

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

**CAUSA ESPECIAL**

**Nº de Recurso:** 20267/2008

**Fallo/Acuerdo:** Auto Archivo Querrela o Denuncia

**Procedencia:** Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valdemoro

**Fecha Auto:** 02/06/2008

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Manuel Marchena Gómez

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

**Escrito por:** FGR

**Causa Especial**

**INEXISTENCIA DE ASESORAMIENTO PUNIBLE (“Caso Presidenta DIRECCION000”)**

La conversación mantenida por la Presidenta del DIRECCION000 con una Letrada en relación a las consultas jurídicas que ésta le hizo a la primera, son analizadas por la Sala de Causas Especiales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y resueltas con un Auto de archivo “por no revestir los hechos denunciados carácter de delito”

**DOCTRINA:**

Para estimar producido el delito de asesoramiento previsto en el artículo 441 CP, es preciso que se trate de una actividad que comprometa la imparcialidad o menoscabe el deber de exclusividad o que provoque una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública.

Pero no todo asesoramiento es punible, desde el punto de vista penal, para cuya valoración, además de las notas jurisprudencialmente señaladas, es preciso tener en cuenta el principio de “adecuación social”, que sirve para considerar si una conversación u otros actos, encajan en una conducta delictiva o son tenidas, socialmente, por actos generalmente admitidos, como sucede en el presente caso.

*Recurso N°:* 20267/2008

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Manuel Marchena Gómez

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***AUTO***

***Excmos. Sres.:***

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Enrique Bacigalupo Zapater**

**D. Carlos Granados Pérez**  
**D. Luciano Varela Castro**  
**D. Manuel Marchena Gómez**

---

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil ocho.

## **I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de Mayo pasado, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, Exposición de Motivos que eleva el Juzgado de Instrucción número 5 de Valdemoro (Madrid), relativa a las Diligencias Previas - Procedimiento Abreviado núm. 1214/2007 seguidas en dicho Juzgado, en virtud de la conversación de 17/4/07 intervenida en el teléfono de DOÑA M.D.M.P. realizada por quien se identifica como Doña E.C., Presidenta del DIRECCION000.

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala núm. 3/ 20267/2008, por providencia de 28 de mayo se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Manuel Marchena Gómez y se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 30 de mayo de 2008, en el que DICE:

*"... que estima competente a esta Sala Segunda en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, e interesa el archivo de las actuaciones por entender que de lo remitido por el Juzgado que eleva la pertinente exposición no se deriva la existencia del delito previsto en el artículo 441 de Código Penal al tratarse de un mero intercambio genérico de opiniones que, por su contenido, no puede calificarse "a priori" de asesoramiento, requisito exigido en el tipo delictivo que se imputa con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (STS 14 de octubre de 1.997, 92/99, de 1 de febrero y 1318/2004, de 15 de noviembre.."*

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.**- La exposición razonada elevada a esta Sala por la titular del Juzgado de instrucción núm. 5 de Valdemoro da cuenta de la existencia de una conversación telefónica mantenida entre la persona que se identifica como E.C., Presidenta del DIRECCION000 y M.D.M.P., imputada en las Diligencias Previas núm. 1214/2007, incoadas en aquel Juzgado por un delito de asesinato. Esa llamada, producida el 17 de abril de 2007, a las 21:27:46 horas, se registra como consecuencia de una medida de intervención telefónica acordada en el marco de aquel procedimiento por la Juez de instrucción.

En cumplimiento de lo previsto en el art. 303 de la LECrim, la instructora acuerda la remisión de un escrito fechado el día 26 de mayo de 2008, dirigido al Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al que se acompañan testimonio de particulares, “...*por si dicha conversación pudiera ser constitutiva, sin perjuicio de ulterior calificación, de delito de actos prohibidos*” (sic). Estima que la persona aforada “...*realiza aparentemente asesoramiento a Dña. M.D.M.P., sobre la forma de interponer recurso de amparo ante el mencionado Tribunal, del que aquella sería parte, de la doctrina del mismo sobre un determinado punto así como de <<como aconsejarla de la mejor manera>>*”. Existiendo por tanto indicios de que la persona que se identifica como tal es presuntamente responsable (art. 441 Código Penal) de asesorar de forma accidental a favor de tercero en asunto en el que deba intervenir por razón de su cargo” (sic).

