



Roj: **ATS 9235/2017 - ECLI: ES:TS:2017:9235A**

Id Cendoj: **28079120012017201758**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **20584/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso : 20584/2017

Fallo/Acuerdo: Auto Archivo Querella o Denuncia

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 04/10/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Monterde Ferrer

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

Escrito por : FGR

Recurso Nº: 20584/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil diecisiete.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio pasado el Procurador Don José Enrique Ríos Fernández, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN CONTRATRAMA presentó en el Registro General de este Tribunal, escrito



formulando querrela contra el Excmo. Sr. DON Maximino , Fiscal de Sala del Tribunal Supremo por los presuntos delitos de prevaricación art. 404 y ss. CP), de omisión de perseguir delitos (art.408 CP) y de encubrimiento (art. 451 CP).

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20584/2017 por auto de 28 de junio se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Francisco Monterde Ferrer y se acordó:

"... LA SALA ACUERDA: Imponer a la entidad querellante ASOCIACIÓN CONTRATRAMA, una fianza de TRES MIL EUROS (3.000.-) para el ejercicio de la acción popular que se pretende en la presente causa, debiendo prestarse en metálico, debidamente consignado, en el plazo de tres días desde la notificación de esta resolución.- Prestada la fianza o transcurrido el plazo sin efectuarlo, dése cuenta y se acordará..."

TERCERO.- El Procurador Sr. Ríos Fernández, en la representación que ostenta de la Asociación querellante presentó escrito por Registro Telemático de fecha 13 de julio de 2017 aportando comprobante del depósito de la fianza de 3.000 euros consignada en la cuenta de esta Sala.

Acreditada la consignación de la fianza requerida para el ejercicio de la acción popular que se pretende en la presente causa por la Asociación querellante por medio de escrito presentado por su representación procesal, de fecha 13 de julio, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 26 de julio de 2017 por el que interesa que asumida la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos contenidos en la querrela, esta Sala debe proceder al archivo de las actuaciones al no revestir los hechos el carácter de delito.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de la ASOCIACIÓN CONTRATRAMA, en el ejercicio de la acción popular, se ha presentado escrito de querrela contra DON Maximino , Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, al que se imputa presuntos delitos de prevaricación (art. 404), de omisión de perseguir delitos (art. 408) y de encubrimiento (art. 451) todos ellos del Código Penal , por haber dictado Decreto el 4/6/07 archivando la denuncia presentada por vecinos y amigos de Chamberí el 8/5/07.- Decreto de 6/10/09 por denuncia presentada el 13/5/09 ante la Fiscalía Anticorrupción por la entidad "Parque Si en Chamberi" y remitida el 21/5/09 a la Fiscalía de Madrid al entender que los hechos a los que se contraía la denuncia eran ajenos a su competencia.- Y por emitir dictamen el 20/5/10 a instancia de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la querrela 1/10, interpuesta por la "Asociación Parque Si en Chamberi" en el sentido de "desestimarla al no existir el mínimo indicio de la comisión por parte del querrellado de los delitos que se hace referencia en la misma". Dictamen firmado por el Teniente Fiscal Don Abilio .

SEGUNDO.- Dado que el querrellado es Fiscal de Sala de este Tribunal Supremo y que la Disposición Adicional Primera del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre , establece la equiparación de la Carrera Fiscal con los Jueces y Magistrados a efectos de responsabilidad, así como el art. 33 y el 60 del mismo estatuto, y como consecuencia de tal equiparación los Fiscales de Sala se encuentran incluidos entre aquellos cargos que determinan la competencia de esta Sala, conforme al art. 57.1.2º LOPJ , esta Sala es competente para conocer de la querrela en relación con el mismo.

TERCERO.- A continuación, es preciso realizar, aunque sea de modo somero, un análisis de los elementos del tipo delictivo de prevaricación para poder determinar si, a la vista de los presupuestos de hecho que se aportan en la querrela, aparecen, al menos indiciariamente, elementos de convicción que permitan superar el filtro de admisibilidad de la misma. Si hemos de mantener la inicial calificación jurídica de los hechos como prevaricación administrativa que propone la querrela, habrá que destacar que, de modo reiterado, la Jurisprudencia de esta Sala, (por todas la STS de 4 de febrero de 2010, Recurso de Casación núm. 2528/2008 . FJ Cuarto) ha declarado que se trata de un delito en que *"... la acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder"* pudiendo venir determinada *"...por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales..."* .

