



Roj: **STS 4824/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4824**

Id Cendoj: **28079120012014100768**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2014**

Nº de Recurso: **611/2014**

Nº de Resolución: **765/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10323/2014,**
STS 4824/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 765/2014

RECURSO CASACION Nº : 611/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria **Procedencia:** Sala Civil y Penal TSJ de Madrid **Fecha Sentencia :** 04/11/2014 **Ponente Excmo. Sr. D. :** Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : BDL

*** Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios.* Derecho a un proceso con todas las garantías.* Homogeneidad relativa descendente.* Análisis en el caso de la homogeneidad.* No se introdujo dato o elemento alguno nuevo en el debate, por lo que se salvaguardó el derecho de defensa.* Desde el plano del acusatorio, basta la homogeneidad en los tipos penales, entre el imputado y el seleccionado por el Tribunal, siendo éste más leve y comprometiendo ambos el mismo bien jurídico.* Análisis del art. 441 del C. penal . Requisitos.* Bien jurídico protegido.**

Nº: 611/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Vista: 22/10/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 765/2014

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena GómezD. Julián Sánchez MelgarD. José Manuel Maza MartínD. Luciano Varela CastroD. Andrés Palomo Del Arco

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 cuatro de Noviembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de **Arturo y Eugenio**, contra la Sentencia núm. 3/2014, de 13 de enero de 2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resolutoria del recurso de apelación contra la Sentencia núm. 703/13, de 29 de mayo de 2013, del Tribunal del Jurado constituido en la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala 4/2012 TJ dimanante del Procedimiento del Jurado núm. 1/2011 del Juzgado de Instrucción núm. 1 Colmenar Viejo (Madrid), seguido por delito de negociaciones prohibidas a funcionarios contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal; los recurrentes representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Mª Jesús González Díez y defendidos por la Letrada Doña Begoña González Martín; y como recurridos Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid representada por el Procurador de los Tribunales Don Javier Nogales Díez y defendido por la Letrada Doña María Luisa Ibernou Gallardo, y Ecologistas en Acción representada por el Procurador de los Tribunales Don Eusebio Ruiz Esteban y defendida por el Letrado Don Tomás Sarmiento Llorente.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Colmenar Viejo

(Madrid) incoó Procedimiento del Tribunal del Jurado núm.1/11 por delito de

negociaciones prohibidas a funcionarios contra Arturo y Eugenio, y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 29 de mayo de 2013, dictó Sentencia núm. 703/13, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El Tribunal del Jurado ha DECLARADO PROBADOS en su veredicto los siguientes hechos:1. HECHOS PRINCIPALES OBJETO DE ACUSACIÓN Y DEFENSA:

1°. Arturo es arquitecto, socio y coadministrador de la empresa

MDS Arquitectos, S.L.

2°. Eugenio es arquitecto, socio y coadministrador de la empresa MDS Arquitectos, S.L. 3°. Arturo fue nombrado arquitecto honorífico del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, actuando como tal el mes de noviembre de mil novecientos noventa y cinco hasta el mes de mayo de dos mil siete. 4°. Eugenio fue nombrado arquitecto honorífico del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, actuando como tal desde el mes de noviembre de mil novecientos noventa y cinco hasta el mes de julio de dos mil seis. 5°. Arturo realizó en su condición de arquitecto privado proyectos de urbanización de las Unidades de Ejecución 5 y 7 de Guadalix de la Sierra, dentro de la Sociedad MDS Arquitectos, S.L. 6°. Arturo en su condición de arquitecto honorífico del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, intervino en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos, realizando distintos informes. 7°. Eugenio en su condición de arquitecto honorífico del

Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra intervino en la tramitación

administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos, realizando distintos informes. 8°. Arturo actuó en todo momento conociendo la incompatibilidad de actuar como arquitecto privado como arquitecto honorífico del Ayuntamiento en el mismo término municipal según la normativa del Colegio de Arquitectos, y siendo consciente de la existencia de un conflicto intereses privados y públicos. 9°. Eugenio actuó en todo momento conociendo la incompatibilidad de actuar como arquitecto privado y como arquitecto honorífico del Ayuntamiento en el mismo término municipal según la normativa del Colegio de Arquitectos, y siendo consciente de la existencia de un conflicto intereses privados y públicos. II. HECHOS QUE DETERMINAN EL GRADO DE EJECUCIÓN:

10°. Arturo llevó a cabo la conducta descrita en el hecho 5°.

11°. Arturo llevó a cabo la conducta descrita en el hecho 6°.



12°. Eugenio llevó a cabo la conducta descrita en el hecho 7°. III. HECHOS QUE DETERMINAN LA PARTICIPACIÓN: 13°. Arturo realizó materialmente los proyectos de urbanización de las Unidades de Ejecución 5 y 7 de Guadalix de la Sierra. 14°. Arturo realizó materialmente distintos informes en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos. 15°. *Eugenio realizó materialmente distintos informes en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos.* IV. HECHOS QUE DETERMINAN LA MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL:

16°. *La denuncia por los hechos que son enjuiciados se presentó en mayo de dos mil siete, habiendo tardado Arturo y Eugenio seis años en ser juzgados. El Jurado ha declarado la siguiente CULPABILIDAD DE LOS ACUSADOS:*

1°. *Arturo es culpable del hecho de haber realizado proyectos privados y al mismo tiempo de haber emitido informes en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos, conociendo la incompatibilidad para hacerlo.* 2°. *Eugenio es culpable del hecho de haber realizado proyectos privados y al mismo tiempo de haber emitido informes en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos, conociendo la incompatibilidad para hacerlo."*

SEGUNDO.- La Audiencia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Conforme al veredicto de culpabilidad expresado por el Tribunal del Jurado, CONDENO a los acusados Arturo y Eugenio , como autores responsables de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionarios, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a la pena individualizada de MULTA en extensión de VEINTE MESES, con una cuota diaria de veinte euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas que resultaren impagadas, con extensión máxima de diez meses, y a la pena, a cada uno de ellos, de INHABILITACIÓN especial para empleo o cargo público en extensión de TRES AÑOS, así como al pago por mitad de las costas procesales con exclusión de las generadas por las Acusaciones Populares. Únase a esta resolución el Acta del Jurado.

