

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 51 DE MADRID

Pza. de Castilla, 1 , Planta 2 - 28046

Tfno: 914933045

Fax: 914933050

43005680

NIG: 28.079.00.1-2020/0037644

Procedimiento: Diligencias previas 607/2020

Delito: Prevaricación administrativa

Acción popular: ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS JOSE MARIA MENA

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO AGUILERA MARTINEZ

UNIÓN DE OFICIALES DE LA GUARDIA CIVIL PROFESIONAL

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL PEREZ TOYOS

Denunciado: D./Dña. JOSE MANUEL FRANCO PARDO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

AUTO NÚMERO 857/2020

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO -JUEZ QUE LO DICTA: D./Dña. CARMEN RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO

Lugar : Madrid

Fecha : 12 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En fecha 23 de marzo de 2020 se dictó auto acordando la incoación del presente procedimiento, todo ello como consecuencia de la denuncia repartida a este órgano judicial por el servicio de Decanato en fecha 20 de marzo.

SEGUNDO. TRAMITACIÓN DE LA CAUSA

Durante esta fase de instrucción se han practicado multitud de diligencias para el esclarecimiento de los hechos, singularmente, se ha recabado abundante documental (oficiando a la Comunidad de Madrid, al Ayuntamiento de esta localidad, a la propia Delegación del Gobierno, al Ministerio de Sanidad y a la Dirección General de la Policía Nacional y de la Guardia Civil, en algunos casos incluso en varias ocasiones) tanto de oficio como a instancia de la defensa (pues la Abogacía del Estado en defensa del Sr. Franco ha solicitado en autos una única diligencia, que se recabara documental de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento, solicitud que tuvo entrada en este órgano judicial el día 8 de junio 2020 y que, accediéndose a lo pedido, motivó librar los oficios solicitados, recibíéndose la documentación de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento de Madrid el día 11 conforme al plazo que se había fijado en la

resolución judicial), se han elaborado dos atestados por la Policía Judicial, se han practicado declaraciones testificales (más de una decena de testigos), se ha recabado informe del médico forense (en dos ocasiones) y se ha oído al investigado, con el resultado que obra en autos.

Se han formulado también diferentes recursos de reforma y apelación por la defensa y por el Ministerio Fiscal y de reforma por quien pretendía personarse como acusación, sin que dichos recursos hayan suspendido el curso de las actuaciones (de conformidad con el art.766.1 LECrim). Los primeros recursos de reforma de la Abogacía del Estado (a los que se adhirió parcialmente la Fiscalía) y del letrado Sr. Gómez Rovira fueron resueltos por auto de fecha 9 de junio de 2020. Penden los recursos en los que todavía no ha vencido el plazo para presentar alegaciones de impugnación o adhesión de las demás partes.

Asimismo, la Abogacía del Estado presentó en escrito con sello de entrada de fecha 10 de junio de 2020 escrito pidiendo el sobreseimiento libre de las actuaciones, por las razones que en el mismo constan.

Practicadas todas las diligencias de investigación acordadas, procede en consecuencia el dictado de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 LECrim y resolver a la vista de la solicitud de la defensa de que se decrete el sobreseimiento libre.

TERCERO. HECHOS OBJETO DE ESTA INSTRUCCIÓN

El objeto de este procedimiento penal se circunscribe única y exclusivamente a **las decisiones jurídicas adoptadas entre el 5 y el 14 de marzo de 2020 por el Delegado de Gobierno de Madrid , don José Manuel Franco Pardo, como autoridad administrativa con unas competencias determinadas legalmente sobre las concentraciones y manifestaciones que habían sido comunicadas a esa Delegación por celebrarse en Madrid, todo ello en relación con la crisis sanitaria derivada del COVID-19.**

Es relevante destacar que en esta circunscripción subjetiva al Delegado del Gobierno en Madrid se estaba aplicando un criterio de competencia territorial (como expresamente decía el auto de incoación) pero también un criterio de prudencia (que llevó a esta instructora a no deducir testimonio para su remisión a los otros partidos judiciales detallados en la denuncia, de modo que fuera el denunciante el que valorara o no hacerlo, en el mismo sentido, que lo valorara la fiscalía) pues las circunstancias cambian mucho de una localidad a otra. Dicho sea gráficamente: las concentraciones y manifestaciones en localidades como Zamora previsiblemente no reúnen el aforo que las acaecidas en Madrid, donde, como ponía de manifiesto el denunciante, la del 8M tiene una enorme participación y, en ese sentido, la relevancia en relación con la crisis sanitaria, el riesgo para la salud pública, no es comparable al que pueda haberse presentado en otros muchos de los lugares detallados en la denuncia. En cualquier caso, toda vez que la denuncia y

el auto se notificó a Fiscalía de manera inmediata, quedaba también a criterio del Ministerio Público ejercitar la acción penal en relación con todos aquellos denunciados cuya actuación no se enmarcaba en este partido judicial.

La **horquilla temporal** se justifica por el siguiente motivo: la fecha 5 de marzo viene determinada por ser el día 2 (lunes) la fecha de emisión del informe del Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades– informe mencionado por la parte denunciante en la denuncia que dio lugar a este procedimiento - que alertaba de la gravedad de la crisis sanitaria del COVID-19 en los Estados miembros (de modo que se ha dado un margen de tres días para posibilitar que el mismo fuera conocido por las autoridades españolas) y el 14 de marzo por ser ésta la fecha del *Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, cuyo artículo 7 limitaba la libertad de circulación de las personas.

En esta delimitación destacaremos que, como se evidencia en autos desde su incoación:

a) esta investigación **no incide en otros encuentros multitudinarios sobre los que el Delegado del Gobierno no tiene competencia alguna por no tener lugar en la vía pública** (sino en recintos privados o cerrados, como auditorios, estadios de fútbol u otros) y **por tanto no le fueron comunicados**;

b) que la investigación **abarca todas las decisiones sobre concentraciones y manifestaciones que se adoptaron en el arco temporal descrito** (por tanto, por ejemplo, tanto las acaecidas en los días inmediatamente previos a que se declara el estado de alarma – así, las relativas al 11-M en recuerdo de las víctimas del atentado - como las del 8M que motivaron la denuncia, destacándose que si estas últimas merecen especial atención en esta instrucción es únicamente por la previsión de participación – un millón de personas sólo en una de ellas, según la documental aportada por la Secretaría General de Delegación del Gobierno, expediente 286 –; entendiéndose por decisiones tanto las que en ese periodo temporal implicaron en el dictado de una resolución administrativa -una acción- como las que consistieron en no hacer nada en ese periodo en relación con concentraciones y manifestaciones sobre las que ya el Sr. Delegado del Gobierno en Madrid había tomado conocimiento).

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRELIMINAR. SÍNTESIS

Por la presente resolución se acuerda **denegar la petición de sobreseimiento libre realizada por la Abogacía del Estado en escrito con**

sello de entrada 10 de junio de 2020 pero sí **acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones al amparo del artículo 641.1 LECrim** al considerar que, tras la práctica de las diligencias de investigación acordadas en el presente procedimiento, no hay indicios suficientes de actuar delictivo en los hechos atribuidos a don José Manuel Franco Pardo, por los motivos que se expondrán, **en síntesis** :

- 1) El ahora investigado Sr. Franco Pardo tomó posesión como Delegado del Gobierno en Madrid el 17 de febrero de 2020 y, en su condición de titular de la Delegación del Gobierno y autoridad administrativa Director de la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma de Madrid tiene unas competencias determinadas legalmente.
- 2) Específicamente en materia de las concentraciones y manifestaciones que por ley deben ser comunicadas al Delegado del Gobierno al desarrollarse en la vía pública, en la horquilla temporal que nos ocupa (5-14 marzo 2020) el Sr. Franco era conocedor de su competencia para prohibir manifestaciones/concentraciones, para imponer determinadas modificaciones (por coincidencia u otros motivos) o para imponer medidas preventivas durante la celebración de las mismas. Es decir, el investigado era conocedor su posición legal de garante de los derechos y libertades de los ciudadanos con ocasión de dichas concentraciones/manifestaciones en la vía pública.

-3) Durante el periodo que nos ocupa solo en una ocasión ejerció esa competencia por afectar a un derecho fundamental, prohibiendo una concentración. Lo hizo en relación con el consagrado en el artículo 18 CE, de oficio, es decir, sin solicitud del afectado (resolución prohibiendo la concentración del 14 de marzo, expediente 447/2020).
- 4) En el resto de las concentraciones y manifestaciones de las que tomaba conocimiento, el Sr. Franco exigía que se adoptasen precauciones en las mismas, si bien relativas, frecuentemente, a que se desarrollaran con determinadas restricciones: en la vía peatonal, sin invadir la calzada ni impidiendo el acceso a edificios.
- 5) Sin embargo, en ejercicio de las competencias que por ley tiene atribuidas y en la horquilla temporal que nos ocupa, el Sr. Franco mantuvo una permanente inactividad jurídica en relación con las concentraciones/manifestaciones y el COVID-19.

Esta permanente y absoluta inactividad jurídica implica que:

- a) No prohibió ninguna concentración/manifestación entre el 5 y el 14 de marzo en protección del derecho fundamental a la salud;
- b) En los expedientes en los que había tomado ya conocimiento de la concentración o manifestación, no exigió que se adoptara alguna medida de precaución para neutralizar el riesgo de contagio durante las manifestaciones.

6) Incluso tras el anuncio de la Comunidad de Madrid de la suspensión de toda actividad educativa presencial el día 9 de marzo (lunes) e incluso tras su entrada en vigor (11 de marzo, miércoles, día de la declaración de la pandemia por la Organización Mundial de la Salud) el Delegado del Gobierno Sr. Franco continuó dictando resoluciones de toma de conocimiento de concentraciones o manifestaciones sin exigir que se adoptara medida de precaución alguna. Así lo hizo al menos en 16 ocasiones en los días 10 y el 11 de marzo 2020.

7) Las resoluciones administrativas dictadas por el Sr. Franco en el ejercicio de su competencia legal en esta materia, sin acordar prohibiciones o precauciones durante el desarrollo de la manifestación o concentración, dieron lugar a que entre el 5 y el 14 de marzo se celebraran 130 concentraciones y manifestaciones en Madrid, algunas con un importantísimo número de manifestantes, como la del 8-M.

Específicamente, entre el 11 y el 14 de marzo según los datos facilitados por Delegación del Gobierno se celebraron en Madrid 21 concentraciones/manifestaciones.

La celebración de las concentraciones y manifestaciones masivas indiciariamente aumentaron el riesgo de contagio del COVID-19, es decir, supusieron indiciariamente un riesgo para la salud pública.

- 8) En esta horquilla temporal del 5-14 de marzo, el único comportamiento proactivo en relación con el COVID19 fue la vía de hecho: consistió en que a partir del día 11 de marzo (declaración de la pandemia) desde la Unidad de Seguridad Ciudadana de Delegación de Gobierno en ocasiones se llamara para recabar información sobre el estado de la concentración/manifestación y en otras se requiriera telefónicamente a los convocantes a desistir de la concentración o manifestación, trasladándoles el riesgo para la salud que implicaba mantenerla.

No ha quedado indiciariamente acreditado que con dicha llamada se coaccionara a los convocantes o manifestantes a no ejercitar su derecho fundamental.

Este requerimiento o petición de información (según los casos) no se hizo por escrito y de las llamadas telefónicas no se dejó constancia en el expediente administrativo, siendo este sistema de llamadas telefónicas un método que no había sido utilizado antes en la Unidad de Seguridad Ciudadana para instar a los convocantes a que no ejercieran su derecho fundamental si bien era frecuente la comunicación por teléfono con los convocantes sin que nunca dichas llamadas se documentaran en el expediente.

- 9) De todas las diligencias de investigación practicadas en este procedimiento se concluye que el investigado Sr. Franco, entre el 5 y el 14 de marzo, no tuvo un conocimiento cierto, objetivo y técnico del

riesgo que, para la salud de las personas, entrañaba la realización de manifestaciones y concentraciones. No recibió comunicación o instrucción sanitaria sobre este particular y tampoco la recabó de oficio de ninguna autoridad competente en el ámbito sanitario. Por otra parte, ninguna persona física o jurídica, pública o privada, instó del Delegado del Gobierno en Madrid que prohibiera o restringiera de alguna forma la celebración de concentraciones o manifestaciones por razón del COVID-19.

Se alcanzan estas **conclusiones** de conformidad con los razonamientos jurídicos que se exponen en los fundamentos de derecho que se detallan a continuación, que seguirán el siguiente **orden exp ositivo** :

PRIMERO. EL DELEGADO DEL GOBIERNO COMO DIRECTOR DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.....	6
SEGUNDO. EL DELEGADO DEL GOBIERNO COMO TITULAR DE LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO	7
TERCERO. COMPETENCIA DEL DELEGADO DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON LAS MANIFESTACIONES Y CONCENTRACIONES: posición de garante	8
CUARTO. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN: la limitación por razón de la salud	13
QUINTO. EJERCICIO DEL SR. FRANCO DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DE CONCETRACIONES Y MANIFESTACIONES ENTRE EL 5 Y EL 14 DE MARZO 2020.....	15
SEXTO. RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA CON OCASIÓN DEL COVID-19 DERIVADO DE LA PROXIMIDAD FÍSICA	24
SEPTIMO. CALIFICACIÓN JURÍDICA: REQUISITOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SUPUESTOS DE PREVARICACIÓN POR OMISIÓN	26
OCTAVO. LA CUESTIÓN DEL DOLO REFORZADO Y SU APLICACIÓN AL CASO DE AUTOS	31
NOVENO. CONOCIMIENTO DEL RIESGO POR PARTE DEL DELEGADO DEL GOBIERNO SR. FRANCO.....	33
DÉCIMO. DENEGACIÓN DEL SOBRESEIMIENTO LIBRE INTERESADO POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO.....	49

PRIMERO. EL DELEGADO DEL GOBIERNO COMO DIRECTOR DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

De conformidad con el **artículo 154 CE** :

Un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad.

El desarrollo de esta previsión constitucional se encuentra, entre otros, en la **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público** – en adelante, Ley 40/2015-.

Además de reiterar el carácter de Director de la Administración General del Estado en esa Comunidad Autónoma (art. 72.2) la Ley 40/2015 señala que son órganos directivos con rango de Subsecretario que dependen orgánicamente del Presidente del Gobierno y funcionalmente del Ministerio competente por razón de la materia (art. 72.3). El artículo 72.4 Ley 40/2015 estipula que su nombramiento atenderá a criterios de competencia profesional y experiencia y el artículo 73 desarrolla sus competencias.

El organigrama de la Delegación del Gobierno en Madrid obra al folio 606 (tomo II de autos) y detalla las áreas funcionales: industria y energía, trabajo e inmigración, fomento, alta inspección de educación, agricultura y sanidad y política social. Por tanto, en las áreas funcionales, entre las que se encuentra Sanidad, la unidad de Delegación depende funcionalmente del Ministerio del ramo, como acertadamente expone la Abogada del Estado en su solicitud de sobreseimiento libre. Las competencias de esta unidad son las que el Estado tiene hoy día en materia de sanidad, es decir, principalmente sanidad exterior.

Específicamente en lo que aquí nos concierne, de conformidad con el artículo 73.3 corresponde a los Delegados del Gobierno **proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ad 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 (en el mismo sentido el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, de integración de servicios periféricos y de estructura de las Delegaciones del Gobierno, art. 2 y 3). **Esta es su función más específica y notoria**, como destaca la doctrina administrativista (*cfr. Sánchez Morón, Miguel, La Administración General del Estado, Derecho Administrativo, ed.Tecnos, 2019*) y en esta competencia se enmarca la actividad que nos ocupa en este procedimiento.

