|  |
| --- |
|  |
| |  | | --- | |  | |

Juzgado de instrucción nº 51 de Madrid

Procedimiento: diligencias previas 607/2020

**AL JUZGADO**

El Ministerio Fiscal, en el procedimiento arriba referenciado, de conformidad con lo establecido en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **interpone recurso de apelación contra el auto de incoación de diligencias previas de 23 de marzo de 2020 y en el mismo escrito interesa tanto la revocación del auto de incoación como que se dicte auto que acuerde el archivo de la causa,** por los motivos que se exponen a continuación:

Con fecha de 19 de marzo de 2020 se presenta por Víctor Valladares Pérez, ante el Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid en funciones de guardia, escrito formulando denuncia contra determinadas personas, entre ellas el investigado en la presente causa, que ostenta la condición de Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid. En dicho escrito se invoca la existencia de un delito de prevaricación administrativa como consecuencia de las manifestaciones autorizadas por el Delegado de Gobierno en Madrid entre los días 7 y 8 de marzo del 2020, a pesar de que el 2 de marzo de 2020 el Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades había emitido un informe enviado a todos los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea en el que instaba a éstos a considerar la cancelación de las concentraciones masivas en casos excepcionales.

Con fecha de 20 de marzo de 2020 tuvo entrada en el Juzgado de Instrucción nº 51 la denuncia citada, dando lugar a que el 23 de marzo se dictara auto de incoación de diligencias previas “*por prevaricación administrativa/ lesiones por imprudencia profesional o los que resulten de la instrucción de la causa en relación con los hechos objeto de denuncia únicamente frente al Delegado del Gobierno en Madrid, José Manuel Franco Pardo”.* El auto de incoación mencionado es objeto de recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se presenta una vez alzados los plazos, tal como imponía el auto que se recurre.

El presente recurso constituye la primera vez que el Ministerio Fiscal se pronuncia en la causa arriba referenciada. Esta circunstancia obedece a que la Ilma. Instructora ha aplicado la Disposición Adicional segunda en lo relativo a la suspensión de los plazos, sin que se haya acogido al párrafo 4 de dicha Disposición. Este momento procesal nos permite no sólo discernir sobre los motivos que concurren ab initio para combatir el auto de incoación, sino también valorar la mayor parte de las actuaciones que se vienen practicando desde el 23 de marzo del 2020.

**MOTIVOS DEL RECURSO:**

**PRIMERO:** **Atipicidad de los hechos objeto de denuncia.**

Procede analizar, en primer lugar, el posible encaje típico de los hechos atribuidos al investigado en el delito de prevaricación administrativa al que se refiere el auto de fecha 23 de marzo de 2020. Y parece evidente que, ya desde el inicio de la causa, la conducta objeto de autos presenta dificultades para incardinarse dentro de la figura delictiva prevista en el artículo 404 del CP, tal como recogía el auto de incoación. E, igualmente, las múltiples actuaciones que se han desarrollado en el marco de las presentes diligencias refuerzan aún más esta circunstancia.

El **art. 404 CP** dispone lo siguiente: “*A la autoridad o funcionario público que,* *a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”* Analizaremos a continuación los motivos por los cuales puede afirmarse que la conducta del investigado no reúne ninguno de los elementos constitutivos de este tipo penal.

Como se dice en la STS 600/2014, de 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. En consecuencia, el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, “*pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.*” La STS 311/2019 de 14 de junio (recurso nº 325/2018), por su parte, establece: *"Para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación (STS 340/2012)".*Tal criterio ha sido, por lo demás, reiterado, entre otras muchas, en las SSTS 498/2019, de 23 de octubre (Recurso 1513/2018), 311/2019, de 14 de junio (Recurso núm. 325/2018), 281/2019, de 30 de mayo (Recurso núm. 1516/2018), 294/2019, de 3 de junio (Recurso núm. 927/2018), 57/2020, de 20 de febrero (Recurso núm. 2463/2018), o 481/2019, de 14 de octubre (Recurso núm.1988/2018).

Así pues, la doctrina jurisprudencial (SSTS nº 1021/2013, de 26 de noviembre; nº 743/2013, de 11 de octubre; ATS 11-6-2015, rec. 20142/2015; y entre las últimas pueden citarse la SSTS nº 163/19, de 26 de marzo, y nº 359/19, de 15 de julio) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación, será necesaria la concurrencia de los presupuestos siguientes:

1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo

2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal

3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Por tanto, para analizar la posible comisión de un delito previsto en el artículo 404 del Código Penal, debe concretarse, en primer lugar, cual es el hecho que se considera prevaricador, o, dicho de otro modo, la actuación administrativa de la que se afirma que es arbitraria, en tanto que incompatible con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran.

Sin embargo, en el auto objeto de apelación no parece identificarse con claridad la resolución emitida por el investigado cuya ilegalidad haya que valorar. Así, en el fundamento jurídico tercero se expresa que “*en la denuncia se relata que en la Comunidad de Madrid hubo setenta y siete reuniones multitudinarias desde que se emitiera el informe sobre el COVID 19 de 2 de marzo de 2020 por el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades (…). Más adelante, la denuncia alude a los actos multitudinarios autorizados tanto el día 7 como el día 8 de marzo en Madrid, relacionando algunos de ellos, aunque no con excesiva precisión (no constan los promotores ni otros detalles que pudieran ser relevantes)*. En el fundamento jurídico quinto el Juzgado instructor expresa que “*la Constitución exige que en estos supuestos la reunión se comunique a la autoridad competente, que, a su vez, puede llevar a una prohibición de la manifestación cuando existan fundadas razones para presumir la alteración del orden público, que habrá de ser entendido de forma restrictiva y de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El precepto constitucional añade “con peligro para la persona o bienes”, con lo cual habría que interpretarlo como que el riesgo de otro tipo de desórdenes que no implicaran peligro para la persona o bienes no podría conducir a la prohibición de una manifestación”.* Y agrega, a continuación: *“Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la comunicación a la que se refiere el artículo 21.2 de la Constitución no es en ningún caso una autorización, sino una mera declaración de conocimiento a fin de que la Administración Pública competente pueda adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho y la adecuada protección de los bienes y derechos de terceros que se vean afectados (SSTC 2/1982, 66/1995, 182/2004, 110/2006)".*