**SEGUNDO.**- Conforme al art. 57.1.2 de la LOPJ, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Tribunal Constitucional, disponiendo el art. 26 de la LO 2/1979, 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que “*la responsabilidad criminal de los magistrados del Tribunal Constitucional sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*”.

Afirmada la competencia de esta Sala para la investigación y enjuiciamiento de los delitos imputados a quien ostente la Presidencia del Tribunal Constitucional,

procede valorar si la conversación telefónica que motiva las presentes diligencias, puede ser calificada como constitutiva de un delito previsto en el art. 441 del CP.

**TERCERO.**- El mencionado precepto, incluido en el Capítulo IX –“*De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función*”- del Título XIX –*delitos contra la Administración Pública*-, del Libro II del Código Penal, establece que “*la autoridad o funcionario público 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, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años*”.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del alcance de este delito. Así, ha considerado autor del tipo previsto en el art. 441 del CP a un aparejador municipal que trabajaba para promotoras en el mismo término municipal, llegando incluso a atender en el ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada (STS 867/2003, 22 de septiembre). También ha aplicado este precepto a funcionarios que, desempeñando puestos de dirección en la administración autonómica, emitieron informes sobre la viabilidad de proyectos redactados por ellos mismos o por empresas de las que formaban parte (STS 92/1999, 1 de febrero). El mismo precepto fue invocado para condenar a un concejal, titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, por asumir la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (STS 372/1998, 9 de diciembre).

La STS 1318/2004, 15 de noviembre declaró la inexistencia de este delito respecto de autoridades municipales que habían comprado acciones de una sociedad promotora de turismo rural, estimando que no se trataba del desempeño de ninguna profesión y por tanto, no concurrían los elementos del tipo. En línea similar, la STS 2125/2002, 7 de enero, concluyó la inexistencia del delito del art. 441 respecto de un concejal que, en su condición de trabajador agrícola, había realizado el trabajo de limpieza de caminos rurales del mismo municipio en el que

ejercía como representante municipal. Razonábamos entonces que la conducta del acusado "...a pesar de su incompatibilidad por ser concejal del Ayuntamiento, podría ser reprochable en el ámbito administrativo pero no en el penal".

**CUARTO.**- La Sala estima que el comentario que fue objeto de grabación no colma la acción típica. No existe una actividad de asesoramiento, aun ocasional, susceptible de integrar el tipo previsto en el art. 441 del CP. El intercambio de comentarios entre M.D.M.P. –abogada en ejercicio- y la persona aforada, no participa de las notas que definen, a efectos de tipicidad, la verdadera acción de asesoramiento. Y es que no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal. Ninguna de estas notas concurre en el presente caso en el que la conversación concluye con la indicación por la aforada del nombre de dos personas que sí pueden realizar una eficaz labor de asesoramiento por su condición de especialistas en la defensa jurídica de conflictos familiares.

En definitiva, en la conversación mantenida por la persona aforada se deslizan expresiones que se ajustan sin dificultad a los módulos de adecuación social generalmente admitidos. La formulación de un comentario acerca de las incidencias procesales de un determinado asunto, incluso, la indicación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como vía posible para la impugnación de actos jurisdiccionales, no puede considerarse, sin más, un hecho delictivo llamado a ser investigado por la jurisdicción criminal.

Procede, en consecuencia, el archivo de las presentes diligencias.

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

#### **LA SALA ACUERDA:**

1.- Declarar la competencia de esta Sala para la investigación y enjuiciamiento de los hechos que motivaron la exposición razonada elevada por la titular del Juzgado de instrucción núm. 5 de Valdemoro.

2.- Acordar el archivo de las actuaciones por no revestir los hechos denunciados carácter de delito.