SEGUNDO. EL DELEGADO DEL GOBIERNO COMO TITULAR DE LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO

De conformidad con el artículo 73 Ley 40/2015 los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas son los titulares de las correspondientes Delegaciones del Gobierno, de modo que los órganos de la Delegación actúan bajo su dirección.

Por ser relevante para lo que se expondrá, es importante incidir, aunque sea mínimamente, en el significado del cargo de **Secretario General de la Delegación del Gobierno**. La ley 40/2015 señala que las Delegaciones contarán con una Secretaría General, que de conformidad con el art.76.1, es dependiente del Delegado, no goza por tanto de autonomía, el Secretario General, de conformidad con el art.8 del Real Decreto 1330/97, ejerce sus

competencias bajo la dirección del Delegado, es un órgano de gestión de los servicios comunes de la que dependerán los distintos servicios integrados en la misma, así como aquellos otros servicios y unidades que se determine en la relación de puestos de trabajo.

Aunque de la lectura de las contestaciones del Secretario General (Sr. Talavera) a los oficios remitidos desde este juzgado pudiera desprenderse otra cosa – pues podría entenderse que aducía una autonomía en sus funciones que mal se compadecen con el tenor literal de la regulación legal de su estatuto – lo cierto es que en su declaración judicial de fecha 10 de junio de 2020 ha reconocido sin ambages que actúa bajo la dirección del Sr. Delegado y que despacha con él o le da cuenta a diario, siendo el Sr. Franco el que en última instancia dirige y es responsable de la Delegación.

TERCERO. COMPETENCIA DEL DELEGADO DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON LAS MANIFESTACIONES Y CONCENTRACIONES : posición de garante

Las concentraciones y manifestaciones constituyen ejercicio del **derecho de reunión** , **que es un derecho fundamental que no tiene carácter absoluto** , **admite límites** conforme a la doctrina constitucional.

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión regula el núcleo esencial del derecho de reunión, ajustándolo a los preceptos de la Constitución. En relación a las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se exige la comunicación previa a la autoridad gubernativa, de modo que no toda reunión se comunica, sólo éstas: las que se desarrollan en lugares de tránsito público y las manifestaciones.

La comunicación tiene una notable importancia: la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones sin dicha comunicación tiene como consecuencia que los organizadores o promotores incurran en responsabilidad como autores de una infracción tipificada en el artículo 37.1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Ante estas comunicaciones, la autoridad podrá prohibirlas o establecer condiciones. Concretamente, por su importancia debemos reproducir los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983:

Artículo diez.

Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos

establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo once.

De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquélla remita inmediatamente el expediente a la Audiencia.

El Tribunal tramitará dicho recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

La prohibición de concentraciones/manifestaciones o las modificaciones para el ejercicio de este derecho fundamental es competencia del Delegado del Gobierno .

De conformidad con el art. 73.3 Ley 40/2015, al Delegado del Gobierno le corresponde esta competencia en cuanto que **debe proteger el libre ejercicio o de los derechos y libertades**, todo ello en consonancia con los fines previstos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (artículo 4).

Por tanto, en opinión de esta instructora, el Delegado de Gobierno tiene **por ley una posición de garante** de los derechos y libertades de los ciudadanos que se puedan ver afectados por el ejercicio del derecho fundamental de manifestación. No se trata de que sea garante sólo de la salud pública (en este sentido es irrelevante que tenga o no competencias en materia sanitaria, coincidimos con la Abogada del Estado en su escrito solicitando el sobreseimiento libre de 10 de junio en que no las tiene) sino que lo es de todos los derechos y libertades (es decir, tampoco tiene competencia específica en materia de libertad religiosa y sin embargo está obligado a garantizar su libre ejercicio, veremos ejemplos más adelante). En definitiva, **la ley le otorga un papel absolutamente relevante con ocasión de las concentraciones en vía pública y las manifestaciones: proteger TODOS los derechos y libertades que puedan verse afectados.**

Esta posición de garante genera una concreta responsabilidad.

Por tanto, las resoluciones administrativas que dicta en el ejercicio de su competencia tienen un contenido sustantivo a los efectos de su responsabilidad penal ex artículo 404 CP toda vez que:

- a) Son susceptibles de restringir un derecho fundamental (el de reunión – en sus modalidades de concentraciones y manifestaciones- , cuando la decisión que adopta es de prohibición)
- b) Son susceptibles de modificar las condiciones del ejercicio del derecho fundamental de reunión (cuando la decisión administrativa impone condiciones en su ejercicio para prevenir la lesión a personas o bienes)

- c) Son susceptibles de afectar a los derechos y libertades que tiene obligación legal de tutelar (como cuando no hace nada a pesar de que su inacción jurídica genere una lesión a derechos fundamentales como la libertad religiosa, los del artículo 18 CE o el derecho a la salud).

Los Delegados del Gobierno en Madrid no se limitan a recibir una comunicación, ese es el paso previo y necesario para activar su competencia. **Lo importante es que, una vez recibida, toman una decisión administrativa que tiene impacto en derechos fundamentales.** Por eso tiene contenido decisorio (decide no prohibir, decide modificar las condiciones del ejercicio del derecho de manifestación o decide prohibir).

Además, su resolución administrativa pone fin al expediente incoado como consecuencia de la comunicación de la concentración/manifestación y, agotando la vía administrativa, es susceptible de ser impugnada ante los tribunales. De hecho, el recurso se tramita de conformidad con lo establecido en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

El incumplimiento de la resolución administrativa que dicta el Delegado del Gobierno genera resp onsabilidad administrativa al amparo de la LO 4/2015 de 30 de marzo:

-artículo 35 es infracción muy grave:

1. Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas.-

-artículo 37 es infracción leve:

1. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores.
3. El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.

Son numerosos los ejemplos de decisiones de Delegados de Gobierno prohibiendo o modulando el ejercicio del derecho de manifestación (por ejemplo, por afectar al derecho fundamental a la libertad religiosa). A título ilustrativo, por contextualizar las decisiones jurídicas que adoptan los Delegados del Gobierno en el ejercicio de esta competencia, podemos citar los siguientes ejemplos:

- Por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid se prohibieron manifestaciones previstas para el Jueves Santo durante los años 2011 (avalada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 267, de 20 de abril de 2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:9365 - que declaró la citada prohibición conforme a Derecho) y 2012, a la vista de la fecha, lugar y hora elegidos por los convocantes que pretendían realizar la manifestación un día de especial significación para los católicos, en el mismo lugar y horario en que se van a celebrar diversos actos religiosos, de modo que se prohíben de cara a proteger la necesaria protección del derecho fundamental de libertad religiosa y por la existencia de razones fundadas de alteración del orden público.
- El TSJ Cataluña en su sentencia de 9 de septiembre de 2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:8008 entiende ajustada a Derecho la modificación de las condiciones de una manifestación considerando que la Administración debe atender a la previsión de asistencia o capacidad de convocatoria de los promotores, para mantener debidamente el orden público, al tiempo que debe velar por las adecuadas condiciones de movilidad de las personas no asistentes a la reunión o manifestación convocada, estimando justificada la resolución impugnada pues, además de ser la de autos una zona especialmente conflictiva cuando existen manifestaciones concurre la circunstancia de que no sólo existe la concentración organizada por el partido recurrente sino también otra, calificada de masiva, que requerirán la adecuada respuesta gubernativa con los medios adecuados y, por tanto, la necesidad de tenerlo en cuenta a la hora de contar con los efectivos de seguridad y de ordenación del tráfico necesarios.
- El TSJ Canarias, en su sentencia de 7 de febrero de 2017 - ECLI:ES:TSJICAN:2017:512 desestima la impugnación de la resolución de la Delegación del Gobierno de Tenerife de 31 de enero de 2017 por la que se resuelve prohibir la celebración de la manifestación-caravana de vehículos taxis, para el 10 de febrero de 2017, denegación basada en el horario, el día y el lugar, con probabilidad de producir graves alteraciones del orden público por corte de la autovía principal.

Sobre las medidas para modular el ejercicio del derecho de reunión, para modificar las condiciones de su ejercicio , baste citar la STSJ, Contencioso sección 1 del 04 de octubre de 2013 (ROJ: STSJ NA 702/2013 - ECLI:ES:TSJNA:2013:702) cuando cita la **STC 29 marzo 1990** que establecía que "de la exégesis del art. 21 CE queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la Autoridad el ejercicio de su derecho", añadiéndose por lo que a la obligación de comunicar previamente a la Autoridad gubernativa se refiere, que la misma sólo es exigible con respecto a las reuniones en lugares de tránsito público, comunicación que en la actualidad se rige por los arts. 8 y ss. de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio , reguladora del derecho de reunión, de cuyo régimen, la sentencia últimamente citada destaca que, en primer lugar, con dicha comunicación no se trata de interesar solicitud de autorización alguna, pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal, ya que con la aludida previa comunicación tan sólo se efectúa una declaración de ciencia o de conocimiento a fin de que la **Autoridad gubernativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de los derechos y bienes de la titularidad de terceros, estando aquella legitimada a modificar las condiciones del ejercicio del derecho de reunión e incluso, a prohibirlo** , previa la realización siempre del oportuno juicio de proporcionalidad, en segundo lugar, dicha actuación administrativa no es reconducible a ningún género de manifestación de autotutela».

La ponderación de las medidas que, con carácter preventivo, sirvan para evitar el peligro para las personas o bienes es una parte sustancial de la ponderación que debe realizar la autoridad gubernativa, como reiteradamente han establecido los tribunales. Al respecto, por ejemplo:

TSJ Navarra - **ECLI:ES:TSJNA:2020:56**, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, **Nº de Recurso:** 35/2020 de 29/01/2020, **Ponente:** ANTONIO SANCHEZ

La cuestión de fondo aquí enjuiciada es, precisamente, la de la corrección constitucional de la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa, entre el ejercicio del derecho de reunión y el referido límite constitucional, todo ello desde la perspectiva de la repercusión de ese ejercicio en el orden y la seguridad públicas.

En este sentido, y como se desprende de la STC 66/1995 la aplicación del límite previsto en el art. 21.2 de la C.E y art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 de 15-7 reguladora del Derecho de Reunión, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Existencia de razones fundadas de alteración del orden público, sin que baste la mera sospecha; es decir, que quien adopte la decisión que limita o prohíbe el ejercicio del derecho de reunión en un supuesto concreto, debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, que la manifestación o reunión producirá con toda certeza el referido desorden público, interpretado éste como peligro para personas y bienes, o, lo que es lo mismo, como el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afecten a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de bienes públicos o privados. Debiendo al efecto recoger la correspondiente motivación la resolución prohibitiva.

b) Imposibilidad de la adopción de otras medidas, diferentes a la prohibición de la reunión, manifestación o concentración, que con carácter preventivo sirvan para conjugar esos peligros y permitir el ejercicio del derecho fundamental. Y por tanto, necesidad de la medida prohibitiva para salvaguardar el orden público sin peligro para personas y bienes.

c) Proporcionalidad entre la medida prohibitiva adoptada y el fin pretendido, el mantenimiento del orden y la seguridad pública en el sentido antes expresado, lo que presupone la ineficacia para lograr ese fin, del ejercicio de las facultades que reconoce a la autoridad gubernativa el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, en orden a proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración de la reunión prevista, siempre y cuando tales modificaciones no desvirtúen el objetivo perseguido por los manifestantes. En definitiva, la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión superará el juicio de proporcionalidad exigible siempre y cuando tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto - la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-, sea necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, sea ponderada y equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto." . De esta doctrina se desprende que son tres los requisitos que han de cumplirse para poder limitar el derecho de reunión y manifestación; i) Existencia de razones fundadas de alteración del orden público, sin que baste la mera sospecha; ii) Imposibilidad de la adopción de otras medidas, diferentes a la prohibición de la reunión, manifestación o concentración, que con carácter preventivo, sirvan para conjugar esos peligros y permitir el ejercicio del derecho fundamental y iii) Proporcionalidad entre la medida prohibitiva adoptada y el fin pretendido, el mantenimiento del orden y la seguridad pública.

CUARTO. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN: la limitación por razón de la salud

Consolidada jurisprudencia del TC establece a) que el derecho de reunión y manifestación no es ilimitado, b) que puede limitarse este derecho fundamental para proteger la salud. Así:

a) sobre la existencia de límites en el derecho fundamental de manifestación y sobre las exigencias que puede imponer en su resolución el Delegado del Gobierno

Baste citar la siguiente sentencia, que desglosaremos para mayor claridad:

STC 170/2008 de 15/12/2008- ECLI:ES:TC:2008:170 - Ponente: ELISA PEREZ VERA

A1) sobre los límites en relación con la protección de derechos fundamentales

3. Antes de entrar a analizar el caso que nos ocupa, conviene recordar la doctrina consolidada de este Tribunal sobre el contenido y límites del derecho de reunión (*art. 21 CE*).

Según tenemos reiterado, el derecho de reunión "es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración-" (*STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2; doctrina reiterada en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2*).

También se ha enfatizado sobre "el relieve fundamental que este derecho -cauce del principio democrático participativo- posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución" (*STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 6*). De hecho para muchos grupos sociales "este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones" (por todas, *STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2*). En este sentido, tenemos dicho, reproduciendo jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que 'la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión' (*STEDH caso Stankov, de 2 de octubre de 2001, § 85*), o también que 'la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación' (*STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, § 58*)" (*STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 3*).

Por lo que se refiere a la limitación del derecho de reunión, este Tribunal Constitucional ha recordado que dicho derecho "no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites" (*SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 36/1982, de 16 de junio; 59/1990, de 29 de marzo, FFJJ 5 y 7; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; y ATC 103/1982, de 3 de marzo, FJ 1*), entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio *art. 21.2 CE* -alteración del orden público con peligro para personas y bienes -,

como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales' (FJ 2), lo que también se deduce del art. 10.1 CE " (*STC 195/2003, de 27 de octubre* , FJ 4). El propio *Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)*, en su *art. 11.2* , prevé "la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que 'previstas en la Ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos", e, interpretando este precepto, "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (*STEDH caso Cisse, de 9 de abril de 2002* , § 51)" (*STC 195/2003, de 27 de octubre* , FJ 4).

(..)

- A2) Sobre las exigencias que puede imponer la autoridad competente para que se lleve a cabo de forma respetuosa con los límites constitucionales

(....)

De ahí que, "en los casos en los que existan 'razones fundadas' que lleven a pensar que los límites antes señalados no van a ser respetados, la autoridad competente puede exigir que la concentración se lleve a cabo de forma respetuosa con dichos límites constitucionales, o incluso, si no existe modo alguno de asegurar que el ejercicio de este derecho los respete, puede prohibirlo". Ahora bien, para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que **existan razones fundadas** , lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente (*STC 36/1982, de 16 de junio*) en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el *art. 21.2 CE* , o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución" (*STC 195/2003, de 27 de octubre* , FJ 4).

b) justificación de la limitación por razón de salud pública

El **artículo 15 CE** recoge como derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Asimismo, el **artículo 43 CE** reconoce el derecho a la protección de la salud, señalando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

La protección de la salud pública puede justificar la limitación del derecho de manifestación, como avala la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – caso Cisse – en relación con el derecho de reunión.

De ella se hacía eco – antes del COVID-19 - la jurisprudencia de nuestro TC:

SENTENCIA TC 195/2003, de 27 de octubre - ECLI:ES:TC:2003:195 - (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003)

En concreto sobre el ejercicio de la libertad de reunión, el art. 11.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) es explícito sobre la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que "previstas en la Ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos", e, interpretando este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (STEDH caso Cisse, de 9 de abril de 2002, § 51). En la misma línea, este Tribunal Constitucional ha recordado en su STC 42/2000, de 14 de febrero, que el derecho de reunión "no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 36/1982, de 16 de junio; 59/1990, de 29 de marzo, FFJJ 5 y 7; 66/1995, FJ 3; y ATC 103/1982, de 3 de marzo, FJ 1), entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE - alteración del orden público con peligro para personas y bienes-, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales" (FJ 2), lo que también se deduce del art. 10.1 CE.

