



Roj: **ATSJ M 541/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:541A**

Id Cendoj: **28079310012019200099**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2019**

Nº de Recurso: **313/2019**

Nº de Resolución: **108/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053850

NIG: 28.079.00.1-2019/0141565

Procedimiento Diligencias previas 313/2019

Materia: Delitos sin especificar

Querellante: D. Francisco

Querellado: JUEZ EJECUCIONES PENALES Nº 2 DE MADRID

A U T O Nº 108-2019

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

En Madrid, a trece de noviembre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de septiembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal escrito de Don Francisco en el que dice que presenta querrela contra el Magistrado-Juez del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid por su actuación en la *Ejecutoria Penal nº 834/2001*, que estima pudiera ser constitutiva de un delito de malversación de caudales públicos y de otro de prevaricación.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y admisibilidad (diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2019), emite su dictamen mediante escrito de 14 de octubre -presentado el siguiente día 17- en el que solicita la inadmisión a trámite de la denuncia por considerar que incumple los requisitos formales legalmente exigidos para ejercitar la acción penal contra un Magistrado -formulación de querrela con las preceptivas postulación y defensa-. Al propio tiempo, tratándose de defectos que estima subsanables, el Ministerio Público analiza detalladamente el fondo del asunto y sostiene que el *factum* de la denuncia no revela el menor indicio de la criminalidad atribuida al Magistrado querrellado, ni cumple con la carga que le asiste, de acuerdo con doctrina jurisprudencial conteste, de aportar algún principio de prueba que



permita considerar verosímil la afirmación de los hechos descritos en la querella y la participación en ellos del querellado.

TERCERO.- Se señala para deliberación y fallo el día 12 de noviembre de 2019 (Diligencia de 25.10.2019), fecha en que tuvieron lugar.

Es Ponente el **ILMO. SR. D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE** (Diligencia de 25-09-2019), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Francisco ha presentado escrito de denuncia contra el Magistrado-Juez del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid al que le atribuye la indebida retención, desde la Sentencia del año 2000 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid -que no acompaña y que da pie a la precitada Ejecutoria 834/2001-, de las joyas que relaciona en su escrito: 6 pulseras y 3 cordones de oro de unos 180 gramos de peso aproximado y de un valor que superaría hoy los 4.000 euros. Dichas joyas las habría depositado el denunciante el 8.05.1999 ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranjuez y " *nunca llegaron al juicio oral*" del 3.10.2000. Viene reclamando esas joyas desde mayo de 2006 y no se le devuelven con engaños y falsos testimonios...

Acompaña como sustento de sus imputaciones únicamente fotocopias de 5 manuscritos, con su nombre y firma, dirigidos al Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid (Ejecutoria 834/2001), de fechas 19.10.18, y 18.5, 26.08, 5 y 10.09 de 2019, en los que solicita se le haga entrega de las joyas; asimismo, aporta fotocopia de dos informes emitidos el 30 de julio de 1999 por la perito judicial tasadora del Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranjuez en el procedimiento D.P. 491/99 sobre el valor pericial de las joyas que en ellos se relacionan: el primero de los informes identifica joyas entregadas por el ahora querellante al Juzgado; el segundo, otras que le fueron intervenidas en su domicilio -8 relojes.-

SEGUNDO.- La Sala es competente para conocer de la presente causa en cuanto se atribuye un supuesto comportamiento delictivo a un Magistrado en el desempeño de sus funciones y en la demarcación de este Tribunal no siendo competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo [art. 73.3.b) LOPJ].

TERCERO.- El escrito presentado por Don Francisco adolece de la práctica totalidad de los requisitos establecidos en el art. 277 LECrim para que pueda ser reputado como querella y, de manera señalada -aunque no exclusiva-, carece de firma de Abogado y de Procurador.

