

Roj: **STS 3153/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3153**Id Cendoj: **28079120012016100580**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/07/2016**Nº de Recurso: **1774/2015**Nº de Resolución: **613/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Nicolas , Micaela y Purificacion** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, seguida por delito de negociaciones prohibidas a funcionario público; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia; estando dichos recurrentes representados por la Procuradora Sra. Teresa de Jesús Castro Rodríguez. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

## I. ANTECEDENTES

1. - Seguido por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera el procedimiento de La Ley del Jurado número 3/2010, procedente del Juzgado de Instrucción número Uno de Murcia, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se dictó Sentencia, con fecha veintiséis de noviembre de 2014 que recoge los siguientes Hechos Probados:

*"ÚNICO: Nicolas (geólogo, funcionario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y desde el año 2000 Jefe de Sección de Prevención y Control Técnico Ambiental), Victorio (biólogo) y Luis María (delineante), así como Micaela y Purificacion (esposa e hija respectivamente de Nicolas ) tuvieron contactos desde mediados del año 2000 para constituir una sociedad con la intención de beneficiarse aprovechando la mayor facilidad que para determinadas adjudicaciones de los denominados "contratos menores administrativos " tendría Nicolas como Jefe de la Sección antedicha dentro del Servicio de Calidad Ambiental de la Dirección General del Medio Natural (desde el año 2003 Dirección General de Calidad Ambiental), de la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*

El "acuerdo " entre Nicolas , Victorio , Luis María , Micaela y Purificacion consistía en que Nicolas , sin abstenerse, incumpliendo sus deberes y obligaciones como funcionario, emitiría informes (memorias, propuestas, visados, certificaciones, opiniones técnicas, ...), favorables a que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contratase y pagase a la sociedad Thader. Y para ello Nicolas ocultaría a sus superiores y compañeros la relación que mantenía con Thader, lo que se vería favorecido al aparecer como administradores solidarios de la sociedad Victorio y Luis María .

Nicolas como contrapartida, utilizando a su familia (esposa e hijas), se aseguraba una participación en el negocio de Thader, dedicándose Nicolas a favorecer la contratación de aquella actividad privada de consultorio mediante la emisión de tales informes, recibiendo disimuladamente de Thader compensaciones económicas a través de los salarios y reparto de dividendos que obtenía su entorno familiar (sus dos hijas, Purificacion y Brigida , y su esposa).



Con la finalidad de alcanzar el objetivo de beneficio pretendido Nicolas , Victorio y Luis María constituyeron la sociedad THADER CONSULTORÍA AMBIENTAL S.L.L. el 28 de junio de 2001, apareciendo como tercer socio, junto con Victorio y Luis María , la hija de Nicolas , Purificación , al objeto que Nicolas no figurara en la sociedad. Constituyéndose así la mencionada sociedad con un capital social de 3.006 euros (desembolsado por iguales y terceras partes entre los tres socios). Desde el inicio de su actividad social fueron administradores solidarios Victorio y Luis María .

*Constituida la sociedad THADER, Nicolas , con la finalidad de alcanzar el objetivo de beneficio pretendido, sin abstenerse, incumpliendo sus deberes y obligaciones como funcionario, hizo en diversas ocasiones lo siguiente en el ejercicio de su actuación funcional: bien determinó que se incluyera a la sociedad Thader entre las empresas licitadoras que podían aspirar a ciertos contratos menores; bien emitió por escrito Memorias Justificativas para promover la contratación de Thader en ciertos proyectos o asistencias técnicas; bien propuso por escrito y de manera expresa y concreta la contratación de la empresa Thader o la aprobación de contrato o gasto a su favor; bien visó de conformidad, en nombre de la Administración, facturas emitidas por Thader para su posterior aprobación y satisfacción; bien propuso pago de facturas emitidas por Thader; bien emitió certificaciones administrativas relativas a los trabajos contratados con Thader; bien controló en nombre de la Administración la prestación del servicio o de la asistencia técnica que Thader realizaba.*