Remítase al Juzgado de Instrucción Decano de Colmenar Viejo el testimonio del expediente administrativo remitido por el juzgado instructor y los

documentos originales remitidos a esta A Provincial por el Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra a instancia de la defensa de los acusados, quedando testimonio en las actuaciones, así como testimonio del acta del Juicio Oral y grabaciones de las sesiones del juicio, a los efectos señalados en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución."

TERCERO.- Los acusados **Arturo y Eugenio recurren en apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha 13 de enero de 2014 dicta Sentencia 3/2014 , cuyo **Fallo** es el siguiente: *"Estimamos parcialmente el recurso planteado por la Procuradora Doña María Jesús González Díaz, en representación de Don Arturo y Don Eugenio contra la Sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado Doña Carmen Lamela Díaz, en la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 29 de mayo de 2013 , revocando la sentencia de instancia en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, que queda establecida en los siguientes términos: 1º) Se condena a los acusados Don Arturo y Don Eugenio como autores de un delito de actividad prohibida a los funcionarios, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena a cada uno de ellos, de multa de nueve meses, con una cuota diaria de veinte euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas que resultaren impagadas, y suspensión para empleo o cargo público por tiempo de dos años, con imposición de costas de la primera instancia. 2º) Declarando las costas de oficio, en este recurso."*

CUARTO.- La Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid con fecha 25 de febrero de 2014 dictó un **Auto aclaratorio** de la anterior resolución, cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente: *"Aclarar la sentencia dictada con fecha 13 de enero de 2014 , manteniendo la imposición de costas en primera instancia a los acusados, con exclusión de las acusaciones populares. Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévese testimonio a los autos principales."*

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de los procesados **Arturo y Eugenio** , que se tuvo 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.

SEXTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación legal de los procesados Arturo y Eugenio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: 1º.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo



preceptuado en los arts. 849.1 y 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.2 de la CE por vulneración de los arts. 52.1 A) y 53 de la LOTJ (con inclusión de extremos favorables en le objeto del veredicto). **2º.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo preceptuado en los arts. 849.1 t 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 de la CE por vulneración de los arts. 52.1 a) y 53 de la LOTJ

(no inclusión de los hechos concretos objeto de acusación en la proposición del veredicto). **3º.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo preceptuado en los arts. 849.2 y 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial establecido en el art. 24 de la CE por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en todos los documentos y testimonios que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **4º.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo preceptuado en los artículos 849.1 y 852 de la LECrim . en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la CE , en concreto por vulneración de un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial, al haberse vulnerado el principio acusatorio por haberse condenado por un delito distinto del que fue objeto de acusación. **5º.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo preceptuado en los artículos 849.1 y 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la CE por vulneración del principio de tipicidad al no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del art. 441 del C. penal . **6º.-** Por infracción de precepto constitucional y al amparo de lo preceptuado en los artículos 849.1 y 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la CE por no aplicación de los artículos 130 , 131 y 132 del C. penal sobre prescripción.

7º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo preceptuado en los artículos 849.1 y 852 de la LECrim ., en relación con el art.

5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la CE por la no aplicación de la circunstancia atenuante del art. 21.6 del C. penal de dilaciones indebidas muy cualificada.

8º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.4º de la LECrim ., en relación con los arts. 52 y 53 del la LOTJ por denegación por parte de la Presidente del Tribunal del Jurado de incluir extremos favorables a los recurrentes que fueron formulados en el objeto del veredicto. **9º.-** Por quebrantamiento de forma la amparo del art. 850.4 de la LECrim ., en relación con los arts. 52 y 53 del la LOTJ por no inclusión en el objeto del veredicto de los hechos concretos objeto de acusación. **10º.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 de la LECrim ., por incongruencia omisiva al no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de juicio. **11º.-** Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por no haber aplicado el tribunal la circunstancia atenuante del art. 21.6 del C. penal de dilaciones indebidas como muy cualificada. **12º.-** Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por no aplicación de los artículos 130 , 131 y 132 del C. penal sobre prescripción.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 22 de octubre de 2014, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los acusados Eugenio y Arturo frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, constituida como Tribunal del Jurado, y les condenó como autores de un delito «de actividad prohibida a los funcionarios», con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena, a cada uno de ellos, de nueve meses de multa, a razón de una cuota diaria de veinte euros, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años, y costas procesales, frente a cuya resolución judicial han formalizado conjuntamente este recurso de casación, cuyo análisis procedemos a realizar a continuación.

SEGUNDO.- Estudiaremos los motivos primero, segundo, octavo y noveno que, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncian por la vía de la vulneración de un proceso con todas las garantías, a que se refiere el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , con cita expresa de los arts. 52 y 53 de la



LOTJ la no inclusión de los extremos favorables que se indicarán en el objeto del veredicto y por la no inclusión de hechos concretos de la acusación en la propia proposición del veredicto al Tribunal del Jurado.