En esta situación, la Sala, de acuerdo con jurisprudencia reiterada (SSTC 11/1985, FJ 2, y 120/1997, FJ 2), califica dicho escrito forense como denuncia, y como tal procede a su análisis de acuerdo con lo que dispone el art. 269 LECrim, esto es, verificando, ante todo y sobre todo, si el relato fáctico reviste caracteres de delito, ya que, de no ser así, procede " *abstenerse de todo procedimiento*", sin necesidad siquiera de proceder a la comprobación del hecho denunciado, dando lugar al archivo de la denuncia formulada por quien *no ostenta la condición de parte* .

Circunstancia -la ausencia de indicios de criminalidad en el relato fáctico- que, de concurrir, haría improcedente instar ningún tipo de personamiento -sin perjuicio de la notificación del Auto de archivo-, pues, si resultare evidente tal inexistencia de indicios de criminalidad, faltaría entonces el presupuesto objetivo de la eventual designación de Letrado y Procurador de oficio, que solo despliega sus plenos efectos respecto del imputado, cual es " *la existencia de un hecho punible y de un perjuicio derivado directamente del mismo*" (ATC 356/1992). *Dicho sea esto, claro está, sin perjuicio del derecho del denunciante a interesar el reconocimiento de su derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos del art. 12.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero* .

Por lo demás, la Sala, al analizar la denuncia, tiene en cuenta también, *mutatis mutandis* -sin ignorar la dispar naturaleza de querella y denuncia- las siguientes premisas sobre el llamado *ius ut procedatur* en materia criminal, reiteradamente afirmadas en supuestos de interposición de querellas ¿pudiéndose citar los Autos de esta Sala núms. 15/2013 y 16/2013, de 14 de enero de 2.013 (recurso 26/2.012), y de 1 de octubre de 2.012 (recurso nº 16/2012), entre otros?, a *fortiori* aplicables -en una exégesis *pro actione*- al caso de la denuncia, a saber: es doctrina jurisprudencial constante la que postula que sólo si los hechos relatados en la querella presentan inicialmente caracteres delictivos puede iniciarse un procedimiento penal. Como recuerda el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, con cita del Auto de la misma Sala de 11 de noviembre de 2000, "la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el art. 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la querella deberá admitirse si fuere procedente, y disponiendo el art. 313 que habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Valoración inicial -añade esta resolución de la Sala- que debe hacerse en función de los términos de la querella, de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en



resolución motivada. Sólo si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento".

Este es el criterio reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional (STC 138/1997, de 22 de julio) cuando declara que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya "ab initio" en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso existe un " *ius ut procedatur*" conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No así, por el contrario, en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal. Como proclama jurisprudencia conteste, "el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados..." (entre otras, **SSTCC 106/2011** , de 20 de junio, FJ 2, y **34/2008** , de 25 de febrero, FJ 2).

O como recuerda, recientemente, la **STC 36/2019, de 25 de marzo** , en su FJ 3º:

" El ejercicio de la acción penal, según nuestra doctrina, 'se concreta esencialmente en un **ius ut procedatur**, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley' (por todas, *STC 106/2011, de 20 de junio* , FJ 2) [...]; si bien su apreciación constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria -por lo que a este Tribunal le correspondería sólo revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente-, el principio pro actione prohíbe, además, que se interpreten dichos requisitos procesales de manera tal que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, *STC 237/2005, de 25 de septiembre* , FJ 2) ' (*STC 190/2011, de 12 de diciembre* , FJ 3) ".

Criterio reiterado, más *in extenso*, por el FJ 3º de la **STC 26/2018, de 5 de marzo** , en los siguientes términos:

"...es doctrina del Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante no se verá necesariamente afectado, en clave constitucional, por una decisión de inadmisión de la denuncia o querrela; tampoco por una decisión posterior de finalización de la instrucción, con sobreseimiento y archivo de la causa, o por una decisión final sobre el fondo de la pretensión penal deducida. Sólo se verá afectado si la decisión de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de estos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de los medios de prueba; o también cuando, realizadas éstas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (*STC 34/2008, de 25 de febrero* , FJ 2).