Partiendo de todo ello, la única posibilidad es inferir que el auto está aludiendo a la intervención del Delegado del Gobierno a que se refieren los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, (intervención que, como más adelante se examinará, queda incorporada a la causa en los folios 132 a 577 del procedimiento). No obstante, no cabe entender que aquélla tenga la consideración de resolución administrativa a los efectos previstos en el artículo 404 del Código penal, a la vista de la naturaleza jurídica que la propia Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión mencionada le atribuye, en tanto que no configura la intervención administrativa como una autorización o como un verdadero acto de control con naturaleza sustantiva. Así, el artículo 3 de la LO establece que “*ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización”.*  Y conforme al artículo 8 de dicha norma jurídica, la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberá ser comunicada por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente, que podrá prohibirlas si existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para la persona o bienes (nótese que no existe precepto alguno que imponga al Delegado del Gobierno la obligación de prohibir una manifestación, en ningún caso, limitándose el artículo 10 referido a facultarle para ello, de estimarlo necesario, cuando valore que concurren razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, sin establecerse ningún supuesto en que sea imperativa la prohibición). Esta mera “toma de conocimiento” por parte de la autoridad gubernativa no equivale, a los efectos del artículo 404 del Código Penal, a una resolución, en los términos entendidos por la jurisprudencia, señalando la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en rigor jurídico, resolver es decidir, en sentido material o sustantivo, sobre el fondo del asunto.

La Sentencia nº 188/2017 de 23 de marzo (RJ/2017/1941) manifiesta que “*por lo que se refiere al concepto de resolución, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2015 establece que el concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de* ***contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral,*** *con exclusión de los actos políticos o de gobierno, así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución administrativa”* En el mismo sentido, la STS 502/2012, de 8 de junio (Recurso núm. 852/2011): *"La existencia de una verdadera resolución administrativa, cuya contraposición con los valores constitucionales conduzca a la transgresión del bien jurídico, resulta decisiva. Es indudable que el concepto de resolución administrativa -comprensivo de las disposiciones y actos a que se refiere los arts. 51 y 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre- no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio [...] Sin embargo, también ha tenido ocasión de puntualizar que no tienen tal carácter, y, por tanto, no colman las exigencias del tipo objetivo [...] un simple acuerdo verbal (STS 857/2003, de* *13 de junio, o el ejercicio de facultades jerárquicas plasmadas en una orden de un superior a un subordinado (STS 866/2008, de 1 de diciembre*)".

Resulta, pues, palmario, que el mero hecho de recibir comunicación acerca de la futura celebración de una manifestación, en ningún caso resultará subsumible en el artículo 404 CP, pues recibir comunicación no equivale a dictar resolución.

Por otra parte, exige el delito de prevaricación que la resolución resulte no sólo ilícita, sino también arbitraria. La Sentencia del Tribunal Supremo 259/2015, de 30 de abril, recordaba que el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Y por su parte señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio; y nº 1015/2002, de 31 de mayo) que "*el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...*". El Tribunal Supremo reiteradamente impone, de acuerdo con el texto de la ley, que la prevaricación implica una la actuación carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico. Nuevamente la STS 294/19, de 3 de junio, en la misma línea argumental: “*No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria.”* La STS 197/2018 de 25 de abril (RJ/2018/2689) afirma que *“no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última ratio”.*

Ciñéndonos al caso que nos ocupa, debe partirse de una premisa: con arreglo a los criterios de arbitrariedad expuestos, la ponderación de derechos fundamentales en colisión comporta un juicio de valor que, por su propia naturaleza, difícilmente puede ser objeto de control en el ámbito de la jurisdicción penal, limitada esta última al conocimiento de ilegalidades manifiestas y absolutamente injustificables con arreglo a derecho, circunstancia que a priori no puede apreciarse en aquellos casos en que la autoridad debe optar por una alternativa, lo haga con mayor o menor acierto, siempre y cuando pueda, siquiera mínimamente, fundamentar su decisión. El control judicial de los límites entre derechos fundamentales, ab initio, corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

El auto de 30 de abril de 2020 dictado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, durante el estado de alarma por razón del COVID-19, así lo presupone, con ocasión de la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la comunicación de la celebración de una manifestación el día 1 de mayo de 2020 en Vigo. Sin que pasemos a analizar el fondo del asunto dirimido, el auto referido establece: *“En este caso, si bien podría ponerse en duda la motivación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno, que es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, no puede negarse que existe motivación suficiente en la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia d 28 de abril de 2020 (sentencia nº136/2020). Cualquier defecto de motivación de la resolución administrativa, por tanto, habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial. Motivación con la que puede estar de acuerdo o no el sindicato recurrente, pero de cuya suficiencia no puede dudarse. La demanda de amparo sostiene que para no sacrificar la validez de un acto administrativo acuciado de nulidad radical, el Tribunal hace un auténtico sobreesfuerzo de creación judicial, convirtiéndose la resolución en una auténtica exégesis del sentido de las palabras de una resolución opaca y sin forma, y supliendo con su criterio jurisdiccional los juicios de ponderación constitucional y de motivación suficiente que la entidad administrativa en ningún caso realizó. Pero este argumento no puede ser aceptado en esta sede. El recurrente no tiene en cuenta (…) que son los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria quienes poseen la competencia originaria para proteger, salvaguardar y garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía”.*

Dicho lo cual, debemos añadir a continuación que el investigado no sólo no ha dictado resolución alguna, sino que su comportamiento no ha incurrido en ningún tipo de arbitrariedad, en tanto que no ha realizado actuación ni omisión que vulnere el ordenamiento jurídico en aras de la prevalencia de su exclusiva voluntad personal, como iremos exponiendo a lo largo del recurso.