Como es de ver en el acta suscrita a fecha 27 de mayo de 2013 (folios

555 y siguientes), tras la elaboración inicial del objeto del veredicto por la Magistrado-Presidente del Jurado, la defensa objetó que «en el veredicto no se incluyen los informes objeto de acusación, con la precisión que han formulado las acusaciones», y también solicitó que se le pregunte al Jurado sobre si los

acusados fueron los autores de tales informes, y otras cuestiones, como que no eran técnicos dependientes del Ayuntamiento, que no tenían despacho ni horario, que no percibían ingresos por parte de tal Corporación municipal, si los informes eran o no obligatorios, y si con ellos habían obtenido, o no, ventajas particulares.

Tales pretensiones fueron denegadas, y ello -según consta literalmente en el citado Acta- porque «en cuanto a la especificación de si deben constar o no los informes concretos objeto del procedimiento, estima [la Magistrado- Presidente] que no es necesario, porque por las acusaciones se están incluyendo esos informes, que son los que se enseñaron y sobre los que versa la acusación. Lo cual no quiere decir que tengan que estar dentro del objeto del veredicto».

La defensa formuló la oportuna protesta, interponiendo el correspondiente motivo ante el Tribunal Superior de Justicia que fue desestimado y que ahora reproduce ante esta Sala Casacional.

El art. 52.1, en su apartado a) de la LOTJ dispone, en lo que al objeto del veredicto se refiere, que han de narrarse «en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados o no, diferenciando entre los que fueren contrarios al acusado y los que resultaren favorables. No podrá incluir en un mismo párrafo hechos favorables y desfavorables o hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no».

Tiene razón la parte recurrente en cuanto mantiene que el contenido sustancial de los informes debió ser incluido en el objeto del veredicto, al menos citando las fechas de los cuatro informes que la Magistrado-Presidente describe en la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia

Provincial, pero si tomamos en consideración, como efectivamente expone citada Presidenta, que tales documentos fueron reiteradamente mostrados al Jurado, que éste conocía perfectamente cuál era el objeto de la litis -los hechos justiciables-, que fueron ampliamente debatidos en el juicio oral, hemos de convenir que carece de cualquier medida de proporcionalidad, y éste - desde luego- es un parámetro con el que se han de enjuiciar los derechos fundamentales, ordenar la repetición del juicio, cuando el veredicto del Jurado fue claro al respecto, y el juicio se celebró con todas las garantías. No tendría sentido, decimos, volver a celebrar el juicio para exponer a los nuevos jurados el contenido de unos documentos que ya fueron mostrados a los anteriores, y sobre el que versó toda la problemática del proceso. En suma, cuando el Tribunal del Jurado declaró la culpabilidad de los acusados sabían perfectamente a qué informes nos estamos refiriendo.

En efecto, en el acta de fecha 27 de mayo de 2013 (folios 570 y siguientes), cuando por la Magistrado-Presidente se procede a la entrega a los Jurados del escrito objeto del veredicto, ya se les informa -con toda claridad- que *«tendrán a su disposición la prueba documental, que incluye los expedientes de la Unidades 5 y 7, así como los informes que se han exhibido en el procedimiento».*

Claramente, por consiguiente, queda constatado que los miembros del Tribunal Popular conocían sobradamente el contenido de los informes litigiosos.

Pero a mayor abundamiento, cuando la Magistrado-Presidente les instruye acerca del delito que se está imputando a los acusados, les explica que éstos son arquitectos honoríficos del Ayuntamiento de Guadalix - lo que es un hecho admitido por todos-, y que como tales debían informar determinados

asuntos, concretamente y en cuanto al proyecto de unidades de ejecución 5 y 7, lo que se les está imputando es la falta de imparcialidad; añade que el tipo exige que los acusados conociesen su incompatibilidad para realizar esos proyectos a través de la empresa MDS, no siendo necesarias consecuencias lesivas para la Administración. En suma, «si se considera que se ha informado en un expediente y después se ha utilizado esa situación para realizar el proyecto a título privado, se incurre en ese tipo delictivo».

Finalmente, el Tribunal del Jurado les declaró culpables del hecho de haber realizado proyectos privados y al mismo tiempo de haber emitido informes en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de dichos proyectos, conociendo la incompatibilidad para hacerlo.

En consecuencia, aunque no incluidos los informes firmados los días



24 de mayo y 21 de junio de 2006 por el acusado Eugenio y los correspondientes a las fechas de 5 de agosto y el 1 de septiembre de 2006, rubricados por Arturo , es lo cierto que la Magistrado-Presidente explicó en su Sentencia que se trataban de informes técnicos de ordenación urbana, estos mismos informes constan en la causa, y el objeto del debate giró en torno a ellos, sin que pueda ser puesta en duda su autoría, por haber sido reconocidos por los acusados durante la instrucción, de cuya contradicción tuvo el Jurado suficiente conocimiento, para llevar a cabo su valoración probatoria, y de la abundante prueba testifical que se practicó en el plenario, el Jurado llegó a la conclusión de que eran los autores de tales informes, los que suscribieron en su condición de arquitectos honoríficos del expresado Ayuntamiento, y su incompatibilidad al respecto.

Los demás aspectos propuestos no eran necesarios para el tipo penal finalmente aplicado, como veremos más adelante. No se ha de tratar sobre la

obligatoriedad de los informes, porque ello no forma parte del delito que se describe en el art. 441 del Código Penal , que únicamente exige llevar a cabo una actividad profesional o un asesoramiento, y después informar o resolver sobre tales extremos, incumpliendo el deber de imparcialidad, y desde luego con ese actuar desempeñar actividades prohibidas a los funcionarios públicos.