Ello es así porque el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del artículo 24.1 CE , un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener en la fase instructora un pronunciamiento judicial motivado sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, o bien se acuerda posteriormente el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados; o bien, en caso de admitirse la querrela, por la resolución judicial que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento, libre o provisional, de conformidad con los artículos 637 y 641 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) y, dado el caso, por aplicación del artículo 779.1.1 LECrím para el procedimiento abreviado (*STC 34/2008, de 25 de febrero* , FJ 2, por remisión a otras anteriores).

La persona tenida en el proceso por víctima o perjudicado no tiene, pues, un derecho constitucional a la condena penal del otro (*STC 12/2006, de 16 de enero* , FJ 2). Así lo ha señalado este Tribunal en multitud de ocasiones,



indicando desde sus comienzos que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales [SSTC 147/1985, de 27 de marzo, FJ 2 ; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2 ; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4 ; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10 ; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11 ; 199/1996, de 3 de diciembre, FFJJ 4 y 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4 ; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5 ; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2 ; 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1 ; 21/2000, de 31 de diciembre, FJ 2 ; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7 ; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 5 , o 189/2004, de 2 de noviembre , FJ 5 a)]. Como expuso la STC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno), y han recordado después las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3 , y 232/1998, de 1 de diciembre , FJ 2, entre otras, "en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado". El querellante o denunciante es, por tanto, mero titular del **ius ut procedatur** y, como tal, ostenta el derecho a poner en marcha un proceso, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2 , ó 120/2000, de 10 de mayo , FJ 4). Su situación no es diferente cuando alega que la infracción penal consistió en la vulneración de derechos fundamentales, pues "no form[a] parte del contenido de derecho fundamental alguno la condena penal de quien lo vulnere con su comportamiento (SSTC 41/1997 , 74/1997)" (STC 218/1997, de 4 de diciembre , FJ 2). En suma, el derecho de acción penal se configura esencialmente como un **ius ut procedatur**, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo. Es, estrictamente, manifestación específica del derecho a la jurisdicción, a enjuiciar en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE , siéndole aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5 ; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2 ; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre , FJ 5)".

Se ha de tener en cuenta, finalmente, que la Sala Segunda ha venido exigiendo que, " junto con la posibilidad de considerar delictivos los hechos descritos en la querrella, el querellante aporte un principio de prueba que permita considerar verosímil la afirmación de su existencia y de la participación del querrellado en ellos" (AATS de 11 de febrero de 2015 -FJ 3-, ROJ ATS 879/2015; y 7 de enero de 2015 -FJ 2-, ROJ ATS 134/2015).

Más concretamente, la Sala Segunda -y este mismo Tribunal en su seguimiento- ha expresado con reiteración que, " dado el carácter excepcional de las normas que atribuyen competencia en virtud de aforamiento, en la medida en que encierran una derogación singular de las reglas ordinarias de competencia objetiva y funcional, es importante que... se individualice de forma precisa la acción concreta que respecto de ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, expresando los indicios incriminatorios que pudieran servir de apoyo a tal imputación " (cfr. AATS dictados en las causas especiales núm. 4120/1997, de 27 enero 1998 ; 20179/2008, de 6 de abril 2010 ; 37/2002, de 6 septiembre 2002 ; 2400/1999, de 2 enero 2000 , 20250/13, de 4/7/13 , entre otros muchos)" [FJ 2º ATS, 2ª, de 18 de febrero de 2015 - ROJ ATS 1164/2015-; cfr., asimismo, ATS, 2ª, de 5 de mayo de 2015 - ROJ ATS 2861/2015-, recaídos, respectivamente, en las causas especiales núms. 20.439 y 20.268].

En palabras del citado ATS 5/5/2015 (FJ 2): " no basta, por tanto, con la constatación puramente nominal de que un determinado hecho delictivo ha sido atribuido a un aforado. En el mismo sentido, entre muchos, **ATS de 8 de febrero de 2018** - roj ATS 3676/2018 .

