OBRADA/ESCORA

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4
DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

DIP 3263/07

AUTO

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN a siete de diciembre de dos mil siete.

HECHOS

UNICO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de la denuncia formulada por el "Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias" contra el Alcalde de esta ciudad D. ODON ELORZA GONZALEZ por presuntos delitos de desobediencia, prevaricación y abandono de funciones contraída a la obligación contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2007 de ondear permanentemente la bandera nacional en los edificios públicos.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El constitucional derecho a la tutela judicial efectiva puede verse satisfecho con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal. Dicho en otros términos, el derecho a la acción penal no impone al órgano instructor una actividad de investigación y de comprobación ilimitadas, al venir limitado por otros derechos con los que aquél debe convivir y aun respetar en caso de conflicto.

Las consideraciones que antes han sido hechas, obligan a entender que la fase preliminar de un proceso penal, conocida con el nombre de sumario o de investigación sumarial, puede concluir legítimamente por una resolución distinta de la Sentencia y, en especial, mediante Auto de sobreseimiento. Así la STC 46/1982 declaró que no se puede impugnar constitucionalmente la resolución judicial por el hecho de que en actuaciones de naturaleza penal se produzca una resolución de sobreseimiento, siempre que sean respetadas las garantías procesales.

Debiendo anotarse, además. que nada impone a los órganos

del Estado la obligación de sostener una acusación que conduzca necesariamente a una absolución por falta de pruebas y que nada debe impedir una eventual y posible reapertura de las investigaciones sumariales si llegan a producirse nuevas pruebas demostrativas de la existencia del delito imputado y de la participación que determinadas personas puedan haber tenido en él, pues nada impone, fuera de los términos de prescripción del delito, una renuncia al ius puniendi del Estado y a la de persecución de las actividades criminales. Por todas, STC 199/1996.

La presente causa, tal y como ha quedado dicho en el factum de la presente resolución, se inicia mediante el reparto de la denuncia interpuesta por el "Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias" contra el Excmo. Alcalde de San Sebastián, en cuyo marco se han practicado las diligencias esenciales de investigación determinantes del análisis de la presencia de los ilícitos penales imputados.

El resultado de las diligencias, y en particular el contenido de la documental, permite al Juez de Instrucción realizar una nueva y distinta calificación indiciaria. Entre esas decisiones posibles de adoptar se encuentra la del sobreseimiento que se produce en el marco de una primera instrucción preparatoria (diligencias previas) que tiene por objeto practicar las esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que han participado y el órgano competente de enjuiciamiento; en definitiva, las llamadas diligencias esenciales que comprenden tanto las necesarias para, en su caso, formular la acusación, como las que puedan favorecer a los imputados.

SEGUNDO.- Las presentes actuaciones derivan de denuncia promovida por el Sindicato Manos Limpias, cuyo contenido descansa en tres grupos de imputaciones:

1°) En primer lugar, el Sindicato Manos Limpias imputa un delito de desobediencia (art. 410), basado en una conducta concreta, consistente en haber desatendido el denunciado una Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 24 de julio de 2007, cuyo tenor impone con generalidad y a juicio de la parte denunciante que la bandera nacional *ondee diariamente con carácter de permanencia* en los edificios públicos. A ello añade una presunta denegación de auxilio (art. 412) sin dar mayor detalle.

2°) En segundo lugar, el Sindicato Manos Limpias denuncia al Excmo. Sr. Elorza por prevaricación (art. 404), por haber dictado una resolución cuyo contenido sería precisamente el de no izar la bandera nacional.

3°) Finalmente, alude aquel colectivo a un abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, de los

arts. 408 y 409 del Código Penal, aunque sin precisar hechos singulares en que sostener la imputación.

TERCERO.- Respetando el orden propuesto por la denuncia, comenzaremos por la acusación relativa al delito de desobediencia (art. 410) incluido en el Capítulo III del Título XIX C.P. (delitos contra la Administración de Justicia).

El delito de desobediencia está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa por autoridades o funcionarios públicos "abiertamente" a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas (por todas, STS 24/12/01).

A tenor de la Jurisprudencia del Alto Tribunal, los requisitos que han de concurrir para la existencia del delito de desobediencia son los siguientes: 1°) existencia de una orden emanada de la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo, 2°) que la orden o mandato sea expresa, terminante y clara, por imponer al particular una conducta activa u omisiva indeclinable; 3°) que la misma se haga conocer a modo de un requerimiento formal, expreso y directo; 4°) que el requerido no acate la orden dada y 5°) que el incumplimiento de la orden dada sea grave atendidas las circunstancias en que se realizó, la causa o motivo que lo impulsa, los accidentes de modo, tiempo y lugar en que tiene efecto y su trascendencia a efectos del desprestigio de la autoridad.