Ni se exige daño a la causa pública ni resultado perjudicial alguno. Simplemente la prohibida intervención por razones de imparcialidad, con la debida separación entre lo privado y lo público.

Del propio modo, el tipo por el que han sido condenados los acusados por el Tribunal Superior de Justicia ha sido el art. 441 del Código Penal , no exige aprovechamiento alguno de la actividad denunciada para procurarse participación directa o indirecta, luego tal inclusión resultaba a la postre innecesaria, por lo que sería un contrasentido anular el objeto del veredicto para incluir tal proposición que no iba a resultar necesaria para conformar los elementos del tipo.

Aun así, no podemos dejar de poner de manifiesto que cuando se informa, en la vertiente pública que se ostenta, favorablemente, un proyecto privado que los acusados han realizado en su actividad profesional, el aprovechamiento es inherente a esa actuación, pues impulsa un trámite hacia la aprobación final del mismo, y en tal sentido, se obtiene un beneficio de la consecución favorable de dicho trámite.

Como dice el Ministerio Fiscal, la delimitación del objeto del veredicto ha de abarcar todos los elementos fácticos con cuya presencia cabe tener por cometido el delito, pudiéndose prescindir de todos aquellos elementos cuya ausencia no evita la aplicación del tipo. Parece, por tanto, poco comprensible

exigir decisiones al Jurado sobre enunciados que, aislados, carecen de significado penalmente relevante. En este sentido, nuestra STS 2389/2001, de 14 de diciembre .

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el motivo tercero, por igual cauce impugnativo, se invoca la vulneración de la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2 de nuestra Carta Magna).

En su desarrollo, la parte recurrente pretende una revaloración de la actividad probatoria, que no es posible en esta extraordinaria instancia casacional. Por lo demás, sobre la identidad de los informes objeto de acusación, no existe duda alguna que fueron suscritos por los acusados en su condición de arquitectos municipales, consta en todos su firma, incluso en dos de ellos (de 5 de agosto y de 1 de septiembre de 2006) el escudo (en todas las hojas) del Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, se trata en todos los casos de informes técnicos, y están suscritos por Arturo , bajo la antefirma de «El Arquitecto Municipal». En el caso de Eugenio , bajo la mención de «Los Servicios Técnicos», y ambos documentos- informes, de fechas 24 de mayo y 21 de junio de 2006, tienen estampado un sello oficial del propio Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, que reza "SERVICIOS TÉCNICOS", que cubre la propia firma de este último acusado. Se trata en ambos casos de informes técnicos, obsérvese -por solamente citar un aspecto- que comienzan señalando -los de 24 de mayo y 21 de junio de 2006-, que ante la *solicitud* de licencia de obras, «se debe *aprobar* la iniciativa para la ejecución directa mediante el sistema de compensación de esta unidad de ejecución», o «que procede la aprobación...», y en otro informe «la aprobación definitiva del Proyecto aportado». Igualmente, el carácter técnico de los

informes de 5 de agosto y 1 de septiembre de 2006, se encuentra fuera de toda duda.

Y si no se practicó prueba pericial caligráfica fue consecuencia de la asunción por ambos acusados de su autoría durante la instrucción sumarial. En el acto del plenario, lo negaron, pero se incorporó el testimonio de su previa declaración. La LOTJ permite en su art. 46.5 tanto al Ministerio Fiscal, como a los letrados de la acusación y a los de la defensa, que puedan interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Y conforme a dicho precepto se procedió en este caso.



Por lo demás, la prueba testifical fue abundante, y salvo el Alcalde que dijo no recordar con exactitud, mostrando evasivas al respecto, la conclusión final no era otra que la autoría de tales informes correspondía a los acusados, por lo demás un aspecto que resulta incuestionable.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El motivo cuarto, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la vulneración del principio acusatorio por haberse condenado por delito distinto a aquel que fue objeto de acusación.

Dice la parte recurrente que el tipo descrito en el art. 441 del Código

Penal es heterogéneo con el acusado, que es el art. 439 del propio Texto legal.

También denuncia que en trámite de instrucción se imputara a los acusados un delito contra la ordenación del territorio, pero esta queja no puede atenderse, toda vez que hemos de precisar que la vulneración del acusatorio se relaciona con el tipo delictivo por el que se ha abierto el juicio oral y es objeto de acusación en conclusiones y el que es objeto de condena, y ello desde la perspectiva de la vulneración del derecho fundamental de defensa. En definitiva, desde la perspectiva constitucional, no existe infracción del acusatorio, si no se ha producido una correlativa vulneración del derecho de defensa, que es el constitucionalmente proclamado. Los derechos no pueden calibrarse bajo perspectivas formales sino materiales. En este sentido, no se producirá vulneración del principio acusatorio, ni puede aducirse indefensión, siempre que el acusado se encuentre informado de lo que se le imputa y pueda ejercer su derecho de defensa sin restricción alguna. Por lo demás, el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales.