Debemos, no obstante, observar a continuación, que aunque la denuncia y el auto de admisión a trámite de la misma parecen a priori definir el hecho que da lugar a las presentes diligencias como un comportamiento activo ( en los antecedentes de la resolución se dice expresamente que a los denunciados *“se les imputa un delito de prevaricación administrativa en relación con las autorizaciones concedidas--literalmente así en la denuncia- para la celebración de actos multitudinarios a pesar de la recomendación emitida por el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades de fecha 2 de marzo de 2020 sobre el COVID-19”)*, posteriormente, en el fundamento de derecho séptimo tiende a concebirlo como una actuación omisiva, esto es, como una pasividad antijurídica frente a una obligación de actuar; así, el auto ahora recurrido se pregunta: “*El informe emitido en fecha 2 de marzo de 2020¿fue remitido oficialmente a España en qué fecha?¿a qué autoridades?¿se recepcionó oficialmente por la Delegación de Gobierno de Madrid?¿se instó oficialmente a la Delegación de Gobierno de Madrid a 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 y 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?”* Ello nos lleva a la necesidad de analizar el delito del artículo 404 del Código Penal también en su modalidad omisiva, o en comisión por omisión; no obstante, debe advertirse que la única diferencia entre la ejecución activa o en comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa, estribará en que, mientras en el primero de los supuestos el sujeto activo habrá procedido a dictar la resolución en forma expresa, a través de un acto concluyente, en los casos de omisión impropia, el sujeto activo dictará la resolución arbitraria en asunto administrativo mediante la ejecución de un acto equivalente a la aprobación expresa y directa de la misma.

Y que, además, en la prevaricación omisiva han de concurrir todos los requisitos que se predican de la modalidad activa, al que habrá de añadirse uno más: que la omisión sea de tal calibre que pueda equipararse a una actuación. Como nos recuerda la STS 82/2017, de 13 de febrero (Recurso núm. 729/2016), *“la doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (…) Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, en arbitrariedad (…) Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras lo cual sea preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma* *equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos"* Por su parte, afirma la STS 371/2016, de 3 de mayo, que puede apreciarse comisión por omisión concretamente en aquellos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución, y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación. Y llega posteriormente a la conclusión de que, fuera de los casos específicos en los que la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo Común equipara los actos presuntos a las resoluciones expresas, el no hacer en relación con el delito de prevaricación “*en ningún caso puede entenderse constitutivo de una "resolución" administrativa en los términos en que nuestra jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora"* En similares términos, se expresan asimismo las SSTS 58/2018, de 1 de febrero (Recurso núm. 849/2017), y la 294/2019, de 3 de junio (Recurso núm. 927/2018).

Partiendo de tales premisas, habrá que concluir que el investigado tampoco dejó de resolver petición alguna a que viniera legalmente obligado. En lo atinente a la comisión por omisión, señala la STS nº 373/2017, de 24 de mayo, que "*el Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997 se decantó por la admisibilidad de la comisión por omisión para el caso de que sea un imperativo realizar una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a una designación*.” Y añade la misma que *"... es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación, con claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto arbitraria* (...)".

Aplicando tales criterios a los hechos que se imputan al investigado, cabe concluir que no puede atribuirse al mismo un delito de prevaricación omisiva, teniendo en cuenta dos elementos fundamentales: primero, que no concurre en él la posición de garante que exige la comisión por omisión, y, segundo, que no existía norma jurídica o mandato imperativo alguno que hubiese violentado arbitrariamente con una inactividad.

A los efectos de valorar la posición de garante de José Manuel Franco Pardo, resulta sumamente relevante precisar que los Delegados del Gobierno no ostentan competencias en materia sanitaria. Tal aseveración resulta indefectiblemente de analizar el contenido del artículo 73 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público, donde se relacionan las distintas facultades y competencias que el legislador atribuye a aquéllos (art. 73:*1. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas son los titulares de las correspondientes Delegaciones del Gobierno y tienen, en los términos* *establecidos en este Capítulo, las siguientes competencias: a) Dirección y coordinación de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos:1.º Impulsar, coordinar y supervisar con carácter general su actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma, y, cuando se trate de servicios integrados, dirigirla, directamente o a través de los subdelegados del gobierno, de acuerdo con los objetivos y, en su caso, instrucciones de los órganos superiores de los respectivos ministerios.2.º Nombrar a los Subdelegados del Gobierno en las provincias de su ámbito de actuación y, en su caso, a los Directores Insulares, y como superior jerárquico, dirigir y coordinar su actividad.3.º Informar, con carácter preceptivo, las propuestas de nombramiento de los titulares de órganos territoriales de la Administración General del Estado y los Organismos públicos estatales de ámbito autonómico y provincial en la Delegación del Gobierno) Información de la acción del Gobierno e información a los ciudadanos:1.º Coordinar la información sobre los programas y actividades del Gobierno y la Administración General del Estado y sus Organismos públicos en la Comunidad Autónoma.2.º Promover la colaboración con las restantes Administraciones Públicas en materia de información al ciudadano.3.º Recibir información de los distintos Ministerios de los planes y programas que hayan de ejecutar sus respectivos servicios territoriales y Organismos públicos en su ámbito territorial.4.º Elevar al Gobierno, con carácter anual, a través del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, un informe sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales en el ámbito autonómico.c) Coordinación y colaboración con otras Administraciones Públicas:1.º Comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Realizará también estas funciones con las Entidades Locales en su ámbito territorial, a través de sus respectivos Presidentes.2. º Mantener las necesarias relaciones de coordinación y cooperación de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos con la de la Comunidad Autónoma y con las correspondientes Entidades Locales. A tal fin, promoverá la celebración de convenios con la Comunidad Autónoma y con las Entidades Locales, en particular, en relación a los programas de financiación estatal, participando en el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de los mismos.3.º Participar en las Comisiones mixtas de transferencias y en las Comisiones bilaterales de cooperación, así como en otros órganos de cooperación de naturaleza similar cuando se determine.d) Control de legalidad:1.º Resolver los recursos en vía administrativa interpuestos contra las resoluciones y actos dictados por los órganos de la Delegación, previo informe, en todo caso, del Ministerio competente por razón de la materia. Las impugnaciones de resoluciones y actos del Delegado del Gobierno susceptibles de recurso administrativo y que no pongan fin a la vía administrativa, serán resueltas por los órganos correspondientes del Ministerio competente por razón de la materia. Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se tramitarán por el Ministerio competente por razón de la materia y se resolverán por el titular de dicho Departamento.2.º Suspender la ejecución de los actos impugnados dictados por los órganos de la Delegación del Gobierno, cuando le corresponda resolver el recurso, de acuerdo con el artículo 117.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y proponer la suspensión en los restantes casos, así como respecto de los actos impugnados dictados por los servicios no integrados en la Delegación del Gobierno.3.º Velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes.e) Políticas públicas:1.º Formular a los Ministerios competentes, en cada caso, las propuestas que estime convenientes sobre los objetivos contenidos en los planes y programas que hayan de ejecutar los servicios territoriales y los de los Organismos públicos, e informar, regular y periódicamente, a los Ministerios competentes sobre la gestión de sus servicios territoriales.2.º Proponer ante el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas las medidas precisas para evitar la duplicidad de estructuras administrativas, tanto en la propia Administración General del Estado como con otras Administraciones Públicas, conforme a los principios de eficacia y eficiencia.3.º Proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas medidas para incluir en los planes de recursos humanos de la Administración General del Estado.4.º Informar las medidas de optimización de recursos humanos y materiales en su ámbito territorial, especialmente las que afecten a más de un Departamento. En particular, corresponde a los Delegados del Gobierno, en los términos establecidos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la coordinación de la utilización de los edificios de uso administrativo por la organización territorial de la Administración General del Estado y de los organismos públicos de ella dependientes en su ámbito territorial, de acuerdo con las directrices establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Dirección General del Patrimonio del Estado.2. Asimismo, los Delegados del Gobierno ejercerán la potestad sancionadora, expropiatoria y cualesquiera otras que les confieran las normas o que les sean desconcentradas o delegadas.3. Corresponde a los Delegados del Gobierno proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuya jefatura corresponderá al Delegado del Gobierno, quien ejercerá las* *competencias del Estado en esta materia bajo la dependencia funcional del Ministerio del Interior.4. En relación con los servicios territoriales, los Delegados del Gobierno, para el ejercicio de las competencias recogidas en este artículo, podrán recabar de los titulares de dichos servicios toda la información relativa a su actividad,* *estructuras organizativas, recursos humanos, inventarios de bienes muebles e inmuebles o a cualquier otra materia o asunto que consideren oportuno al objeto de garantizar una gestión coordinada y eficaz de los servicios estatales en el territorio).*

