. Julio Bornia acompañado de D. Wilebaldo Luis. En ese momento el primero facilitó al Magistrado determinada documentación para que procediese a su estudio y valoración y le hizo ver lo injusto que a su juicio le parecía la situación de prisión en la que se encontraba su hermano Rafael.

OCTAVO.- El día 10 de junio de 2005 D. Wilebaldo Luis y D. Julio Bornia mantienen una conversación telefónica en el transcurso de la cual éste pregunta a aquél si se ha producido algún avance en las gestiones relativas a la prisión de su hermano, recibiendo como contestación que las mismas se encontraban estancadas como consecuencia de la enfermedad de la suegra de D. José Antonio.

NOVENO.- El día 14 de junio de 2005 D. Wilebaldo y D. Julio mantienen una nueva conversación telefónica en la que el primero le confirma al segundo que ha hecho llegar a su amigo José Antonio la nueva documentación que le había facilitado y le trasmite tranquilidad pues el Magistrado estaba haciendo todo lo que podía.

DÉCIMO.- Siendo aproximadamente las 19,00 horas del día 27 de julio de 2005, D. José Antonio Martín Martín llama por teléfono a su amigo D. Wilebaldo y le comunica que al día siguiente se celebraría la vista del recurso en el que se iba a decidir sobre la situación personal de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón, confirmándole que la Sección de la Audiencia encargada de resolver el recurso es la que él preside.

En el transcurso de dicha conversación D. José Antonio Martín Martín, con pleno conocimiento de que era el Magistrado Presidente de la Sección que habría de resolver el recurso de apelación contra el auto de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón y de que al día siguiente iba de presidir la correspondiente vista, dio a D. Wilebaldo las siguientes instrucciones para que éste las transmitiera a D. Julio Bornia Bordón y éste, a su vez, a su Letrado:

"... dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas y sencillas; que explique la procedencia del dinero, que lo explique clarito y sencillo: Que lo explique de palabra pero de una forma sencilla, sin rollos y que diga que está dispuesto a prestar una fianza en la cantidad en la que se le diga. Bueno, pero dile

eso, que no se enrolle y que lo explique sencillo. Porque sí no predispone a la gente en contra, que se deje de rollos, vale".

DÉCIMO PRIMERO.- Nada más finalizar la mencionada conversación telefónica D. Wilebaldo se puso en contacto con D. Julio Bornia Bordín y le transmitió las instrucciones dadas al efecto por D. José Antonio Martín.

DÉCIMO SEGUNDO.- En horas de la mañana del día 28 de julio de 2005, encontrándose en estrados en los momentos previo a la celebración de la vista de apelación, D. José Antonio Martín, en su condición de Presidente de la Sección, se acercó al Fiscal encargado de asistir a la vista, el Ilmo. Sr. D. Javier García Cabañas (Fiscal Antidroga), y le preguntó por la posibilidad de que la Fiscalía, modificando su criterio anterior, pidiese la libertad de D. Rafael Bornia Bordón.

Ante la negativa rotunda del respresentante del Ministerio Fiscal, D. José Antonio Martín, modificando parcialmente su inicial planteamiento, interesó del Fiscal una petición de libertad con la prestación de una alta fianza; posibilidad que fue nuevamente rechazada por el Sr. García Cabañas.

DÉCIMO TERCERO.- En el acto de la vista oral el Letrado de D. Rafael Bornio Bordón, D. Juan Ignacio Ortiz de Urbina, interesó la libertad de su cliente mediante la prestación de una fianza, sin importar la cuantía de la misma.

DÉCIMO CUARTO.- Finalizada la vista y en el momento de llevarse a cabo la deliberación entre los Magistrados que componían la Sala, D. José Antonio Martín, apartándose del criterio mantenido en casos similares (gravedad del delito objeto de imputación -tráfico de sustancias estupefacientes, causantes de grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia-, gravedad de la pena pedida, años en situación de busca y captura, elevado nivel económico y evidente riesgo de fuga), votó en solitario a favor de que se acordase la libertad provisional de D. Rafael Bornio Bordón mediante la imposición de una alta fianza.

Como quiera que tal criterio fue rechazado de plano por los otros dos componentes de la Sala, los Ilmos. Sres. D. José Luis Goizueta Adame, que tenía asignada la ponencia del recurso, y D. Emilio Moya Valdés, no cejó en su empeño y se enfrentó a la negativa de éstos a sus pretensiones interesando insistentemente de sus compañeros un cambio de criterio, empresa en la que no tuvo éxito.