Precisamente con ocasión de la pandemia del COVID19, el TC se ha pronunciado también en este mismo sentido en su **Auto de la Sala Primera, de fecha 30 de abril 2020, fundamento jurídico cuarto, apartado ii)**, a ello nos remitimos. También a partir de esta crisis sanitaria son abundantes las resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia sobre esta materia, hemos preferido no analizarlas porque son doctrina jurisprudencial posterior a la horquilla temporal que nos ocupa y, consecuentemente, no podía ser conocida por el investigado Sr. Franco en el momento de su toma de decisiones.

QUINTO. EJERCICIO DEL SR. FRANCO DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DE CONCENTRACIONES Y MANIFESTACIONES ENTRE EL 5 Y EL 14 DE MARZO 2020

El examen de la documental aportada a la causa permite destacar los siguientes aspectos:

1) Ninguna persona física o jurídica, pública o privada, pidió por escrito al Delegado del Gobierno Sr. Franco entre el 5 y el 14 de marzo que prohibiera o impusiera condiciones o precauciones por razón de la crisis sanitaria derivada del COVID -19 a la celebración de las manifestaciones y concentraciones ;

2) El Delegado del Gobierno investigado –que llevaba en el cargo desde el 17 de febrero 2020 - conocía su competencia y en la horquilla temporal que nos ocupa la ejerció sólo en un caso, de oficio, por tanto sin solicitud de nadie, caso en el que fundamentó la prohibición en la protección de derechos fundamentales (pero del art. 18 CE, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen e inviolabilidad domiciliaria, no en relación por tanto con relación a la salud ni la crisis sanitaria que nos ocupa).

De entre todos los expedientes de esas fechas, en un caso el Sr. Franco sí prohibió una concentración para proteger otro derecho fundamental:

en el expediente 447/220 por resolución de 4 de marzo prohíbe una concentración - comunicada para que tuviera lugar el 14 de marzo – convocada por la Asociación Profesional de Agricultores y Ganaderos de Extremadura por tener previsto que tuviera lugar frente al domicilio del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Derechos Sociales y Agenda 2030, Excmo. Sr. Don Pablo Iglesias, en Galapagar, al entender que se vulneraría el artículo 18 CE (por ser ésta la razón de la prohibición, la resolución del Delegado nada objetaba a su celebración en otro lugar).

La resolución de prohibición en este expediente del Sr. Pardo contiene unos razonamientos jurídicos que evidencian el conocimiento del Delegado del Gobierno ahora investigado de su propia competencia y cómo ésta tiene que activarse en protección de otros derechos fundamentales, que entendió el Delegado que debían ser tutelados.

La resolución del Sr. Franco contiene incluso cita de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional relevante, que aplica al caso, disponiendo literalmente:

QUINTO: A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, en su Fundamento Jurídico 5º, literalmente señala que: *“Pues bien, hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma Fundamental”.*

Las anteriores consideraciones hacen que esta reunión, en el lugar en que está convocada, deba ser prohibida ante la certeza de que en caso de llevarse a cabo podría implicar vulneración de derechos fundamentales que esta Delegación del Gobierno tiene la obligación de proteger.

A la vista de todo lo anterior y a fin de garantizar y salvaguardar tanto el derecho de manifestación, como los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la inviolabilidad del domicilio, esta Delegación no puede tomar conocimiento de la presente convocatoria de reunión. Esta limitación no menoscaba el legítimo ejercicio del derecho de reunión de los convocantes, puesto que lo pueden ejercer, conforme a derecho, en otros lugares, quedando así asegurado el derecho a la difusión de sus reivindicaciones.

Por cuanto queda expuesto, esta Delegación del Gobierno,

ACUERDA

PRIMERO: PROHIBIR la concentración convocada por D. Juan Metidieri Izquierdo, en representación de APAG EXTREMADURA ASAJA, para el día 14 de marzo de 2020, de 11:00 a 15:00 horas, en la Urbanización La Navata del término municipal de GALAPAGAR, a la altura del domicilio del Sr. Vicepresidente Segundo y Ministro de Derechos Sociales y Agenda 2030, D. Pablo Iglesias Turrión, sin perjuicio de que se comunique otro lugar de concentración que no constituya domicilio particular.

Además de esta prohibición (que es la única que se produce en cuanto tal) hay otros **dos expedientes más** en los que el Delegado del Gobierno acuerda literalmente que la concentración/manifestación **“no se celebre”** y ello por no haberse respetado plazo legal mínimo de comunicación (es decir, que no son relevantes para el supuesto que nos ocupa).

Son los supuestos del expediente 533/2020 – Federación Regional de Enseñanza de Madrid de CCOO comunicación de concentración ante la Asamblea de Madrid para el 12 de marzo contra el decreto de currículo de la ESO – donde se decidió que la concentración no tuviera lugar por no haberse comunicado con la antelación mínima prevista legalmente y no concurrir circunstancias excepcionales, sin perjuicio de nueva comunicación que sí respete el plazo. En el mismo sentido, por el plazo, en la manifestación del expediente 531/2020.

En otros 3 expedientes el Jefe de Servicio de la Unidad de Seguridad Ciudadana comunica la coincidencia con otras concentraciones/manifestaciones comunicadas previamente (son los expedientes 389, 401 y 444) por lo que tampoco son relevantes.

3) Incluso en todos los demás casos, en los que la resolución se limita a tomar conocimiento de la concentración o manifestación comunicada – y por tanto no se prohíbe su celebración -, el Delegado del Gobierno exigía condiciones en las que las mismas deben tener lugar, generalmente que los participantes en la concentración se sitúen en la *zona peatonal sin invadir la calzada de circulación de vehículos* (por ejemplo, a título ilustrativo expediente 474/2020) o que los participantes en la manifestación *ocupen el carril en sentido de la marcha* dejando libres los carriles de sentido contrario cuando la vía es de doble circulación (por ejemplo, expediente 469/2020).

Esto evidencia que en el legítimo ejercicio de su competencia, el Delegado del Gobierno con su resolución modula el ejercicio del derecho de reunión con determinadas precauciones que se detallan en la propia resolución y que pretenden tutelar derechos fundamentales que pueden verse afectados.

El tenor literal de las resoluciones es significativo, pues utiliza términos imperativos (por ejemplo, expediente 469: deberá tener lugar, los manifestantes ocuparán únicamente el carril o carriles del sentido de la marcha):

ACUERDA

PRIMERO: Tomar conocimiento de la MANIFESTACIÓN convocada por D. José Miguel Lloret Herranz, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Villanueva de Perales, que deberá tener lugar en VILLANUEVA DE PERALES, el día 7 de marzo de 2020, entre las 12:00 y las 13:00 horas, de la forma siguiente:

La manifestación que comenzará en la Avenida de Julio Álvarez, concretamente desde su confluencia con la Calle de Federico García Lorca, recorrerá la Avenida de Julio Álvarez y las calles Cervantes, Mariscal, Río Guadarrama, Río Perales y San Antonio hasta llegar a la Calle Nueva, donde concluirá la marcha.

En las calles con doble sentido de circulación los manifestantes ocuparán únicamente el carril o carriles del sentido de la marcha, dejando libres los carriles del sentido contrario.

4) Inactividad jurídica del Delegado del Gobierno investigado ante la crisis sanitaria COVID -19 entre el 5 y el 14 de marzo :

Como anticipábamos, entre el 5 y el 14 de marzo no consta ninguna resolución administrativa del Delegado del Gobierno *derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 en relación con las concentraciones/manifestaciones*: ni prohibiéndolas ni tampoco exigiendo medidas en prevención del incremento del riesgo de contagio (que los manifestantes mantuvieran una distancia de más de un metro, que se manifestaran dentro de vehículos, que portaran mascarillas o cualquier otra que, con el grado de conocimiento que se tenía en ese momento, es decir,

acertadas o no a la luz del estado de la ciencia hoy día, evidenciaran que el Delegado Sr. Franco velaba por la salud pública de los ciudadanos y ejercitaba su competencia legal en protección de la misma). Sin embargo, sí hay constancia de resoluciones de toma de conocimiento de más concentraciones y manifestaciones en fechas inmediatamente previas a la declaración del estado de alarma.

No consta, en definitiva, que en el ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas, cumpliendo con el deber impuesto en el artículo 73 Ley 40/2015, velara por los derechos y libertades de los ciudadanos ponderando el riesgo para la salud pública que conllevaba la aglutinación de personas ante la gravísima situación sanitaria del COVID-19. Otra cuestión, como veremos más adelante, es si tenía los elementos para hacerlo.

Veamos los datos:

Se **comunicaron 1 57 concentraciones/manifestaciones** para su celebración en la Comunidad de Madrid entre el 5 y el 14 de marzo 2020 (así lo informa el 20 de abril de 2020 el Secretario General de Delegación del Gobierno en contestación al oficio recibido de este Juzgado, folio 118, tomo I de autos, pues hay que sumar 130 celebradas, 6 no celebradas y 21 desconvocadas, aunque realmente parecen más precisos los cálculos que se hacen en el atestado de Guardia Civil, folio 804 del tomo II, que eleva a 177 las comunicadas y ello porque hay expedientes en los que en una sola comunicación el particular convocante anuncia concentraciones que tendrán lugar en diferentes días, con lo que, en puridad, como recoge la policía judicial acertadamente, las concentraciones en sí son más numerosas que los expedientes).

Con ocasión de la comunicación, el particular convocante adelanta a la Delegación del Gobierno la previsión de asistencia, hace una estimación de asistentes. Esta previsión de asistencia debe ser un criterio muy relevante en la toma de decisiones administrativas que competen al Delegado del Gobierno (véase la jurisprudencia constitucional arriba citada). La inactividad jurídica del Sr. Franco se mantiene, sin embargo, cualquiera que sea el aforo previsto, no consta ponderación alguna por razón del COVID-19 ni en concentraciones con escasa previsión de asistentes ni en las muy significativamente multitudinarias.

Pues bien, a lgunas tenían un aforo previsto de cierta entidad que es comunicado por el convocante a la Delegación del Gobierno para iniciar el expediente administrativo en el que recae la resolución del Delegado. No sólo con ocasión del 8M (sólo una de ellas, la del expediente 286, tenía una previsión de 1 millón de personas y es notorio, por años anteriores, que las del 8M tienen gran afluencia de manifestantes) también las de fecha posterior, por ejemplo, a título ilustrativo en consideración singular a la fecha de celebración de la concentración:

Número de expediente	Día de la concentración o manifestación	Previsión de asistencia	Motivo
474	11 de marzo	400 personas	reivindicaciones

			en el sistema público de pensiones
496	12 de marzo	200 personas	reivindicar el fin de la impunidad de los crímenes franquistas
510	12 de marzo	200 personas	Información y asamblea de trabajadores en relación con la huelga en la empresa Hexcel Composites
422	14 de marzo	200 personas	solidaridad con Camelia Smicala por la custodia de sus hijos en Finlandia

De todas las comunicadas, finalmente se celebraron 130 (así lo reseña la Guardia Civil en su atestado folio 786 de autos y de manera coincidente la Secretaría General de Delegación del Gobierno, folio 118, tomo I de autos).

La relación de concentraciones/manifestaciones de las que se tomó conocimiento por Delegación y que no constaban desconvocadas sino **celebradas** según las hojas Excel facilitadas por Delegación del Gobierno (folio 671, contestación Director de Unidad Sr. Correas de fecha 29 de abril 2020) sigue la siguiente **distribución diaria** :

DÍA	CELEBRADAS
5 marzo	14
6 marzo	17
7 marzo	23
8 marzo	40
9 marzo	12
10 marzo	3
11 marzo	9
12 marzo	10
13 marzo	0
14 marzo	2

Como se adelantaba, **por razón del riesgo sanitario, para protección de la salud pública, el Delegado del Gobierno investigado Sr. Franco ni prohibió ninguna concentración/manifestación ni adoptó medida alguna de prevención del contagio** (por ejemplo, que se respetara una determinada distancia, que se portaran guantes, mascarillas u otra medida). El Delegado, en

el ejercicio de su competencia, tenía un elenco de medidas que podía adoptar en su resolución: desde las más contundentes (prohibición) a otras que lo son menos (mantener distancia de 1 metro entre los manifestantes). No adoptó ni unas ni otras en estas 130 que a Delegación le constan celebradas, no consta siquiera que ponderara el riesgo.

Esta inactividad es predicable a sus decisiones con anterioridad al 8M, pero también entre esa fecha y el 14 de marzo .

Específicamente: tampoco que se adoptaran medidas en las 21 concentraciones/manifestaciones celebradas entre el 11 y el 14 de marzo esto es, en fechas muy próximas a la declaración del estado de alarma, vigente ya el cierre de toda actividad educativa presencial en la Comunidad Autónoma de Madrid y declarada la pandemia por la OMS.

La cifra de 21 celebradas entre esos días se ha tomado de los propios datos de Delegación del Gobierno (hojas Excel facilitadas por el Director de Unidad Sr. Correas, folio 671) si bien debe señalarse que de las diligencias de investigación practicadas por la Guardia Civil se evidencia que, aunque a Delegación del Gobierno les conste como celebradas, en algunos casos los particulares convocantes decidieron que la misma no tuviera lugar. De hecho, Delegación informa que también se celebraron el día 15 de marzo (hoja Excel aportada el 1 de junio, folio 2251, número de expediente 511- entrada 34 del listado -) cuando también esto sabemos por las diligencias de investigación de Guardia Civil – testifical - que no fue así, que no se celebró. Por tanto, algunas se desconvocaron, pero en estas fechas inmediatamente previas al estado de alarma, no todas se desconvocaron, otras muchas sí se siguieron celebrando y así se relata a los agentes por los testigos que depusieron ante ellos, corroborando con ello la información que facilita Delegación.

Por ejemplo, el día 12 de marzo se celebró la comunicada por don Enrique Fernández López, expediente 455/2020, que confirma en su declaración ante la Guardia Civil y también en sede judicial en su declaración del día 11 de junio que se desarrolló con normalidad si bien tomaron ellos medidas de distanciamiento social por precaución, llegando incluso a destacar que comentaron con la Policía Local presente lo extraño que resultaba que no se hubiera cancelado por Delegación (folio 2138, tomo IV).

Podría pensarse que en relación con todas estas concentraciones y manifestaciones el Delegado ya había dictado la resolución (de mera toma de conocimiento con precauciones habituales) **y que por tanto na da más debería hacer.** Sin embargo, consideramos que el Delegado no agota su responsabilidad con el dictado de una resolución, su deber de garante no se extingue con la resolución. Si entre el dictado de ésta y la celebración de la concentración/manifestación ocurre un hecho significativo de nueva noticia, propio de que la realidad es dinámica, sin duda debe actuar. De hecho, en su declaración judicial don José Luis Sánchez, jefe del servicio, manifestó recordar un supuesto en el que dictada ya la toma de conocimiento, ante un hecho nuevo, se dictó resolución prohibiendo. No pudo precisar muchos detalles pero

sí que se trataba de un caso de hace años, aproximadamente en 2011, cuando tras un asesinato en el metro de un joven surgió la necesidad de prohibir la reunión de la que antes se había tomado conocimiento. Es lógico que así sea. Podría pensarse en que al menos debe existir margen para la impugnación judicial de esa resolución prohibitiva, pero también aquí el sr. Sánchez nos ilustró con el hecho de que en ocasiones urgentes la jurisdicción contencioso-administrativa es extraordinariamente rápida en estos casos y resuelve de un día para otro si las circunstancias así lo requieren. En definitiva, no convence a esta instructora el argumento de que, una vez tomado conocimiento – como era el caso de las celebradas entre el 5 y el 14 de marzo, que en algunos supuestos se había tomado conocimiento en el mes de febrero -nada más compete hacer al Delegado del Gobierno.

5) El Delegado del Gobierno Sr. Franco, **en la horquilla temporal 10 -12 de marzo, dictó resoluciones administrativas en el ejercicio de su competencia limitándose a la mera toma conocimiento de las concentraciones/manifestaciones** (sin prohibirlas y sin tampoco adoptar ninguna medida de prevención, como la distancia social , por razón del COVID-19).

La documental es significativa de la cronología:

Número de Expediente	Fecha de la comunicación	Fecha de la resolución del Delegado del Gobierno Sr. Franco	Fecha de la notificación
545	<u>9 de marzo</u> (lunes): el convocante – Sindicato de Oficios Varios del Sur - comunica el lunes 9 por la vía de urgencia la concentración prevista para el día 14 de marzo en la puerta de Carrefour de Leganés por un despido realizado por la empresa	<u>10 de marzo</u> (martes): el Delegado dicta resolución tomando conocimiento de la concentración sin prohibición ni medida de precaución alguna en relación con el COVID (sí otras precauciones: que se situaran en la zona peatonal y no obstaculizaran el acceso y funcionamiento del establecimiento)	<u>11 de marzo</u> (miércoles)
501	Comunicación del día 4 de marzo de concentración el día 20 de marzo en diferentes lugares de Leganés con motivo del 8 de marzo	<u>11 de marzo</u> : precaución relativa a no obstaculizar acceso a edificios	<u>12 de marzo</u>
497	Comunicación del día 5 de marzo de	<u>11 de marzo</u> : precauciones sólo	<u>12 de marzo</u>

	concentración el día 28 de marzo en la Puerta del Sol prevista para visibilizar formas éticas de consumo	relativas a zona peatonal y acceso a edificios	
543	Comunicación el 9 de marzo de concentración en calle Palas del para el día 20 de marzo	<u>día 11 de marzo:</u> precaución relativa a zona peatonal	<u>12 de marzo</u>
544	Comunicación el 9 de marzo de concentración de 4 horas en la Puerta del Sol para el día 21 de marzo para concienciar sobre la crueldad y el maltrato animal (don Pablo Silvage)	<u>día 11 de marzo:</u> precaución: zona peatonal y no obstaculización de accesos a edificios	<u>12 de marzo</u>
546	Comunicación del día 2 de marzo de concentración el día 19 de marzo durante 16 horas en Collado Villalba por los animales que entran en el matadero	<u>Día 11 de marzo:</u> precaución zona peatonal y no obstaculización acceso y funcionamiento del matadero	<u>12 de marzo</u>

Este listado no es exhaustivo, en total, el número de resoluciones dictadas tomando conocimiento de la concentración/manifestación es:

Día del dictado de la resolución de toma de conocimiento	Número de resoluciones de toma de conocimiento	Referencia de los expedientes	Aforos significativos
10 de marzo	11 resoluciones de toma de conocimiento	Expedientes 467-485-491-492-503-526-527-529-536-542-545	Aforos significativos 485: 200 personas 491: 150 personas 503: 150 personas 527: 3 concentraciones de 180 personas cada una 529: 100 personas 542: 100 personas
Día 11 de marzo	5 resoluciones de toma de conocimiento	Expedientes 497-501-543-544-546	544: 80 personas

6) Sólo a partir del 16 de marzo (es decir, vigente ya el estado de alarma , fuera de la horquilla temporal que nos ocupa) por razón del COVID -19 el

Delegado del Gobierno en Madrid prohíbe manifestaciones (expediente 555/2020), citando el art. 7 del Real Decreto 463/2020 pero añadiendo además el argumento de la salud pública. La resolución señala literalmente (la negrita es nuestra) “se considera asimismo que, en el actual estado de alerta sanitaria por la propagación del coronavirus COVID-19, el desplazamiento de vehículos y personas desde otras regiones a Madrid, así como su concentración ante el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 **constituye un peligro para las personas**”. Se trataba del mismo convocante (APAG EXTREMADURA ASAJA) de la que había sido prohibida para protección del derecho fundamental del artículo 18 CE, pero en esta ocasión era una concentración de tractores ante el Ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030 para hacer entrega al Vicepresidente Segundo Excmo.Sr. Pablo Iglesias de documentos reivindicativos recogiendo los problemas del campo español. Don Juan Metidieri compareció en sede judicial declarando como testigo el día 11 de junio y relató las circunstancias de la prohibición de ambas concentraciones, corroborando lo que obraba en el expediente administrativo que había sido facilitado al órgano judicial.

La conclusión que obtiene esta instructora en relación con los expedientes tramitados en Delegación del Gobierno en Madrid durante la horquilla tempor al que nos ocupa es que, indiciariamente – a los solos efectos de esta resolución - :

- a) Los expedientes siguen un proceso muy automatizado que no se adecúa a la importancia de la materia que se ventila (a fin de cuentas, un derecho fundamental, el de manifestación);
- b) No consta que ninguna persona, física o jurídica, pública o privada, solicitara al Sr. Delegado del Gobierno en Madrid, Sr. Franco, la prohibición de las concentraciones/manifestaciones o la modulación del ejercicio del derecho con medidas de precaución;
- c) No consta que por parte de los empleados públicos de Delegación existiera una especial diligencia a la hora de informarse técnicamente sobre los riesgos para la salud pública derivados del COVID-19 como consecuencia de la proximidad física inherente a las concentraciones y manifestaciones multitudinarias;
- d) No consta que existiera una alerta clara y técnica, dimanante de una autoridad sanitaria, a la Unidad de Seguridad Ciudadana o al Delegado Sr. Franco sobre el citado riesgo.

SEXTO. RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA CON OCASIÓN DEL COVID-19 DERIVADO DE LA PROXIMIDAD FÍSICA

Las concentraciones y manifestaciones (especialmente las multitudinarias) celebradas sin exigencia de precaución alguna llevan implícita la proximidad física de los participantes. Esto, por obvio, creemos que no exige mayor explicación. En cualquier caso, a ello se refiere con claridad el **informe forense de 8 de junio** en su **conclusión primera** (tomo VI, folio 2861 y conclusiones al folio 2920).

Que la proximidad física incrementa el riesgo de transmisión del COVID-19 es algo pacífico en la comunidad científica y de público conocimiento.

De hecho, a ello responde que el 14 de marzo 2020 se decretara el estado de alarma ordenando el confinamiento en España. **También el informe forense de 8 de junio concluye con claridad en tal sentido : conclusi ón segunda** , el riesgo es elevado sobre todo cuando las concentraciones de personas son de elevada densidad y se producen contactos estrechos entre los participantes, mismo folio 2920 de autos. Del informe forense que nos ocupa es también importante a este respecto la **conclusi ón tercera** : los participantes de estas manifestaciones podían estar contagiando la enfermedad sin ser conscientes de ello, aun cuando no tuvieran síntomas.

Es destacable también que, a diferencia de lo que ha ocurrido con otras medidas de prevención del contagio (como los guantes, las mascarillas) donde a lo largo de los meses pueden haber existido fluctuaciones en su valoración como sistema eficaz o no de prevención, la distancia física y el lavado de manos se han mantenido constantes desde el principio de la crisis sanitaria en su consideración por los técnicos como medida preventiva del contagio altamente recomendable.

En definitiva, indiciariamente la celebración de manifestaciones y concentraciones de marzo de 2020 incrementaron el peligro de contagio y por ello fueron un riesgo cierto y seguro para la salud pública : es algo que se concluye de la documental aportada y de manera muy relevante, de los informes del Médico Forense, tanto el emitido el día 19 de abril de 2020 folio 108, tomo I como el presentado en fecha 8 de junio que ahora nos ocupa, informe cuya **conclusi ón quinta** señala: es cierto y seguro que de haberse evitado dichas manifestaciones se habría evitado una amplia difusión de la enfermedad y de igual modo de haberse advertido a la población sobre el gran riesgo de contagio para que los ciudadanos adoptaran las medidas higiénicas necesarias para su protección en relación con la gravedad de la información.

Esto no es óbice para afirmar simultáneamente que no puede acreditarse que con ocasión de las citadas concentraciones/manifestaciones (exclusivamente por haber acudido) se produjera un concreto contagio . Así, conforme al informe del Forense, conclusión cuarta del informe de 8 de junio y previas conclusiones también del Forense en informe de 19 de abril, se concluye por esta instructora que:

-desde un punto de vista médico, *no puede acreditarse la relación causa-efecto con carácter exclusivo entre la asistencia a concentraciones/manifestaciones y el contagio* (dicho de otro modo, el contagio puede producirse por el mero hecho de coincidir en el ascensor o por ir en transporte público, también por ir a la manifestación, en definitiva, no puede acreditarse cuándo tuvo lugar el contagio). Para poder imputar las lesiones o el homicidio imprudente sería necesario que no hubiera otra alternativa posible de contagio que el hecho de haber acudido a la manifestación que no fue prohibida por el Delegado del Gobierno en Madrid y esto es lo que descarta el informe forense obrante en autos (sobre la doctrina jurisprudencial de la relación de causalidad baste citar la clásica STS de 23 de abril de 1992 STS 20999/1992 - ECLI:ES:TS:1992:20999 sobre el aceite de colza) Estas conclusiones del médico forense determinaron que esta instructora decidiera no continuar la

investigación por delito de lesiones (u homicidio) imprudente, dado que, reiteramos lo adelantado en la providencia de 19 de abril, para que dicha imputación pueda prosperar es necesario acreditar la relación de causalidad, relación que debe ser individual y singular para cada persona, de modo que el resultado lesivo se deba exclusivamente a la concreta acción aquí investigada (la no prohibición de las manifestaciones o la no exigencia de precauciones durante las mismas para evitar el contagio) sin que haya otra alternativa posible para el contagio concreto de ese específico lesionado o fallecido por coronavirus.

- la aglomeración de personas inherente a las concentraciones/manifestaciones supone incrementar el riesgo para la salud pública, pues las posibilidades de contagio del COVID-19 aumentan de no respetarse unas distancias mínimas. Literalmente, el Médico Forense en su informe (folio 109, tomo I) dice que “es cierto y seguro que de haberse evitado dichas manifestaciones se habría evitado una amplia difusión de la enfermedad y de igual modo, de haberse advertido a la población sobre el gran riesgo de contagio para que los ciudadanos adoptaran las medidas higiénicas necesarias para su protección en relación a la gravedad de la enfermedad”. Por este motivo se circunscribió la investigación al delito de prevaricación administrativa (por si la decisión de la autoridad con competencia legal sobre concentraciones/manifestaciones – el Delegado del Gobierno en Madrid - aumentó antijurídicamente el riesgo de contagio).

SEPTIMO. CALIFICACIÓN JURÍDICA: REQUISITOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SUPUESTOS DE PREVARICACIÓN POR OMISIÓN

Resta por dilucidar si esta conducta merece reproche penal por encuadrarse en los requisitos del delito de prevaricación, cuestión que, se adelanta, no resulta pacífica jurídicamente y que, al menos a esta instructora, le ha arrojado dudas de diversa consideración durante los meses de instrucción de esta causa. En su caso, serán otras instancias en apelación - o en su caso el órgano de enjuiciamiento si la Audiencia Provincial revoca esta decisión de archivo provisional- los llamados a sentar doctrina jurisprudencial al respecto (función ésta que, obvio es decirlo, nunca corresponde al juez instructor).

Los requisitos para hablar de delito de prevaricación administrativa vienen reiterados en múltiples resoluciones del Tribunal Supremo. Entre las más recientes cabe citar la siguiente (el subrayado es nuestro):

Auto TS 2612/2019 -ECLI:ES:TS:2019:2612A de 19/03 /2019 Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER

FUNDAMENTO DE DERECHO

CUARTO.-

Ciertamente, 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 una legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

Pero no toda resolución irregular o contraria a derecho es susceptible de integrar el delito de prevaricación. Ni siquiera cabe admitir un automatismo al derivar la desviación de poder apreciada en sede contencioso-administrativa al ámbito penal de la prevaricación. La contradicción con el derecho, ínsita en la arbitrariedad de la resolución prevaricadora, se ha de manifestar tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y debe ser de una entidad tal que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable (STS 259/2015, de 30 de abril).

Como recuerda la STS 548/2017, de 12 de julio , para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente 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 la omisión 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 ocasiones en 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011, de 8 de noviembre ; 502/2012, de 8 de junio y 743/2013, de 11 de octubre , entre otras.)

La **resolución administrativa** objeto del procedimiento sería por una parte, **una acción:** la toma de conocimiento de concentraciones y manifestaciones en los días inmediatamente anteriores a la declaración del estado de alarma sin prohibición y sin adopción de medida alguna en prevención del riesgo de contagio aunque sí otras medidas moduladoras del ejercicio del derecho fundamental y, **por otra parte , una conducta omisiva** : la no prohibición de la concentración o manifestación o la no exigencia de precauciones para eliminar el riesgo de contagio en las concentraciones y manifestaciones comunicadas al Delegado del Gobierno y de las que ya había tomado conocimiento para su celebración entre el 5 y el 14 de marzo, a pesar de que con dichas decisiones se incrementara el riesgo para la salud pública.

Como venimos insistentemente reiterando, el **Delegado del Gobierno, en relación con el ejercicio del derecho de manifestación, tiene por ley un deber de garante de los derechos y libertades de los ciudadanos.** Sus decisiones legales en relación con las concentraciones y manifestaciones y su incidencia en el riesgo para la salud pública con ocasión del COVID-19 en el tiempo indicado tienen que ponerse en relación con ese deber de garante, lo que hace que pudiera nacer su responsabilidad por omisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 CP.

La **prevaricación administrativa por omisión está admitida de manera consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo** . En relación con la doctrina que dicha jurisprudencia sienta baste citar, entre las más recientes, la siguiente STS (la negrita es nuestra):

STS 1801/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1801 de 03/06/2019 Ponente: CARMEN LAMELA DIAZ

NOVENO (...)

1. Conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 373/2017, de 24 de mayo, "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, SSTS. 784/97 de 2.7 , 674/98 de 9.6 , 165/2002 de 11.3 , 647/2002 de 16.4 , 1093/2006 de 18.10 , o como dice la STS, 648/2007 de 28.6 , como delito de infracción de un deber queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad.

En el mismo sentido, en la sentencia núm. 244/2015, de 22 de abril , dijimos que "....En relación a la posibilidad de prevaricación por omisión, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 de Junio de 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal "...la autoridad... que...dictase resolución arbitraria..." de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues esta, también se produce por la negativa a responder. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por omisión de este delito -- SSTS 1880/94 de 29 de Octubre , 784/97 de 2 de Julio , 426/2000 de 18 de Marzo y 647/2002 de 16 de Abril , entre otras.

Como tal delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el 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, no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, porque siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota --en tal sentido STS 22 de Mayo de 2001 --.

Por tanto, al hilo de esta jurisprudencia debe enfatizarse que **para hablar de delito de prevaricación en su modalidad de comisión por omisión no se exige un efectivo daño a la cosa pública, sino que resulta suficiente un daño inmaterial** (confianza de los ciudadanos y credibilidad de las instituciones, en palabras de la STS). Trasladando este criterio al caso de autos: no exige que efectivamente se haya acreditado un contagio del COVID19 como consecuencia de acudir a las manifestaciones. **Basta que la confianza de los ciudadanos se haya visto mermada , que la credibilidad de las instituciones haya resultado dañada, en lo que a l Delegado del Gobierno se refiere con ocasión del ejercicio de sus competencias como garante de derechos en relación con las manifestaciones.**

A estos efectos es relevante es conocer la **casuística concreta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo** , es decir, aquellos supuestos concretos en los que el Alto Tribunal considera cometido el delito de prevaricación omisiva:

- **STS 2050/2015 de 22 de abril de 2015 - ECLI:ES:TS:2015:2050** -, por la que se condena al Alcalde por no adoptar las medidas necesarias para paliar la situación denunciada reiteradamente derivada de la emisión de ruidos por un establecimiento bar que generaron lesiones en los vecinos
- **STS 1382/2002 de 17 de Julio - ECLI:ES:TS:2002:5417-** : la omisión de la Alcaldesa consistió en la reiterada negativa a no convocar la Comisión Especial de Investigación creada en el Pleno Municipal de 20 de Marzo de 1998, Comisión que ella debía presidir.
- Y siguiendo con la reciente **STS 1801/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1801 de 03/06/2019 Ponente: CARMEN LAMELA DIAZ, antes citada:**

NOVENO (...)

Otras sentencias han confirmado esta modalidad de la prevaricación administrativa, y así: a) La STS de 5 de Enero de 2001 declara que la decisión de no actuar supone una infracción de un deber activo, que constituye prevaricación por omisión.

b) La STS 1093/2006 condenó como prevaricación por omisión la no convocatoria del Pleno Municipal que reiteradamente se le había solicitado.

c) La STS 731/2012 que estima en lo referente al dictado de resolución prevaricadora, la omisión de resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta.

d) La STS 787/2013 de 23 de Octubre reconoce que esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que era imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación. (...)

La **jurisprudencia de las Audiencias Provinciales** aprecia delito de prevaricación por omisión en supuestos clásicos - como contrataciones verbales u omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo - pero también, aquí está lo relevante, en supuestos más singulares. Ante la ausencia de precedente jurisprudencial que se adapte al específico caso concreto que nos ocupa, reseñar estos otros puede arrojar luz sobre el criterio que los tribunales han utilizado para considerar típica la conducta de los funcionarios públicos en relación con el delito de prevaricación administrativa por omisión, pues sin duda dicho criterio puede servir para ponderar (con toda la prudencia que exige el hecho de que nos encontremos en una mera fase de investigación) si los hechos indiciariamente acaecidos merecen reproche penal:

- **Sentencia de la AP Burgos, de 18 de noviembre de 2019** - ECLI:ES:APBU:2019:1127 -que confirma la condena por delito de prevaricación administrativa al Alcalde que no lleva a cabo la incoación de expediente sancionador para restaurar la legalidad urbanística

-Sentencia de la AP Madrid, de 30 de noviembre de 2018 - ECLI:ES:APM:2018:16993: -confirma la condena por prevaricación administrativa al Director de un Departamento de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid por no someter ante el Consejo de Departamento un informe para nombramiento de un profesor emérito

- **Sentencia de la AP Zamora, de 17 de julio de 2018** , ECLI:ES:APZA:2018:265, confirma la condena al Alcalde que, conociendo la situación de su hija y la incompatibilidad al desempeñar durante varios años dos puesto de trabajo incompatibles legalmente, no adoptó ninguna resolución para vigilar, controlar y corregir la infracción de la ley de incompatibilidades.

-Sentencia de la AP Burgos, de 3 de julio de 2018 - ECLI:ES:APBU:2018:588 - confirma la condena por prevaricación administrativa del Alcalde Pedáneo de una localidad por no publicar un edicto en el tablón de anuncios con conocimiento de que su hijo era el titular del aprovechamiento de los pastos a los que se refería el citado edicto en relación con un expediente sancionador

-Sentencia de la AP Toledo de 16 de abril de 2018 - ECLI:ES:APTO:2018:200- que confirma la condena a un alcalde por prevaricación administrativa ante la inacción municipal que mantuvo de unas instalaciones de granja sin licencia y autorización necesaria

-Sentencia de la AP Vizcaya de 27 de febrero de 2018 - ECLI:ES:APBI:2018:231 -que confirma la condena a una concejal por prevaricación administrativa ante la inacción municipal ante denuncias

-Sentencia de la AP Palmas de Gran Canaria , de 22 de julio de 2016 – ECLI :ES:APGC:2016:1835- que confirma la condena por prevaricación administrativa al Alcalde que mantuvo una actitud de absoluta pasividad durante la ejecución de unas obras pese a constarle que la construcción no se ajustaba a la ordenación territorial vigente en el municipio, no ordenando la paralización de la ejecución de las obras (condena que resulta confirmada aun teniendo el condenado delegadas las facultades en materia de Contratación y Urbanismo, al quedar subsistentes las obligaciones de control del adecuado ejercicio de las facultades delegadas, en cuanto titular de las competencias, pues se delega el ejercicio de éstas, pero se conserva la titularidad)

- **Sentencia de la AP Toledo, de 19 de mayo de 2016,** - ECLI:ES:APTO:2016:407, que confirma la condena al que, como instructor y autoridad competente para la resolución de los expedientes sancionadores que pudieran incoarse como consecuencia de las denuncias de tráfico municipal elaboradas por la Policía Local, omitió la tramitación de los expedientes asociados a las denuncias antes reseñadas, provocando la caducidad y archivo de los mismos.

-Sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife , de fecha 3 de marzo de 2016, - ECLI:ES:APTF:2016:228 (**confirmada por la sentencia STS 446/2017**) condena al Alcalde que teniendo pleno conocimiento de que se estaban realizando obras de gran entidad en uno de los Hoteles más relevantes de la localidad, careciendo de la licencia necesaria, y sabiendo que esta licencia no podía concederse legalmente, permitió que continuasen las obras durante cerca de un año hasta su práctica terminación sin acordar la suspensión de las mismas, con plena consciencia de la injusticia de su decisión.

OCTAVO. LA CUESTIÓN DEL DOLO REFORZADO Y SU APLICACIÓN AL CASO DE AUTOS

La prevaricación administrativa exige un dolo reforzado , es decir, que debe llevarse a cabo la conducta omisiva "a sabiendas de su injusticia". Sobre el carácter doloso de la prevaricación (a sabiendas de su injusticia) y que **no cabe condena por dolo eventual** en el caso de este delito cabe citar la siguiente STS:

STS 1744/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1744 de 30/05/2019 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO

En suma, 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 absolucón del acusado, conforme al principio "in dubio pro reo". El control ordinario de la actuación pública reside en los tribunales del orden contencioso-administrativo.

También hemos dicho que el delito de prevaricación no puede cometerse mediante dolo eventual, requiriendo dolo directo (al exigirse actuar a 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 STS 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.

¿Cómo se traduce este “a sabiendas de su injusticia” en las decisiones administrativas que nos ocupa n?

El Delegado del Gobierno tiene la competencia de restringir (nada menos que) un derecho fundamental, el derecho de manifestación, para velar por otros bienes jurídicos dignos de protección de todos ciudadanos (artículo 43 CE, artículo 73.3 de la Ley 40/2015: le atribuye la competencia de velar por los derechos y libertades de todos, entre los que obviamente debemos encuadrar el derecho a la vida y a la integridad física, art.15 CE).

Este es el **parámetro de legalidad** que rige el ejercicio de su cargo en lo que a la prohibición o suspensión de las manifestaciones se refiere: **la balanza entre la protección del derecho fundamental de manifestación y la protección de los demás derechos y libertad es que puedan verse afectados** con ocasión de las citadas manifestaciones.

Conviene enfatizar que el motivo concreto por el que se convoca la manifestación (por mucho que se comparta, por muy loable que se considere) no puede ser un elemento a tener en cuenta en esta ponderación para inclinar la balanza a favor de no prohibir o no fijar condiciones en el ejercicio de este derecho. Así se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional (en cuanto que el motivo no puede ser valorado para la prohibición o la suspensión salvo que el mismo infrinja la legalidad, véase STC 24/2015 de 16/02/2015 - ECLI:ES:TC:2015:24 y STC 163/2006, de 22 de mayo , FJ 2).

Por tanto, **en el caso de autos de un lado de la balanza está el derecho fundamental de manifestación (que concurre en todos los supuestos en los que la comunicación tiene lugar) y por otro la debida protección de la salud pública (que es el derecho que se ve amenazado como consecuencia de la pandemia) .** Ninguna otra consideración debe introducirse en esta toma de decisión.

La injusticia es apartarse a sabiendas de ese parámetro , imponiendo su voluntad (por el motivo que sea). Apartarse, sin causa lógica o jurídica alguna de ese parámetro (*balanza: manifestación versus otros derechos fundamentales*) hace arbitraria su decisión. Implica que el parámetro de legalidad antes aludido es sustituido por su mera voluntad.

Pero para poder hacer esta ponderación es necesario que el Delegado del Gobierno, Sr. Franco, fuera **concedor del riesgo** , no un conocimiento popular, un sentir común, sino **un conocimiento técnico sólido y suficiente como para restringir un derecho fundamental.** **Es este concreto extremo el que, tras las múltiples diligencias de investigación practicadas, se considera que indiciariamente no ha quedado acreditado en autos, motivando el archivo provisional de la causa.** **Sobre este particular entraremos en detalle a continuación.**

NOVENO. CONOCIMIENTO DEL RIESGO POR PARTE DEL DELEGADO DEL GOBIERNO SR. FRANCO

Una de las diligencias de investigación acordadas en el auto de incoación de este procedimiento hacía referencia a recabar datos sobre si por parte de las autoridades competentes españolas se remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid algún tipo de **instrucción o indicación escrita relativa a que las manifestaciones deberían tener lugar en todo caso y sin restricción alguna**, pues obviamente el Delegado del Gobierno en Madrid depende a su vez del propio Presidente del Gobierno y, a estos efectos que nos ocupan, también del Ministro del Interior. La respuesta a esta cuestión es negativa (folio 118, tomo I, contestación del Secretario General de Delegación en fecha 20 de abril de 2020). Tampoco hay indicios en la causa de que de manera verbal se haya dado orden en tal sentido al Delegado por las autoridades de las que depende el Sr. Franco. En su declaración judicial como investigado también se le preguntó sobre esto, respondiendo en el mismo sentido: no recibió ninguna instrucción u orden. Concluimos, por tanto, que **indiciariamente el Delegado del Gobierno tenía plena autonomía para el ejercicio de su competencia legal**. Por este motivo era relevante la diligencia de investigación que se acordaba sobre esta materia ya en el inicio del procedimiento, con su incoación. **Sólo verificando que ejercitaba su competencia autónomamente podr ía valorarse si hab ía incurrido en responsabilidad penal.**

Pero, como apuntábamos en fundamentos anteriores, para valorar desde una perspectiva jurídica si los hechos imputables al Sr. Franco indiciariamente merecen reproche penal es preciso tener en cuenta el **grado de conocimiento del investigado entre el 5 y el 14 de marzo del hecho de que el riesgo de contagio del COV ID-19 aumenta si no se respeta la distancia física (cosa que, evidentemente, ocurre en los eventos masivos)**. Si ejercía su competencia autónomamente, como hemos concluido a falta de evidencia en contrario, su conocimiento específico del riesgo es lo clave para hablar de prevaricación administrativa.

Con ocasión de la incoación de este procedimiento, en el auto de 23 de marzo 2020, esta instructora ya destacaba la cantidad de **interrogantes** que surgían sobre la información de la que disponía el Sr. Franco en su toma de decisiones en materia de concentraciones/manifestaciones entre el 5 y el 14 de marzo. **Ha sido necesario realizar esta instrucción para sacar conclusiones al respecto** y las mismas determinan, a juicio de esta instructora, que **no puede concluirse que el Sr. Franco tuviera, en aquel momento, un conocimiento cierto, técnico y fundado sobre que el hecho de que no mantener la distancia social incidía en el riesgo de contagio del COVID -19. Si este conocimiento lo tenían o no otras autoridades o instancias no es objeto de este procedimiento**, donde lo relevante es si lo tenía el Sr. Franco. Y se concluye indiciariamente que no. **El Sr. Delegado del Gobierno en Madrid no había recibido información sanitaria ni consta oficialmente que hiciera algo para informarse a través de las autoridades sanitarias competentes**. Esto tiene una importancia decisiva en este procedimiento porque la

prevaricación administrativa, como hemos expuesto, exige dolo reforzado, no cabe imputar prevaricación por imprudencia (o por negligencia al no haber recabado datos técnicos que en su condición de Director de la Administración General del Estado en la Comunidad Autónoma de Madrid podría haber obtenido) ni tampoco cabe imputar por dolo eventual, como expone el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada.

Se llega a la conclusión de que en la horquilla temporal que nos ocupa el Sr. Franco no tenía un conocimiento cierto, seguro y técnico (de que no mantener la distancia social incidía en el riesgo de transmisión del COVID-19) de suficiente solvencia como para prohibir manifestaciones o concentraciones o exigir la adopción de medidas de precaución tras lo actuado durante la instrucción de este procedimiento, y, singularmente, **por lo s siguientes**

motivos :

- **1) Documento de 2 de marzo 2020 del Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades**

El informe de 2 de marzo del Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades en el que se fundamentaba la denuncia de don Victor Valladares se consideró elemento de suficiente entidad como para justificar la incoación del procedimiento y, a la vista de las diligencias de investigación practicadas, singularmente del informe del Médico Forense de 8 de junio de 2020, debe concluirse que efectivamente era un informe absolutamente relevante a los efectos que nos ocupan (folio 2886-2889 , informe forense, que califica el europeo como un documento fundamental y destaca los aspectos cruciales del mismo, que no reiteraremos aquí pero sólo aludiremos a que el forense enfatiza que según el citado informe las medidas de distanciamiento social individual deben seguirse durante todos los escenarios, pág. 2888 de autos).

Ahora bien, de la contestación de don Fernando Simón, folio 1326, tomo III, ha quedado indiciariamente acreditado que el Sr. Franco no recibió el documento de 2 de marzo del Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades. El Sr. Simón contesta al oficio judicial que los informes de este Centro Europeo son documentos públicos que el propio Centro publica en su página web de forma regular y actualizada (pero evidentemente en opinión de esta instructora no se puede pretender que dicha página sea consultada por el Delegado del Gobierno en Madrid). El documento, sigue relatándose en la contestación del Sr. Simón, fue remitido por la Secretaría del Comité de Seguridad Sanitaria de la Unión Europea a los miembros del Comité, entre los que se encuentra el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias – CCAES – mediante correo electrónico del día 2 de marzo pero que dado el carácter público del documento y que el mismo era de general conocimiento y acceso para todas las autoridades sanitarias, no se procedió a su distribución y por su contenido y carácter periódico (5º actualización) tampoco fue objeto de discusión en ninguna de las reuniones de la Ponencia de Alertas y Planes de preparación y respuesta de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial. Por tanto, en lo que aquí concierne que es lo único relevante en este procedimiento, al no ser un documento que indiciariamente llegara al Sr. Franco, no puede basarse conocimiento alguno del riesgo por parte del investigado en dicho documento.

- **2) Otros documentos sanitarios recibidos en Delegación del Gobierno**

En sede judicial en su declaración del día 10 de junio el Sr. Franco ha declarado que **tampoco ninguna autoridad sanitaria le alertó del riesgo , ni de la Comunidad Autónoma ni del Ministerio** . Esta manifestación – que era necesario recabar, aunque fuese previsible la respuesta – confirma lo que informa el Secretario General por escrito en contestación a los oficios remitidos desde este Juzgado: en Delegación de Gobierno de Madrid no se recibió instrucción o información sanitaria alguna de autoridades competentes en relación con el COVID-19. Desarrollemos este punto con más detenimiento.

Una de las diligencias de investigación acordadas con ocasión de la incoación de este procedimiento hacía referencia a averiguar si por parte de las autoridades competentes españolas se remitieron recomendaciones sanitarias a la Delegación del Gobierno en Madrid en el marco de esta crisis sanitaria. A lo largo de las diligencias esta información se pidió en un doble sentido: las recibidas por cauce escrito o bien en encuentros o reuniones a las que pudiera haber acudido el Delegado Sr. Franco.

Según la contestación recibida por parte del Secretario General de Delegación del Gobierno, que analizaremos, no hubo ni tal remisión de información ni tales reuniones:

En relación con la recibida por escrito:

Con la contestación al oficio recibido en fecha 20 de abril de 2020 (folio 118) el Secretario de Delegación del Gobierno informa, al punto 3, que “no consta la recepción de comunicaciones sanitarias con anterioridad al día 14 de marzo de 2020 en el marco de la crisis generada por el COVID-19”. Es decir, no se recibió nada.

Posteriormente, ante nuevo oficio, el Secretario General matizó esta respuesta (folio 618) confirmando la recepción el 7 de marzo, con registro el día 9, de dos Resoluciones de la Comunidad de Madrid de fecha 6 de marzo que hacían referencia a esta cuestión – como, por otra parte, ordenaba las propias resoluciones, que expresamente decían que se remitieran a Delegación y en dichos términos habían sido publicada en el BOCM -.

En esencia: la contestación de Delegación es que sólo recibieron por escrito documentación procedente de la Comunidad de Madrid (nada de la Administración del Estado) y en los términos en que ya constaba por haber sido publicadas en el BOCM las resoluciones que así lo ordenaban.

Esto mismo fue ratificado en presencia judicial en la declaración del Secretario General, Sr. Talavera, como testigo el día 10 de junio.

En relación con la información verbal:

Se ofició también a Delegación para que informaran sobre posibles reuniones del Delegado sobre este particular. La contestación fue idéntica: contestación de 24 de abril de 2020 del Jefe del Gabinete Técnico, don Luis María Sanz Moriñigo (folio 674): “desde su toma de posesión el pasado 17 de febrero de 2020 hasta el 13 de marzo el programa de actividades del Delegado

del Gobierno en Madrid (tanto actos, encuentros como reuniones) no contempla actuación alguna en el ámbito de la sanidad pública o con autoridades competentes en la materia, de ninguna índole. Esto es, no figura convocatoria –hacia o desde la Delegación- que pueda encuadrarse bien en el ámbito sanitario, bien con autoridades sanitarias, bien con contenido sanitario aun con distintas autoridades. Cuestión que se afirma incluso de entre las actividades descartadas para la agenda o previstas y no realizadas”. Por tanto, no hubo reuniones, ni con autoridades de la Administración del Estado ni de la Comunidad Autónoma.

Esto mismo fue ratificado en presencia judicial en la declaración del sr. Sanz como testigo el día 10 de junio.

Estos extremos no pueden dejar de sorprendernos, máxime cuando esta cuestión de las manifestaciones masivas y su incidencia en la transmisión del COVID-19 había sido objeto de atención mediática desde al menos el 3 de marzo (folio 2070) y abordada específicamente por el Director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, don Fernando Simón, en comparecencias del día 4 y 7 de marzo 2020 (folios 2072 y 2086 de autos, sobre la repercusión en medios véase la diligencia del atestado relativo al análisis de las fuentes abiertas). Pero en cualquier caso hay que estar al resultado de las diligencias de investigación practicadas en autos. Sólo el resultado de estas diligencias es relevante jurídicamente y lo cierto es que no se ha encontrado evidencia documental o testifical alguna que permita arrojar una conclusión diferente a la expuesta. A ello nos atenemos.

Haremos sólo una breve referencia a que, en opinión de esta instructora, no resulta muy lógico que determinada información no llegara al Sr. Franco. En fecha 2 de junio de 2020 (DVD folio 2287) la Directora General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad contestó al oficio remitido a este Juzgado, dando cuenta sobre el comunicado de fecha 6 de marzo sobre celebración de reuniones multitudinarias cuyo único destinatario fue la Federación de Entidades Evangélicas de España. Señala que el comunicado no se colgó en la página web del Ministerio, que la preocupación fundamental durante la primera semana de marzo era evitar eventos con alta presencia de personas procedentes de cualquiera de las zonas del mundo en las que se había constatado la transmisión del virus Sars-cov-2 y cuando advertía la posibilidad de llegada de personas de estas zonas del mundo, el Ministerio de Sanidad emitía recomendaciones a Instituciones y organizadores de actos públicos. Señala asimismo que no se remitió ese comunicado a la Delegación del Gobierno de Madrid ni a los Ministerios de los que dicha Delegación depende funcionalmente y que, dada la distribución competencial, la interlocución recurrente se produce con las Direcciones Generales de Salud Pública de las Consejerías de Sanidad de todas las Comunidades Autónomas, a través de los órganos del Consejo Interterritorial del SNS o bilateralmente. En conclusión, no consta que el Sr. Franco tuviera conocimiento del mismo, lo que no deja de ser llamativo toda vez que “dada la distribución competencial” – como literalmente dice dicho oficio – pareciera lógico que el Delegado del Gobierno en Madrid hubiera sido uno de sus destinatarios dado que era la autoridad competente para prohibir o establecer precauciones en actos

multitudinarios (como las inminentes manifestaciones del 8M) donde, por la enorme afluencia de participantes, estando abierto el espacio aéreo español, no resultaba posible garantizar que no participaran personas procedentes de países donde se haya constatado la transmisión del virus. Dicho de otro modo ¿qué garantía existía de que no hubiera personas procedentes del norte de Italia entre el millón de asistentes previstos o entre los cientos de miles que suelen participar todos los años en esta manifestación? Otro tanto puede decirse de los documentos de Sanidad que tenían destinatarios específicos, como el personal sanitario ¿qué garantía existía de que no hubiera profesionales de esos sectores entre los manifestantes? En cualquier caso, al resultado de las diligencias de investigación nos remitimos: no consta enviado al Sr. Franco y, por tanto, no puede asumirse que con base en el mismo, fuera conocedor del riesgo.

Detengámonos ahora en la documentación que pudiera haber remitido la Comunidad de Madrid. Con anterioridad al 8M la Comunidad había remitido específicamente a Delegación de Gobierno documentación relativa a esta crisis sanitaria, pero en un ámbito muy específico y a efectos de que por Delegación se sancionara el incumplimiento de lo allí dispuesto: La Dirección General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid dictó en fecha 6 de marzo dos resoluciones vinculadas al COVID-19 por las que: a) se adoptaban medidas en materia de salud publicada en relación con la *actividad de los centros de mayores*, en las tipologías de hogares y clubes y servicios de convivencia familiar y social y b) se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con las *actividades formativas de los centros sanitarios*. Ambas fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 7 de marzo de 2020. En ambas resoluciones se suspendían las actividades por existir “un riesgo inminente y extraordinario para la salud pública” – antecedente tercero de la relativa a centros de mayores – y “ante la emergencia de salud pública causada por este patógeno” – antecedente primero de la relativa a actividades formativas de los centros sanitarios -. Consta en autos por la documentación remitida por la Comunidad de Madrid que se notificaron a Delegación del Gobierno por correo electrónico del día 7 de marzo (aunque se dice por Delegación en el oficio de 22 de abril que se registraron el día 9, sí confirma el Secretario General que fueron recibidas por correo electrónico el día 7). La comunicación por correo electrónico iba dirigida al Excmo. Sr. Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid y fue remitida al correo electrónico delegado_gobierno.madrid@correo.gob.es (obra al folio 994 autos). Se puede razonar fácilmente que por un criterio de prudencia ante estas comunicaciones oficiales de la CAM (que aludían a un riesgo inminente y extraordinario para la salud pública) el Delegado del Gobierno podría haberse planteado la necesidad de recabar informes o datos de las autoridades sanitarias competentes que le facilitaran criterios para su toma de decisión en los expedientes de concentraciones y manifestaciones de esa semana. Pero como se ha indicado anteriormente el delito de prevaricación administrativa no existe en la modalidad imprudente, sino que exige dolo reforzado por el elemento subjetivo del tipo “a sabiendas de su injusticia”. Así las cosas, en opinión de esta instructora esta documentación resulta absolutamente insuficiente para pretender que con base en ella se adoptara medida alguna en materia de concentraciones/manifestaciones (no ya para el 8M, que no había tiempo

material incluso partiendo de su recepción en el día 7 dada la hora de la misma, última de la tarde del sábado, sino tampoco en relación con las demás decisiones en la semana del 9 de marzo, singularmente en aquellas de las que se tomó conocimiento entre el día 10 y 11 de marzo, última fecha ésta en la que se dicta una resolución sin prohibir concentraciones o manifestaciones). Esto no obsta para considerar deseable que estas publicaciones hubieran sido el detonante para que Delegación del Gobierno procediera a recabar informes o datos de las autoridades sanitarias competentes que ayudaran a su toma de decisión en los expedientes de esa semana, pero, como venimos reiterando, el hecho de no haber recabado tal informe sanitario no hace típica la conducta.

Documentos posteriores al 8M: Merece ahora cierto análisis las publicaciones en el B.O.C.M de las Órdenes 338, 344, 348 y 367 de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid – 10, 11, 12, 13 de marzo – que adoptaron medidas de gran impacto en distintos ámbitos. Pero baste citar, por significativa, la acordada en la Orden 338/2020 de 9 de marzo por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus COVID-19 (B.O.C.M número 59 de 10 de marzo) por el que, entre otras cosas, se acuerda la suspensión de la actividad docente presencial desde el día 11 de marzo inclusive (medida que había sido hecha pública en la tarde del lunes 9 de marzo). Esta suspensión lógicamente tiene su razón de ser en que la actividad presencial, en cuanto proximidad física, incrementa el riesgo de transmisión del coronavirus. Contiene además alguna recomendación específica en materia de distanciamiento social: *Todas las personas mayores o que padecen enfermedades crónicas o pluripatológicas o con estados de inmunosupresión congénita o adquirida, deberán evitar abandonar su hogar o residencia salvo por casos de estricta necesidad y, en cualquier caso, deberán evitar lugares concurridos en los que no sea posible mantener una distancia de seguridad interpersonal de al menos un metro.* Se dice esto porque, por ejemplo, esta información podría haber sido relevante a la hora de ponderar el peligro en manifestaciones de pensionistas, como la convocada por don Pedro Gallego para los días 15 y 16 de marzo dando lugar a su prohibición, cosa que no ocurrió (declaración testifical del Sr. Gallego en sede judicial el día 11 de junio). Ahora bien, la publicación de esta Orden 338/2020 fue conocida por los órganos de la Delegación del Gobierno de Madrid, cuyo Secretario General, que recordemos actúa bajo la dirección del Delegado del Gobierno, del que depende, en fecha 10 de marzo dicta una Instrucción precisamente en relación con la publicación de la Orden 338/2020 para que los empleados públicos de la Delegación del Gobierno con hijos menores de 12 años escolarizados en Madrid pudieran ausentarse del centro de trabajo para cuidado de los menores (folio 630) y ese mismo día 10 por la tarde se amplía como consecuencia de la Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública acordando medidas también de gran impacto en los servicios prestados por la Delegación, como que se priorizará la atención telefónica y telemática en los servicios de atención al público y en su caso se establecerán turnos imprescindibles para la atención presencial (folio 631). La instrucción de 10 de marzo del Secretario General se publica ese mismo día por la mañana en la intranet de la Delegación (así lo informa el Secretario, folio 627 vuelto de autos).

Resulta extraordinariamente llamativo que, simultáneamente, ese mismo día 10 de marzo se dictaran varias resoluciones administrativas por el Delegado Sr. Franco limitándose a tomar conocimiento de concentraciones/manifestaciones comunicadas sin prohibirlas y sin exigir a los convocantes medida alguna en prevención del riesgo (véase expediente 545) y que aún al día siguiente, 11 de marzo, con toda la actividad educativa presencial suspendida en la Comunidad de Madrid y declarada la pandemia, se sigan dictando resoluciones administrativas de mera toma de conocimiento sin precaución alguna relativa al COVID-19 (expedientes 543, 544, 501, 497) sin que, por pura lógica, fuera posible garantizar que ninguno de los colectivos a los que se refería la citada Orden de la CAM fuese a participar en las concentraciones/manifestaciones. La necesidad de haber recabado informe sanitario antes de dictar estas resoluciones de toma de conocimiento se hace especialmente patente en estas fechas y, en opinión de esta instructora, si en lugar de una conducta dolosa se tratase de imprudente los hechos serían indiciariamente típicos. Pero lo cierto es que (volvemos a insistir) sólo cabe dolo reforzado, ni siquiera con la publicación de estas órdenes hay un mandato expreso que el Delegado del Gobierno tenga que cumplir y, consecuentemente, la vía penal parece que debe descartarse.

- **3) Dación de cuenta desde la Unidad de Seguridad Ciudadana**

En sede judicial día 10 de junio se oyó como testigo al Director de la Unidad de Seguridad Ciudadana Sr. Correas y el día 11 de junio de 2020 a todos los demás funcionarios y personal laboral de dicha Unidad, es decir, a don José Luis Sánchez Gracia (jefe de servicio), don Ignacio Ortiz Salazar (jefe de sección), doña Lourdes Andrés Andrés (auxiliar administrativo) y doña Elena García Díaz (personal laboral).

De las declaraciones en sede judicial se ha obtenido información que, a juicio de esta instructora, tiene importante relevancia en esta causa porque permite valorar debidamente la documental que obra en los expedientes de concentraciones/manifestaciones facilitados por Delegación del Gobierno.

En primer lugar, por las declaraciones se ha obtenido el dato nada baladí de que el Director de la Unidad, Sr. Correas, inspector jefe del Cuerpo Nacional de Policía, interlocutor directo del Sr. Delegado del Gobierno en lo que a esta Unidad se refiere, desde el 2 de marzo hasta días inmediatamente anteriores a la declaración del estado de alarma estuvo realizando un curso de formación fuera de Madrid, en Torrejón de Ardoz, de modo que sólo acudía a la oficina a cuestiones puntuales por la tarde y en muchos casos despachaba las cuestiones telefónicamente. Esto tiene incidencia, en nuestra opinión, en la prestación del servicio de la Unidad en esos concretos y singulares momentos porque en las circunstancias extraordinarias que se vivieron en la horquilla temporal que nos ocupa, con una situación cambiante de un día para otro, el hecho de que el Director no estuviera (por razones legítimas) en la propia Unidad pudo dificultar la reacción de la misma o la propia dación de cuenta al Delegado. Es significativo, por ejemplo, que la reunión para abordar la cuestión del COVID-19 y su repercusión en las concentraciones/manifestaciones no tiene lugar entre el Sr. Franco y el Sr. Correas hasta el día 11 de marzo y de manera un tanto improvisada y accidental al coincidir ambos en las

dependencias de la Delegación del Gobierno tras regresar de sus respectivas actividades.

Antes de esa fecha a la Unidad habían llegado **correos desconvocando las concentraciones y manifestaciones por razón de la crisis sanitaria** . Hay sólo uno anterior al 8 de marzo y unos cuantos más a partir del día 10.

- Muy significativo es el caso del expediente 472 por su expresividad y por la fecha temprana en que traslada a Delegación del Gobierno su temor al contagio:

El día 10 de marzo estaba prevista una manifestación convocada por la Asociación Valiente Bangla con homenaje a los musulmanes muertos en la India y a todos los musulmanes que sufren maltrato. La comunicación a Delegación del Gobierno se cursó por la asociación por correo electrónico el día 2 de marzo y la resolución del Delegado del Gobierno no prohibiéndola y tomando conocimiento es del día 5 de marzo. Según la comunicación y la resolución, la previsión de asistencia era de 500 personas. Por *correo electrónico del día 6 de marzo* la asociación convocante comunica expresamente a Delegación del Gobierno que la cancelaban por preocupación frente al coronavirus dado el miedo que generaba en la gente y en los colectivos convocados. La documental, suficientemente significativa, que obra en el expediente, viene avalada por la declaración testifical ante la Guardia Civil de don Mohammad Fazle Elahi (folio 1144) que confirma que el motivo de la cancelación fue exclusivamente, como reza en el correo, el miedo al contagio.

