

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934423,914934456

Fax: 914934639

GRUPO 7

audienciaprovincial_sec23@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.074.00.1-2020/0003376

Recurso de Apelación 1056/2020

Origen:Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 05 de Leganés

Diligencias previas 479/2020

Apelante: D./Dña. AMPARO GARCIA GARCIA, D./Dña. ANA CRISTINA GOMEZ GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROSARIO SORIA GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROMERO AGUADO, D./Dña. JOSE MANUEL GONZALEZ DE LA CUESTA, D./Dña. MERCEDES SABROSO MORATILLA, D./Dña. CECILIO ANTONIO AGUADO BARRAGAN, D./Dña. ALICIA LOPEZ LLORENTE, D./Dña. RAUL BLAZQUEZ GOMEZ, D./Dña. OSCAR MARTINEZ MARTINEZ, D./Dña. JOSE LUIS CALDERON JIMENEZ, D./Dña. SANTOS PEREZ MENDEZ, D./Dña. MARIA VICTORIA AGUADO BARRAGAN y D./Dña. CARMEN LOPEZ LLORENTE
Procurador D./Dña. VALENTINA LOPEZ VALERO

Apelado: MINISTERIO FISCAL

AUTO N° 762/2020

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ROSARIO ESTEBAN MEILÁN

DON JOSÉ SIERRA FERNÁNDEZ

DOÑA MARÍA PAZ BATISTA GONZÁLEZ (PONENTE)

En Madrid, a cinco de noviembre de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de D./Dña. AMPARO GARCIA GARCIA, D./Dña. ANA CRISTINA GOMEZ GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROSARIO

SORIA GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROMERO AGUADO, D./Dña. JOSE MANUEL GONZALEZ DE LA CUESTA, D./Dña. MERCEDES SABROSO MORATILLA, D./Dña. CECILIO ANTONIO AGUADO BARRAGAN, D./Dña. ALICIA LOPEZ LLORENTE, D./Dña. RAUL BLAZQUEZ GOMEZ, D./Dña. OSCAR MARTINEZ MARTINEZ, D./Dña. JOSE LUIS CALDERON JIMENEZ, D./Dña. SANTOS PEREZ MENDEZ, D./Dña. MARIA VICTORIA AGUADO BARRAGAN y D./Dña. CARMEN LOPEZ LLORENTE se interpuso recurso directo de apelación contra el Auto de fecha 18 de agosto de 2020 por el que se acordó la inadmisión de la querrela y el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal; resolución confirmada por la de 18 de agosto de 2020; dictadas en las Diligencias Previas arriba indicadas por la Ilma. Sra. Magistrado – Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Leganés.

Conferido traslado, el Ministerio Fiscal, éste interesó la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO. Remitidos los autos a la Sección Vigésimo Tercera de la Audiencia Provincial, fue incoado el correspondiente rollo por diligencia de ordenación de fecha 16 de octubre de 2020. Por Providencia de la misma fecha se señaló para deliberación el día 3 de noviembre de 2020

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a María Paz Batista González que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se recurre en apelación la decisión de la Instructora del procedimiento a que este rollo se refiere, de acordar la inadmisión de la querrela y el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal.

El presente procedimiento tiene su origen en querrela interpuesta por los respectivos familiares de once residentes en tres residencias de mayores de la Comunidad de Madrid, situadas todas ellas en la localidad de Leganés.

- 1) Se trata de la residencia ARALIA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS PARQUE DE LOS FRAILES, en la que se hallaban residiendo D^a Carmen Llorente Amo, D^a Juliana González Martín y D^a Ascensión Gómez Sánchez, todas ellas fallecidas. Concretamente la Sra. Llorente Amo falleció el 1 de mayo a las 3:10 horas en el Hospital Severo Ochoa de Madrid y D^a Juliana González Martín el día 9 de abril en la residencia. Se desconoce la fecha y lugar de fallecimiento de la tercera de las residentes.
- 2) De la residencia AMAVIR-EL ENCINAR, en la que se hallaban residiendo D^a Avelina Méndez Fernández, D^a María Barragán, D^a Carmen Jiménez Luna y D^a Antonia Soria González, todas fallecidas. La Sra. Méndez Fernández falleció en el hospital el día 22 de abril, D^a María Barragán falleció el día 8 de abril en el hospital en el que había ingresado el día 7 de abril, D^a Carmen Jiménez Luna falleció el 21 de marzo de 2020 en la residencia, D^a Antonia Soria González falleció el 12 de abril en la residencia.
- 3) De la residencia DOMUSVI-LEGANÉS, en la que se hallaba residiendo D. Ricardo Sabroso Cano, fallecido el 29 de marzo de 2020 en la residencia.
- 4) De la residencia VITALIA-HOME LEGANÉS, donde residía D^a Rosa de la Cuesta Miguel, que falleció el día 2 de abril en la residencia. Así mismo, se presenta querrela por los residentes D^a Carmen Martínez Hiniesta y D. Eutimio García Sellés, ambos contagiados de COVID 19.

La querrela se dirige contra los respectivos directores de las residencias mencionadas, D.Manuel Gámez de la Llana, D^a Virginia Colina de la Fuente, D^a Sonia Moreno Almendro y D^a Diana Muñoz Gordaliza así como contra determinados responsables políticos de la Comunidad de Madrid, entre ellos la Presidenta de la Comunidad, D^a Isabel Díaz Ayuso, el consejero de sanidad, D. Enrique Ruíz Escudero, y el consejero de Interior y Justicia, D. Enrique López López.

Se considera por los querellantes que los hechos pueden ser constitutivos, inicialmente y sin perjuicio de una ulterior calificación jurídica, de homicidio imprudente, de omisión del deber de socorro, de delito de trato degradante y delito de prevaricación.

El Auto recurrido inadmite la querella presentada señalando que los hechos no son constitutivos de ninguno de los delitos a los que hace referencia la misma sobre la base de lo establecido en los arts.312 y 313 de la LECrim y conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que alude en la resolución.

El Auto razona que los desgraciados hechos que se describen en el escrito de querella que imputa a una situación de alarma social sin que vea indicios de delito ni en la actuación de las residencias ni en los pasos seguidos por la Comunidad de Madrid ante la situación de pandemia.

Tres son las razones de la inadmisión a trámite de la querella presentada:

1ª) Considera que las situaciones que se describen en la querella son todas ellas diferentes sin que se puedan aglutinar en una sola querella.

2ª) Entiende que la querella se basa en meras prospecciones de los querellantes, es decir en meras sospechas de actuación irregular y tardía por parte de las residencias y de la Comunidad de Madrid que propiciaron el contagio de sus familiares. Sin embargo se dice que no se aportan hechos lo que puede derivar en una investigación prospectiva vedada en Derecho.

3ª) Así mismo, considera que se dirige la querella contra los directores de las residencias sin efectuar ninguna imputación concreta relativa a su actuación, considerando, además, que la de la lectura de la querella se puede entender que se hace alusión constantemente al seguimiento en las residencias de las directrices marcadas por la Comunidad de Madrid, al menos hasta que se decretó su medicalización.

Se estima así que la cuestión relativa a si dichos protocolos fueron o no acertados es una cuestión diferente a la responsabilidad del personal y dirección de las citadas residencias por los resultados concretos acaecidos en las mismas.

Se pasa a continuación a analizar los diferentes tipos penales a los que los querellantes aluden para llegar a la conclusión que ninguno de ellos es de aplicación. Los motivos del recurso de apelación son los siguientes:

Primeramente **se estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva** (art.24.1 de la CE) aludiéndose a la falta de motivación del Auto recurrido. Fundamentalmente se quejan los recurrentes de que el Auto inadmite la querella sobre la base de la falta de aportación de hechos sin practicar diligencia alguna para investigar los mismos.

En cuanto al motivo segundo del recurso, éste se trata más bien de hacer incidencia en el primero de los motivos, rebatiendo el criterio de la Juez de instrucción al considerar los querellantes que de lo que se expone en el escrito de querella se revelan indicios de criminalidad, como el hecho de contagios debidos a la falta de medidas de prevención por parte de los trabajadores de las residencias, falta de reacción a tiempo ante síntomas de contagio y retardo en derivación de residentes a centros hospitalarios o, en algunos casos, falta de traslado a los mismos lo que dio lugar a un retardo o a una falta de atención médica con los dramáticos resultados que se describen.

