

TRIBUNAL SUPREMO.- SALA SEGUNDA

SECCIÓN: 004

SECRETARÍA: ILMA. SRA. D.^a MARIA ANTONIA CAO BARREDO
Causa Especial número 003 / 0020584 / 2017

PROVIDENCIA

Excmos. Sres.

Presidente:

Sr. Marchena Gómez

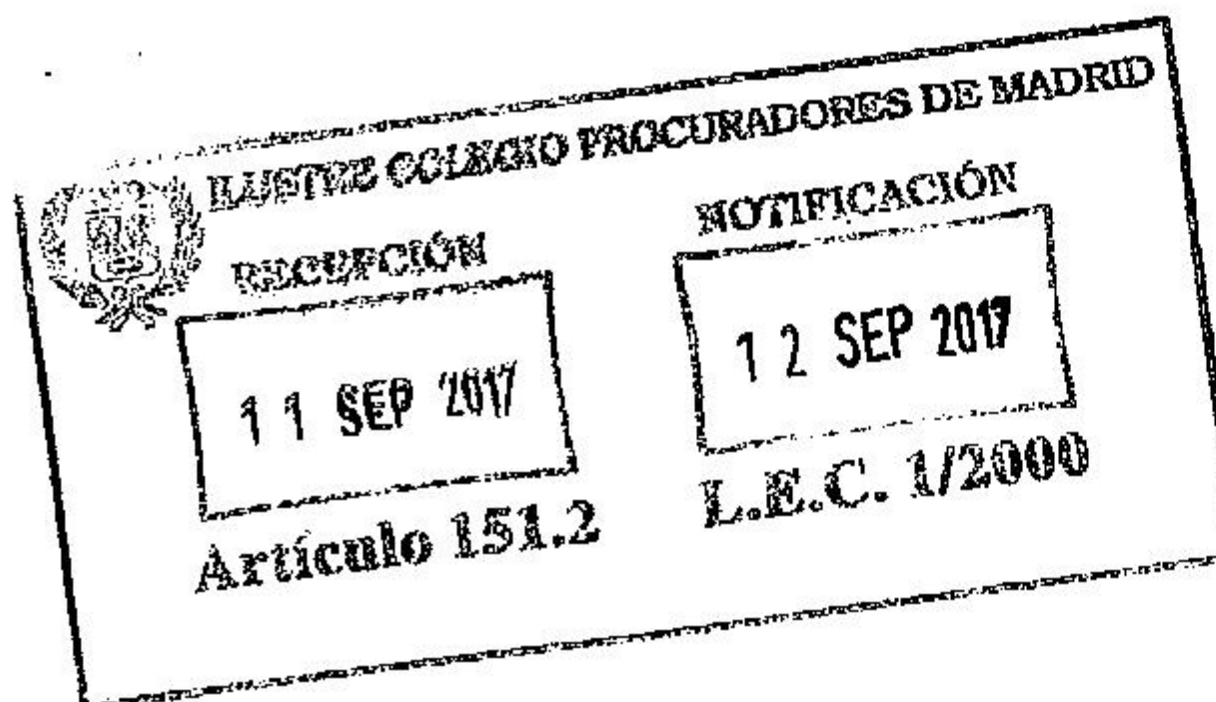
Magistrados:

Sr. Martínez Arrieta

Sr. Monterde Ferrer

Sr. Varela Castro

Sr. Jorge Barreiro



En Madrid, a cuatro de septiembre de dos mil diecisiete.

Dada cuenta. Conforme a lo previsto en el artículo 198 LOPJ y las vigentes normas de reparto de esta Sala, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se acuerda que la Sala que ha de resolver sobre la competencia y ulteriores diligencias que puedan presentarse en esta causa, esté constituida por los cinco Magistrados que se relacionan en el encabezamiento de esta resolución.- El anterior informe del Ministerio Fiscal, únase al rollo de su razón y se tiene por evacuado el traslado conferido. Pasen las presentes actuaciones al Magistrado Ponente Excmo. Sr. DON FRANCISCO MONTERDE FERRER, para que proponga a la Sala la resolución que corresponda.

Lo acordaron los Excmos. Sres. anotados al margen y lo firma el Excmo. Sr. Presidente, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



A LA SALA SEGUNDA
DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Fiscal, despachando el traslado conferido (providencia de 14 de Julio de 2017), a efectos de competencia y contenido, de la querella presentada por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN CONTRATRAMA** (acusación popular) contra el Excmo. Sr. **D. Manuel Moix Blázquez**, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, comparece y dice:

1º) que la **COMPETENCIA** para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos contenidos en la querella corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de acuerdo con el art. **57.1.2º** de la LO del Poder Judicial.