Hemos declarado igualmente (STS 1154/2005, de 17 de octubre) con respecto al principio acusatorio, que el mismo se desenvuelve dentro de las siguientes exigencias: a) el juzgador de instancia no puede penar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación; b) menos aún, lógicamente, no puede castigar infracciones por las que no se ha acusado; c) ni por delito distinto al que ha sido objeto de acusación; y d) la prohibición alcanza a la apreciación de circunstancias agravantes o de subtipos agravados no invocados por la acusación. Todo ello con dos excepciones: 1.ª El posible uso de la facultad que el art. 733 LECrim . concede al Tribunal de plantear la tesis y asunción de ésta por cualquiera de las acusaciones; y 2.ª Que el delito calificado por la acusación y el delito calificado por la sentencia sean homogéneos (v. «ad exemplum», las SS. 29 de mayo de 1992 y 10 de junio de 1993). Y, en cuanto a la identidad de los hechos objeto de acusación y de

condena, tiene declarado esta Sala «que si bien la acusación ha de ser precisa respecto del hecho delictivo por el que se formula la pretensión punitiva y la sentencia tiene que ser congruente con tal calificación activa, ello no supone, en modo alguno, que todos los elementos contenidos en el escrito de conclusiones provisionales, o las modificaciones producidas en el juicio oral, con las calificaciones definitivas, tengan que ser igual de vinculantes para el órgano sentenciador, ya que de tales complejos elementos sólo dos son los que ostentan verdadera eficacia delimitadora del proceso y virtualidad vinculatoria de la correlación acusación-condena y, en definitiva, de la congruencia de la sentencia penal: a) un elemento objetivo, el hecho por el que se acusa, o lo que es lo mismo, el conjunto o complejo de elementos fácticos que sustentan la realidad de la existencia de la concreta y pasada infracción delictiva, en vida y perfección, con sus circunstancias modificativas; b) un elemento subjetivo, consistente en la participación del acusado o acusados en tal hecho, lo que les ha conferido la legitimación pasiva» (v. S. 8 febrero 1993). En cualquier caso, aunque «el hecho controvertido y el hecho decidido, aun no habiendo de ser distinto no han de ser necesariamente idénticos, su auténtica esencialidad histórica es lo que importa (v. STS 3 de noviembre de 1995). En suma, pues, como se dice en la Sentencia de 10 de octubre de 1994 y se recuerda en la de 14 marzo de 1996 , «en todo procedimiento, el inculpado tiene derecho a ser informado de la acusación en términos que pueda articular su defensa, pues tal derecho viene consagrado, conjuntamente, por el art. 24.2 CE , por ser una exigencia del principio de contradicción, guardando estrecha relación con el principio acusatorio ("nemo iudex sine actore"), como exigencia de la proscripción de toda indefensión decretada en el art. 24.1 de la Constitución Española ».

Desde el plano de la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio acusatorio cuya violación denuncia aquí el recurrente exige la exclusión de

toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir, «en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista *identidad del hecho punible*, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la *homogeneidad* de los delitos objeto de condena y objeto de acusación» (v. SSTC núms. 134/1986 y 43/1997).



Por lo que nosotros hemos declarado sobre la cuestión aquí examinada que «el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado», de ahí que «la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse» (v. STS 7 de diciembre de 1996); y que «el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia» (v. STS 15 de julio de 1991). «Los hechos básicos de la acusación constituyen elementos sustanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa» (v. SSTs 8 febrero 1993, 5 febrero 1994 y 14 febrero 1995, entre otras).

En suma, como se precisa en la Sentencia de 26 febrero 1994, es evidente: «a) que sin haberlo solicitado la acusación, la sentencia no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y, d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal, de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado».

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con base en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión - Sentencias del Tribunal Constitucional 54/1985, de 18 de abril y 17/1989, de 30 de enero -. Constituye asimismo, según el citado Tribunal Constitucional, *el primer elemento del derecho de defensa*, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de cuál hecho se le acusa en concreto - Sentencia 44/1983, de 24 de mayo -. Consiste sustancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - Sentencias 14/1986, de 12 de noviembre, 17/1988, de 16 de febrero y 30/1989, de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los *hechos imputados* para poder defenderse de los mismos - Sentencia 170/1990, de 5 de noviembre -.

Requiere una base fáctica en su configuración objetivo-subjetiva (el hecho por el que se acusa y la participación del acusado) la que viene a identificarse con el propio objeto del proceso penal, que constriñe al Tribunal,

que no puede introducir un hecho nuevo perjudicial al acusado, que no figurara previamente en el escrito acusatorio - Sentencias 766/1998, de 22 de mayo y 896, de 23 de junio, entre otras-.

QUINTO.- Desde el plano constitucional (destacamos la STC nº 4, de

14 de enero de 2002) en la que se analiza en profundidad el principio acusatorio, señalando que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. Ahora bien, por "cosa" en este contexto 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 hechos sino también sobre su calificación jurídica", tal como se ha sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio y 225/1997, de 15 de diciembre. En la última sentencia citada se ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el principio acusatorio y el derecho de defensa al señalar que "el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de "contestación" o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso" (STC 53/1987, FJ 2). Así pues, "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia" (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3;

95/1995, de 19 de junio, FJ 2, y 36/1996, de 11 de marzo. "De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal "vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la



acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse" (STC 205/1989 , FJ 2; reiterado en la STC 161/1994 " (STC 95/1995 , FJ 2).

En la STC 225/1997, de 15 de diciembre , se añadía que: "sin embargo, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación *no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio* . No existe infracción constitucional si el juez valora los hechos "y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986 , recogiendo doctrina anterior), siempre, claro es, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso" (STC 10/1998 , FJ 2). En este sentido, "el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación" que en la acusación se verifique (STC11/1992 FJ 3)".

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también *per se* la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. Pues son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro

de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse. Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando este aspecto genérico sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo.

Es claro, pues, que el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial, no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva criterios formales, sino que esencialmente utiliza el criterio de la *proscripción de la indefensión*, de suerte que el verdaderamente importante y decisivo es que el hecho que configure los tipos penales sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos que integran el delito objeto de condena

En este sentido, recuerda la STS de 28 de enero de 1.994 , establece un complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí - principio acusatorio, de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión- lo que se traduce en la exigencia de que entre la acusación y la sentencia exista una relación de identidad del hecho punible, de tal forma que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminal, de manera que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole que pueda exceder de los términos en que ha sido formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de la misma y sobre los cuales el acusado no haya tenido oportunidad de defenderse a no ser que el Tribunal sentenciador los haya introducido en el debate por el cauce al efecto establecido en el art. 733 de la Ley Procesal Penal .