El acusado, D. José Antonio Martín Martín, no advirtió en ningún momento a los otros dos Magistrados de los contactos, encuentros y conversaciones mantenidos con anterioridad directa o indirectamente con D. Julio Bornia Bordón".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado D. José Antonio Martín Martín como autor criminalmente responsable de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de ocho meses, con una cuota diaria de treinta euros (30 €), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas y suspensión para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones jurisdiccionales por tiempo de un año y seis meses, así como al abono de la mitad del total de las costas procesales causadas.

Igualmente debemos condenar y condenamos al acusado D. Wilebaldo Luis Yanes, como autor por cooperación necesaria criminalmente responsable de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios previsto y penado en el artículo 441 del Código penal, con la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 65 párrafo 3º del mismo cuerpo legal, a la pena de multa de cinco meses, con una cuota diaria de treinta euros (30 €), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas y suspensión para empleo o cargo público por tiempo de ocho meses, así como al abono de la mitad del total de las costas procesales causadas.

Reclámese de la Magistrada instructora, una vez concluidas conforme a derecho, las correspondientes piezas de responsabilidad civil de los anteriormente condenados.

Notifíquese esta resolución a las partes, a quienes se instruirá de los recursos a interponer contra la misma.

Póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial (Servicio de Inspección y Comisión Disciplinaria) y, una vez firme, hágase saber a dicho Organismo, con remisión de la que pudiera dictarse, en su caso, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de José Antonio Martín Martín:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24.2 de la Constitución, por entender infringido el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 18.3 de la Constitución, por entender infringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, por valoración de las grabaciones de las conversaciones telefónicas, del art. 24.2 de la Constitución Española, que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24.2 de la Constitución, por entender infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos del error del juzgador.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 441 del Código Penal.

La representanción de Wilebaldo Luis Yanes:

PRIMERO Y ÚNICO.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 441 del Código Penal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 19 de enero de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN

PRIMERO.- La sentencia objeto de la censura casacional que analizamos en el presente recurso condena a los acusados como autor y cooperador necesario, respectivamente, de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios, tipificado en el art. 441 del Código penal. En síntesis se declara probado que este recurrente amigo del coacusado, y también recurrente recibió una llamada telefónica en la que el acusado Yanes se interesaba sobre una apelación de la que el recurrente conocería por ser el Presidente del Tribunal en la que se tramitaba la apelación. En esa conversación grabada telefónicamente el Magistrado, recurrente en la impugnación, le dijo que comunicara al abogado que defendía los intereses procesales del tercero "dile que no se enrolle, que explique las cosas claras y sencillas; que explique la procedencia del dinero pero de forma sencilla, sin rollos y que diga que está dispuesto a prestar una fianza en la que cantidad en que se le diga. Bueno dile eso, que no se enrolle y que lo explique sencillo. Porque si no predispone a la gente en su contra, que se deje de rollos, vale". A continuación se relata que el Magistrado, acusado y condenado en la causa, habló con el representante del Ministerio fiscal, interesando de éste que solicitara una fianza, y con los dos Magistrados integrantes junto a él de la Sección que debía resolver el recurso, que acordaran la libertad con fianza, extremo que fue rechazado por los dos Magistrados que formaban parte de la Sala. Esos hechos son subsumidos en la tipicidad del art. 441 del Código penal.

En el primero de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración de su derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley, y refiere, como hecho lesivo a su derecho fundamental, la actuación llevada a cabo por el juzgado de instrucción nº. 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria que abrió una pieza separada de una investigación que realizaba por otro delito, no relacionado en régimen de conexión, en la que acopió datos referidos al imputado aforado, con vulneración del derecho que invoca pues, a tenor del art. 73.3 b) de la LOPJ, que previene la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para la

instrucción y enjuiciamiento de las causas seguidas contra el recurrente. Sostiene, en definitiva, que la condición de aforado del recurrente impedía que la causa fuera conocida, en la fase de instrucción, por un Magistrado no destinado en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

