

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 05 DE LEGANÉS

Pza. de la Comunidad de Madrid, 5 , Planta 2 - 28912

Tfno: 913307575

Fax: 913307493

43013070

NIG: 28.074.00.1-2020/0003376

Procedimiento: Diligencias previas 479/2020

Delito: Del homicidio y sus formas

AUTO NÚMERO 550/2020

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ QUE LO DICTA: D./Dña. MÓNICA BOTICARIO MARTÍN

Lugar: Leganés

Fecha: 18 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: En fecha 28 de Mayo de 2020 fue turnada a este Juzgado Querrela Criminal interpuesta por la Procuradora Dña. Valentina López Valero, en nombre y representación de los 11 querellantes que se reflejan en el encabezamiento de la misma, por la que se solicitaba la apertura de Diligencias penales ante la posible comisión, por parte de los querellados, de los delitos de HOMICIDIO IMPRUDENTE, LESIONES IMPRUDENTES, OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO, TRATO DEGRADANTE Y PREVARICACIÓN,

No constando en la querrela acompañado el poder especial para pleitos legalmente exigible, mediante Providencia de 4 de Junio de 2020, y con carácter previo a pronunciarse este Instructor sobre la admisión o inadmisión a trámite de la citada querrela, se citó a los querellantes para que se personaran en la sede judicial a fin de practicar el apoderamiento apud acta. Dicho trámite se terminó de cumplimentar el 23 de Julio del año en curso, fecha en la que quedan los autos sobre la mesa de SSº., para dictar la resolución pertinente sobre la procedencia de iniciar o no el solicitado procedimiento penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

del décimo y el undécimo querellante ([REDACTED]), en los que afortunadamente no se ha producido fallecimiento, sino sólo contagio por COVID, sin poder determinarse, ni por el relato de los hechos ni por la documentación inicial acompañada, (ninguna en el segundo de los casos). el cómo se produjo el mismo, ni cuándo ni dónde.

En segundo término, lo que encontramos en la querella, en cuanto a su relato fáctico, son meras prospecciones de los querellantes, no conteniendo indicio alguno en que basar sus sospechas de actuación irregular, por parte de las residencias y de la Comunidad de Madrid, constitutivas de infracción penal. Se utiliza frecuentemente, a lo largo de toda la querella, expresiones hipotéticas, tales como “decisiones que pudieron determinar”; “es probable que...”; “investigar si pudiera haber habido”; “esta circunstancia pudo haber sido determinante”; “investigar si hubo instrucciones”, etc. Los querellantes entienden que la actuación llevada a cabo por las residencias, siguiendo las instrucciones que les iban dando desde las autoridades autonómicas y estatales, provocaron, en primer lugar, el contagio, y posteriormente, el fallecimiento de sus familiares, y extraen dichas conclusiones de meras conjeturas y subjetividades que lejos quedan de la aportación de hechos de los que se deduzca la posible comisión de un delito, pretendiendo una investigación criminal prospectiva, vetada en Derecho.

En tercer lugar, se presenta querella contra los Directores de cuatro residencias de ancianos ubicadas en Leganés, [REDACTED] LA ILIANA, VIRGINIA, COLINA DE LA FUENTE, SONIA MORENO A. MENDOZA y DIANA MINOZ CORDERO A, respecto a los cuales ninguna imputación criminal se realiza posteriormente, en el relato de lo acontecido, según la querella. En efecto, de la lectura de la misma se constata que a lo que se alude en todo momento es a la actuación, a su entender negligente, de la Comunidad de Madrid, y en concreto de su Presidenta y de dos de sus consejeros, pero nada se dice respecto de las residencias, o de una actuación imprudente, negligente o culpable de las mismas, sino más bien se las presenta como meras ejecutantes de las directrices que marcaba la Comunidad Autónoma, autoridad a la que se debían, al menos desde el 12 de Marzo de 2020, cuando se decretó su medicalización. Si los protocolos decretados, aprobados y a aplicados fueron o no acertados es cuestión ajena a los directores y demás personal de las residencias, que se limitaron a cumplir lo que se les ordenaba, y a llevar a cabo su trabajo, en unas condiciones extremadamente complicadas y difíciles, aún a riesgo de sus propias vidas, de la mejor manera posible. Ningún indicio se aporta de lo contrario.