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y reformado por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio, establece en su artículo 27.4 y 5 que, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria, y la ejecución en materia de sanidad e higiene, así como la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social. En desarrollo de aquellas competencias, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, atribuye, en su artículo 15.h), a aquella Administración, la competencia en materia de vigilancia en salud pública, así como la difusión de la información epidemiológica generaI y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud. Precisa el artículo 54 que "*El objeto de la salud pública es la adopción de todas las medidas necesarias para la protección de la salud colectiva de la población*". Señala, además, el artículo 55 de la Ley 12/2001, que corresponde a la Consejería de Sanidad, en su condición de Autoridad Sanitaria: "*La adopción cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y especialmente en los supuestos contemplados en sus artículos 2 y 3"; "La adopción de cualquier otra medida necesaria en función del análisis de los determinantes del proceso salud-enfermedad en la Comunidad de Madrid"*; así como “*la promoción de la vigilancia epidemiológica tanto de las enfermedades transmisibles como no transmisibles, y de todos los determinantes del proceso salud-enfermedad relacionados con la interacción del individuo con el medio. A tal fin, y con sujeción a lo establecido en la norma estatal y autonómica aplicable a la materia de protección de datos de carácter personal, los datos relativos a la salud serán cedidos a la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid por parte de los responsables de los ficheros, cualquiera que sea su titularidad, cuando resulten necesarios para prevención de la enfermedad, o la realización de estudios epidemiológicos*".

No resultaría, pues, razonable, exigir al Delegado del Gobierno que prohibiera unas manifestaciones por razones de orden sanitario cuando las competencias en materia de salud pública, y, en concreto, para la adopción de medidas de prevención de vigilancia epidemiológica, correspondían a otro órgano administrativo (los folios 912 a 1044 de la causa incorporan las órdenes y resoluciones de la Consejería de Sanidad relativas al CV19, relacionadas en los folios 949 a 954).

En lo que respecta a la ausencia de mandato imperativo, hemos de resaltar el hecho de que el auto de 23 de marzo de 2020 no concrete resolución alguna cuyo precepto pudiera considerarse vulnerado, ni indicio de que dicha normativa exista. Recuérdese que el artículo 404 del Código penal se configura como norma penal en blanco, de suerte que la conducta típica siempre precisará ser completada por la norma extrapenal a la que remite. Y los mismos principios de legalidad y taxatividad penal resultan igualmente aplicables a la norma administrativa que completa el tipo delictivo, de manera que no son admisibles interpretaciones extensivas de los preceptos extrapenales que comporten en perjuicio de reo una ampliación de la conducta típica. Razones todas ellas que impiden imponer al investigado una obligación de actuar allí donde la Ley no prevé más que una facultad de actuar.

En ausencia, pues, de concreción por parte de la resolución judicial ahora apelada de una norma ineludible para el investigado, cabe preguntarse si se considera por el Juzgado de Instrucción que la obligación de actuar del Delegado del Gobierno resulta del hecho de recibir comunicación de las manifestaciones a que se refiere la denuncia. No puede ser así, puesto que como hemos indicado anteriormente, el artículo 10 de la LO 9/1983, de 15 de julio, lejos de imponer obligación alguna a los Delegados del Gobierno, se limita a facultarles para que en el caso de apreciar "razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público", puedan prohibir la manifestación, o, en su caso, establecer límites a su celebración.

**SEGUNDO: Ausencia de indicios racionales y suficientes de criminalidad. Archivo/ Sobreseimiento de la causa.**

Entonces, si, de acuerdo con todo lo expuesto hasta ahora, convenimos en que no existe obligación de actuar para el Delegado del Gobierno con soporte en la Ley Orgánica 9/1985, ni en normas internacionales de preceptivo cumplimento, ni en ninguna otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico, la única posibilidad residual que queda, es considerar que el Juzgado actuante trata de dilucidar mediante la actividad instructora si el investigado hubiera podido cometer una prevaricación omisiva derivada de la posible existencia de una hipotética orden emitida por el Gobierno de España que el Delegado del Gobierno tuviera inexorablemente que cumplir; debe, no obstante, resaltarse que la hipótesis lanzada en el auto de admisión a trámite de la denuncia, no encuentra apoyo en dato indiciario alguno.

Y después de todas las diligencias de instrucción practicadas, puede igualmente afirmarse que sigue sin apreciarse ningún indicio de la existencia de dicho mandato (como difícilmente podría ser de otra manera, dada la atribución de competencias de la Comunidad Autónoma hasta la declaración del estado de alarma de fecha 14 de marzo de 2020), de suerte que tampoco baraja el Ministerio Fiscal la posibilidad de que, ampliando la instrucción mediante la práctica de nuevas diligencias, pudiera llegarse a una conclusión diferente.