El motivo se desestima. Conforme se ha venido señalando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal, el Juez legal, en el sentido del art. 24.2 C.E. equivale a "juez independiente e imparcial, establecido con las garantías constitucionales y legales, que actúa dentro de la competencia y por el procedimiento preestablecido". De ello se infiere que el derecho al juez predeterminado por la ley queda en entredicho cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente al órgano al que la ley atribuye su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (entre otras, STC 35/2000, de 14 de febrero). Lo relevante en esta cuestión, en los términos en que se opone la impugnación, es la expresión "indebida o injustificadamente" de la sustracción competencial. En Autos consta que el Juez de instrucción nº 7 investiga unos hechos relacionados ajenos a los que constituyen el objeto de su proceso, un caso referido a concesiones administrativas conocido como "caso eólico" en el que se averigua, casualmente pues no formaba parte de su objeto, unas relaciones de uno de los investigados con el aforado. Este conocimiento tiene lugar en el mes de mayo de 2005 y el instructor acuerda formar una pieza separada en la que no se adopta ninguna medida de investigación que afecte al aforado y a la que se acopian datos que puedan dar cabal contenido a las diligencias a las que se unen, separadamente. El descubrimiento casual de unas reuniones de algún investigado con el Magistrado ahora recurrente, hace que el instructor realice diligencias que, sin suponer una investigación de la persona del aforado se comprueba si es objeto del hecho que se investiga, si alguna acción le afecta como sujeto pasivo o, eventualmente, como activo, extremo este último del que no existe, en ese momento, indicio alguno.

El conocimiento por parte de los órganos de enjuiciar a los aforados no se refiere a toda posible e hipotética intervención de los aforados en posibles hechos delictivos, sino que su condición de órgano especial respecto

a los órganos judiciales ordinarios, exige que su conocimiento se restrinja a la existencia de indicios de un hecho delictivo y de participación en el mismo de la persona aforada, de manera que sólo cuando existan indicios sobre un hecho delictivo y sobre la participación en el mismo del aforado, es procedente la elevación de la exposición razonada que justifique la atribución competencial al órgano encargado de la investigación y enjuiciamiento de un aforado. En este sentido una reiterada jurisprudencia ha destacado la excepcionalidad de los fueros, por lo que deben ser aplicados de forma restrictiva y una vez que existan indicios fundados de la existencia de un hecho delictivo y de la participación del aforado. Naturalmente la determinación del momento para atribuir la competencia no puede ser preciso y concreto sino que variará en cada situación concreta en función de la constatación de los indicios, de su relevancia acreditativa de los hechos y de la participación y, también, de las necesidades de la investigación que se realiza en las diligencias de las que trae causa.

En autos no consta la realización de actos de instrucción dirigidos a la depuración de una conducta penalmente relevante del aforado y cuando se reúnen hechos con relevancia es cuando el instructor de otra causa con su objeto delimitado, decide participarlo al órgano al que corresponde la instrucción de hechos delictivos con aforados, para su conocimiento y adopción de las medidas que correspondan, entre otra la de abrir causa contra el aforado con un nuevo objeto procesal por el Juez competente para su adopción y conocimiento.

En otro orden de cosas, y sin que suponga una desnaturalización del derecho al juez legal, sino como complemento a esa hipotética lesión, la misma, caso de que se hubiera producido, no supone una situación objetiva de indefensión ni una restricción a los derechos del recurrente, sin que en la argumentación del recurso se llegue a concretar el alcance de la lesión que denuncia, limitándose a la expresión del derecho que, en este supuesto no concurre, toda vez que ni el Juez adoptó diligencia alguna de investigación referente al objeto procesal que se incoó posteriormente ante el Juez competente, ni de los hechos de los que causalmente se tuvo conocimiento en la investigación de otros hechos pueda deducirse, claramente, los indicios que debieran aconsejar el cambio de órgano de investigación.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que se produce al intervenir el teléfono de Luis Yanes, sin que existieran motivos suficientes para la adopción de la injerencia. Arguye el recurrente, en primer lugar, manifestando su perplejidad por el hecho de que los motivos para la adopción de la injerencia telefónica fueran suficientes, a juicio del Juzgado instructor y de la Sala de enjuiciamiento, y no lo fueran para la determinación del órgano competente para la investigación al tratarse de un aforado. De esta manera, arguye, la nulidad debiera acordarse pues si existían indicios de la comisión del un delito contra la administración de justicia, el instructor debería haberse abstenido y remitir la causa al órgano competente y, si no existieran indicios para esa actuación procesal, tampoco para la adopción de la injerencia.

Esa argumentación peca de cierto maniqueísmo, pues la situación no puede reconducirse a una dicotomía, o procedente o improcedente. Existen situaciones intermedias. La adopción de una injerencia, como la telefónica, no requiere que los indicios revelen con exactitud la realidad fáctica subsumible en un delito grave, sino que revelen la existencia presunta de un hecho delictivo para la que sea necesaria la investigación y la realización de concretas intromisiones en la intimidad de personas para continuar la investigación. Por otra parte la existencia de indicios de un hecho constitutivo de un delito grave puede predicarse respecto de personas, como ocurre en los hechos, que no tiene la condición de aforados que determine un órgano de enjuiciar distinto respecto a los no aforados. En la causa, el Juzgado de instrucción, que está investigando un delito contra la administración pública en torno a la contratación de parques eólicos, toma conocimiento por la policía que investiga y que da cuenta semanalmente al Juez instructor, de una cena a la que asisten diversas personas, entre ellas el recurrente, y se trata de averiguar si en torno al recurrente se están produciendo actividades delictivas para lo que el Juez autoriza una intervención telefónica para realizar esa indagación, manteniéndose las diligencias en secreto, para no entorpecer la investigación que se realizaba. Hasta ese momento no existe ninguna imputación contra el aforado respecto a quien lo único que indiciariamente relevante es su presencia en una cena a

la que asisten otras varias personas que sí eran investigadas en el delito contra la administración pública, lo que puede integrar el presupuesto de una investigación pero no la remisión de una diligencia a un órgano de aforamiento por unos hechos que no son indiciariamente relevantes de participación por el aforado en el hecho delictivo.

Por otra parte el puramente control judicial de las medidas de investigación en curso, la dación de cuenta desde la investigación judicial al Magistrado instructor permiten, en la función de investigación en que se desarrollan los hechos, considerar fundados las prórrogas acordadas.

TERCERO.- En el tercero de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En el desarrollo argumentativo del motivo se apoya en la nulidad de la intervención telefónica y en la inexistencia de una actividad probatoria sobre la correspondencia de las voces que mantuvieron la conversación sobre la que se apoya la subsunción, anteriormente transcrita con las de los acusados.

El motivo debe ser desestimado. La intervención telefónica no adolece de los defectos que el recurrente expresó en el anterior motivo de oposición, por lo que la injerencia, correctamente dispuesta, puede ser objeto de valoración. Por otra parte, el contenido de la conversación transcrita en el hecho probado y sobre la que se ha aplicado el precepto penal, ha sido objeto de acreditación por las testificales de los propios acusados, particularmente las declaraciones del coimputado al tiempo de la instrucción de la causa, las declaraciones de los policías que intervinieron en la causa en su investigación, y otros aspectos relacionados con ellas, por las testificales oídas en el juicio oral, la de los funcionarios policiales que investigaron, y las de los Magistrados que intervinieron en la apelación en la que se desarrollaron los hechos objeto de la investigación. Hubo actividad probatoria por lo que el motivo se desestima. La realidad de la conversación y de los interlocutores en la misma es un hecho que resulta acreditado desde la propia realidad de la intervención telefónica del recurrente Widebaldo Luis Yanes y el propio contenido de la conversación y las relaciones personales entre ambos acusados en el hecho.

CUATRO.- Con el mismo ordinal denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba. Pretende el recurrente acreditar el error del tribunal de instancia al transcribir la conversación en la que el recurrente se dirige al coimputado para que a su través indique a una tercera persona y su abogado el comportamiento que ha de seguir ante el órgano jurisdiccional en la vista de apelación en la que se iba a conocer el recurso interpuesto en materia de libertad. Concretamente, con la designación de cinco documentos presentados al tribunal de la apelación o al Juzgado de instrucción, pretende acreditar que la explicación sobre el origen del dinero intervenido y el ofrecimiento para satisfacer una fianza para obtener la libertad era un hecho anterior a la "recomendación" del recurrente.

El motivo se desestima. La frase que se destaca en el hecho probado, fruto de la conversación entre los coimputados es una frase que resulta de una actividad probatoria practicada en el juicio oral y sobre su contenido ningún error cabe declarar. Cuestión distinta es la relevancia de esa frase en la subsunción en el art. 441 del Código penal, pero esa cuestión es ajena al error de hecho que plantea el recurrente. Los documentos que se designa no permiten acreditar el error que el recurrente plantea, pues su realidad, en los términos que aparecen en el hecho probado ha sido acreditado en el enjuiciamiento. Lo que pretende el recurrente no es una cuestión de hecho, sino de derecho, que analizaremos en el siguiente motivos de oposición.

QUINTO.- Por error de derecho denuncia la errónea aplicación del art. 441 del Código penal. Entiende el recurrente que su conducta se situó dentro de un comportamiento socialmente adecuado y que el Magistrado no perdió su imparcialidad. Gran parte de la argumentación que desgrana se apoya en el voto particular de la sentencia y también, en que el hecho probado no describe una labor de asesoramiento que exige la tipicidad del art. 441 del Código penal. El motivo será estimado.

El artículo 441 del Código penal condena al funcionario que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades

privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.

El tipo penal protege el deber de imparcialidad el funcionario público cuando la misma es puesta en peligro por una actividad vulneradora no sólo de la legislación específica de compatibilidades de la función pública (Ley 53/84, de 26 de diciembre), sino cuando esa situación de incompatibilidad se vertebra sobre los propios asuntos que son competencia del funcionario público.