En cuarto lugar, y respecto de la actuación de la Comunidad de Madrid, y de los miembros de la misma querellados en la presente causa, se habla de inadecuada aplicación de protocolos, actuar tardío e insuficiente y de decisiones equivocadas que provocaron, a su entender, el fallecimiento de miles de residentes de geriátricos en todo el territorio madrileño, entre ellos, de los familiares de los querellantes, citando, para apoyar sus aseveraciones, varios artículos publicados por distintos medios de comunicación escritos y digitales que, no pueden considerarse como fuente acreditada de certeza, al menos en este caso, máxime teniendo en cuenta que estamos hablando de una enfermedad nueva de la que poco o nada se sabía en el mes de Marzo de 2020, cuando

aconteció todo lo descrito en la querrela, y del que poco más se ha averiguado en los meses que se sucedieron hasta el día de hoy, como lo demuestra la situación de “segunda ola” en la que nos encontramos inmersos en estos momentos, con numerosos rebrotes a lo largo de todo el territorio nacional.

Finalmente, y atendiendo a las figuras delictivas apuntadas en la querrela, decir que los hechos descritos no tienen cabida legal en los mismos. A saber:

Respecto de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, se encuentran tipificados en los artículos 142 y 152 respectivamente, de nuestro Código Penal. Dicen dichos preceptos que “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”, señalando el segundo que “el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y al resultado producido...”. Pues bien, en ambos casos se exige, no sólo la acreditación de la concurrencia de una imprudencia que pueda ser calificada como grave, sino, además, que dicha imprudencia sea la causante del resultado, de muerte en el primero de los casos, y de lesiones en el segundo. En la presente causa nos encontramos con la descripción del fallecimiento de varias personas, algunas de ellas diagnosticadas de COVID, y otras por causas hasta el momento desconocidas, sin confirmación de dicha enfermedad. También presentan querrela familiares de otros dos afectados que consiguieron superar la enfermedad. En todos y cada uno de los casos es dicha enfermedad la que produjo el resultado lesivo, drástico cuando terminó en fallecimiento, y menos doloroso, cuando se trató de personas que consiguieron recuperarse. Es la pandemia que nos acecha la que hizo enfermar a estas personas, y no la actuación de los directores de las residencias o de los consejeros querrelados de la Comunidad de Madrid. Tanto es así que incluso en el primero de los casos que se describe, la víctima estuvo recibiendo tratamiento hospitalario durante cuatro semanas, y, aun así, no pudo superar la enfermedad. Como ya se apuntó anteriormente, nos encontramos ante un virus nuevo, cuya incidencia en el cuerpo humano se ha demostrado demoledora, del que no se conoce, ni siquiera ahora, en el mes de Agosto, cómo actúa, a qué sistemas afecta, mostrándose de forma distinta en cada país, del que ya se han producido, al menos que se conozcan hasta el momento, dos mutaciones, y que, en el momento de su aparición en el mes de Marzo de 2020, ni siquiera se sabía cómo tratarlo desde un punto de vista médico/clínico. Dicha situación dista mucho, por tanto, de los supuestos de hecho contemplados en los tipos penales antes señalados, e impiden su subsunción en los mismos, en cuanto a la actuación que pudieran haber llevado a cabo los querrelados, desde un punto de vista administrativo y/o gubernativo, para intentar su control y minimizar su impacto.

En cuanto al tipo penal también apuntado de omisión del deber de socorro. Viene regulado en el artículo 195 de nuestro Código Penal, que dice que “el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. El Tribunal Supremo interpreta que concurre desamparo en aquella: “*Situación en que la víctima no puede valerse por sí misma y nadie le está asistiendo*”, añadiendo que “*el desamparo persiste aunque concurren en el lugar del peligro una o varias personas, de manera*