Finalmente, si convenimos, como no puede ser de otra manera (cualquier otra posibilidad es palmariamente atípica ab initio, conforme a lo ya expuesto), que en el momento actual únicamente puede atribuirse al investigado una hipotética prevaricación omisiva, habrá de concluirse que no existe tampoco el más mínimo indicio en la causa de que concurre en aquél el elemento subjetivo del tipo exigido en el artículo 404 del Código Penal. Como, advierte la STS 694/2018, de 21 de diciembre, Rec. 2486/2017: el delito de prevaricación "*requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión "a sabiendas" impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria. El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración. Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas. Desde el plano subjetivo, se requiere que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta. La STS 797/2015, de 24 de noviembre, señala que el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas" por lo que se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, 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 ( STS 443/2008, de 1 de julio)".* Igualmente, la reciente STS 294/19, de 3 de junio, siguiendo idéntico criterio, expone que el delito de prevaricación sólo puede cometerse dolosamente, al recoger el art. 404 CP “…a sabiendas de su injusticia…”, no siendo suficiente el dolo eventual. El ATS de 19 marzo de 2019 rec. 20629/2017, dispone que “*el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas". Se puede decir, en resumen, que se comete indiciariamente el delito de prevaricación 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 ( SSTS 443/2008, de 1-7 ; y 197/2018, de 25-4 , entre otras).”* También recoge la jurisprudencia que dichos elementos subjetivos, al tratarse de elementos psicológicos o internos, deberán acreditarse habitualmente por prueba indiciaria, es decir, deduciéndolos de otros elementos externos demostrados por prueba testifical o documental. Por último, señala el Tribunal Supremo en la Sentencia 63/2017, de 8 de febrero, que *"es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución*.”

Debiendo colegirse, por tanto, la concurrencia del elemento subjetivo de datos indiciarios, resulta imperativo analizar las diligencias de instrucción practicadas, a los efectos de apreciar si existe en ellas cuando menos un atisbo de intencionalidad dolosa, que justifique continuar con la investigación. Y tiene que concluirse que no es así. Si tomamos como hipotético momento de comisión delictiva la fecha de emisión del documento por el que el Delegado del Gobierno toma conocimiento de una convocatoria de manifestación en vía pública (que es el que tiene en consideración temporalmente el auto objeto de apelación, recordemos que expone literalmente: *“si en el momento de la decisión gubernativa – en ese momento, no a posteriori- se tenían suficientes datos…”)*, podremos apreciar que para la inmensa mayoría de las concentraciones que tienen lugar en el mes de marzo, la declaración formal de recepción de comunicación se fecha en el mes de febrero, produciéndose a principios de marzo en un número muy reducido de supuestos. Tal afirmación se evidencia del examen directo de la documentación obrante en los folios 132 a 577 de las actuaciones. El grupo más numeroso de comunicaciones se refiere, como era de esperar, a las concentraciones en la vía pública convocadas con ocasión de la celebración de las jornadas reivindicativas del 8 de marzo, fecha señalada como día de celebración internacional de la mujer. Tales concentraciones se inician ya el día 6, y son especialmente cuantiosas en los días 7 y 8. Siguiendo la tónica general anteriormente indicada, el grueso de las comunicaciones efectuadas por las diversas entidades y grupos sociales se tiene por recibido con fecha de febrero; así resulta, en concreto, de los folios 304, 318, 322, 331, 337, 343, 361, 374, 387, 435, 440, 468,473, 477, 482, 487, 493, 499, 504, 510, 518, 523, 528, 535, 539, 544, 549, 554, 561 y 572 de la causa. Algunos de los documentos, insistimos, los menos, se datan los primeros días del mes de marzo; en concreto el día 2 de marzo el expediente 416/2020 (folio 404), el día 3 de marzo los expedientes nº 415/2020, 437/2020 (folios 396 y 414), y el día 4 de marzo los expedientes nº 449/2020, 469/2020, 470/2020 y 490/2020 (folios 419, 423, 427 y 431). No hay documentos de fecha posterior. **Artículo quinto.**La autoridad gubernativa suspenderá y, en.su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

Por otro lado, ec) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista

l informe emitido por el Centro Europeo para el Control y prevención de Enfermedades (organismo creado por el Reglamento CE 851/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de 21 de abril de 2004) a que aluden tanto el auto recurrido como la denuncia, de fecha 2 de marzo de 2020, recoge en su epígrafe 7 la siguiente indicación, en relación con el COVID19: “*Actualmente, los países de todo el mundo y de la UE/EEA se encuentran en diferentes escenarios y podrían desplazarse rápidamente de uno a otro, dada la evolución de la situación (…). Actualmente la epidemiología sugiere el escenario 1 para el nivel EU/EEA, que podría evolucionar rápidamente al escenario 2.”* El epígrafe 13 de dicho informe se refiere específicamente a las concentraciones masivas en los siguientes términos: “*Las concentraciones masivas, como eventos deportivos, conciertos, eventos religiosos y conferencias, aumentan el número de contactos cercanos entre personas durante periodos prolongados, a veces en espacios cerrados (…) Las medidas para reducir el riesgo proveniente de concentraciones masivas incluyen medidas de distanciamiento interpersonal para evitar aglomeraciones y medidas organizativas como la cancelación o aplazamiento de eventos. Durante los escenarios 1 y 2, la cancelación de concentraciones masivas en la UE/EEA podría estar justificada en supuestos excepcionales**(p.e., grandes conferencias con un número significativo de participantes provenientes de un área afectada). La decisión de cancelar deberá coordinarse entre el organizador y las autoridades sanitarias y otras autoridades nacionales, caso por caso. Los datos provenientes de modelos epidemiológicos indican que, durante la fase de mitigación, la cancelación de concentraciones masivas antes del pico de epidemias o pandemias pueden reducir la transmisión del virus. La cancelación de concentraciones masivas durante los escenarios 3 y 4 es por tanto recomendable*”.

El documento obrante en el expediente, denominado Medidas de precaución relacionadas con el brote causado por el nuevo coronavirus COVID19 en la Comunidad de Madrid, elaborado por la Dirección General de Salud Pública (que recoge medidas básicas de higiene) es emitido con fecha de 5 de marzo de 2020, con posterioridad, pues, a la actuación reprochada por la denuncia al investigado, y no se refiere a medidas relativas a concentraciones en espacios abiertos. La Organización Mundial de la Salud declaró el COVID19 como emergencia de salud pública internacional con fecha de 30 de enero de 2020, y establece unas directrices provisionales con fecha de 16 de febrero de 2020, restringidas al control de enfermos en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos. Con fecha de 24 de febrero de 2020, la OMS emite un plan de respuesta internacional a la emergencia de coronavirus CV19, en el que recoge un caso acreditado en España (f 849). Nótese que, aun cuando las directrices provisionales de 16 de febrero se refieren expresamente al Reglamento Sanitario Internacional (BOE 62, de 12 de marzo de 2008), es patente que ninguna de estas actuaciones deja de tener el carácter de recomendaciones o programas de actuación. La declaración por la OMS del covid19 como pandemia se produce el 11 de marzo de 2020. Con tal escenario, nacional e internacional, pretender que el investigado conocía que con una actuación diferente a la realizada (para la que, como hemos dicho, no estaba obligado ni legitimado) habría podido evitar la muerte de miles de personas y el contagio exponencial de la enfermedad resulta prácticamente inverosímil.

**TERCERO: Denuncia insuficiente para incoar diligencias.**

A los efectos de alegar el presente motivo, conviene recordar el fundamento jurídico cuarto del auto de incoación, que resalta lo absolutamente excepcional de los hechos denunciados, explicando que “*procedería el archivo directo de la denuncia en el caso de que los hechos no tengan encaje penal o no existieran indicios de participación en los mismos del denunciado”.*

Por otro lado, el fundamento quinto concluye que el derecho de manifestación puede prohibirse tanto sobre la base de una alteración del orden público como por la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos en nuestra Constitución. Termina ese fundamento concluyendo 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 por último, el fundamento de derecho sexto hace referencia a la calificación jurídica de los hechos ampliando la imputación a delito de lesiones por imprudencia profesional. A pesar de que por Providencia de 19 de abril de 2020 se retiró la imputación jurídica de las mismas, extremo reiterado en otras providencias, conviene realizar algunas precisiones en tanto que la resolución impugnada preveía esta calificación jurídica. Las razones ya expuestas a lo largo del recurso impiden, mutatis mutandi, imputar al investigado un delito de lesiones imprudentes, cuya ejecución, de nuevo, se atribuiría en comisión por omisión.

Por lo que respecta al régimen y requisitos de la comisión por omisión regulados por el artículo 11 CP, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando de modo recurrente que para afirmar la responsabilidad en supuestos de omisión impropia han de concurrir los presupuestos siguientes (v. gr. SSTS 758/2018, de 9 de abril; 320/2005 de 10 de marzo; 37/2006 de 25 de enero; 213/2007 de 15 de marzo; 234/2010 de 11 de marzo; 64/2012 de 27 de enero; 325/2013 de 2 de abril; 25/2015 de 3 de febrero; 482/2017 de 28 de junio):

i) Que se haya producido un resultado lesivo o, en su caso, generado el riesgo previsto por un tipo penal como elemento objetivo del tipo.

ii) Que se haya omitido una acción que, en términos de causalidad hipotética, hubiera resultado idónea para evitar la producción del resultado o el riesgo en cuestión.

iii) Que el sujeto que haya omitido la acción se hallare en condiciones de poder realizarla sin riesgo propio ni para terceros.

iv) Que dicho sujeto se hallara obligado a realizar dicha conducta fruto de su condición de garante.

Tal y como ya tuvimos ocasión de afirmar al analizar el delito de prevaricación administrativa, no existen razones que permitan atribuir al investigado la condición de garante de la salud pública de los asistentes a las manifestaciones celebradas los días 7 y 8 de marzo, y, en consecuencia, los posibles contagios que pudieran haberse producido no podrían resultar imputables a quien no ostentaba competencias en materia sanitaria.

En lo atinente a la generalidad de la causa, resulta llamativo que se incoen unas diligencias previas por los delitos imputados contra el Delegado del Gobierno de la CCAA de Madrid, y en cambio no se proceda a repartir por los distintos territorios la denuncia presentada contra el resto de Delegados de Gobierno cuya actuación está presidida en el mismo marco: observe el Tribunal que la denuncia va dirigida contra dieciséis Delegados del Gobierno por delito de prevaricación, dando lugar a la incoación de las previas únicamente contra el Delegado del Gobierno de Madrid, y exhortando al denunciante a que, con respecto al resto de Delegados, proceda a denunciarlos en los juzgados territorialmente competentes. Tal resolución comporta necesariamente una ligera incoherencia en la actividad judicial, dado que si la Instructora, con los elementos de la denuncia, estimó preciso incoar diligencias previas, hubiera resultado consecuente remitir a cada uno de los territorios la denuncia presentada a fin de que el resto de Tribunales pudiera pronunciarse acerca de su admisión. Dicho de otro modo: si la Ilma. Instructora encuentra indicios de criminalidad contra el Delegado del Gobierno en Madrid, concurriendo los mismos indicios contra el resto, lo correcto hubiera sido inhibirse respecto de cada uno de ellos, tal como establece el artículo 14 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, pudiera haber ocurrido que con la inhibición los juzgados territorialmente competentes rechazaran de plano la denuncia produciéndose la paradoja de que con esa denuncia inicial sólo se encontrara imputado el Delegado del Gobierno de Madrid.

En segundo lugar, al margen de lo anterior, es preciso analizar la denuncia presentada y examinar si la misma reúne las condiciones necesarias para incoar una actuación que lleva más de 2000 folios de instrucción.

Como adelantaba la Juez en su auto, serias dudas plantea esta calificación delictiva. La instrucción penal está recogida en el artículo 299 de la L.E.Crim que establece que *constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.* Y en ese sentido el artículo 777 de la L.E.Crim dispone que *el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen.*

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1988, 15 de julio, recuerda que el sumario tiene por objeto establecer si el hecho que se investiga puede ser o no constitutivo de delito, y tal finalidad se habrá alcanzado ya cuando la prueba reunida permita afirmar que el factum no es subsumible en alguno de los supuestos de hecho delictivos previstos por las leyes (en el mismo sentido la STC 191/1989, 16 de noviembre, ATC 360/2003, de 10 de noviembre).