Sujeto activo del delito es el funcionario público afectado por el deber de imparcialidad que se protege en la norma penal. Se trata, por lo tanto, de un delito especial propio. La acción típica descrita consiste en la realización, por sí mismo o a través de persona interpuesta, de una actividad profesional o de asesoramiento, permanente o accidental, que dependa de entidades privadas o de particulares y que incidan en el ámbito de actuación del funcionario público, es decir, el ejercicio de una actividad profesional por cuenta o bajo dependencia de una entidad privada o de un particular, relacionada con la función pública. Es irrelevante que la actuación privada sea permanente, pues para la realización del tipo penal basta una única actuación en la forma descrita en el tipo penal para su comisión.

Señalado lo anterior comprobamos los hechos probados para examinar la aplicación del tipo penal a los mismos. En estos se manifiesta que el recurrente expresó al coimputado, para que se lo dijera al abogado que iba a intervenir en una apelación ante la sala de la que formaba parte y presidía, una serie de consejos sobre la actuación profesional a desarrollar en la vista.

El contenido del pretendido asesoramiento "dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas ... que ofrezca una fianza ...", carece de relevancia suficiente para rellenar la tipicidad del delito del art. 441 del Código penal. Es obvio que el asesoramiento típico no puede reservarse a planteamientos originales o a construcciones jurídicas singulares, pues un entendimiento tan restringido del contenido típico haría de imposible realización el tipo penal

en el ámbito de la aplicación del derecho, máxime cuando la acción se desarrolla con respecto a un Letrado con años de ejercicio profesional. Pero tampoco podemos integrar el elemento típico "asesoramiento" con las banalidades referidas a la conveniencia de la brevedad y claridad en el mensaje a verter en una vista oral, ni el ofrecimiento de fianza, pues ese extremo aparece anteriormente ofertado y, por otra parte, es una practica habitual en el cuestionamiento de las medidas cautelares de contenido personal. Entre un asesoramiento de planteamiento original y los consejos irrelevantes, existe una situación intermedia que permite la tipicidad del art. 441 del Código penal.

El Ministerio fiscal, en su informe, y la sentencia impugnada afirma la tipicidad del art. 441 del Código penal no tanto en el contenido del asesoramiento, sino en el hecho posterior de intentar convencer al representante del Ministerio fiscal y, posteriormente, a los dos integrantes del tribunal, sobre la conveniencia de solicitar y adoptar, respectivamente, una prestación de fianza para obtener la libertad. Ese planteamiento es erróneo, pues el art. 441 del Código penal tipifica el asesoramiento y no la influencia en otros. Esa influencia podrá merecer otra tipificación en el Código o en una responsabilidad disciplinaria, pero no forma parte de la tipicidad del art. 441 Cp para el que lo relevante es el propio contenido del asesoramiento el cual, como hemos dicho, debe tener un contenido relevante para rellenar la tipicidad del delito que afecte al contenido esencial de la función pública que se realiza. Desde esta perspectiva la expresión de la conveniente brevedad y claridad en la expresión de la pretensión, así como el ofrecimiento de una fianza, no afecta al contenido esencial de la función y no integra el concepto típico de asesoramiento.

RECURSO DE WILEBALDO LUIS YANES

SEXTO.- Su único motivo de oposición coincide con el opuesto en quinto lugar por el anterior recurrente, por lo que nos remitimos al anterior fundamento para su estimación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones de los acusados **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes**, contra la sentencia dictada el día 15 de abril por el **Tribunal Superior de Justicia de Canarias**, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito de actividades prohibidas a los funcionarios, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas por mitad. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Carlos Granados Pérez

Andrés Martínez Arrieta

Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Siro Francisco García Pérez

1023/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Vista: 19/01/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N.º: 19/2010

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Siro Francisco García Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil diez.

La Sala de lo Penal y Civil del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, instruyó causa con el número de Procedimiento Abreviado 1/2008 dimanante de

Diligencias Previas 1/06 contra **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes**, por delito actividades prohibidas a los funcionarios, y con fecha 15 de abril de dos mil nueve dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el quinto y sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación de los recursos interpuestos por **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes**.

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos absolver y absolvemos a **José Antonio Martín Martín y Wilebaldo Luis Yanes** del delito de actividades prohibidas a los funcionarios del que venían siendo acusados. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a sus recursos causadas en la instancia .

De esta resolución dese traslado al Consejo General del Poder Judicial a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Carlos Granados Pérez

Andrés Martínez Arrieta

Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Siro Francisco García Pérez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.