*Y en concreto Nicolas intervino personalmente en los siguientes expedientes o contrataciones relacionados con Thader (sociedad que actuaba a través de los administradores que se reflejan en cada una de las operaciones) realizando las antedichas labores funcionariales:*

Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente documentación ante la Administración, y la factura n° 20/2001 de 12 de diciembre de 2001, siendo visada ésta por Nicolas : asistencia técnica para la redacción de anexos al estudio de evaluación de impacto ambiental para eliminación de la balsa de estériles mineros Yenny, por importe de 978.000 pesetas -5.877,90 euros-. Además Nicolas emitió una Memoria justificativa y propuso la contratación de THADER (año 2001) .

Nicolas propuso el 13 de marzo de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 6.154 euros para la Asistencia técnica para la redacción del proyecto definitivo de obras de la eliminación y posterior vertido de la balsa Yenny, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 13/2002 de 10 de mayo de 2002 por el referido importe, logrando la posterior satisfacción de dicha cantidad el 25 de junio de 2002 (año 2002) .

Nicolas propuso el 11 de abril de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 11.300 euros para la Asistencia técnica para la realización de estudios previos de calificación ambiental de actividades diversas, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 23/2002 de 5 de julio de 2002 por el referido importe, logrando la posterior satisfacción de dicha cantidad el 7 de octubre de 2002 (año 2002) .

Nicolas propuso el 3 de mayo de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 11.400 euros para la Asistencia técnica para la realización de estudios previos de adecuación ambiental de sectores diversos, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 24/2002 de 5 de julio de 2002 por el referido importe (año 2002) .

Nicolas propuso el 6 de junio de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 11.350 euros para la Asistencia técnica para la realización de estudios previos de calificación ambiental de actividades diversas, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 30/2002 de 3 de octubre de 2002 por el referido importe, logrando la posterior satisfacción de dicha cantidad el 22 de octubre de 2002 (año 2002) .

Nicolas propuso el 8 de noviembre de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 11.700 euros para la Asistencia técnica para la elaboración de protocolo para la mejora continua de calidad ambiental de las explotaciones ganaderas del convenio de adecuación ambiental del sector rumiantes, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 37/2002 de 10 de diciembre de 2002 por el referido importe, logrando la posterior satisfacción de dicha cantidad el 3 de febrero de 2003 (año 2002) .

Nicolas propuso el 8 de noviembre de 2002 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 11.580 euros para la Asistencia técnica para análisis estadístico de la incidencia sobre el medio de contaminantes del sector ganadero, y además visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER n° 42/2002 de 19 de diciembre de 2001 por el referido importe, logrando la posterior satisfacción de dicha cantidad el 17 de febrero de 2003 (año 2002) .



Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 7/2003 de 26 de abril de 2003 y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para la realización del proyecto modificado de obras de eliminación y posterior vertido de la balsa Yenny en Llano del Beal, por importe de 4.600 euros (año 2003) .

Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 11/2003 de 28 de abril de 2003 y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para realización de estudios previos de calificación ambiental de actividades diversas pendientes del ejercicio 2002, por importe de 11.350 euros (año 2003) .

Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 20/2003 de 2 de julio de 2003, por importe de 3.090 euros fue visada de conformidad, en nombre de la Administración, por Nicolas : asistencia técnica para la redacción de la adaptación del proyecto de obras de eliminación y posterior vertido de la balsa Yenny a las exigencias del procedimiento de adjudicación, siendo el importe el anteriormente mencionado en la factura(año 2003).

Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 26/2003 de 30 de octubre de 2003 y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para la realización de estudios previos de calificación ambiental del sector agrario, por importe de 11.500 euros (año 2003) .

Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 28/2003 de 1 de diciembre de 2003, satisfecha a THADER el 29 de diciembre de 2003, y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para revisión de expedientes de calificación ambiental no aprobados, por importe de 11.600 euros (año 2003) . Victorio en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 29/2003 de 2 de diciembre de 2003 y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental del sector industrial, por importe de 11.550 euros (año 2003).

Victorio y Luis María suscribieron formalmente, entre abril y junio de 2004, en nombre de THADER, documentación ante la Administración, y la factura nº 13/2004 de 4 de junio de 2004 fue firmada por Luis María , siendo visada ésta por Nicolas : asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental del sector industrial, por importe de 11.650 euros (año 2004).

Victorio y Luis María suscribieron formalmente, entre abril y junio de 2004, en nombre de THADER, documentación ante la Administración, y la factura nº 14/2004 de 4 de junio de 2004 fue firmada por Luis María , siendo visada ésta por Nicolas : asistencia técnica para apoyo de dirección de obra de la balsa Yenny para cubicación del material extraído y transportado, por importe de 11.800 euros (año 2004) .

Nicolas propuso el 25 de octubre de 2004 en memoria justificativa la contratación de THADER por la suma de 8.800 euros para la redacción del proyecto y apoyo técnico a la dirección de obra en el proyecto de obras de eliminación de la balsa Yenny Fase 11, proponiendo, además, orden de pago por dicho importe en favor de THADER el 25 de octubre de 2004, logrando que la aprobase su superior, y también visó de conformidad en nombre de la Administración la factura de THADER nº 37/2004 de 10 de noviembre de 2004 por el referido importe, oferta y factura firmadas por Luis María , proponiendo el 17 de noviembre de 2004 su aprobación y pago (año 2004) .

Luis María en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 14/2005 de 11 de abril de 2005 y que fue visada por Nicolas el 13 de abril de 2005: asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental del sector industrial, por importe de 11.650 euros (año 2005).

Luis María en nombre de THADER suscribió formalmente documentación ante la Administración, y la factura nº 27/2005 de 21 de junio de 2005, siendo visada ésta por Nicolas : apoyo de dirección de obra de la balsa Yenny para cubicación del material extraído y transportado, por importe de 11. 800 euros (año 2005) . - Luis María en nombre de THADER suscribió formalmente la documentación ante la Administración y la factura correspondiente nº 28/2005 de 21 de junio de 2005 y que fue visada por Nicolas : asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental del sector agrario, por importe de 11.700 euros (año 2005).

Luis María en nombre de THADER suscribió formalmente documentación para la contratación ante la Administración y la factura nº 40/2005 de 9 de diciembre de 2005, siendo visada ésta por Nicolas : asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental del sector agroalimentario, por impone de 11.750 euros. Nicolas , además, como Director del Proyecto, certificó el 12 de diciembre de 2005 el importe del



trabajo ejecutado y enunciando que se cumplían los requisitos legales del artículo 103 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato(año 2005) .

Luis María en nombre de THADER suscribió formalmente documentación para la contratación ante la Administración y la factura nu 41/2005 de 9 de diciembre de 2005, siendo visada ésta por Nicolas : asistencia técnica para la realización de expedientes de calificación ambiental de la construcción y afines, por importe de 11.850 euros. Nicolas , además, como Director del Proyecto, certificó el importe del trabajo ejecutado, lo acreditado y el cumplimiento de los requisitos legales del artículo 103 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del pliego de cláusulas administrativas (año 2005) .

Nicolas no realizó o dirigió ningún tipo de influencia, sugerencia, indicación, presión o manifestación a sus superiores y/o compañeros para favorecer la contratación de la administración autonómica con la sociedad Thader.