Así, el tipo básico de desobediencia funcionarial constituye una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden, como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, debiendo predicarse el adverbio abiertamente tanto de un supuesto como de otro. Su empleo por el Legislador equivale, también según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa, en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse.

Y, más concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1994 refuerza este entendimiento en el sentido de prever la existencia de un apercibimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa.

En el caso que nos ocupa, partiendo de los elementos de análisis contenidos en el fundamento jurídico precedente, no puede llegarse a la conclusión de que nos encontremos ante un acto concluyente que revele sin duda alguna una actitud desobediente y contumaz, siendo así que la resolución del Tribunal Supremo de la que el Sindicato denunciante deriva la presencia del delito en modo alguno contiene un específico y particular requerimiento al Alcalde Sr. Elorza. En efecto, el Sindicato denunciante se refiere a una Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 24 de julio de 2007, la cual en absoluto establece ninguna obligación respecto del Ayuntamiento de esta ciudad. En concreto, el citado pronunciamiento resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Sentencia de 17 de octubre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre cumplimiento de la obligación de colocar la bandera de España en el exterior de la Academia de Policía de Arkaute.

Contrariamente a lo que parece deducirse del mero hecho de la interposición de la denuncia, las resoluciones judiciales de los órganos integrados en el poder judicial no vinculan a la generalidad de los ciudadanos sino, única y exclusivamente, a las partes en el proceso. Por lo que, siendo notorio que la STS se refería exclusivamente a determinada actuación del Gobierno Vasco es evidente que, en primer lugar, no existe respecto del Ayuntamiento de esta ciudad una orden expresa de imposición de una conducta activa u omisiva indeclinable hecha a conocer mediante un requerimiento formal, expreso y directo el cual no haya sido acatado. Un entendimiento diverso obligaría a abrir diligencias por desobediencia a todas las Administraciones que resolvieren solicitudes o adoptaren acuerdos en contra de pronunciamientos emitidos por la Sala III de lo Contencioso-Administrativo- del Tribunal Supremo; en tales supuestos, el administrado dispone de la posibilidad de recurrir la resolución que entienda desajustada al control por parte de la Jurisdicción específica, que atendrá su criterio al expuesto de forma reiterada por la Sala de casación.

En definitiva, se observa la inexistencia de requerimiento formal alguno al Excmo. Sr. Elorza González, en su calidad de máximo representante del Consistorio, para la realización de cierta y determinada conducta, sin que el conocimiento genérico de una determinada resolución de un órgano judicial, ajena al imputado, pueda operar como tal.

CUARTO.- Imputa el mencionado colectivo de forma genérica el conjunto de comportamientos recogido en el art. 412 del Código Penal, precepto que contiene dos variantes, la denegación de auxilio judicial o la negativa a evitar la perpetración de un delito.

Por lo que hace al primero de los comportamientos incluidos en el precepto, relativo a la desatención por funcionario de requerimientos cursados por autoridades judiciales, es claro que no procede en el presente caso, al no darse precisamente el presupuesto angular del injusto. Ninguna autoridad judicial ha remitido, por lo que ha quedado acreditado en estas diligencias, mandamiento, oficio o requerimiento alguno al Excmo. Sr. Alcalde de Donostia-San Sebastián, lo que impide de plano la realización del tipo invocado.

Ya en relación con la segunda variedad, relativa al requerimiento instado desde un particular para evitar la producción de un delito, de mayor o menor gravedad, no precisa el escrito, ni posteriormente se ha acreditado, la comisión de delito, ni aun la existencia de una admonición por parte de ciudadano o particular encaminada a su evitación. La ausencia de estos elementos excluye, también de plano, considerar la producción de tal tipo penal.

En definitiva, la inexistencia de requerimientos y, por tanto, de conminación, en el supuesto que nos ocupa, excluye indiscutiblemente el presupuesto del tipo penal de la denegación de auxilio por tratarse, al igual que en la desobediencia, de un presupuesto ineludible del tipo, en modo alguno reemplazable por el conocimiento del contenido de una resolución judicial que atañe a otras partes, concretas y ajenas al denunciado en las presentes actuaciones.

CUARTO.- Por lo que hace a la prevaricación, sancionada en el art. 404 CP, se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE).