En otros casos los convocantes cancelan tempranamente, entre el 5 y el 9 de marzo, pero el documento no menciona causa específica (por ejemplo, expediente 345 – sindicato CGT Banca, correo 6 de marzo -, 363 – correo 5 de marzo, sindicato Cobas- y 476 – correo de 9 de marzo, Antonio García Edwards, representante de la organización Anonymous for the voiceless y también de Animal Save, si bien en la declaración testifical ante la Guardia Civil señala que no se celebró por responsabilidad propia ante el temor del contagio del coronavirus, folio 1074).

- Desde la perspectiva cronológica, los expedientes evidencian que las desconvocatorias realizadas por los propios particulares convocantes expresamente diciendo que era por causa sanitaria se generalizaron conforme pasaron los días, concretamente, se produjeron a partir del día 10 de marzo (por ejemplo expediente 508) o el día 11 de marzo (por ejemplo, expediente 341, 498 o 477) o el día 12 (por ejemplo, expediente 509, 408). Al respecto, además de la documental incorporada al expediente y en plena coincidencia con ésta, contamos con testificales practicadas ante la Guardia Civil: por ejemplo, la testifical de doña Olga Yunta Peñas, secretaria de organización de la Federación de servicios de Madrid de Comisiones Obreras (folio 1172), don Fernando Martín Moralejo (folio 1163 , vicepresidente del comité de empresa Santa Lucia Seguros, que lo comunicó por escrito el 10 de marzo), don José Luis Concha Quinta, de Forum Afinsa (que si bien señaló en su declaración que mandaron el correo electrónico en fecha 6 de marzo, folio 1159, del examen del expediente 477 se evidencia que lo hicieron el día 11 de marzo, como expresamente se reconoció también en su declaración testifical en sede judicial, efectivamente, indicando que lo hacían por motivos sanitarios), don Gerardo Damián Ruiz Catalán (Plataforma de Pensiones de Móstoles, correo de 12 de marzo aludiendo expresamente a motivos sanitarios, declaración al folio 1137).
- En ocasiones no se alegaba la causa sanitaria en el documento de cancelación que se remitía a la Delegación del Gobierno, pero se informaba telefónicamente a dicho organismo de que el motivo era el coronavirus: en este sentido, a título de ejemplo, la declaración testifical obrante en el atestado de don Jesús Manrique Gómez (folio 1181) que relató que dada la evolución de ese patógeno el día 9 o 10 de marzo acuerdan a través del grupo mediante aplicación telegram suspender la concentración y así se lo hizo saber a la Delegación del Gobierno cuando recibió llamada de éstos sobre si se iba o no a celebrar la concentración de los afectados de FUSARA.

No obstante estos datos de desconvocatoria, los trabajadores de la Unidad, en sus declaraciones en sede judicial el día 11 de junio, coinciden en señalar que no les pareció que el número de cancelaciones o desconvocatorias fuera significativo y sobre todo, lo que es más importante a los efectos que ahora nos ocupan, **no dieron cuenta de estas desconvocatorias espontáneas de los convocantes a los responsables máximos (es decir, al Sr. Correas o al propio Sr. Delegado).**

La conclusión que se extrae en las declaraciones prestadas en sede judicial por quienes conforman la Unidad de Seguridad Ciudadana es que el proceso está bastante automatizado. Parece una oficina infradotada de personal, que por tanto soporta bastante carga, que trabaja con base en modelos que van adaptando a los casos particulares pero que se repiten sin grandes variaciones y que sólo dan cuenta al Sr. Delegado – siempre a través del Sr. Correas - en casos muy singulares (los demás incluso pueden ser firmados por el sr. Franco en brevísimos espacios de tiempo con firma electrónica en su móvil). Ante las circunstancias excepcionales que surgieron en la primera quincena de marzo, con el Director de la Unidad además fuera de la oficina atendiendo sólo cuestiones puntuales, parece bastante verosímil que de oficio (porque nadie se lo solicitó, a continuación lo mencionaremos) valorasen la conveniencia de recabar informe de autoridades sanitarias para, con atención al mismo, elaborar una propuesta de resolución (prohibitiva o fijando condiciones para el ejercicio del derecho que velasen por la protección a la salud pública) que someter a la decisión y firma del Sr. Franco.

Por otra parte, en el análisis de todos los expedientes de ese periodo ni la Guardia Civil ni esta instructora han encontrado documento alguno en los que alguien instara al Sr. Delegado que prohibiera la concentración o manifestación por razones sanitarias o que adoptara alguna medida de precaución.

Somos de la opinión que si el número de desconvocatorias hubiera sido significativo y si este hecho hubiera trascendido a la dirección, o si en los expedientes administrativos de alguna de las previstas (singularmente de la del 8M, por la importancia de la previsión de asistencia) alguien hubiera instado la prohibición de las concentraciones o las manifestaciones, o si la Unidad trabajara de otro modo, el Delegado del Gobierno en Madrid, como Director de la Administración General del Estado en esta Comunidad Autónoma, podría haber recabado informe de alguna autoridad sanitaria para recabar una opinión técnica al respecto y decidir en consecuencia. Pero nadie objetó formalmente nada en los expedientes, ningún funcionario de la Unidad alertó al Sr. Franco de la posible incidencia del COVID-19 en esta materia y el Sr. Delegado no recabó el informe sanitario de oficio.

- 4) Llamadas realizadas desde Delegación del Gobierno a partir del día 11 de marzo

Específica atención merecen las llamadas realizadas desde Delegación del Gobierno a partir del día 11 de marzo 2020 a los convocantes de concentraciones/manifestaciones.

En relación a ellas, tanto don José Luis Sánchez Gracia como don Ignacio Ortiz quisieron rectificar su declaración ante la Guardia Civil en el sentido de enfatizar que las llamadas tuvieron un carácter informativo (es decir, se hicieron sólo para corroborar si la celebración seguía en pie) sin sugerir, instar o recomendar en modo alguno a los particulares convocantes que cursaran

desconvocatoria debido a la crisis sanitaria. Sus declaraciones en sede judicial, a juicio de esta instructora, no resultaron convincentes, siendo mucho más verosímil lo que, de manera reiterada, declararon estos mismos funcionarios ante la Policía Judicial actuante (siendo destacable que ante la Guardia Civil firmaron todas las hojas de la declaración y, tal y como reconocieron en sede judicial, leyeron la misma). Doña Lourdes Andrés no participó en las llamadas, por lo que nada esclarecedor resulta de su testimonio en cuanto a éstas y sólo doña Elena García reconoce sin ambages que con las mismas se trasladaba a los convocantes que había un riesgo sanitario y que era recomendable desconvocar.

Esta misma versión es la que facilitan algunos particulares convocantes que depusieron como testigo en sede judicial, por ejemplo, don Juan Metidieri Izquierdo, que señaló que la llamada que recibieron (expediente 555/2020) era para que desconvocaran, cuestión a la que ellos se negaron y tuvo como consecuencia que se dictara el 16 de marzo resolución prohibitiva (aludiendo ya a la declaración del estado de alarma). En el mismo sentido, don Santiago de la Iglesia Guardia (que relató que en la llamada de Delegación del Gobierno se le sugería que se replantearan la convocatoria para el día 14, a lo que don Santiago se negó si bien luego cambió de opinión) también don Moisés Fernández Rico, que también en sede judicial enfatizó que la llamada de Delegación alertaba sobre los riesgos de la convocatoria y que la idea que captó de la conversación es que no le dejaban hacerla. Otros testigos, por el contrario, tanto en Guardia Civil como en sede judicial señalaron que la llamada de Delegación sólo fue para preguntar el estado de la convocatoria (por ejemplo, doña María Teresa Martínez Romero, declaración el día 11 en sede judicial) y otros puntualizaron alguna cuestión, como doña Diana Chnaiker Al Kawaf (aunque en sede judicial el día 11 sí corroboró que desde Delegación del Gobierno se le dijo que la manifestación no debía llevarse a cabo, matizó que no fue en tono conminatorio, sino más bien explicativo)

Esta instructora, en conclusión, considera que efectivamente las llamadas se hicieron con el propósito de promover que las concentraciones/manifestaciones no se llevaran a cabo por razones de la crisis sanitarias y que esas fueron las instrucciones recibidas por los funcionarios que las realizaron por parte del Sr. Correas (sugerencia que en modo alguno puede entenderse como una coacción o un modo de impedir o limitar el ejercicio de un derecho fundamental) sin perjuicio de que muy probablemente en virtud de quien fuera el concreto funcionario que llamase en cada ocasión, incluso su propia percepción del riesgo de un día para otro, hiciera que el concreto tono de alarma o la insistencia en la desconvocatoria cambiase en cada caso particular. Nos parece, en definitiva, que sólo en casos puntuales las llamadas fueron meramente informativas. Pero en cualquier caso, tampoco del contenido de ellas se desprende que en Delegación del Gobierno hubiera ya un conocimiento cierto, seguro y técnico del riesgo de la proximidad física de cara a la transmisión del COVID-19. Por ejemplo, en ninguna de ellas se relata que el funcionario hiciera referencia a que habían recibido documentación sanitaria concreta en el sentido de desaconsejar la celebración por razones de salud pública. Eran llamadas con información imprecisa en cuanto al conocimiento del riesgo y por ello no pueden desvirtuar lo que venimos exponiendo relativo a que no consta acreditado elemento alguno para sostener el dolo reforzado que el tipo exige.

Tras oír a todos los declarantes se concluye también que si se hicieron por teléfono es porque este es el modo en que suelen relacionarse con los particulares convocantes (para otras cuestiones, no para instarles a desconvocar, cuestión ésta que nunca se había planteado, como todos reconocieron en sede judicial) y que si no se documentó (aunque el apartado “observaciones” del aplicativo informático de gestión de concentraciones/manifestaciones hubiera permitido hacerlo) es porque no suelen documentarse las llamadas y con ellas no se conforma el expediente administrativo (a diferencia, por ejemplo, de lo que sí se hace en los órganos judiciales, en los que las gestiones telefónicas trascienden al expediente judicial a través de la correspondiente diligencia de constancia de la Letrada de la Administración de Justicia o del Gestor procesal).

También de estas llamadas conviene destacar, a los efectos que aquí nos ocupan, que de las declaraciones en sede judicial indiciariamente ha quedado evidenciado que no fueron a iniciativa del investigado Sr. Franco, sino que fueron sugeridas por el Director de la Unidad de Seguridad Ciudadana Sr. Correas en la reunión informal que mantuvieron también con el jefe del gabinete Sr. Sanz cuando el día 11 de marzo regresaron todos a Delegación (el Sr. Franco procedente de una serie de actos institucionales por el 11-M y el Sr. Correas del curso que estaba realizando desde el día 2 de marzo fuera de Madrid). Se consideró aceptable esta vía (de hecho) como medio para consensuar con los convocantes una solución ante lo extraordinario de la situación.

Es decir, en opinión de esta instructora puede ser cuestionable tanto el cauce como el contenido de las llamadas, pero jurídicamente no tienen entidad como para afirmar con base en ellas que el Delegado del Gobierno tenía un conocimiento cierto y técnico del riesgo y que, en lugar de materializarlo en prohibiciones (bien en los expedientes en los que había tomado ya conocimiento o bien en los que estaban pendientes de decisión) optara por esta vía para, por ejemplo, no quedar en evidencia documental en relación con lo que se había hecho para el 8M.

- **5) Documentos del servicio de prevención de riesgos laborales**

Este documento fue crucial a la hora de que esta instructora tomara la decisión de citar al Sr. Franco como investigado. Pareciera que con el mismo se hiciera evidente el conocimiento del Sr. Delegado de la importancia de la distancia social de modo que la recomendase (lógicamente a través del servicio de prevención de riesgos laborales) para el personal de su Delegación (es decir, en sus dependencias) y que, sin embargo, la omitiera en la toma de decisiones que en relación con las concentraciones y manifestaciones adoptaba (es decir, que prescindiera de ella fuera de sus dependencias, en lo que a la ciudadanía concernía). Dicho con otras palabras: indiciariamente parecería arbitrario que ante la misma información sanitaria adoptara una decisión de distancia social para sus trabajadores pero no para los participantes en las manifestaciones.

Sin embargo, tras las declaraciones se concluye que este documento no tiene entidad suficiente para cifrar en él el conocimiento del riesgo del Sr. Franco. Veamos el documento y el resultado de las declaraciones.

1-a) DOCUMENTO DE 28 DE FEBRERO DE 2020 (folio 632 , tomo II):
Información General sobre medidas preventivas básicas a adoptar en el entorno laboral frente al nuevo coronavirus (Sars -cov-2).

Elaborado por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Delegación del Gobierno, en opinión de esta instructora era especialmente relevante por los siguientes motivos: las razones para su emisión, sus referencias, su propio contenido específico y, finalmente, por la distribución que se hizo del mismo.

Razón de ser de la difusión de esta información general:

En la Introducción del documento se señala que se trata de establecer unas medidas preventivas ante el riesgo del coronavirus a raíz de consultas del personal de la Delegación.

Literalmente (la negrita es nuestra): **“Ante las consultas de las distintas oficinas de atención al público de la Delegación de Gobierno en Madrid (DGM) sobre el riesgo de contagio por coronavirus, este documento trata de establecer unas medidas preventivas básicas para minimizar la posible transmisión del nuevo coronavirus SARS-COV-2 y la enfermedad que se produce que se denomina COVID-19.**

Bases para su elaboración

También literalmente, el documento dice (la negrita es nuestra): **“Este documento se ha elaborado a partir de las recomendaciones sanitarias de las autoridades nacionales e internacionales, por lo que puede sufrir cambios en función de las actualizaciones de dichas recomendaciones”.**

Contenido:

En el apartado ¿qué puedo hacer para protegerme en mi lugar de trabajo y en mi vida cotidiana? se incluye, entre las normas básicas, 3. Mantener una distancia de un metro aproximadamente con las personas con síntomas de infección respiratoria aguda.

Posteriormente la 3º recomendación hace referencia a **mantener el distanciamiento social**, en los siguientes términos:

Mantenga al menos 1 metro (3 pies) de distancia entre usted y las demás personas, particularmente aquellas que tosen, estornuden y tengan fiebre.

¿Por qué? Cuando alguien con una enfermedad respiratoria, como la infección por el SARS COV-2 tose o estornuda, proyecta pequeñas gotículas que contienen el virus. Si está demasiado cerca, puede inhalar el virus.

Por otra parte, al final del documento – página 635, vuelta- se contiene un llamamiento que dice literalmente (aquí la negrita conforme aparece en el documento):

“RECUERDE: Son más importantes las medidas higiénicas de lavado de manos y la distancia de seguridad que el empleo de mascarillas de forma indiscriminada”.

Destinatarios:

Este documento contiene recomendaciones- folio 633 vuelto, tomo II, se cita literalmente, respetando las negrita – **“recomendaciones generales de higiene y prevención (basadas en las pautas oficiales de la OMS y del Ministerio de Sanidad)** y que debería aplicar TODO el personal de la Delegación de Gobierno, especialmente en aquellos puestos en contacto directo con los ciudadanos”.

Por último conviene reiterar que, en el informe emitido por la Vicesecretaria de Delegación de Gobierno con ocasión de este procedimiento penal, informe de fecha 28 de abril de 2020 que obra al folio 627 de autos, antecedente de hecho primero, se dice que se este documento de 28 de febrero que ahora nos ocupa se elaboró “de acuerdo con la información disponible en la página del COVID-19 del Ministerio de Sanidad, así como de las recomendaciones de la OMS”.