2º) en orden a pronunciarse sobre el **CONTENIDO** de la querella, se sustenta la misma en la atribución de tres tipos delictivos cuyo examen pormenorizado conviene llevar a cabo para determinar si los hechos que se atribuyen al querellado: a) archivo de la denuncia presentada el 8 de Mayo de 2007 por un grupo de vecinos del barrio madrileño de Chamberí contra el entonces Vicepresidente Primero de la Comunidad de Madrid: Ignacio González González; b) el archivo de la denuncia presentada dos años después contra la misma persona por la asociación "Parque sí en Chamberí"; y c) archivo de la querella presentada el día 2 de Marzo de 2010 por la misma asociación y contra la misma persona, pudieran tener encaje en alguno de los tipos delictivos que sustentan la querella que analizamos.

Tales tipos son:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

a) **Prevaricación de funcionario público** del art. 404 CP que sanciona “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

El tipo penal indicado es, sencillamente, inaplicable al relato histórico que se atribuye al querellado, al no concurrir el requisito subjetivo “a sabiendas”, y que sólo se produce cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7).

Nada de esto ocurre en el caso concreto, porque el querellado se limita a recibir la denuncia, la de 8 de Mayo de 2007, ya que como luego veremos, los posteriores archivos se decidieron por un Fiscal distinto, a analizar su contenido, y tras valorar la completa ausencia de un soporte probatorio, siquiera sea indiciario, acordar su archivo de acuerdo con la normativa contenida en las leyes de enjuiciamiento y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Pero es que, además, no se atisba tampoco la concurrencia de ninguno de los requisitos objetivos que la figura penal precisa, es decir, ni las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal lo fueron en “asuntos administrativos”, como exige el tipo penal, sino estrictamente penales: el rechazo de denuncias o querellas, ni tampoco se acredita indicio alguno de “arbitrariedad”, como exige el tipo de la prevaricación, “arbitrariedad” entendida como lo hace esa Sala Penal del Tribunal Supremo, de manera que sólo se lesiona el bien jurídico cuando el funcionario adopta una resolución que contradice claramente un texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, u omite dictar una



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales).

En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del Derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

Por otro lado resulta sorprendente que los querellantes no hayan reparado en que, de los tres archivos que según su relato soportan la querrela, sólo uno de ellos, el archivo de la denuncia presentada el 8 de Mayo de 2007 por un grupo de vecinos del barrio madrileño de Chamberí contra el entonces Vicepresidente Primero de la Comunidad de Madrid: Ignacio González González, resulta protagonizado por el querrellado que, efectivamente, con fecha 4 de Junio de 2007, dictó un decreto de archivo de la denuncia señalada, motivando su resolución en que las denuncias sobre la "no abstención de D. Ignacio González González en la reunión del Consejo de Administración del Canal de Isabel II que decidió la adjudicación de la explotación de las instalaciones deportivas sitas en el depósito de agua del Cana de Isabel II, entre otras, a Tecnoconcret", como hecho supuestamente delictivo, según los denunciantes, "no se sustentan en documentación de ningún tipo que acredite la no abstención y sin perjuicio del valor que tal conducta pudiera merecer, de haberse producido", lo que conduce al "archivo de las citadas denuncias al no estar acreditado, ni siquiera indiciariamente, el dato el dato que se denuncia, ni su relevancia penal", mientras que las decisiones de archivo de la denuncia presentada dos años después contra la misma persona por la asociación "Parque sí en Chamberí" y el archivo de la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

querrela presentada el día 2 de Marzo de 2010 por la misma asociación y contra la misma persona, fueron decisiones adoptadas por el Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior de Madrid, D. Carlos Ruiz de Alegría Madariaga mediante sendos decretos de 6 de Octubre de 2009 y 20 de Mayo de 2010, debidamente motivadas, limitándose el querrellado, en la primera de estas resoluciones, a acordar el archivo de las Diligencias de Investigación abiertas al respecto, y de acuerdo con el criterio del Fiscal que había sido encargado del asunto.