Como, también, ha destacado la Jurisprudencia de esta Sala (STS de 27 de junio de 2013, Recurso de Casación núm. 2304/2012 , FJ 3º) *"... el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo*



con los parámetros constitucionales que deben de orientar su actuación: Este delito garantiza en el ámbito de la Administración Pública la vigencia del principio de legalidad como fundamento básico del Estado Social y Democrático de Derecho garantizando la transparencia en el quehacer administrativo y el resto de principios a que se refiere el art. 102

de la Constitución, lo que contribuye a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones lo que, en definitiva, constituye un fortalecimiento del Estado de Derecho". Partiendo pues, de lo que constituye el objeto del delito de prevaricación, analizando el supuesto de autos y con los hechos que se describen en la querrela:

Decreto de 4/6/07 del tenor literal siguiente:

"Con fecha 29/05/07 han tenido entrada en esta Fiscalía varios escritos de diversas personas, vecinos y amigos de Chamberí, denunciando la no abstención de D. Ceferino 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 los depósitos de agua del Canal de Isabel II, entre otras a Tecnoconcret. Dado que las denuncias 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, esto es, simple ilícito administrativo o infracción penal, se acuerda el archivo de las citadas denuncias al no estar acreditado ni siquiera indiciariamente el dato que se denuncia ni su relevancia penal" .

Y el Decreto de 6/10/09 dictado en las Diligencias de Investigación 2/09 acordando:

"...y de conformidad con el informe del Fiscal Instructor, se acuerda el archivo de las presentes Diligencias de Investigación, por no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal, sin perjuicio del derecho que asiste a la entidad denunciante de reproducir su denuncia ante la autoridad judicial, conforme al art. 733 LECrm..." .

Se excluye de este análisis, el dictamen emitido en la causa querrela 1/10 de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que atribuyen al querrellado, pese a que aparece firmado por el Teniente Fiscal D. Abilio .

Tales decretos adoptados por el aforado no pueden ser calificados como prevaricadores, no es una resolución manifiestamente injusta, porque no es arbitraria, la denuncia presentada por los vecinos era puramente formal y sin estar sustentada en documentación adicional, lo que tiene cabida en el 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"), 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 interpretación", lo que en conjunto avala la total ausencia de "arbitrariedad" en la decisión adoptada por el querrellado al dictar el decreto de archivo de 4 de junio de 2007 y el de 6/10/09 al haberse constreñido al adoptar su decisión a la normativa legal y a los dictados de la jurisprudencia.

La actuación llevada a cabo por el Fiscal es, por tanto, absolutamente legal en el fondo y en la forma y por ello la circunstancia de que ambos decretos no sean acordes o no acojan las denuncias de los vecinos no puede traer consigo la criminalización de tales resoluciones.

CUARTO.- Igual falta de fundamento es predicable de los otros dos títulos de condena invocados, 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" .

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, ni indicio alguno de su comisión, ni después el querrellado ocultó, alteró o inutilizó el cuerpo o los efectos o instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento, tal imputación como manifiesta el Ministerio Fiscal en su dictamen de 26 de julio "es puramente voluntarista y falto de convicción como se acredita por la repetición de los mismos argumentos sobre los que se pretende sustentar la prevaricación administrativa" .

Y tampoco es posible afirmar que el querrellado, a través de los dos decretos citados, haya cometido el delito de omisión de perseguir delitos del art. 408 del Código Penal , ya que es obvio que el Ministerio Fiscal actúa a través de órganos propios y se integra dentro del Poder Judicial con autonomía funcional, actuando con los principios de legalidad e imparcialidad, todo ello le otorga un espacio propio de autonomía de la decisión que aquél adopte de forma razonable como corresponde a toda actividad valorativa que se efectúa a partir de los concretos materiales analizados para determinar si tienen o no contenido incriminatorio desde la perspectiva acusatoria, y en el ejercicio de esta actividad valorativa la Ley no le obliga al Ministerio Fiscal a mantener una



acusación si estima que no debe sostenerla. Dicho de otro modo, el Ministerio Fiscal tiene un discurso propio desde el respeto a la legalidad que inspira su actuación, legalidad que no aparece vulnerada por el exclusivo hecho de haber acordado el archivo de las denuncias ante él presentadas, por no ser los hechos constitutivos de delito, sin perjuicio del derecho que asiste a los denunciados de reproducir sus denuncias ante la Autoridad Judicial, conforme al art. 773.2 LEcrim.

En conclusión, y una vez más debemos recordar que no puede tener acogida en el ordenamiento jurídico la pretensión de derivar al circuito de justicia penal cualquier decisión adoptada por el Ministerio Fiscal dentro del ejercicio de su actividad, porque no coincida con las opiniones, ideas o creencias de los que no las compartan, sean personas físicas o jurídicas (ver en igual sentido auto de 17/7/07 causa especial 20191/07).

Por lo expuesto, procede rechazar *a limine* la querrela por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno y como ordena el art. 313 LECrím con el archivo de lo actuado.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

- 1.- Acordar la competencia de esta Sala para conocer de la presente querrela.
- 2.- **DESESTIMAR** la presente querrela por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 LECrím). Archivando las actuaciones.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro