



Diligencias Previas 607/2020

Nº A.E.: 185/2020

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº51 DE MADRID
PARA LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

La **Abogada del Estado** en la representación y defensa que legalmente ostenta de D. JOSÉ MANUEL FRANCO PARDO en el presente procedimiento, comparece y como mejor proceda en Derecho DICE:

Que mediante Auto de 23 de marzo de 2020 se acordó *“incoar diligencias previas por delito de prevaricación administrativa/lesiones por imprudencia profesional o los que resulten de la instrucción de esta causa en relación con los hechos objeto de denuncia – delimitados en los fundamentos de derecho de esta resolución -, únicamente frente al Delegado del Gobierno en Madrid, don José Manuel Franco Pardo, siendo incompetente este órgano judicial, por razón de aforamiento y por razones territoriales, para el conocimiento de la denuncia en relación con los demás denunciados en esta causa.*

Practíquense las diligencias relacionadas en el fundamento de derecho octavo de esta resolución, en los términos - y sin plazo - que vienen acordadas.”

Estimando que dicha resolución no es conforme a derecho, esta representación mediante el presente escrito viene a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** que basamos en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión (Art. 24.2 CE) por la infracción de lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Como se ha señalado anteriormente, el Auto de 23 de marzo de 2020 que se impugna mediante el presente escrito, acordó incoar diligencias previas, al admitir la denuncia presentada contra el Delegado del Gobierno en Madrid, declarándose incompetente para conocer de la misma respecto de los demás cargos públicos en ella denunciados y al mismo tiempo acordó la práctica de las siguientes diligencias de instrucción:

- *“Que por el Médico Forense adscrito a este órgano judicial se emita informe sobre si las manifestaciones que tuvieron lugar en Madrid entre el día 5 y 14 de marzo de 2020 fueron susceptibles de causar un riesgo evidente para la vida e integridad física de las personas y, en caso positivo: * si tal circunstancia era científicamente notoria con carácter previo a su celebración * o, en su caso, cuando devino notorio.*

Asimismo, si hay datos que evidencien que tal daño en la vida o integridad de las personas se materializó (por ejemplo, desde un punto de vista de probabilidad estadística, a la vista del índice de personalidades relevantes que acudieron a alguna de dichas manifestaciones y que han resultado contagiadas por el virus covid-19).

Para emitir dicho informe podrá el Médico Forense instar a este órgano judicial que recabe la documentación sanitaria que precise de las autoridades o responsables sanitarios que entienda oportuno, debiendo siempre velar por la protección de datos personales de especial relevancia, como son los datos personales de carácter sanitario.

- *Que por la Unidad de Policía Judicial de Guardia Civil de la Comandancia de Madrid se elabore atestado en el que se de cuenta a esta autoridad judicial de las siguientes cuestiones:*
 - a) Curso dado al informe del Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades en lo que a España se refiere, es decir, si lo hubiere, órgano de recepción oficial de dicho informe en nuestro país, difusión que del mismo hizo entre las autoridades y, concretamente, si se remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid (fechas, texto literal remitido y cuanto resulte relevante para esta investigación);*
 - b) Si por parte de las autoridades competentes españolas se remitieron recomendaciones sanitarias a la Delegación del Gobierno en Madrid en relación con las manifestaciones*

programadas desde el 5 de marzo en adelante o si, por el contrario, se dio algún tipo de instrucción o indicación escrita relativa a que las manifestaciones deberían tener lugar en todo caso sin restricción alguna;

c) Relación de las comunicaciones hechas a la Delegación del Gobierno de Madrid en relación con reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público para su celebración entre el 5 y el 14 de marzo (fecha del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)

*d) Que se recabe y aporte testimonio de los expedientes administrativos tramitados en la Delegación del Gobierno de Madrid con ocasión de todas las comunicaciones relacionadas conforme al apartado anterior y si, de su análisis, se desprende: * que las consecuencias sanitarias fueron alegadas (en su caso por quien), valoradas o analizadas en el seno de dichos expedientes por los responsables de los mismos * o si, por el contrario, no hay evidencia documental o testimonial alguna de que se recabara información sanitaria o dictámenes de expertos sanitarios para evaluar el riesgo que conllevaba no prohibir las manifestaciones.*

e) Que si informe si por las autoridades competentes, promotores de las reuniones o manifestaciones, o por la Delegación del Gobierno, se hizo advertencia alguna sobre los riesgos sanitarios que conllevaba acudir a las mismas, de modo que los asistentes aceptaran la autopuesta en peligro.

f) Que se informe si por las autoridades competentes se suministraron medidas de prevención a los asistentes de estas reuniones o manifestaciones celebradas con posterioridad al 5 de marzo 2020, tales como guantes, mascarillas u otras, con indicación de qué medidas fueron, a quien se suministraron y por orden de qué autoridades.

g) Cuantas otras diligencias se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos que nos ocupan.

Seguidamente, la instructora reconoce que ninguna de estas diligencias –ni la apertura de las diligencias previas por añadidura- era urgente, al señalar que “*estas actuaciones de investigación se consideran NO URGENTES*” pese a lo cual las acuerda, con la única salvedad de autorizar a que tanto el Forense como la policía judicial encargada de llevarlas a cabo, pudieran demorarse en su cumplimiento. Pues bien, la apertura de diligencias previas y el acuerdo de practicar diligencias de investigación no urgentes supone una vulneración de las normas que resultan de aplicación durante la vigencia del estado de alarma, que como exponemos a continuación general indefensión al denunciado.

1.- La Disposición adicional segunda del RD 463/2020, relativa a la suspensión de plazos procesales, disponía que:

1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de habeas corpus, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores.

Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.”

De la disposición reproducida se desprende que en virtud de lo dispuesto en el RD 463/2020 quedan suspendidos todos los plazos y términos que no se correspondieran con esas actuaciones esenciales relacionadas en la misma y adicionalmente, que en instrucción sólo podría acordarse la práctica de diligencias “que por su carácter urgente sean inaplazables” y no aquellas que no revisieran el carácter de urgentes ni inaplazables.

Llegados a este punto, debe hacerse un breve mención a la naturaleza y alcance que ostentan las disposiciones contenidas en un Decreto de declaración de estado de alarma y su efecto sobre el régimen jurídico general.

El artículo 116 de la Constitución prevé que “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.”

Por su parte, la LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, dispone en su artículo 6 que “Uno. La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros.

Dos. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.”

El artículo de la misma Ley Orgánica dispone que “*Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:*

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.”

Tales medidas no agotan el elenco de decisiones que puede adoptar el Gobierno, pudiendo acordar cuantas otras medidas considere preciso para atender la excepcional situación que motive la declaración del estado de alarma, con lo únicos límites previstos en la Constitución y en la LO/1981, en particular, la prohibición de suspensión de derechos fundamentales, aunque sí pueden adoptarse medidas limitativas de los mismos, como ya se ha visto.

Pues bien, sobre el alcance y efectos de los decretos gubernamentales de declaración del estado de alarma, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 83/2016, de 28 de abril, establecía que:

“La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o «alteraciones graves de la normalidad» previstas en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a exceptuar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar. Esta incidencia sobre la legislación vigente antes de la declaración del estado de alarma, incluidas las normas con rango de ley que pudieran verse afectadas, encuentra cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE) y en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 6), que imponen como contenido necesario del decreto en el que se formaliza la decisión gubernamental de la declaración la determinación de «los efectos del estado de alarma», efectos que pueden implicar, como se dijo en el ATC 7/2012, «excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria» (FJ 4). Esto es, la propia Constitución y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con

rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.”

De donde se desprende que el Real Decreto 463/2020, se encuentra revestido de valor normativo equiparable al de una norma con rango de Ley y constituye una norma jurídica excepcional con una vigencia temporal limitada, que durante la misma se impone, con cobertura constitucional, al régimen legal ordinario y en su virtud, aplicando lo anterior al ámbito procesal, no debían dictarse en fase de instrucción en los procedimientos penales resoluciones ni acordarse actuaciones que no fueran urgentes ni inaplazables, pese a lo cual, obviando las anteriores limitaciones y no existiendo urgencia ninguna ni siendo inaplazable, se dictó el Auto de 23 de marzo de 2020, incoando unas diligencias previas y acordando la práctica de diligencias de instrucción que, como puede apreciarse con facilidad, no eran en modo alguno inaplazables.

2. Adicionalmente, debe precisarse que, por si cupiese alguna duda, la meritada Disposición Adicional se vió completada por el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 18 de marzo de 2020, que en sus apartados tercero y cuarto, acordaba lo siguiente:

“TERCERO.- Durante el periodo de suspensión de los plazos procesales no procederá en ningún caso la presentación de escritos procesales de manera presencial, limitándose la forma telemática a aquellos que tengan por objeto única y exclusivamente actuaciones procesales declaradas urgentes e inaplazables por las Instrucciones y Acuerdos dictados al efecto por la Comisión Permanente. Ignorar estas prohibiciones y limitaciones supone contrariar la finalidad de la declaración de estado de alarma en la medida en que la presentación de un escrito desencadenaría la obligación procesal de proveerlo, actuación procesal que, de acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020 debe entenderse suspendida.

CUARTO.- La suspensión de plazos procesales no impide, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, la adopción de aquellas actuaciones judiciales "que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso", por lo que dicha suspensión no alcanza a la presentación de escritos que se encuentren vinculados con actuaciones judiciales urgentes y necesarias.

De donde se infiere que ni debían presentarse ni debían proveerse escritos que no se correspondieran con actuaciones judiciales urgentes e inaplazables. No lo es la denuncia que dio lugar a las presentes Diligencias Previas, pero nada impedía que fuera presentada una denuncia ante un juzgado de guardia y así además debe entenderse la DA segunda RD 463/2020 al mantener ininterrumpidos los servicios de guardia, pero lo que es claro es que, presentada la denuncia, lo que no era urgente ni inaplazable era incoar diligencias resolviendo acerca de la admisión a trámite de aquella, máxime cuando al hacerlo se acordaban diligencias de instrucción que perfectamente, podrían haberse acordado, y así debería haberse hecho, una vez alzado el estado de alarma. Muy al contrario, como si de una actuación absolutamente urgente se tratara, después de haberse presentado el escrito de denuncia ante el Juzgado de Guardia de Diligencias (Juzgado de Instrucción 27 de Madrid) el día 19 de marzo de 2020, que éste mediante providencia de ese mismo día lo remitiera al Juzgado Decano para su reparto entre los Juzgados de Instrucción de esta localidad y que habiendo correspondido por turno de reparto al Juzgado 51, lo repartiera a ese juzgado el mismo día 20, el asunto quedó encima de la mesa de la instructora el día 23 de marzo y ese mismo día la instructora, con una sorprendente celeridad sólo compatible con la concurrencia de razones de urgencia, dicta el auto de esa misma fecha que venimos a impugnar.

Sin embargo, el Auto impugnado reconoce de forma expresa que no había urgencia alguna por lo que al dictarlo desatiende todo lo excepcionalmente acordado –por razones de salud pública- para favorecer y permitir sin causar indefensión a ninguna parte, el aislamiento social- y sin motivo alguno que lo ampare, incoa las presentes diligencias previas para investigar la actuación de mi representado.

3. Finalmente, en relación con la vulneración por el Auto impugnado de lo dispuesto con carácter excepcional en el RD 463/2020 en relación con la restricción en el ámbito de la instrucción penal a las actuaciones urgentes e inaplazables, debe señalarse que la forma de proceder del Juzgado instructor, incoando diligencias previas y acordando la práctica de diligencias que el mismo declara no urgentes, ocasiona una clara indefensión a mi defendido, por cuanto dicho auto, por el contrario, sí atiende de forma parcial lo previsto en la DA2ª y suspende el plazo para recurrir.

Así las cosas, el efecto que con ello se produce es que se han acordado diligencias para investigar la actuación del Delegado del Gobierno y se ha iniciado las mismas, cuando no son urgentes ni inaplazables, pero suspendiendo el plazo para recurrir hasta que concluya el estado de alarma,

de forma que se han abierto unas diligencias previas y la investigación se inicia sin que el denunciado, que materialmente es investigado, pueda defenderse por mor de esa suspensión del plazo para recurrir.

Puede alegarse -y es evidente que esa era la finalidad de la Disposición Adicional 2ª del RD 463/2020- que la suspensión de los plazos procesales, que no es una inhabilitación de los días que se mantenga el estado de alarma, se establecía en garantía de las partes, para no perjudicar a ninguna parte por la inactividad judicial y procesal derivada de la imposición generalizada de las medidas de confinamiento acordadas para hacer frente a la propagación de la COVID19, pero esa suspensión de plazos procesales no se entendería sin una paralización del dictado de resoluciones judiciales que puedan provocar una necesaria intervención en defensa de los legítimos intereses de cada parte, sólo así se entiende la referencia explícita en la DA 2ª del RD 463/2020 a la instrucción penal de que *“en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables”* o la referencia en el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de que *“La suspensión de plazos procesales no impide, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, la adopción de aquellas actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso”*. A sensu contrario, sí impide la adopción de actuaciones judiciales no necesarias para evitar perjuicios irreparables.

Por eso, la consecuencia de la posibilidad expresamente prevista de dictar resoluciones y acordar actuaciones en estos supuestos, es la de que en tales casos, no se aplica la suspensión del plazo para recurrir, porque de no ser así, lo que se provocaría es, como aquí acontece, la palmaria indefensión de quien es investigado -porque aun si otorgarle ese estatus se acuerdan múltiples diligencias para investigar su actuación- pero no puede defenderse ni combatir procesalmente esas resoluciones mientras la investigación se pone en marcha, como ya ha ocurrido. Si las actuaciones no son urgentes, como así lo declara la propia instructora, no se debieron haber abierto las Diligencias previas y acordado diligencias de instrucción en una situación excepcional que dificulta en gran manera la defensa del denunciado cuya conducta se está investigando y, si se acordaron sin suspender su práctica hasta que se reanudara el plazo para recurrirlas, indebidamente a juicio de esta representación y con una celeridad inusitada, en modo alguno justificada por motivos jurídicos o procesales, no debió declararse suspendido el plazo para recurrir porque este espiguo en la aplicación de las normas excepcionales genera una clara indefensión a mi defendido.

SEGUNDA.- Nulidad del auto impugnado por vulnerar el derecho de defensa (Art. 24. CE) al ordenar una investigación prospectiva sin que los hechos denunciados presenten ni indiciariamente la necesaria tipicidad penal.

2.1 A la injustificada incoación de las diligencias previas y acuerdo de practicar diligencias de investigación sin que hubiera urgencia alguna, suspendiendo además el plazo para recurrir causando la indefensión de mi defendido, ha de añadirse, desde una perspectiva material o sustantiva, que dicho Auto nunca debió dictarse porque como del mismo resulta, en un esfuerzo argumentativo de la instructora por motivar lo que ella misma reconoce difícil de apreciar, de la denuncia no se desprendía ningún indicio de que el hecho por el que se investiga a mi defendido pudiera ser delictivo, acotando ese hecho a no haber prohibido los actos conmemorativos del 8 de marzo.

Pues bien, es en este punto en el que asoma el carácter prospectivo de la investigación acordada.

Como tienen reiterado nuestros Tribunales, para admitir una denuncia o querrela no basta su presentación, es preciso hacer un doble ejercicio por parte del instructor:

- Un primer ejercicio de subsunción típica de los hechos; el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los hechos contenidos en la querrela o en la denuncia. una mera sospecha, deben aportarse con la denuncia o querrela indicios probatorios de los hechos que se denuncian como delictivos, para no someter a investigación a todo ciudadano que se vea salpicado por una sospecha, sin que quepa que, como acontece en el auto impugnado, sea el órgano judicial el que supla esa carencia inicial de la denuncia o querrela ordenando actuaciones de investigación que sean las que aporten esos indicios, para convertir la mera sospecha en indicio delictivo.
- Un segundo ejercicio, subsiguiente al anterior, consistente en la verificación de una sospecha suficientemente consistente de la existencia de los hechos. El art. 312 LECrim pone de manifiesto que la comprobación de la subsunción no es el único elemento que condiciona la apertura de la instrucción, pues hace referencia a "*admitirla si fuera procedente*". Aunque el art. 269 LECrim nada diga al respecto es evidente que la "procedencia" no es un requisito específico de la querrela, sino de la apertura de cualquier in-

investigación dirigida contra una persona, debiendo desechar la apertura de un procedimiento investigador construido sobre hipótesis, suposiciones o meras sospechas.

Este segundo ejercicio completa de forma necesaria la previa subsunción típica de los hechos denunciados, de suerte que para iniciar una investigación judicial es preciso no sólo que los hechos denunciados sean típicos sino que se aporte un indicio probatorio de los mismos.

Así el ATS 1 de julio 2014, declara que “*SEGUNDO.- Conforme señala una jurisprudencia reiterada de esta Sala -ATS 14 de enero de 2014 ó ATS de 18 de junio de 2012, entre otros muchos- el artículo 313 de la LECRIM ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrela 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 querrela, 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 querrela, 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.”

2.2 En el auto impugnado se incumplen ambas condiciones, ya que ante la insuficiencia o deficiencia de la denuncia para permitir concluir la tipicidad de los hechos denunciados y su consistencia, más allá de ser una mera hipótesis, la instructora trata de suplir esas deficiencias ordenando, no diligencias encaminadas a esclarecer la realidad de los hechos típicos y la participación en ellos del Delegado del Gobierno, sino encaminadas a determinar si los hechos son indiciariamente típicos, condición necesaria para iniciar el proceso penal.

Ello es así, porque en la modalidad omisiva del tipo de prevaricación administrativa, que es la que considera la instructora que, en su caso, pudiera haberse producido, es precisa una obligación previa y como no le consta que exista esa obligación previa, que sería uno de los elementos constitutivos del tipo penal, trata de encontrarla mediante las diligencias acordadas (véanse las diligencias encomendadas a la policía judicial), como trata así mismo de aflorar el incumplimiento de esa obligación a sabiendas y de forma arbitraria –que es lo que exige el tipo penal- y lo hace porque ninguno de esos dos elementos se desprenden de la denuncia, siendo ambos indispensables para poder realizar ese juicio de subsunción necesario para acordar el inicio de una investigación penal.

En el fundamento Séptimo del Auto que impugnamos, la instructora explicita una serie de interrogantes que no evidencian sino la inconsistencia de los hechos denunciados y su atipicidad que pretende ser suplida por la instructora. Así se desprende de esos interrogantes:

“El informe emitido en fecha 2 de marzo de 2020, por el Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades ¿fue remitido oficialmente a España en qué fecha? ¿a qué autoridades? ¿se recibió oficialmente por la Delegación del Gobierno de Madrid? - ¿se instó oficialmente a la Delegación del Gobierno de Madrid que en base al mismo o en base a otro documento oficial - que alertara sobre los peligros para la salud pública debido al coronavirus - se prohibieran las manifestaciones previstas en los días 7 u 8 de marzo de 2020? Por el contrario ¿se dio orden expresa al Delegado del Gobierno de Madrid de no prohibir las manifestaciones al margen de cualquier consideración sanitaria? ¿se adoptó alguna medida de prevención por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid?

Ya con anterioridad, en el Auto se reconoce que *“Serias dudas plantea a esta instructora que esta –prevaricación administrativa- sea la calificación procedente, sin tampoco descartarla. La*

calificación jurídica puede ser ésta o puede ser esta en concurso con otras, como, por ejemplo, el delito de lesiones por imprudencia profesional, ex Artículo 152. CP, grave o menos grave (en cuyo caso requeriría denuncia del perjudicado como condición de perseguibilidad) – aunque, a priori, sin perjuicio de que se recabe dictamen pericial forense sobre este particular, la relación de causalidad parece ciertamente difícil de acreditar desde una perspectiva técnica) y aun planteando esas dudas que no hacían sino evidenciar la inconsistencia de la denuncia, resuelve iniciar el procedimiento penal, acordando unas diligencias encaminadas, no al esclarecimiento de los hechos y la participación del denunciado, sino primeramente, a esclarecer si los hechos denunciados podrían llegar a ser subsumibles en los tipos delictivos que señala.

2.3 Si atendemos al tenor de las diligencias acordadas, la atipicidad de los hechos denunciados aflora de forma manifiesta:

- Por lo que se refiere al informe del Médico Forense se acuerda: *“Que por el Médico Forense adscrito a este órgano judicial se emita informe sobre si las manifestaciones que tuvieron lugar en Madrid entre el día 5 y 14 de marzo de 2020 fueron susceptibles de causar un riesgo evidente para la vida e integridad física de las personas y, en caso positivo: * si tal circunstancia era científicamente notoria con carácter previo a su celebración * o, en su caso, cuando devino notorio.*

Asimismo, si hay datos que evidencien que tal daño en la vida o integridad de las personas se materializó (por ejemplo, desde un punto de vista de probabilidad estadística, a la vista del índice de personalidades relevantes que acudieron a alguna de dichas manifestaciones y que han resultado contagiadas por el virus covid-19).

En cuanto a las diligencias encomendadas a la policía judicial son las siguientes:

“Que por la Unidad de Policía Judicial de Guardia Civil de la Comandancia de Madrid se elabore atestado en el que se dé cuenta a esta autoridad judicial de las siguientes cuestiones:

- a) *Curso dado al informe del Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades en lo que a España se refiere, es decir, si lo hubiere, órgano de recepción oficial de dicho informe en nuestro país, difusión que del mismo hizo entre las autoridades y, concretamente, si se remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid (fechas, texto literal remitido y cuanto resulte relevante para esta investigación);*
- b) *Si por parte de las autoridades competentes españolas se remitieron recomendaciones sanitarias a la Delegación del Gobierno en Madrid en relación con las manifestaciones programadas desde el 5 de marzo en adelante o si, por el contrario, se dio algún tipo de instrucción o indicación escrita relativa a que las manifestaciones deberían tener lugar en todo caso sin restricción alguna;*
- c) *Relación de las comunicaciones hechas a la Delegación del Gobierno de Madrid en relación con reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público para su celebración entre el 5 y el 14 de marzo (fecha del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)*
- d) *Que se recabe y aporte testimonio de los expedientes administrativos tramitados en la Delegación del Gobierno de Madrid con ocasión de todas las comunicaciones relacionadas conforme al apartado anterior y si, de su análisis, se desprende: * que las consecuencias sanitarias fueron alegadas (en su caso por quien), valoradas o analizadas en el seno de dichos expedientes por los responsables de los mismos * o si, por el contrario, no hay evidencia documental o testimonial alguna de que se recabara información sanitaria o dictámenes de expertos sanitarios para evaluar el riesgo que conllevaba no prohibir las manifestaciones.*
- e) *Que se informe si por las autoridades competentes, promotores de las reuniones o manifestaciones, o por la Delegación del Gobierno, se hizo advertencia alguna sobre los riesgos sanitarios que conllevaba acudir a las mismas, de modo que los asistentes aceptaran la autopuesta en peligro.*
- f) *Que se informe si por las autoridades competentes se suministraron medidas de prevención a los asistentes de estas reuniones o manifestaciones celebradas con posterioridad al 5 de marzo 2020, tales como guantes, mascarillas u otras, con indicación de qué medidas fueron, a quien se suministraron y por orden de qué autoridades.*
- g) *Cuantas otras diligencias se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos que nos ocupan.*

Sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente en relación con alguna de las cuestiones encomendadas, lo que evidencia el contenido de los informes que se encargas al forense y la policía judicial es que de los hechos denunciados no se depende ninguno de los elementos típicos de los dos delitos, que la instructora indiciariamente, en esta fase incipiente de la investigación identifica como posiblemente cometidos, para acordar el inicio del proceso penal.

2.3.1) Delito de lesiones.

En relación con un presunto delito de lesiones, como puede apreciarse, se pide al forense que emita informe sobre si las manifestaciones celebradas a lo largo de diez días pudieron causar un riesgo y ello cuando el delito de lesiones, al que apunta indiciariamente la instructora, es un delito de resultado y la causación de un riesgo en los términos planteados, aún cuando se probara, sería atípica. Para eludir ese obstáculo esencial en el ejercicio de subsunción, adicionalmente pide al forense que informe acerca de *la posible materialización del hipotético riesgo en términos probabilísticos*, como sugiere *por ejemplo* la instructora, sabedora de que no parece posible identificar como causa cierta de un contagio la asistencia a cualquiera de estos actos que se celebraron a lo largo de diez días, según la acotación temporal de la instructora. Ahora es esta representación la que se pregunta ¿Esa hipotética probabilidad que arrojava el informe, tendría en cuenta lo hecho por las personas desgraciadamente infectadas y en qué período de tiempo? ¿Tendría en cuenta la celebración de eventos deportivos multitudinarios, la normal actividad laboral de las semanas anterior y posterior al día 8 de marzo, la utilización de transporte público para cualquier otra actividad distinta de manifestarse, la presencia en establecimientos de hostelería, la asistencia a gimnasios, al trabajo, a los centros educativos? y así una interminable relación de actividades que pudo realizar la población en la denominada fase de contención, previa a la declaración del estado de alarma, en la que las autoridades sanitarias, estatales y autonómicas hicieron distintas recomendaciones, hasta los días inmediatamente anteriores a la declaración del estado de alarma, pero no impusieron restricciones con carácter general y en ningún caso, al ejercicio de derechos fundamentales. En definitiva, se pretende llegar a conseguir un indicio que incluso en caso de obtenerse no constituiría más que una hipótesis o conjetura repleta de incertidumbres que a todas luces no puede constituir un indicio de un hecho típico.

2.3.2) Delito de prevaricación administrativa.

El mismo exige, según el artículo 404 CP el dictado, omisión en este caso, de una resolución administrativa a sabiendas de su injusticia y de forma arbitraria.

Debe recordarse que, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, valga por todas la STS 729/2017, de 10 de noviembre:

“Dado que la acción que describe el precepto consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, el comportamiento implica la contradicción de la decisión 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 (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre); esto es, cuando de forma patente y clamorosa se desborda la legalidad, contraviniendo el ordenamiento jurídico, con desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

En todo caso, esta Sala ha recordado que la mera ilegalidad de la decisión no es suficiente para la integración del delito, considerando que las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que sea precisa en todo caso la aplicación del Derecho Penal, el cual quedará así restringido a los casos más graves. Se expresa así que la resolución arbitraria debe comportar una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, y que se caracterice por la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho, esto es, que la contradicción resulte patente, desbordando la legalidad de un modo clamoroso y evidente (STS 605/2013, de 8 de julio o 18/2014, de 23 de enero), lo que comporta un plus de antijuricidad, que se representa porque la decisión no sea en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables, de modo que pueda concluirse que deriva de la exclusiva voluntad y del capricho de quien la adopta (SSTs 629/2013, 19 de julio o 657/2013, de 15 de julio), lo que entraña que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.”

Recordemos que en el presente caso nos encontramos con una denuncia por prevaricación por no haber prohibido una manifestación, amparada en el artículo 21.1 CE y que sólo puede ser prohibida

“cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes” según el artículo 21.2 de la Norma Suprema.

Pues bien, previamente la instructora-no así la denuncia- había realizado el ejercicio de identificar en qué casos puede limitarse, modificarse o prohibirse una manifestación para llegar a la conclusión de que en el supuesto analizado el Delegado del Gobierno “podía” haber prohibido la manifestación con fundamento en “datos objetivos suficientes derivados de las circunstancias concretas de cada caso” (STC 301/2006, 23 de octubre, FJ 2) y “no sólo –basándose- en una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, sino también en la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Sin entrar en la cuestión de fondo, que en su momento podrá analizarse, lo más revelador es lo señalado en el auto tras la cita de las anteriores sentencias, al concluir que “lo relevante” es que “si en el momento de la decisión gubernativa – en ese momento, no a posteriori – se tenían suficientes datos, se podía legalmente prohibir la manifestación por razones sanitarias.” Y decimos que es revelador porque evidencia que no hay ningún indicio de la tipicidad de la conducta porque ni siquiera en el caso de que se llegase a esa conclusión, que habrá de verse, ello se subsumiría en el tipo penal de la prevaricación, que exige, no que se “pueda” dictar una resolución administrativa y se haya dictado en otro distinto, sino que se haya dictado una resolución de forma arbitraria y a sabiendas, recordemos que el Tribunal Supremo exige para apreciar la prevaricación que concurra “un plus de antijuricidad, que se representa porque la decisión no sea en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables, de modo que pueda concluirse que deriva de la exclusiva voluntad y del capricho de quien la adopta (SSTS 629/2013, 19 de julio o 657/2013, de 15 de julio), lo que entraña que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución” y ante la ausencia de indicios de tal conducta la instructora encomienda a la policía judicial la realización del atestado con el contenido expuesto.

Lo que pretende la instructora, no es verificar si determinados indicios de incumplimiento del ordenamiento son ciertos, sino de encontrar tales indicios. Indicios de que la ausencia de prohibición de actos conmemorativos del 8 de marzo, fue una actuación arbitraria y a sabiendas de su injusticia.

Pues bien, a falta de esos indicios, lo que no es indiciario sino manifiesto y notorio es que hasta el día 14 de marzo, día en que se aprobó la declaración de estado de alarma, no había ninguna resolución de ninguna autoridad competente en materia sanitaria, ni local, ni autonómica, ni estatal, que limitara las concentraciones de personas, ya no en ejercicio de un derecho fundamental, como lo es

el derecho de reunión, sino con ningún objeto y finalidad. Había recomendaciones sanitarias que fueron intensificándose, sobre todo a partir del día 11 de marzo y a todos los niveles administrativos, pero las mismas, en tanto eran recomendaciones y no prescripciones, no supusieron impedimento alguno para limitar la celebración de eventos deportivos (partido de fútbol celebrado en Madrid el día 7 de marzo entre el Atlético de Madrid y el Sevilla FC en el estadio del primero con asistencia de unos 60.000 espectadores), el normal funcionamiento de recintos cerrados, espectáculos públicos, como cines, teatros, etc, la apertura de museos, la presencia en establecimientos de hostelería, la celebración de mítines políticos en recintos cerrados, o la normal asistencia al trabajo y utilización del transporte público, actividades todas ellas que conllevan concentración de personas, es evidente que no prohibir el ejercicio de un derecho fundamental, para lo que debe ponderarse con extrema cautela las circunstancias que puedan limitarlo, no puede ser una actuación arbitraria.

En definitiva, ante la falta de indicios de tipicidad de la conducta ha sido la instructora la que, mediante el auto impugnado y a través de las diligencias en él acordadas, vulnerando la presunción de inocencia, ha iniciado el proceso penal sin que existan indicios de la tipicidad penal de los hechos denunciados, sino meras sospechas e hipótesis, deficiencia que se trata de suplir con las diligencias acordadas, que no buscan el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos, sino averiguar si los mismos pueden ser típicos, buscando indicios de esa tipicidad, constituyendo así una auténtica investigación prospectiva vulnerando la presunción de inocencia del denunciado.

TERCERA.- Nulidad del auto por acordar diligencias que exceden del ámbito competencial del Juzgado instructor y constituir una causa general contra las distintas autoridades y administraciones competentes.

Finalmente ha de señalarse que en su afán de encontrar indicios de la tipicidad de los hechos denunciados, la instructora desborda el ámbito competencial que ella misma ha acotado previamente para delimitar su competencia y solicita de la policía judicial que recabe información no solamente sobre la actuación del Delegado del Gobierno, sino que cualesquiera otras autoridades que ni siquiera identifica, convirtiendo esta instrucción en una causa general acerca de la gestión de la crisis sanitaria.

Así acontece con lo solicitado respecto del informe del Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades del que se solicita:

“Curso dado al informe del Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades en lo que a España se refiere, es decir, si lo hubiere, órgano de recepción oficial de dicho informe en nuestro país, difusión que del mismo hizo entre las autoridades y, concretamente, si se remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid.”

Como se advierte con facilidad, no se solicita información acerca de la eventual recepción por la Delegación del Gobierno del informe y de la eventual gestión que en caso de haberlo recibido hubiera hecho, que parece que debería ser el objeto de la investigación iniciada, sino quien lo recibió y la difusión que hizo del mismo y ya en este punto, particularmente, como último punto del apartado *“si se remitió a la Delegación del Gobierno”*.

Con esta actuación, no sólo se están diluyendo los hechos denunciados objetivamente, sino subjetivamente, desbordando el ámbito competencial de la instructora y convirtiendo la instrucción desde su origen, en una causa general que trasciende a la actuación respecto de la que únicamente se ha declarado competente, que es la del Delegado del Gobierno. Lo mismo cabe apreciar en la información solicitada en los apartados b), c), e) y f).

Por lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO que tenga por interpuesto el presente recurso de apelación y por formuladas las alegaciones que en él se contienen; estimando el recurso apelación y revocando el Auto de 23 de marzo de 2020 impugnado.

Por ser Justicia que se pide respetuosamente en Madrid, a 20 de abril de 2020.

La Abogada del Estado

Fdo. Rosa María Seoane López