En la misma línea se expresaba nuestra STS de 4 de mayo de 2001 al destacar la vigencia en el proceso penal del principio acusatorio como exigencia derivada de las garantías procesales y de la proscripción de toda indefensión que se expresan en el art. 24 de la Constitución , principio que, por lo demás, tiene un más amplio fundamento en el valor "justicia" como factor superior que informa todo el ordenamiento nacional propio de un estado social y democrático de derecho que se proclama en el art. 1 C.E . (véase la STS de 22 de septiembre de 1.998 , entre otras muchas). Una de las manifestaciones más relevantes del principio acusatorio como esencial garantía de todo justiciable es la necesidad de una correlación entre los hechos imputados por las partes acusadoras y los que la sentencia establece como base material de la condena, de tal manera que el imputado pueda conocer la infracción penal que se le atribuye con suficiente antelación para alegar y proponer prueba, excluyendo toda posibilidad de una condena sorpresiva por algo de lo que no fue acusado y contra lo que no pudo articularse una defensa mínimamente eficaz. Quiere



decirse con ello que el Tribunal sentenciador se encuentra vinculado a la hora de dictar sentencia por los hechos que las partes acusadoras imputan al acusado y que se contienen en la calificación definitiva que, junto a la calificación jurídica de aquéllos, constituyen el ámbito del proceso penal y el objeto del mismo.

SEXTO.- Veamos ahora los tipos penales confrontados, de donde podemos deducir si su estructura es homogénea y si el bien jurídico protegido es el mismo.

El delito inicialmente acusado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares fue el artículo 439 CP . Este delito, está comprendido en el Capítulo IX del Título XIX del Libro II del CP. El Título XIX lleva por rúbrica "Delitos contra la Administración Pública" y dentro de él, el Capítulo IX, "De las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función". En el mismo Título y en el mismo Capítulo se encuentra sistemáticamente ubicado el delito del artículo 441 CP , que fue el finalmente seleccionado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ como título de condena.

Comprobaremos más tarde su homogeneidad, bastando señalar por ahora que el delito objeto de acusación está más gravemente penado que el delito objeto de condena, pues el artículo 439 tiene señalada pena de prisión de 6 meses a dos años y además pena de inhabilitación especial de 1 a 4 años, en tanto que el delito del artículo 441 CP tiene asignada pena de multa de 6 a 12 meses y pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años.

Ambos delitos protegen el mismo bien jurídico protegido y el seleccionado para condenar tiene asignada pena inferior. Como dice el Ministerio Fiscal, es un claro supuesto de homogeneidad relativa descendente.

Veamos los tipos penales en concreto. El art. 439 del Código Penal castiga a la «autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones».

Este delito ha sido modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor a partir del 23-12-2010, sustituyendo la expresión «debiendo informar» por «debiendo intervenir».

Por su parte, el art. 441 del Código Penal , que ha sido finalmente el aplicado, dispone lo siguiente: «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».

Es decir, bajo el mismo bien jurídico protegido, esto es, la imparcialidad de los integrantes de la Administración Pública, y con la finalidad de no llevar a cabo lo que se han venido denominando «zonas de confluencia», sanciona, en realidad, su falta de abstención por la vía penal, pues se comprende dentro de dicho precepto la conducta de aquella autoridad o funcionario que teniendo que informar, hoy (LO 5/2010) *intervenir*, en

cualquier asunto público, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones (art. 439).

Esto es, se trata de obtener por parte del funcionario un aprovechamiento -que la ley lo denomina «forma de participación»- mediante el informe o la intervención en asuntos de toda clase, con tal que sean de su incumbencia pública. Mientras que el tipo previsto en el art. 441 del Código Penal castiga al funcionario que, fuera de los casos legales (elemento atinente a la antijuridicidad material), realice una actividad profesional (o un asesoramiento) al servicio de una entidad privada, en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo (en el caso, mediante informe) en la oficina de la que dependa.

Como es de ver, la homogeneidad es patente, y los tipos penales se encuentran muy próximos entre sí, de tal forma que este último es el más general, mientras que el 439 requiere específicamente el aprovechamiento que en el 441 no se exige.

El Tribunal Constitucional no exige la igualdad de tipos, sino la homogeneidad, y descendente, es decir, que sea de menor entidad punitiva el aplicado que el acusado.

Es por ello que desde la perspectiva al derecho a un proceso con todas las garantías, no podemos perder de vista, como dice el Ministerio Fiscal, que en los hechos recogidos en el escrito de acusación por el delito más grave y homogéneo del artículo 439 CP se contenían todos los elementos del delito objeto de condena: la condición de funcionarios públicos, la realización de una actividad profesional en beneficio de una entidad privada y la ejecución a favor



de ésta de un proyecto sobre cuya aprobación tenían que intervenir como funcionarios en el trámite de su convalidación y aprobación. Todos y cada uno de los elementos objetos de condena se hallaban comprendidos, por tanto, en el delito objeto de acusación. Y sobre todos ellos existió un debate pleno y una posibilidad absoluta de defensa y contradicción. En cuanto a la objeción de que "podrían no haber intervenido como arquitectos municipales en la tramitación del expediente de aprobación de los proyectos de ejecución", se soslaya fácilmente pues, sobre el hecho incontrovertible de que intervinieron, el tipo mixto considera cumplido alternativamente este requisito igualmente cuando "el asunto en el que se intervino era de aquellos que tuvieran que tramitarse, informarse o resolverse en la oficina o en el centro en que estuvieran destinados". Y sobre este extremo, aprobación de los proyectos de ejecución por el Ayuntamiento del que formaban parte, nadie tenía duda y fue objeto de debate en el juicio con perfecta contradicción.