En este punto, el Sindicato denunciante subsume en prevaricación el dictado de una resolución por parte del Alcalde de esta ciudad "de no izar la bandera". Sin embargo, no ha sido acreditado por parte del promotor de estas actuaciones la manifestación del aludido dictado o resolución, ni existe notoria constancia de su existencia, a lo que se añade la negativa rotunda del Excmo. Sr. Alcalde en su declaración ante este Juzgado.

Asimismo, conviene significar que la función de control

de la actuación funcionarial puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden Contencioso-Administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. Es claro, asimismo, que el control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades y de legalidad, entre otros, que conforman la actuación de la Administración.

En este orden de cosas, y habida cuenta de que no se ha aportado testimonio o referencia que deje constancia de la existencia de una resolución en los términos indicados, ha de rechazarse la imputación relativa a la prevaricación que el sindicato denunciante personaliza en su dictado por el Alcalde de esta ciudad y cuyo dictado ha sido negado por éste.

QUINTO.- Finalmente y por lo que hace referencia al último de los ilícitos penales aducidos por el Sindicato denunciante, éste alude un abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, que admiten tipificación en los arts. 408 y 409 del Código Penal.

El art. 408 reprocha la desatención por la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. Como indica su tenor, el anotado precepto presupone la perpetración de un delito, frente al que el denunciado no habría reaccionado con la adecuada presteza o diligencia, siendo éste uno de los deberes exigidos por su cargo. Sin embargo, el colectivo denunciante no ha precisado qué delito se habría producido y, al tiempo, tolerado, ni los presuntos autores del mismo. La ausencia de referencias en torno a estos elementos objetivos del tipo hace imposible constituir imputación alguna.

El art. 409 se ocupa de describir el abandono o cesación de funciones administrativas, descrito en condiciones tales que en modo alguno puede incluir en su ámbito objetivo comportamientos aislados, por graves que estos pudieren resultar. En su primera variante, la más penada, se persigue *"A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público"*, y en la segunda, a los que *"meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad."*

Ambos incluyen todo un conjunto de comportamientos, cuyo común denominador radicaría en un elemento subjetivo, cualificado por desactivar las instituciones o, al menos, relativizar o debilitar sus responsabilidades ante la ciudadanía, ya fuere con carácter definitivo o en el transcurso de una situación excepcional (huelga general).

Tampoco concurren en el caso, a falta de hechos constitutivos, elementos que justifiquen tales imputaciones, cuando los únicos a que se refiere el escrito vienen contraídos a un aspecto singular y concreto, cual es la colocación de la bandera nacional en la fachada del Ayto. de Donostia-San Sebastián. Aun y cuando el anterior comportamiento deviniere antijurídico bajo la consideración del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en modo alguno cabría asimilar tal antecedente con el injusto frente al que reacciona el mencionado precepto.

SEXTO.- En consecuencia, y por lo expuesto, siendo unánimemente admitido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que cuando el Juez considere que los hechos no son constitutivos de infracción penal, procederá por aplicación analógica de las disposiciones del art. 637 de la L.E.Crim el sobreseimiento libre y archivo de la causa, ésta es la solución que debe darse a la denuncia planteada.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO.- Se acuerda el **SOBRESEIMIENTO LIBRE Y ARCHIVO** de las presentes actuaciones respecto de **D. ODON ELORZA GONZALEZ** por no resultar el comportamiento imputado constitutivo de ilícito penal.

NOTIFIQUESE LA PRESENTE RESOLUCION AL MINISTERIO FISCAL Y PARTES PERSONADAS.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Hay dos opciones.

PRIMERA: Mediante recurso de reforma y apelación (art. 766.1 LECrim.).

Al interponer la reforma puede interponer subsidiariamente la apelación, por si no se admitiera aquélla (art. 766.2 LECrim).

PLAZO: Para la reforma **TRES DIAS** (art. 211 LECrim). Para la apelación si se interpone por separado **CINCO DIAS** siguientes a la notificación del auto desestimando la reforma (art. 766.3 LECrim)

SEGUNDA: Mediante recurso directo de apelación sin previa reforma (art. 766.2 in fine LECrim)

PLAZO: en el término de **CINCO DIAS** desde la notificación del auto recurrido (art. 766.3 LECrim).

FORMA (COMUN A LAS DOS OPCIONES): Mediante escrito presentado en este Juzgado, con firma de Letrado (art. 211 LECrim)

EFECTOS (COMUN A LAS DOS OPCIONES): Los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento (art. 766 LECrim).

Así lo dispone, manda y firma D* ANA ISABEL MARTIN RAMOS, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción n* 4 de los de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN.- Doy fe.