*Victorio (biólogo), Luis María (delineante) y Purificacion (estudiante de Biología) constituyeron la sociedad THADER CONSULTORÍA AMBIENTAL S.L.L. el 28 de junio de 2001, siendo uno de los eventuales clientes de Thader la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dado el objeto social de la sociedad y la competencia de la administración autonómica en el ámbito medioambiental. Desde el inicio de la actividad social de Thader fueron administradores solidarios Victorio y Luis María .*

*THADER CONSULTORÍA AMBIENTAL S.L.L., tuvo una ampliación de su capital social el 9 de noviembre de 2001 en la cantidad de 38.418 euros, hasta llegar así a los 41.424 euros/participaciones (ampliación que fue desembolsada por partes iguales por los tres socios Victorio , Luis María y Purificacion ). Y se mantuvo con esa denominación y razón social hasta el 6 de abril del año 2004, momento a partir del cual pasó a denominarse THADER CONSULTORÍA AMBIENTAL S.L. (al perder su condición de sociedad laboral).*

*Empleadas de THADER fueron en diversos periodos de tiempo, percibiendo por ello retribuciones acordes con sus horas de trabajo (media jornada):*

- Micaela (esposa de Nicolas y madre de Purificacion ): de mayo de 2002 a septiembre de 2007,
- Purificacion : de enero de 2005 a mayo de 2006, y
- Brigida : de enero de 2005 a mayo de 2006.

*Como socia de THADER Purificacion recibió dividendos.*

*El 27 de julio de 2004 Luis María compró las participaciones de los otros dos socios: Victorio y Purificacion , quedando como único socio y administrador de THADER CONSULTORÍA AMBIENTAL S.L.*

El 9 de marzo de 2005 Luis María vendió de sus 41.424 participaciones 12.842 participaciones a Purificacion y 8.285 participaciones a Micaela .

Nicolas , Victorio , Luis María , Micaela y Purificacion carecen de antecedentes penales ".

2. - Oído el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente se emitió el siguiente pronunciamiento:

*<< Que debo absolver y absuelvo a Nicolas , Micaela , Purificacion , Victorio y Luis María de la acusación contra ellos formulada por delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionario público del artículo 441 del Código Penal ; se declaran de oficio cinco décimas partes de las costas ocasionadas.*

Que debo condenar y condeno a Nicolas como autor responsable criminalmente de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionario público del artículo 439 del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **multa de veinte meses**, con cuota diaria de **30 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y **tres años de inhabilitación especial para cualquier tipo de empleo y cargo público**. Y al pago de una décima parte de las costas.

Que debo condenar y condeno a Luis María como autor responsable criminalmente de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionario público del artículo 439 del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **multa de doce meses**, con cuota diaria de **20 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y **un año y ocho meses de inhabilitación especial para cualquier tipo de empleo y cargo público**. Y al pago de una décima parte de las costas.

Que debo condenar y condeno a Victorio como autor responsable igualmente de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionario público artículo 439 del Código Penal , sin concurrir circunstancias





modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **multa de once meses**, con cuota diaria de **20 €** , con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y **un año y seis meses de inhabilitación especial para cualquier tipo de empleo y cargo público**. Y al pago de una décima parte de las costas.

Que debo condenar y condeno a Micaela como autora responsable criminalmente de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionario público del artículo 439 del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **multa de doce meses**, con cuota diaria de **20 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y **un año y ocho meses de inhabilitación especial para cualquier tipo de empleo y cargo público**. Y al pago de e décima parte de las costas.

Que debo condenar y condeno a Purificacion como autora responsable criminalmente de un delito continuado de negociaciones prohibidas a donado público del artículo 439 del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **multa de diez meses**, con cuota diaria de **10 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y **un año y cuatro meses de inhabilitación especial para cualquier tipo de empleo y cargo público**. Y al pago de una décima parte de las costas.

*Requíranse las piezas de responsabilidad pecuniarias de los cinco condenados, Nicolas , Micaela , Purificacion , Victorio y Luis María , concluidas con arreglo a Derecho al Juzgado de Instrucción N° 1 de Murcia.*

*Una vez alcanzada la firmeza de la sentencia se resolverá sobre la aplicación del beneficio de la suspensión de la pena respecto de las condenadas Purificacion y Micaela , teniendo en consideración en ese momento la voluntad expresada por el Jurado, y siempre que concurren las exigencias legales al respecto.*