El mismo Tribunal exige, además, que el proceso penal se inicie con una notitia criminis. Resulta trascendente la Sentencia del TC 41/1998, de 24 de febrero: “*la* *Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas (SSTC* [*163/1986*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/726)*, fundamento jurídico 2º,* [*20/1987*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/752)*, fundamento jurídico 5º, y* [*17/1988*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/958)*, fundamento jurídico 5º), que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal o a sus diversas medidas de investigación o de aseguramiento (SSTC* [*20/1987*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/752)*, fundamento jurídico 4º,* [*135/1989*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1341)*, fundamento jurídico 4º, y* [*41/1997*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3306)*, fundamento jurídico 5º). Como declaramos en esta última Sentencia, “al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases -iniciación (STC* [*111/1995*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2965)*, fundamento jurídico 3º); imputación judicial (STC* [*153/1989*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1359)*, fundamento jurídico 6º); adopción de medidas cautelares (STC* [*108/1994*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2625)*, fundamento jurídico 3º); Sentencia condenatoria (SSTC* [*31/1981*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/31)*,* [*229/1991*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1868) *y* [*259/1994*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2776)*); derecho al recurso (STC* [*190/1994*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2707)*, fundamento jurídico 2º), etc., se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC* [*109/1986*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/672)*, fundamento jurídico 1º), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado”. Sigue recordando la sentencia citada, que el Juzgado, por su parte, tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones. Estas las cifra la ley en que el hecho denunciado no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa (art. 269 L.E.Crim.). Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los arts. 637 y 641 de la Ley (SSTC* [*34/1983*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/162)*, fundamento jurídico 1º y 2, y* [*40/1988*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/981)*, fundamento jurídico 3º)”.*

Es decir, lo determinante para proceder a incoar unas diligencias previas es evaluar la concurrencia de la notitia criminis y la verosimilitud de los hechos, y realizar una valoración inicial acerca de la posible tipificación de los mismos.

Los indicios aportados en la denuncia son la concurrencia de un informe del Centro europeo fechado a 2 de marzo del que desconocemos su notificación y el alcance del mismo, así como la celebración de las manifestaciones entre los días 7 y 8 de marzo. Igualmente, como dice el auto (FJ7), la instrucción pretende conocer si el Delegado del Gobierno recibió alguna orden de carácter imperativo que le obligara a reconsiderar las tomas de conocimiento de cada una de las manifestaciones. En este sentido, es necesario resaltar nuevamente que en la tramitación del derecho de reunión, ninguna de ellas está sometida a autorización (art. 3.1 de la Ley reguladora 9/1983 de 15 de julio) facultándose únicamente a la autoridad gubernativa a suspenderlas en los casos previstos en el artículo 5 de la Ley citada.

**Artículo quinto.**

La autoridad gubernativa suspenderá y, en.su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.

b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo 795/2016, de 25 de octubre que recuerda que “*es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva, esto es, cuando tiene noticia, por cualquier medio típico o no de un hecho que reviste caracteres de delito, aunque se desconozca la persona de su autor. La razón de ser de esa manifestación descansa en el prevalente interés público en reprimir las conductas delictivas. Este interés explica, en efecto, que su tutela sea asumida por el Estado y consecuentemente, que la persecución de aquellas conductas se erija en deber para los órganos oficiales de la persecución penal - esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que puedan actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público-. Por tanto, la notitia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión”.*

Por tanto, parece necesario que el Tribunal valore esta circunstancia.

**CUARTO: Vulneración de lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española por 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.**

A mayor abundamiento, estima el Ministerio Fiscal que 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 el estado de alarma que genera indefensión al denunciado.

Consideramos que si las actuaciones no eran urgentes, no debieron incoarse las Diligencias previas, ni acordarse diligencias de instrucción en una situación de alarma que impide el control de lo actuado por órgano superior, pudiendo generar indefensión esencialmente al denunciado.

A juicio del Ministerio Fiscal, a pesar de la dificultad que conlleva interpretar la Disposición Adicional segunda, debe concluirse que la Ilma. Instructora carecía de habilitación legal para incoar las diligencias previas y para acordar la práctica de diligencias de instrucción- más teniendo en cuenta la suspensión de los plazos para recurrir-, lo que obliga a esta parte a presentar el recurso a partir del 4 de junio de 2020, casi tres meses después de la incoación.

A los efectos de llevar a cabo la compleja función que le corresponde al Tribunal que resuelva el presente recurso de apelación de interpretar la norma invocada, no debe olvidar el mismo que el artículo 3.1 del Código Civil establece los criterios hermenéuticos de normas, las cuales *se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.* Tampoco puede olvidar el Tribunal que la Disposición Adicional segunda contempla criterios de actuación de los Tribunales en la situación de estado de alarma; en ella, no sólo se establece la suspensión de los términos y plazos, sino que además se prevé exclusivamente el mantenimiento de determinados procedimientos en los que concurran especiales circunstancias. Es decir, no sólo se recoge una suspensión de plazos sino también se limita la actuación judicial.

Esa limitación resulta como consecuencia de la declaración del estado de alarma, declaración que se ha debido a los motivos que recoge la Exposición de motivos del Real Decreto 463/2020. La citada Exposición recuerda que *la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.*

Y resulta necesario incorporar al recurso dichos motivos no sólo con el fin de que el Tribunal tenga presente la situación existente en España el 14 de marzo a los efectos de interpretar la Disposición Adicional Segunda, sino también a los efectos de que estime si procede incoar unas diligencias previas por unos hechos que, como hemos argumentado, resultan atípicos.

La previsión legal de la Disposición Adicional suspende los términos y suspende e interrumpe los plazos, si bien recoge tres excepciones a la suspensión para la jurisdicción penal. En primer lugar, la paralización no afecta a determinados procedimientos recogidos en el Real Decreto de 14 de marzo. En segundo, tampoco afecta a las diligencias que, por su carácter urgente, sean inaplazables. Y, finalmente, el párrafo 4 de la citada Disposición habilita al Juez o Tribunal a practicar cualquier actuación judicial que sea necesaria para evitar perjuicios irreparables en los derechos o intereses legítimos de las partes en el proceso. Y en ese sentido, el auto recurrido no se ha sujetado a ninguna de las excepciones alegadas.

Como recordábamos en un párrafo anterior, con el artículo 3.1 del Código Civil, *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.* Pues bien, tanto el sentido propio de las palabras como a la finalidad de aquellas indica que los plazos y términos están suspendidos, suspensión e interrupción que 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. Y asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables. Es decir, no quedan únicamente suspendidos los plazos, también se suspende la práctica de actuaciones con la excepción de aquéllas que por su carácter urgente resulten inaplazables.