Por otro lado, el decreto de archivo de 4 de Junio de 2007, relativo a la denuncia presentada el 8 de Mayo anterior, firmado por el querrellado, está adecuadamente motivado a la realidad de la misma, ya que la denuncia era puramente formal y sin estar sustentada por ningún tipo de documentación adicional, lo que encaja perfectamente en el tenor del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (“el Fiscal podrá recibir denuncias enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna”) debiendo señalarse, además que esa Sala Penal en Auto de 17 de Junio de 2016 (rec.20096/16) ha señalado que “ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito cuando (...) a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la que querrela o denuncia, no se ofrezca de ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante o denunciante a afirmar su existencia sin ningún elemento de apoyo objetivo atinente a los propios hechos (...) no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismo pudieran ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva sin aportar indicio objetivo de su realidad”, mientras que la **Circular 4/2013** de la Fiscalía General del Estado, sobre “diligencias de investigación”, señala que “el archivo procederá tanto cuando el hecho no revista caracteres de delito, como cuando se compruebe la inexistencia del



hecho o de la falta de elementos suficientes para mantener su perpetración”, lo que en conjunto avala la total ausencia de arbitrariedad” en la decisión adoptada por el querellado al dictar el decreto de archivo de 4 de Junio de 2007 al haberse constreñido al adoptar su decisión a la normativa legal y a los dictados de la jurisprudencia.

b) **Encubrimiento** del art. 451 CP que sanciona “al que con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución (...) ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento”.

La atribución de este delito es puramente voluntarista y falta de convicción como se acredita por la repetición de los mismos argumentos sobre los que se pretende sustentar la prevaricación administrativa.

El fundamento esencial del tratamiento del encubrimiento, como delito autónomo, se encuentra en la consideración de que no es posible participar en la ejecución de un delito cuando ya se ha consumado.

Por ello la tipificación autónoma del encubrimiento exige que se trate de comportamientos realizados con posterioridad a la ejecución mientras que la ayuda prestada al autor durante la fase ejecutiva integra complicidad o cooperación necesaria (STS de 10 de enero de 2.001).

Nada de esto se ha producido, ni acreditado por el querellante, ya que no puede hablarse de “conocimiento de un delito” sobre el que no se aportó elemento de prueba, si quiera indiciario, de su comisión, ni a partir de ahí el querellado ocultó, alteró o inutilizó el cuerpo o los efectos o instrumentos de un delito y, naturalmente, no referimos exclusivamente, a la decisión de archivo de 4 de Junio de 2007, ya que los decretos de archivo restantes, no fueron protagonizados por el querellado, sino por su inmediato inferior el Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior de Madrid, como antes se ha señalado.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

c) Omisión del deber de perseguir delitos del art. 408 CP que sanciona a la autoridad o funcionario "que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de los que te o de sus responsables".

No es posible afirmar que el querellado, a través de su resolución de archivo de 4 de Junio de 2007, ya que los demás hechos de la querrela no le son atribuibles, haya cometido la omisión a que se refiere el art. 408 del CP.

Como decía la STS 198/2012, 15 de marzo (con cita de la STS 342/2009, 2 de abril) el tipo penal previsto en el precepto es un delito de omisión pura, en el que el sujeto activo debe tener conocimiento de la posible comisión de un delito, bastando al respecto unos razonables indicios. Se trata, por tanto, de un delito de quebrantamiento de un deber. La casuística jurisprudencial enseña que la aplicación de este precepto se reserva a supuestos en los que la dejación de funciones por el imputado es patente, manifiesta y total.

En realidad, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, y ello es importante por lo que llevamos dicho hasta este momento, la figura penal que estamos analizando es una modalidad omisiva de prevaricación que no se rellena, en cuanto a sus exigencias típicas, con la mera pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones frente a un comportamiento tenido por una parte como antijurídica o contraria a la legalidad, sino que se requiere, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, que concurren los demás requisitos, objetivos y subjetivos, contemplados por el tipo penal del artículo 404 del Código Penal (STS. 1559/2003 de 19.11).

Por ello la omisión del art. 408, como modalidad de la prevaricación consistente en dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, debe ser también una forma de "torcer el derecho", aunque, en lugar de manifestarse en una



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

decisión, se concrete en la omisión de la obligación de perseguir un delito por quien viene obligado a realizarlo.

En cuanto al elemento objetivo es lógicamente una conducta omisiva por parte de la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes impuestos por su cargo, se abstiene voluntariamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, y en cuanto al tipo subjetivo, se integra con dos componentes: el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo (STS. 17/2005 de 3.2).

La proximidad de elementos concurrentes entre los tipos de los arts. 404 y 408 CP nos permite, para evitar innecesarias repeticiones, la remisión a los mismos argumentos ya utilizados cuando se trataba de analizar la figura de la prevaricación administrativa, rechazando la existencia del delito de "omisión" en la conducta del querellado al decidir el archivo de una denuncia mediante decreto de 4 de Abril de 2007.

3º) por todo lo anterior procede que, asumida la **COMPETENCIA** para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos contenidos en la querrela, esa Sala debe proceder al **ARCHIVO** de las actuaciones al no revestir los hechos el carácter de delito.

Madrid, a 26 de Julio de 2017


EL TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Luis NAVAJAS RAMOS