*En cuanto a las peticiones de indulto al Gobierno de la Nación con relación a Victorio , Purificacion y Micaela , será cuando se alcance la firmeza de la sentencia, en su caso, que proceda instar esa medida, que será ejercitado por este Tribunal respetando la voluntad del Jurado.*

*Acordar la remisión de copia testimoniada de la sentencia dictada, una vez adquiriera firmeza ésta, al Tribunal de Cuentas, a los efectos que por dicho Tribunal se valore la procedencia de ejercer su competencia en cuanto a los hechos que se han declarado probados>>.*

**3 .-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por los acusados Nicolas , Micaela y Purificacion , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que dictó Sentencia, con fecha veintiséis de mayo de dos mil quince conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

*<<Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Luis María , Victorio , Nicolas , Micaela y Purificacion , contra la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en fecha 26 de Noviembre de 2014 , la que se confirma íntegramente, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta apelación.*

*Frente a esta resolución cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, según el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador dentro de los cinco días siguientes a! de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal>>.*

**4.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Nicolas , Micaela y Purificacion .

**Motivo primero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo .-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 439 CP . **Motivo tercero .-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 439 CP (en exclusiva respecto de Micaela y Purificacion ).

**5 .-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando la inadmisión de los motivos aducidos y su subsidiaria desestimación; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



6.- Realizado el señalamiento para **Vista** el día 11 de mayo del corriente se suspendió la misma a petición del Letrado de la Parte recurrente en virtud del escaso margen temporal entre la citación y la vista señalada.

7.- Realizado nuevo señalamiento para **Vista** se celebró la misma el día veintitrés de junio de 2016. Con asistencia del Letrado de los recurrentes D. Maximiliano Castillo González que informó sobre los motivos de su recurso. La representante del Ministerio Fiscal se ratificó en su escrito de impugnación e informó solicitando la confirmación de la sentencia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los motivos del recurso conjunto reclama la tutela del derecho a la presunción de inocencia aunque más bien incorpora una denuncia por una defectuosa configuración del objeto del veredicto que ha arrastrado al mismo una indeseable consecuencia: el jurado se habría visto empujado a declarar probados no hechos, sino apreciaciones jurídicas, rompiendo así el correcto reparto de espacios funcionales entre el colegio de jueces legos y el órgano judicial.

No se quejan de forma específica los recurrentes de que no existiese prueba (la documental es abrumadora), que es lo que ha entendido el Ministerio Fiscal rebatiendo el motivo mediante el recordatorio de los medios de prueba desplegados durante el juicio. Más bien se denuncia que al hacer decir al jurado que el principal acusado, Nicolas , actuó *sin abstenerse, incumpliendo sus deberes y obligaciones como funcionario*, se estaría sustrayendo del debate jurídico mediante el expediente de llevarlo a la *quaestio facti* un tema que no es probatorio, sino técnico-jurídico.

No le falta razón. No es correcto introducir cuestiones jurídicas en el objeto del veredicto en lo que sería un defecto paralelo y previo a lo que es la *predeterminación del fallo* si pensamos en la sentencia. La inclusión de conceptos jurídicos en el objeto del veredicto sería como el embarazo de la predeterminación del Fallo que vería la luz en la sentencia. Tan rechazable es preguntar al jurado si concurrió *alevosía* en la causación de una muerte, como obligarle a pronunciarse sobre el régimen jurídico administrativo de la recusación y abstención; o, v.gr., sobre si una determinada actuación vulnera una norma medioambiental ( art. 325 CP ). El jurado debe sentar hechos y no valoraciones jurídicas. Puede y debe expresar cómo se desarrolló la acción homicida, o que no se había solicitado autorización previa para una actividad, o que existían vínculos familiares o económicos entre unas personas; pero decidir si esos hechos constituyen *alevosía*; infracción de una norma ambiental; o motivo de abstención es incumbencia del órgano judicial. En armonía con estas reflexiones aquí podría expresar los lazos familiares entre unas y otras personas; sus vinculaciones de amistad o relaciones pactadas; los posibles intereses económicos por parte del funcionario en la empresa beneficiaria de la contratación pública... Pero decidir si todo ello comportaba un deber legal de abstención es valoración jurídica que precisa de unos conocimientos de los que el jurado carecerá normalmente. Y no es necesario conferirles un *curso acelerado* sobre la materia -en feliz comparación usada en la vista por la dirección letrada de los recurrentes- para que puedan resolver sobre ese punto. Era por tanto ciertamente impropio esa mención del objeto del veredicto.

Ahora bien, de su inclusión en el veredicto no se deriva indefensión. Desde el punto de vista de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva ninguna consecuencia puede anudarse a esa incorrección certeramente identificada en el recurso; como tampoco -y retomamos el paralelismo antes insinuado- determinaría la nulidad de la sentencia el uso de un concepto jurídico predeterminante en el hecho probado cuando, suprimido el mismo, subsiste una descripción fáctica completa y suficiente para realizar la subsunción jurídica. Hablar de *robo con escalamiento* en el hecho probado no comportará la nulidad si antes el *factum* ha descrito la forma de acceder al lugar donde se encontraban los objetos sustraídos expresando que el sujeto se encaramó por un muro que se elevaba tres metros por encima del suelo. Por idéntica razón la locución *sin abstenerse, incumpliendo sus deberes y obligaciones como funcionario*, ajena en principio a un hecho probado, resultará inocua si, eliminada mentalmente, permanece idéntica subsunción jurídico penal.

Así sucede aquí.

De una parte, que el jurado haya declarado probado ese incumplimiento del deber de abstención no limita la capacidad de discrepar jurídicamente de tal aseveración pues no es un dato fáctico, sino una valoración jurídica, una opinión jurídica que en boca del jurado no vincula al Tribunal que está habilitado para cuestionarla. La cuestionan los recurrentes. Si vamos a rechazar sus argumentos no es porque contradigan lo que consta en el objeto del veredicto. No acarrea esa mención limitación alguna para discutir sobre si existía o no jurídicamente un deber de abstención por parte de Nicolas ; ni mucho menos zanja judicialmente un debate de la doctrina administrativa de la que dos señalados exponentes han sido traídos a colación: una monografía especializada exhibida incluso físicamente durante la vista; y un trabajo especializado específico



que, citado debidamente, invoca en su apoyo el Tribunal de apelación. El debate es interesante, desde luego, pero trataremos de justificar por qué no condiciona la exégesis del art. 439 CP .

En el siguiente fundamento, se explicará, cerrando definitivamente este argumento, que el delito del art. 439 del CP no es una norma penal en blanco que exija una previa infracción administrativa consistente en la violación de un deber legal específico de abstención fijado en una normativa extrapenal, de orden administrativo.

Justamente por eso la mención del objeto del veredicto sobre el deber de abstención **i)** ni limita la capacidad de discrepar con ella en vía de recurso; **ii)** ni impedía que el Magistrado Presidente o el Tribunal de apelación hubiesen llegado a afirmar que no existía ese deber de abstención; **iii)** ni es obstáculo para que en casación pudiéramos llegar a esa conclusión divergente que patrocina el recurso: no existía deber concreto de abstención legalmente establecido. Pero, aunque suscribiésemos esa opinión, perviviría la corrección de la calificación jurídico penal plasmada en la sentencia: que no exista un deber reglado y concreto de abstención no diluye la tipicidad del art. 439 CP . Lo razonaremos enseguida.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo formulado por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim denuncia la indebida aplicación del art. 439 por razones íntimamente conectadas con lo apuntado.

El delito del art. 439, decíamos, no es una norma penal en blanco; no es un precepto vicario de una regulación administrativa. No exige identificar previamente una norma administrativa que imponga de forma precisa el deber de abstención. El núcleo del precepto está en el verbo *aprovecharse*. Habrá actuación reprobable penalmente si el funcionario se *aprovecha* de su condición para beneficiar a una empresa en la que tiene intereses directos o indirectos actuando deliberadamente con la voluntad de poner la función al servicio de esos intereses personales. Por eso puede existir infracción del deber de abstención, incluso palmaria, sin que exista delito del art. 439 CP cuando se constate que no ha existido ese *aprovechamiento*; y, de modo inverso, puede surgir el delito en situaciones en que podría discutirse si las relaciones del funcionario encajaban o no estrictamente en algunas de las causas de abstención, pero en las que ha concurrido ese aprovechamiento del cargo.