El **ATS de 11 de diciembre de 2015** recapitula la precedente doctrina (ROJ ATS 10518/2015 , FJ 2):

"Conforme señala, entre otros, el auto de esta Sala de 18 de junio de 2012, el artículo 313 de la LECRIM ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrella cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E ., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del texto Constitucional.



De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que precisa una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero , que se hace eco de las SSTC núm.111/1995, de 4 de julio ; 157/1990, de 18 de octubre ; 148/1987, de 28 de septiembre ; y 108/1983, de 29 de noviembre)".-

En parecidos términos, el FJ 3º del **ATS de 11 de julio de 2016** -roj ATS 7305/2016).

CUARTO.- Desde los expresados postulados teóricos, conviene la Sala con el Ministerio Público en que resulta evidente de toda evidencia lo que revela el contenido de la denuncia, reseñado en el Fundamento primero de esta resolución: ante la mera afirmación del denunciante, huérfana de todo refrendo probatorio que trascienda la mera manifestación de parte, la pasividad del Sr. Francisco durante más de diez años -dice haber reclamado las joyas por vez primera en mayo de 2006 y la reclamación siguiente a esa fecha que acompaña es de 29.10.2018- y las contradicciones que revela el propio relato de la denuncia, no cabe sino concluir en la inexistencia del menor indicio de actividad delictiva por parte del Magistrado denunciado.

En efecto, uno de los manuscritos que adjunta a su denuncia relata que, presentada querrela por el Sr. Francisco contra la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Ejecuciones Penales nº 2 de Madrid, fue turnada al Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid; solicitada información al respecto por ese Juzgado en 2018, se contestó que los tres cordones de oro y las seis pulseras estaban retenidos para subvenir al pago de responsabilidades civiles del aquí denunciante... El relato de la denuncia se muestra intrínsecamente contradictorio y, en rigor, no aporta indicio con mínimo sustento probatorio -más allá de la mera imputación nominal de un hecho delictivo al aforado- de actividad ilícita por el querellado.

La contradicción es evidente: por una parte, el Sr. Francisco afirma que la "apropiación indebida" vendría propiciada por el hecho de que en el juicio oral seguido contra él no hubo constancia alguna de las joyas que ahora reclama; sin embargo, aporta informe de tasación de las mismas efectuada por perito judicial tasador en las diligencias previas 491/1999, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranjuez, y hace constar la explicación dada en sede judicial -ante el Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid- por la Letrada de la Administración de Justicia querrelada de por qué no se han devuelto esas joyas... Y todo ello sin acompañar una sola resolución judicial que pudiera apuntar el menor indicio de actividad delictiva por el Magistrado querellado.

QUINTO.- En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional reseñada -en particular, atendiendo a las exigencias que establece el FJ 3 STC 120/1997-, la Sala preserva el derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Francisco : 1º) porque notifica la respuesta judicial ofrecida al escrito de denuncia; 2º) y, sobre todo, por hacer explícitas las razones por las que considera que los hechos a los que se refiere la denuncia no son constitutivos de delito y por las que, en consecuencia, no se insta de oficio la personación del actor con la consiguiente imposibilidad, por su parte, de presentar recurso de súplica contra la resolución de archivo. Se puede concluir, pues, a la luz de lo expuesto, que "el archivo de la presente denuncia y la clausura de toda investigación sobre los hechos denunciados no omite la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos" (**STC 153/2013**), sin que la decisión de archivo comporte, por tanto, violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

III.-PARTE DISPOSITIVA.-

ACUERDA: Archivar la denuncia formulada por Don Francisco el 24 de septiembre de 2019.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, al denunciante y archívense las actuaciones sin ulterior trámite.

Hágase saber, al notificarlo, que contra éste no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados reseñados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado.- Doy fé.