que el mismo no desaparece «hasta el momento en que empieza realmente la ayuda». Quiere ello decir que la única interpretación posible del término “desamparo” es la que viene determinada por las circunstancias de la situación en la que se encuentra la víctima. En el caso de los afectados por covid en residencias de ancianos, en el mes de Marzo y siguientes del año en curso, la situación era la de colapso absoluto del sistema sanitario, tratamiento de una enfermedad nueva y desconocida, con herramientas aún no probadas, y de las que se desconocía, por tanto, su eficacia, y contagio masivo del personal sanitario y asistencial de las residencias, que pusieron en peligro sus propias vidas para intentar salvar al mayor número posible de gente. Dicha situación no puede obviarse a la hora de analizar la concurrencia del elemento objetivo del injusto de este tipo penal, puesto que lo que no es exigible a una persona es prestar un auxilio que no está en sus manos, que supera con creces lo razonable y moralmente exigible, y que, además, implica poner en peligro su propia integridad física, como ocurrió en España con el personal sanitario. Por lo que respecta a los querellados de carácter político, por más que se insista en la querrela en que no actuaron de manera eficaz ni a tiempo, no podemos olvidar que la falta de material de protección (los denominados epis) era una carencia a nivel estatal, que hubo de comprarlo de manera urgente a otros países, que el mercado estaba colapsado porque la pandemia se extendía a nivel mundial, y que tampoco el Estado español, autoridad suprema en la materia desde la declaración del Estado de Alarma el 14 de Marzo de 2020, garantizó esas dotaciones. Baste recordar la polémica suscitada en cuanto a la compra de test masivos a una empresa china que luego resultaron inadecuados para el fin para el que fueron adquiridos.

Respecto del delito de trato degradante exige, conforme a lo dispuesto en el artículo 175 del Código Penal, que se atente contra la integridad moral de una persona de manera dolosa, no existiendo indicio alguno de ese dolo ni de ese daño en la presente causa, cuando hablamos de daño físico y fallecimiento de personas.

Finalmente, se apunta en la querrela a la posible comisión de un delito de prevaricación. Señala el artículo 404 de nuestro Código Penal que “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 de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”. Dice el **Tribunal Supremo (Sala 2ª), en Sentencia de 30.05.2019 que: “...hemos declarado reiteradamente que no es lo mismo la infracción de las normas administrativas, que la infracción penal derivada de la comisión de un delito de prevaricación, que requiere el elemento de la arbitrariedad junto a la injusticia de la resolución”** La jurisdicción penal no puede convertirse en una suerte de jurisdicción de control de la actividad administrativa de los servicios públicos, suplantando a la jurisdicción contencioso-administrativa. Únicamente **cuando se constaten**, más allá de toda duda razonable, **los elementos del tipo**, puede procederse a sancionar penalmente los hechos. De manera que cualquier duda sobre la legalidad de la actuación administrativa, así como el conocimiento de la acción (u omisión) por parte del agente, debe operar la absolución del acusado, conforme al principio «in dubio pro reo».

El delito de prevaricación no puede cometerse mediante dolo eventual, requiriendo **dolo directo** (al exigirse actuara sabiendas de la injusticia de la resolución), con la finalidad de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

En suma, en el artículo 404 del código Penal es necesario que la autoridad o funcionario público realice un **acto que suponga la absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran**.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 723/2009, de 1 de julio de 2009, declara que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario de la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico.

O lo que es lo mismo, que para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad. No hay delito cuando nos encontramos ante 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.»

De las descripción de hechos contenidos en la Querrela no se desprende indicio alguno que permita apreciar la concurrencia de los elementos del tipo. A saber: se apunta a una actuación tardía, insuficiente y no ejecutada de manera conveniente, sobre todo en relación con la medicalización de las residencias de ancianos y con la dotación al personal asistencial de EPIS, pero no se señala qué resolución dictó la Comunidad de Madrid que pueda tildarse de manifiestamente injusta. Más evidente es la ausencia del elemento subjetivo del injusto, puesto que se pretende achacar a errores políticos, de gestión y/o previsión la cualificación de actuación manifiestamente injusta, es decir, imputar a los tres miembros de la Comunidad de Madrid querrelados un actuar doloso con la intención de causar un mal, sin prueba ni indicio de ningún tipo al respecto. Las responsabilidades políticas han de exigirse fuera del ámbito penal, y las administrativas, como bien señala el Tribunal Supremo, circunscribirse al ámbito contencioso-administrativo, sin poder acudir a la vía penal, con imputación de delitos, por cualquier actuación administrativa que se demuestre ineficaz, o con la que se discrepe.

Por todo cuanto antecede, no apreciando este Instructor indicio alguno que apunte a la comisión, por parte de los querrelados, de ilícitos penales, y sin perjuicio de la responsabilidad de otra índole que les pueda ser exigida, y dejando a salvo las acciones civiles y/o administrativas que pudieran corresponder a los perjudicados, procede inadmitir a trámite la presente querrela, y proceder al archivo de las actuaciones.

Visto lo anterior,