Ese es el caso ahora examinado: no puede dudarse -y el jurado no dudó- de que el acusado Nicolas se *aprovechó* de su puesto dentro de la función pública para servir a los intereses de la empresa constituida y con la que mantuvieron una relación directísima, tanto su mujer como su hija. A través de ellas, él mismo tenía patentes intereses en esa empresa, intereses embozados tras sus familiares -según plástica expresión que tomamos prestada del informe oral, sintético pero preciso, de la representante del Ministerio Público-. En la apariencia externa era ajeno a la sociedad; en la realidad material, no. Con eso están cubiertas las exigencias típicas del art. 439 CP , incluso aunque pudiese sostenerse que formalmente no estaba incurso en ninguna de las causas de abstención del art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común . El debate sobre el alcance de cada una de esas causas y su carácter de *numerus clausus* o *apertus* es infecundo a los efectos del art. 439 CP , como viene a razonar el Tribunal Superior de Justicia al desestimar el recurso de apelación interpuesto.

El tipo penal, además, contempla también expresamente el interés camuflado a través de una persona interpuesta.

Se señaló en otro orden de cosas, y se reiteró en la vista oral, que los hechos probados no hablan de *informe*, que es la expresión que utilizó hasta 2003 el art. 439 CP , en fórmula poco atinada que sería sustituida en la reforma de tal año por la más amplia *intervenir*. Tampoco este argumento tiene virtualidad para prosperar. Elaborar memorias justificativas en las que se propone la contratación de una empresa es *informar*. También la acción de *visar* encaja en el concepto material de *informar* (poner el visto bueno a un certificado o documento equivale a informar favorablemente).

#### **Procede desestimar el motivo.**

**TERCERO.-** El art. 849.1º LECrim sirve también de referente al tercero de los motivos afectantes esta vez en exclusiva a Micaela y Purificación , esposa e hija respectivamente del otro recurrente. Siendo el delito del art. 439 un delito especial, solo podría ser autor el funcionario público. Las citadas no lo son.

La premisa es correcta. La conclusión también. Pero falta un matiz: solo puede ser autor en sentido estricto el funcionario público; pero el no funcionario - *extraneus* - no pudiendo ser autor, puede ser cooperador -necesario o no- o inductor, según tesis ya bien consolidada en la jurisprudencia lo que disculpa de recrearse en su justificación. En esos supuestos lo que procederá en su caso es una degradación de la penalidad como autoriza el art. 65.3 CP y como ha hecho efectivamente la sentencia.

La STS 199/2012, de 15 de marzo lo admite expresamente para el delito del art. 439 CP . Es verdad que excluye la responsabilidad del *extraneus*, pero por otras razones: su intervención se concretaba en una omisión que no



era, en el contexto en que se produjo, equivalente a la acción en el sentido del art. 11 CP . Pero aquí, desde esa perspectiva, las cosas se presentan en unos términos radicalmente diferentes: la actuación concertada, tal como reflejan los hechos que el Jurado tuvo por probados, sitúa la conducta en un territorio de colaboración activa que puede ser con justicia catalogada como cooperación necesaria.

**El motivo decae también.**

**CUARTO.-** Habiéndose desestimado íntegramente el recurso procede condenar a los recurrentes al pago de las costas procesales causadas ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

**1.- Declarar no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por **Nicolas , Micaela y Purificacion** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, seguida por delito de negociaciones prohibidas a funcionario público.

**2.- Condenar** a los recurrentes **al pago de las costas** ocasionadas en cada uno de sus recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, 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. Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro **Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco**

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.