En definitiva, **se solicita el acceso a la historia de cada uno de los residentes** para conocer los hechos y los motivos del contagio, así como los criterios adoptados en cada caso para retardar su traslado hospitalario así como, en los casos en los que no se llevó a cabo la derivación al hospital, cuáles fueron los motivos que fundamentaron tal decisión. Como tercer motivo del recurso se manifiesta por los querellantes que, lejos de lo que se alega en el Auto que se recurre, **no se solicita una investigación prospectiva ya que se indican las diligencias que deben practicarse** para un conocimiento preciso de los hechos que se denuncian.

Respecto de los querellados, se señala que éstos, como máximos responsables de las residencias, adoptaron decisiones que tuvieron resultados fatales para los residentes. Se manifiesta que si se siguieron protocolos de actuación marcados por los responsables políticos **será necesario conocer qué protocolos se siguieron por cada una de las residencias, a quienes afectaron y por cuanto tiempo. En concreto se citan los protocolos de exclusión de derivación hospitalaria.**

SEGUNDO. Vaya por delante que respecto de la Presidenta de la Comunidad de Madrid y los consejeros de la citada Comunidad Autónoma contra los que se dirige el escrito de querrela, el recurso ha de ser desestimado ya que es necesario señalar que es la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competente, según el art. 73.3, a) y b) de la LOPJ, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales: 1º) Que le atribuya el correspondiente Estatuto de Autonomía.

Pues bien, normalmente los Estatutos atribuyen a esta Sala las causas penales contra:

- 1) Presidente y consejeros de Gobierno de la Comunidad Autónoma. (Sin perjuicio de que en alguna ocasión se atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo)
- y 2) Parlamentarios de la Comunidad Autónoma. (Suele decirse por los delitos cometidos en el territorio de la Comunidad, mientras que si el delito se comete fuera de ella la competencia corresponde al Tribunal Supremo).

En relación a lo anterior, el Estatuto de Autonomía de la CA de Madrid, en su Artículo 25. 1. Establece que La responsabilidad penal del Presidente de Gobierno, Vicepresidentes y de los Consejeros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, la de los Vicepresidentes y Consejeros para los delitos cometidos en el ámbito territorial de su jurisdicción será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. 2. Ante las Salas correspondientes de los mismos Tribunales, respectivamente, será exigible la responsabilidad civil en que dichas personas hubieran incurrido con ocasión del ejercicio de sus cargos.

En definitiva, para los mencionados querellados no es competente el Juzgado de Instrucción que conoce de las presentes Diligencias Previas como tampoco lo es esta

Audiencia Provincial. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 11 a 14 de la LECrim (primeras diligencias cuando hay aforados y no aforados) y 39 y 40 LOPJ.

Dicho lo anterior, analizadas las actuaciones no queda sino dar la razón a los recurrentes.

Efectivamente, en el escrito de querrela se relatan once de los trágicos sucesos acontecidos en las residencias de mayores en nuestro país durante los primeros meses de este año 2020 como consecuencia de la situación de pandemia en la que estamos aún inmersos. Tiene razón el Instructor cuando manifiesta que se pretende englobar en una misma situación fáctica los casos de los once querellantes.

Efectivamente, se hace preciso individualizar los hechos que se relatan en el escrito de querrela ya que éstos afectan a tres residencias distintas, todas ellas sitas en la localidad de Leganés, y se refieren a once residentes distintos de las citadas residencias.

Cierto es que, como se señala en el Auto recurrido, es necesario que en el escrito de querrela se relacionen datos y circunstancias que permitan, con carácter indiciario, subsumir los hechos en algún tipo penal. Sin embargo, examinado el escrito de querrela, por los querellantes se describen once casos distintos en los que se hace referencia a situaciones de retardo en la atención médica de algunos pacientes de COVID 19 que residían en las residencias de mayores a las que se refiere el escrito de querrela. Así mismo, se hace alusión a la falta de medidas de protección en las residencias motivo de muchos de los contagios, según manifiestan los querellantes, así como falta de información a los familiares del estado de sus seres queridos, entre otras manifestaciones.