Por tanto, estimamos que la previsión legal limita exclusivamente a determinados procedimientos y a actuaciones inaplazables la intervención de los Tribunales.

Al hilo de ello, cabe recordar que el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 14 de marzo de 2020 decretó la suspensión de todas las actuaciones judiciales y de los plazos procesales, a salvo los servicios esenciales aprobados. Igualmente, en virtud de nuevo Acuerdo de fecha 18 de marzo de 2020, la Comisión Permanente del CGPJ estableció que “*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 del 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 RD 463/20 debe entenderse suspendida*”, así como que “*La suspensión de plazos procesales no impide, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional segunda del RD 463/20, 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*”. A la vista de lo cual, consideramos que el 23 de marzo no concurría habilitación legal para dictar el auto recurrido, dado que la Ilma. Juez no se acogió a ninguna de las previsiones señaladas.

No obstante, lo trascendental del motivo invocado es si el auto incoado que a su vez suspende los plazos para recurrir, genera una situación material de indefensión.

En esa línea, estimamos que la suspensión de los plazos para recurrir que recoge la parte dispositiva del auto apelado puede, efectivamente, generar una situación de indefensión, habida cuenta de que dicha suspensión se alzó el 4 de junio, y a día de hoy ya existen más de 2000 folios en la causa, circunstancia que pone en evidencia que ésta se está instruyendo sin posibilidad de que se tramiten de forma ordinaria los recursos planteados, y sin que la actividad instructora pueda ser valorada por un órgano superior. Así, tal y como expresa, entre otras muchas, la STC 61/1994, de 28 de febrero: “*(…) Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24 C.E., garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales*”.

Bien es cierto que la Juez de instrucción en su resolución “f*aculta al Médico Forense y a la Guardia Civil a demorar en el tiempo la presentación de los informes hasta que el estado de alarma cese y tengan disponibilidad suficiente para reanudar labores de investigación ordinarias. Igualmente, en el fallo se recoge que las diligencias son sin plazo”.* No obstante, aunque las diligencias acordadas se han efectuado sin plazo, lo cierto es que el auto incoado limita el derecho al recurso y, por consiguiente – a pesar de que cualquiera de los recursos por los que optara cualquiera de las partes no tendría efectos suspensivos- queda de facto cercenado el derecho a acudir de forma inmediata a órganos superiores. Como hemos anticipado, la Juez, en su caso, habría debido recoger expresamente la aplicación del párrafo 4 de la Disposición Adicional, o bien haber tramitado materialmente los recursos, a la vista de la celeridad que se ha imprimido a la instrucción.

A todo ello cabe añadir que la resoluciones dictadas posteriormente (a modo de ejemplo, la providencia de 25 de mayo del 2020), establecen plazos para la práctica de diligencias, resultando inadecuado que se suspenda el plazo para la interposición de los recursos legalmente establecidos y que en cambio se establezcan plazos para llevar a efecto actuaciones, extremo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del investigado.

Por tanto, estimamos que el auto es nulo, dado que se dictó en un momento procesal inadecuado y en cuanto vulneró la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso al recurso, al suspender los plazos para recurrir sin apreciar la concurrencia del párrafo 4 de la Disposición Adicional segunda, máxime cuando la instructora viene delimitando plazos para la práctica de actuaciones posteriores al auto recurrido.

**QUINTO: Sobre la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24.2 de la Constitución española por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

Tal como hemos expuesto anteriormente, la atipicidad de los hechos se sustenta esencialmente en la circunstancia de que el investigado no dictó resolución en asunto administrativo (ni expresa ni tampoco presunta), en la razón de que el Delegado del Gobierno no infringió norma jurídica alguna que le atribuyera la obligación de prohibir las manifestaciones celebradas los días 7 y 8 de marzo de 2020, dado que no ostenta competencias en el orden sanitario (éstas, y, en concreto, la capacidad para la adopción de medidas de prevención de vigilancia epidemiológica, correspondían a otra Administración), y, como consecuencia, el investigado no gozaba de la condición de garante exigida por el artículo 11 del Código Penal, a lo que cabe añadir que su actuación no puede ser considerada arbitraria.

Por otro lado, en el presente momento procesal únicamente se atribuye al investigado la ejecución de un delito de prevaricación, si bien con arreglo al artículo 118 LECrim, hubiera debido informarse al mismo acerca de la concreta resolución cuya aprobación se le atribuye, así como acerca de la concreta norma cuya infracción se le reprocha.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 944/2016, de 15 de diciembre razona que “*El Tribunal Constitucional es constante en manifestar que el derecho a ser informado de la acusación encierra un contenido normativo complejo cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, F4; 95/1995, de 19 de junio, F3 a); 302/2000, de 11 de diciembre, F2). Una exigencia que se convierte en instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe que hechos en concreto se le imputan. (…) la doctrina constitucional refleja que el adecuado desarrollo del derecho de defensa no sólo exige del conocimiento de ser sujeto pasivo del procedimiento, sino de cuáles son los hechos concretos en los que se atribuye una participación, pues las posibilidades de defensa se concretan inicialmente en saber cuál es el factum objeto de proceso y no -como parece pretender el recurrente- en el juicio de subsunción típica que pueden merecer unos acontecimientos"*

El auto de incoación de previas se limita a afirmar respecto del posible encaje de los hechos objeto de autos en el artículo 404 CP lo siguiente: *"Serias dudas plantea a esta instructora que esta 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",* razón por la cual resulta difícil que el investigado conozca el alcance de la imputación.

**Artículo quinto.**

La autoridad gubernativa suspenderá y, en.su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.

b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista

**Artículo quinto.**

La autoridad gubernativa suspenderá y, en.su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.

b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista

Por todo lo expuesto anteriormente, el Ministerio Fiscal **interesa tanto la revocación del auto de incoación de diligencias previas como que se dicte auto que acuerde el archivo de la causa.**

**OTROSI DICE:** Se designan como particulares, a los efectos de su testimonio, los siguientes: 1 a 576, 581 a 1044, 1575 a 1889, así como las diligencias de la Guardia Civil nº 2020-101887-00000071, sin foliar.

Madrid, 8 de junio del 2020.

Los Fiscales:

Gloria Yoshiko Kondo Pérez y Enrique Remón Peñalver.