SÉPTIMO.- El Tribunal Constitucional ha declarado, por otro lado, que no existe infracción constitucional cuando el juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero, F. 2 ; 225/1997, de 15 de diciembre, F. 3 ; 4/2002, de 14 de enero, F. 3 ; 71/2005, de 4 de abril, F. 3 ; 266/2006, de 11 de septiembre, F. 2).

A ello responden los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, esto es, a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilita *per se* la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/1997, de 15 de diciembre, F. 3). Y por eso ha afirmado

que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse en un debate contradictorio con la acusación (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, F. 4 ; 278/2000, de 27 de diciembre, F. 18 ; 170/2002, de 30 de septiembre, F. 3 ; 189/2003, de 27 de octubre, F. 2 ; 145/2005, de 6 de junio, F. 3 ; 262/2006, de 11 de septiembre, F. 3).

Como resumen, el juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un *delito homogéneo* con el que fue objeto de acusación y *siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad*. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la Sentencia sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre, porque exista «identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia» (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, F.

3; 302/2000, de 11 de diciembre, F. 2; 118/2001, de 21 de mayo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3; y 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

OCTAVO.- En el motivo quinto, formalizado por vulneración constitucional, se cuestiona la incardinación delictiva de los hechos declarados como probados en el ámbito del art. 441 del Código Penal. En realidad, el planteamiento del motivo es similar a la vía de infracción de ley del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De la resultancia fáctica resulta que los dos acusados eran Arquitectos honoríficos del Ayuntamiento; al mismo tiempo, arquitectos particulares que trabajaban como tales en la entidad «MDS Arquitectos SL» de la que eran socios y coadministradores. Sigue narrando el *factum*, que como arquitectos particulares elaboraron los proyectos de urbanización de las unidades de ejecución 5 y 7 de Guadix de la Sierra,



justamente el Ayuntamiento en que estaban integrados como arquitectos honoríficos. Los proyectos los elaboró materialmente Arturo , pero el Jurado también declaró culpable a Eugenio de "haber realizado proyectos privados y al mismo tiempo de haber emitido informes en la tramitación administrativa de aprobación y ejecución de dichos proyectos, conociendo la incompatibilidad". Como acertadamente destaca el Fiscal en esta instancia casacional, esto es

importante: también Eugenio participó en la elaboración de los proyectos privados de ejecución y urbanización en cuya aprobación igualmente intervino. Finalmente, en el tipo subjetivo, los hechos probados declaran que ambos acusados actuaron en todo momento conociendo la incompatibilidad de actuar como arquitectos privados y como arquitectos honoríficos del Ayuntamiento en el mismo término municipal según la normativa *del Colegio* (debió indicarse, sin embargo, la norma de incompatibilidad pública, pero esta era claramente concurrente), siendo conscientes de la existencia de un conflicto de intereses privados y públicos.

Como dice el Ministerio Fiscal en su impugnación, al que seguimos, desde esta perspectiva fáctica es evidente que concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicado del artículo 441 CP .

El tipo del artículo 441 CP es de mera actividad y describe una conducta en la que se sanciona, como proclama la STS de 19.I.2001, «el incumplimiento de los deberes de abstención e incompatibilidad por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que debe exigirse a la Administración y por tanto a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que, no se olvide, aparece como uno de los elementos definitorios de la actuación de la Administración en el artículo 103 CE ».

La STS de 23.9.2002 expresa que «este delito, por otra parte, no requiere que el autor haya producido un daño diverso del jurídico, que consiste en la infracción del deber de abstención, toda vez que se trata de un tipo penal que protege la transparencia del ejercicio de la función y la imagen de la administración».

Se está en presencia de un delito que forma parte de los llamados "delitos de infracción de deber" que evidencian singularmente la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición de garante respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. Véase en este sentido la STS de 19.1.2001 (ya citada).

En el caso, no es que asesorasen, sino más allá, realizaron una actividad profesional para una entidad privada, que lo era «MDS Arquitectos SL», de su propiedad y administrada por los acusados, "realizando para ella actividades profesionales de elaboración y redacción de proyectos de urbanización" de manera consustancial a su labor profesional. En esa condición realizaron los proyectos de urbanización correspondientes a las Unidades de ejecución 5 y 7 correspondientes al área municipal del Ayuntamiento al que pertenecían como arquitectos municipales (honoríficos).

El artículo protege, en suma, el prestigio y la imparcialidad objetiva de la Administración, y en tanto que es un delito de infracción de deber, lesiona los deberes de abstención y exclusividad, al igual que los principios de legalidad e imparcialidad del artículo 103 CE .

Es igualmente delito especial propio, porque no posee figura común para el *extraneus*, desde el momento en que sólo la autoridad o funcionario público que conoce de un asunto por razón de su cargo o que pertenece al centro directivo en que se tramita o resuelve el mismo puede violar ese personalísimo deber de abstención, imparcialidad y exclusividad.

El delito se consuma, como consecuencia de la realización de la actividad de asesoramiento o actuación profesional por el autor cualificado, sin necesidad de que exista un concreto peligro, que el legislador no ha querido llevar al tipo como elemento normativo, ni tampoco un peligro abstracto, pues la *ratio essendi* de la incriminación de la conducta, no es el riesgo de que el interés público se vea sacrificado por el privado, sino directamente la infracción de los deberes de incompatibilidad, abstención y exclusividad.