Los resultados que se produjeron, consecuencia, según se dice, de dicha actuación que los querellantes estiman de irregular, da pie a pensar en la posible subsunción de la misma en determinados tipos penales, si bien siempre de manera indiciaria. Efectivamente, tal y como señalan los recurrentes no es posible por su parte presentar evidencias de los hechos que se relatan en el escrito de querrela, siendo una función del

Instructor quien debe practicar las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos relatados.

Respecto de la responsabilidad de los Directores de las residencias, se dice en el Auto que no se efectúa imputación alguna a los mismos, considerándose en la resolución recurrida que son meros ejecutores de las directrices de la Comunidad de Madrid, al menos desde el 12 de marzo en que se decretó su medicalización. Pues bien, para llegar a dicha conclusión es preciso conocer al menos cuáles fueron los protocolos de actuación que se siguieron en las residencias implicadas.

Como consecuencia de lo señalado, procede revocar el Auto por el que se acordaba la inadmisión a trámite de la querrela a los efectos de que se individualicen cada uno de los casos relatados, solicitando a las respectivas residencias a las que se hace referencia en el escrito de querrela para que aporten los protocolos de actuación remitidos por la Comunidad de Madrid con los que actuaron durante los meses a los que se refiere el escrito de querrela y, en particular, los criterios de derivación de los residentes a centros hospitalarios.

Así mismo, se deberá requerir a las respectivas residencias la historia de los residentes a los que hace referencia el escrito de querrela y las decisiones que se adoptaron respecto a cada uno de ellos en particular.

Procede requerir a los centros hospitalarios en los que fueron ingresadas la Sra. Méndez Fernández, quien falleció en el hospital el día 22 de abril, y D^a María Barragán, quien falleció el día 8 de abril en el hospital en el que había ingresado el día 7 de abril, las respectivas historias clínicas y donde se indique la causa del fallecimiento, debiendo determinarse el centro hospitalario al que fueron derivadas. Así mismo, procede oficiar al Hospital Severo Ochoa de Madrid para que aporte la historia clínica de la Sra. Llorente Amo quien falleció el día 1 de mayo en el citado centro hospitalario.

Se deberá requerir a cada una de las residencias para que informen por escrito de cuáles eran los medios de protección individual y personal de los que disponían en las fechas de producción de los hechos, así como las medidas de seguridad adoptadas.

Así mismo, procede tomar declaración a cada uno de los querellantes así como a dos de las infectadas no fallecidas, si fuera posible y sus condiciones de salud lo permiten, a fin de tomar un mejor y más cercano conocimiento de los hechos.

Una vez practicadas éstas así como cuantas diligencias se estime necesario practicar con libertad de criterio por la Juez de Instrucción, se tome por la misma la decisión que estime procedente.

VISTO lo anterior

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D./Dña. AMPARO GARCIA GARCIA, D./Dña. ANA CRISTINA GOMEZ GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROSARIO SORIA GONZALEZ, D./Dña. MARIA ROMERO AGUADO, D./Dña. JOSE MANUEL GONZALEZ DE LA CUESTA, D./Dña. MERCEDES SABROSO MORATILLA, D./Dña. CECILIO ANTONIO AGUADO BARRAGAN, D./Dña. ALICIA LOPEZ LLORENTE, D./Dña. RAUL BLAZQUEZ GOMEZ, D./Dña. OSCAR MARTINEZ MARTINEZ, D./Dña. JOSE LUIS CALDERON JIMENEZ, D./Dña. SANTOS PEREZ MENDEZ, D./Dña. MARIA VICTORIA AGUADO BARRAGAN y D./Dña. CARMEN LOPEZ LLORENTE contra el Auto de fecha 18 de agosto de 2020 por el que se inadmitía a trámite la querrela presentada; resolución dictada en las Diligencias Previas arriba indicadas por la Ilma. Sra. Magistrado – Juez del Juzgado Mixto nº 5 de Leganés **que se REVOCA** dejando sin efecto dicha inadmisión a los efectos de practicar las diligencias a las que se refiere la presente resolución y las que la Juez de Instrucción, en su caso, considere necesarias, declarando de oficio las costas de este recurso.

Remítase testimonio de este auto al Juzgado Instructor para su conocimiento y efectos pertinentes. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a _____ .Reitero fe