Como se sigue de la STS de 1.2.1999 , los requisitos del tipo del artículo 441 CP , son los siguientes:

- a) Ser funcionario público que con arreglo al régimen de incompatibilidad no puede desarrollar las actividades que se describen en la norma penal.
- b) Realizar un asesoramiento permanente o accidental o actuación profesional al servicio de entidades privadas en asuntos sobre los que deba actuar, haya actuado o deban resolverse e informarse en su centro directivo.
- c) Esta modalidad delictiva no exige un especial móvil sino que basta con la conciencia de que se está comprometiendo la rectitud e imparcialidad de la función pública.

La STS de 11.7.2008 también declara que "al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que



sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el

denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (arts. 9.1 y 103 CE .), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Igualmente debemos destacar que el tipo es mixto alternativo, no sólo en la descripción de la acción típica, que puede ser tanto "asesorar" como "ejercer una actividad profesional", sino también en la conexión del asesoramiento o actividad profesional con la función, pues ambas modalidades serán típicas, si las realiza una autoridad o funcionario público, tanto en relación con "asuntos en que se haya intervenido", como en relación con "asuntos en que se haya de intervenir", o finalmente en relación con "asuntos que sean de los que se resuelven, tramiten o decidan en la oficina o el centro directivo al que pertenecen".

En nuestro caso, el deber de incompatibilidad y prohibición estaba sancionado a nivel orgánico en las normas colegiales y fue confirmado por el informe del Vicesecretario del Ayuntamiento sobre la manifiesta incompatibilidad de los acusados que articularon los intereses públicos en beneficio de los privados. La Ley 30/1992, el RD 2568/1986; el RD 2187/1978 y la Ley 9/2001 destacan igualmente esa incompatibilidad. En el mismo sentido la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades al servicio del personal de las Administraciones públicas, en relación con el artículo 145 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 10 de abril .

El bien jurídico protegido es la transparencia de la actuación de los funcionarios públicos dentro de la Administración pública. El tipo subjetivo

viene constituido por el dolo, conocimiento y voluntad de que se asesora o actúa profesionalmente en relación con un asunto que, en nuestro caso, debía resolverse y aprobarse en el propio Ayuntamiento al que pertenecían los acusados. Tan es así que ellos mismos como arquitectos municipales intervinieron en la tramitación administrativa de aprobación de los proyectos de ejecución que como arquitectos privados habían elaborado. Sólo es punible la conducta dolosa. Cabe el dolo eventual, lo que convierte en dolosa la conducta de quien asume la posibilidad de que el asunto en el que asesora o actúa sea más que probable que se acabe decidiendo por la oficina o centro directivo al que pertenece el funcionario. La consumación se produce en el momento mismo del asesoramiento o actuación profesional en un asunto del que se sepa que en su etapa de control administrativo haya de resolverse en el centro directivo u oficina a los que pertenece el funcionario.

Todos los aludidos requisitos se cumplen en el caso enjuiciado, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

NOVENO.- En los motivos, sexto y duodécimo, se pretende la estimación de la prescripción de la acción.

Los trabajos privados fueron de 2006. De 2006 fueron también los informes públicos, el último de ellos de septiembre. La denuncia se presentó en el mes de abril de 2007 y fue admitida a trámite ese mismo mes. Tal acto contiene los elementos esenciales para su determinación delictiva, y consiguiente aptitud para interrumpir la prescripción, pues identificaba a los acusados y narraba la incompatibilidad, en ella se decía que realizaban proyectos, licencias y desarrollos urbanísticos a través de su empresa MDS y

posteriormente informaban como técnicos municipales en los mismos, refiriéndolo todo al año 2006 y al Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra. Por tanto, no hubo prescripción, pues ésta quedó interrumpida en 2007 y el plazo prescriptivo del artículo 131 CP era, el vigente a los hechos, de 3 años.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

DÉCIMO.- En los motivos, séptimo y undécimo, se reclama la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, que ya ha sido apreciada, con el concepto de muy cualificada.

Si bien es cierto que el lapso temporal es considerable, puesto que la denuncia se presentó en abril de 2007 y se tardó seis años en juzgar a los acusados, no es menos cierto que la atenuante ya se ha entendido concurrente, y ésta requiere «la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa» (este es el texto actualmente vigente del art. 21-6ª del Código Penal). Luego no se ha producido infracción de ley en cuanto a su declarada concurrencia. La conceptualización como muy cualificada requiere una intensidad de grado mayor, que no puede traducirse en este caso en donde la complejidad de la causa ha operado de forma directa para el transcurso de tan dilatado plazo, y las penas de multa y de suspensión se encuentran proporcionadas al hecho cometido.

El reproche casacional no puede prosperar.



UNDÉCIMO.- Finalmente, en el motivo décimo se denuncia el quebrantamiento de forma denominado incongruencia omisiva, a que alude el art. 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , poniendo de manifiesto la parte recurrente el carácter preceptivo o facultativo de los informes, siendo así que el tipo delictivo aplicado ha sido el art. 441 del Código Penal , y no el art. 439.

Nuestra jurisprudencia exige que, antes de plantearse este motivo, ha de solicitarse el oportuno complemento a través del cauce previsto en el art. 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

El motivo, pues, ha de ser desestimado.

DUO-DÉCIMO.- Procediendo la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de **Arturo y Eugenio** , contra la Sentencia núm. 3/2014, de 13 de enero de 2014 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín

Luciano Varela Castro Andrés Palomo Del Arco

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julián Sánchez Melgar, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.