Modo de distribución:

Estas recomendaciones, por su propia naturaleza y como rezaba su tenor literal, se elaboraron para el público conocimiento de toda la Delegación. Que así se procuró se evidencia de los siguientes indicios:

- **Fue colgado en la intranet de la Delegación del Gobierno** (conforme informa en fecha 30 de abril de 2020 el Secretario General, folio 619, tomo II);
- **Fue remitido por correo electrónico del día 2 de marzo a todo el personal de la Delegación del Gobierno de Madrid** . Al respecto obra unido a autos un correo electrónico anónimo remitido a este órgano judicial donde dicho extremo se relataba y así fue comprobado por la Guardia Civil, que en su atestado incluye un documento técnico que evidencia cómo efectivamente se remitió a todo el personal de la Delegación del Gobierno en dicha fecha (folio 1050 a 1059 de autos, tomo II). La difusión de este correo ha quedado también acreditada por otros medios, como las testimoniales practicadas. Sin embargo, tanto el Sr. Franco como el jefe del gabinete, Sr. Sanz, en su declaración en sede judicial señalan (este último como testigo y por tanto obligado a decir verdad) que dada la reciente incorporación de ambos a Delegación no estuvieron incluidos en la lista de distribución hasta días después, 4 de marzo. No obstante, el Delegado no niega haber tenido conocimiento del documento puesto que, como responsable último de la Delegación, le dieron cuenta, enfatizando eso sí en su declaración que siempre lo interpretó como un documento dirigido a la prevención dentro de Delegación, sin incidencia extramuros de ésta.

La declaración en sede judicial del Secretario General Sr. Talavera el día 10 de junio pero muy especialmente, la del Jefe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, don Ramez Muhzrram Rey, así como la del propio Sr. Franco, han hecho inclinarse a esta instructora por una interpretación distinta del documento y de su importancia.

En primer lugar, por su génesis. Se fragua al margen del Sr. Delegado, en el sentido de que a mediados de febrero (recordemos que el Sr. Franco toma posesión el día 17) hay una reunión por videoconferencia con la unidad de coordinación de los servicios de prevención de riesgos laborales del Ministerio de Política Territorial donde se apunta la conveniencia de ir elaborando un documento de estas características. Los promotores, como señaló don Ramez, fueron también los sindicatos y, sin perjuicio de que se diera cuenta al Sr. Franco, se concluye con nitidez que no fue el impulsor del mismo y, en este sentido, que podía no conocer en detalle su contenido.

La declaración en sede judicial don Ramez Muhzrram Rey evidenció que las recomendaciones tenían un ámbito muy concreto y específico: adoptar medidas de precaución entre los empleados de Delegación pero muy singularmente los que prestaban servicio en Barajas, es decir, los que trabajaban en el negociado de sanidad exterior, que eran los que habían manifestado más alerta sobre la cuestión, dado que era por dicha vía por donde podrían entrar personas que pudieran suponer un riesgo para la salud.

Fue decisivo que don Ramez aclarara que no recibió ninguna pregunta o cuestión al respecto de estas recomendaciones (en general, ni de la distancia social en particular) por parte de los que desempeñaban sus funciones dentro de la Unidad de Seguridad Ciudadana que gestionaba las concentraciones y manifestaciones y más importante aún es que él mismo reconociera que (a pesar de haber consultado la documentación del Ministerio de Sanidad, de la Organización Mundial de la Salud y a pesar de recibir documentación en materia de prevención del Ministerio del ramo) jamás pensó que esto tuviera incidencia de algún tipo en la competencia específica de Delegación del Gobierno de concentraciones y manifestaciones. El Sr. Ramez resultó muy convincente a esta instructora, pues su solvencia, profesionalidad y rigor se dejaron traslucir con claridad en su interrogatorio. Si a él, profesional del ramo, impulsor del documento de 28 de febrero en el que trabajó rigurosamente, no se le ocurrió que estas medidas que recomendaba a los empleados de la Delegación pudieran ser extrapolables a otros ámbitos parece difícil que alguien lo hiciera.

En conclusión, este documento, emitido con una finalidad concreta y específica, no tenía virtualidad suficiente para con base al mismo prohibir las manifestaciones o concentraciones o para exigir precauciones como la distancia de más de 1 metro y, de hecho, está indiciariamente acreditado que se circunscribió al ámbito concreto para el que se emitió. No puede sostenerse, a juicio de esta instructora, que con base en el mismo el Delegado del Gobierno investigado tuviera suficiente información técnica como para concluir en aquel momento – 28 de febrero - que no respetar la distancia física en las manifestaciones podría suponer un riesgo para la transmisión del patógeno. Sin ningún género de duda, hubiera sido deseable que sirviese como detonante para recabar informe a la autoridad sanitaria competente para esclarecer la

incidencia que esto podría tener en concentraciones y manifestaciones, pero, sin dicho informe, como venimos repitiendo, no podemos hablar de conducta típica dolosa.

1-b) DOCUMENTO DE 13 DE MARZO DE 2020 (folio 637, tomo II) actualización del anterior.

Tal y como informa el Secretario de Delegación del Gobierno en fecha 30 de abril de 2020, folio 621 del tomo II, este documento “Incluye un protocolo de actuación tomado del *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus Sars-cov-2 versión de 5 de marzo de 2020*, del Ministerio de Sanidad”.

Pues bien, en este documento las medidas de distancia social se ven intensificadas. Recoge como anexo I un cartel para los puestos de trabajo de atención al público donde se destaca la necesidad de mantener la distancia de 1,5 m con el funcionario que atiende al usuario y en el mismo sentido de necesidad de mantener la distancia el anexo II, cartel para la sala de espera.

Fue colgado en la intranet de la Delegación del Gobierno el 13 de marzo de 2020 (folio 1057, informe técnico policial y contestación del Secretario General también en el mismo sentido).

De la contestación al oficio del Secretario General – folio 621 – resulta procedente destacar el inciso final “las siguientes versiones se han ido actualizando según la información general sobre el COVID-19 publicada en el Ministerio de Sanidad”. Es relevante porque implica que el servicio de prevención de riesgos laborales de la Delegación del Gobierno se mantenía atento – como no podía ser de otra forma – a las informaciones que iba facilitando el Ministerio.

Consideramos al respecto que, por la tardía fecha en la que tiene lugar, 13 de marzo, y por el hecho de que tenga su origen no en el propio análisis o seguimiento de la cuestión que se haga en Delegación a instancias del Sr. Franco, sino en un protocolo que recibe del Ministerio, no significa un conocimiento cierto y temprano del Sr. Franco de la incidencia de no mantener la distancia física en las concentraciones y manifestaciones y por ello no tiene virtualidad para cambiar la decisión de sobreseimiento que aquí nos ocupa.

6) Otros documentos

Es necesario también referirse a un par de cuestiones que podrían hacer pensar lo contrario a lo que sostenemos en este auto (es decir, podrían hacer creer que el Sr. Franco sí disponía de esta información). Nos referimos a la carta enviada a todos los empleados de Delegación en fecha 13 de marzo 2020 y los tweets que envía el Sr. Delegado a partir del día 10.

- 1) Carta remitida por el Delegado del Gobierno Sr. Franco a todo el personal fechada el día 13 de marzo de 2020

Obra en autos, folio 2158 de autos, la carta remitida por el Sr. Franco a todo el personal de la Delegación del Gobierno en Madrid en fecha 13 de marzo 2020.

Esta carta se distribuyó por correo electrónico a todo el personal, como confirman los testigos.

La carta, literalmente, reza (el subrayado es nuestro):

“Como todos sabemos la especial situación en que estamos inmersos a nivel global y que afecta a toda la población provoca, que de la mano de los criterios más autorizados, el Gobierno de la Nación esté tomando medidas en las que esta Delegación está absolutamente implicada desde el primer momento en lo que atañe a los servicios y situaciones que nos competen para toda la ciudadanía de Madrid. Medidas que se están adoptando con la absoluta prioridad de garantizar, ante todo, la protección de la salud de la población y en la que todo el servicio público está implicado.

No sólo nos preocupa la protección de los/las ciudadanos a los que servimos, sino que nos está ocupando, y de un modo esencial en estos momentos, la protección de todo el personal en nuestros centros de trabajo”.

En las declaraciones del día 10 de junio de 2010 esta instructora tuvo oportunidad de interrogar al Secretario General, Sr. Talavera, al Director de la Unidad de Seguridad Ciudadana, Sr. Correas, al Jefe de Gabinete del Delegado, Sr. Sanz y al propio investigado, Sr. Franco, sobre qué medidas concretas eran aquellas a las que se refería la carta en cuestión en su primer párrafo y que se decía se habían adoptado en relación con la ciudadanía en general y el COVID (es decir, se pidió que entrasen en detalle de a qué aludía el primer párrafo de la carta en cuanto a la protección de la salud de la población). Ninguno supo concretar ni una medida (algo apuntó el Sr. Talavera sobre el reparto de mascarillas pero evidentemente eso no tuvo lugar antes de la fecha a la que se refiere la carta, por lo que no ha sido tenido en consideración). Esto es relevante: si hubieran especificado actuaciones concretas del Sr. Franco antes del 13 de marzo el conocimiento de la crisis sanitaria que se reflejase en ellas podría incidir en asumir – al menos a los efectos de esta fase de instrucción - que (desde un primer momento, como rezaba la carta) tenía conocimiento de lo que aquí nos ocupa (la importancia de la distancia social) lo que hubiera incidido en la satisfacción de este requisito del tipo penal de prevaricación, esto es, del conocimiento imprescindible para hablar de dolo. Pero la conclusión que al menos esta instructora extrajo de todas las declaraciones practicadas en sede judicial es que lo recogido en la carta – en lo que al primer párrafo se refiere - no se correspondía con ningún contenido concreto, era, por así decirlo, parte de un discurso pero sin una correspondencia concreta con la realidad. En definitiva, no permite por apartarnos de la conclusión arriba expuesta de que no está acreditado el conocimiento.

2) Actuaciones en redes sociales

El atestado de la Guardia Civil detalla los Tweets o Retweets relevantes tanto desde la **cuenta de Twitter de la Delegación del Gobierno en Madrid como la nominativa del investigado Sr. Franco.** A dicho análisis nos remitimos,

pero debe destacarse que desde esta última cuenta desde la fecha 10 de marzo se remiten tweets ilustrativos de que era conocedor de la emergencia sanitaria que se vivía (folios 800 y siguientes). En dichos tweets el Sr. Franco alentaba a la población a seguir las recomendaciones sanitarias (tweet de 11 de marzo) y en particular a los Alcaldes de los 179 municipios de Madrid (tweet de 13 de marzo, donde se menciona que les ha remitido una carta para, entre otras cosas, instarles a seguir todas las recomendaciones del Gobierno Central para la contención de la pandemia).

Idéntico razonamiento cabe hacer respecto de los tweets: al ser de fecha tardía (10 de marzo, cuando ya se había publicado en el BOCM las órdenes de la Comunidad de Madrid), genéricos, sin hacer referencia a distancia social o su importancia no tienen relevancia alguna como para sustentar en ellos el grado de conocimiento del investigado. Son, al igual que la carta, una actuación propia del ámbito político pero que no detalla o concreta ningún conocimiento especial o técnico (por ejemplo, no se hubiera extraído la misma conclusión si en algún tweet el Sr. Franco hubiera aludido antes del 8 de marzo al informe europeo del día 2 haciendo referencia a la distancia social, que denotaría, entonces sí, un alto grado de conocimiento de las recomendaciones sanitarias dimanantes de autoridades competentes y quizás, desde luego no por sí sólo, pero sí coadyuvando con otros elementos, hubiera permitido obtener conclusiones distintas a las recogidas en esta resolución).

En conclusión, por todo lo expuesto esta instructora, tras la multitud de diligencias de investigación practicadas, considera que no hay indicios suficientes de que nos encontremos ante un delito de prevaricación administrativa al no concurrir el elemento del dolo reforzado que dicho delito del artículo 404 CP exige. No se puede acreditar indiciariamente de forma sólida e inequívoca que el investigado Sr. Franco, en su condición de Delegado del Gobierno en Madrid, tuviera un conocimiento directo, expreso, riguroso y técnico del riesgo sanitario que suponía la celebración de concentraciones y manifestaciones y que, a pesar de ello, de manera arbitraria e injustificada esto no incidiera en sus decisiones. Por eso, procede el sobreseimiento.

DÉCIMO. DENEGACIÓN DEL SOBRESEIMIENTO LIBRE INTERESADO POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO

La Abogacía del Estado presentó en fecha 10 de junio de 2020 escrito solicitando el sobreseimiento libre de las actuaciones. Trataremos de abordar sucintamente la multitud de cuestiones que en dicho escrito se invocan.

En primer lugar, señala que la investigación ha tenido carácter prospectivo y de alcance general. No se comparte esta apreciación de la defensa. No se abrió una investigación por cualquier actuación del sr. Franco, en el marco de cualquiera de sus competencias y en cualquier momento temporal. Se ciñó a una horquilla temporal determinada y un ámbito competencia, las decisiones en materia de concentraciones y manifestaciones, con un indicio aportado por el denunciante que se consideró relevante, el informe de 2 de marzo del Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades.

A partir de ahí se reprocha la práctica de unas diligencias de investigación y de acordarlas con prontitud como si lo deseable es que el Sr. Franco hubiese estado sometido durante años a una investigación en cascada (con diligencias

acordadas durante meses y meses a modo de goteo). No es este el espíritu que creemos debe regir la fase de instrucción, que, en opinión de esta instructora, debe ser completa pero al mismo tiempo, diligente y concentrada en el tiempo, de modo que se pueda dictar una resolución al amparo del artículo 779 LECrim (como lo estamos haciendo ahora) sin dilaciones indebidas cuando se hayan practicado las esenciales. Someter a cualquier investigado al proceso de investigación durante un periodo prolongado de tiempo nos parece tan indeseable como inadmitir a trámite la denuncia y no indagar para esclarecer si los hechos denunciados tienen o no entidad penal. Creemos que hay que investigar y, con prontitud, resolver a la vista del resultado que arrojen las diligencias de investigación practicadas.

Gran parte de la solicitud de sobreseimiento libre se dedica a realizar una exégesis crítica del atestado de la Policía Judicial. En opinión de esta instructora, al hilo de lo expuesto en fundamentos anteriores, lo decisivo es que no se ha podido demostrar indiciariamente que el Sr. Franco hubiese recibido documentación de autoridad sanitaria que le trasladase de manera cierta, segura y técnica el riesgo de la proximidad física de eventos masivos para la transmisión del COVID-19. Esto y el hecho de que el documento de prevención de riesgos laborales de 28 de febrero (en el que esta distancia física sí se adoptaba para los empleados de la Delegación) no tenga entidad suficiente para atribuirle este conocimiento cierto y seguro descarta, a juicio de esta instructora, que el Sr. Franco actuase a sabiendas de su injusticia cuando mantuvo una inactividad en sus decisiones en materia de concentraciones/manifestaciones y COVID-19.

Se dice también que la conducta, incluso de haberse acreditado, sería atípica. Se ha tratado de razonar más arriba por qué se discrepa de esta apreciación, que en última instancia correspondería al tribunal sentenciador pues un juzgado de instrucción sólo realiza calificaciones jurídicas provisionales sobre indicios de criminalidad y sin el detalle y rigor que sí es exigible en las sentencias sobre el fondo. Si el conocimiento cierto del Sr. Franco del riesgo de contagio se hubiese podido documentar, resultaría difícilmente sostenible que, mientras sí se adoptan recomendaciones de distanciamiento social entre los empleados de la Delegación, en fechas tan tardías como el 10 y el 11 de marzo (con los colegios de Madrid suspendidos en su actividad docente presencial, por ejemplo, y con Instrucciones del Secretario General, dictadas bajo la dirección del Sr. Franco, para que los empleados de la Delegación se adapten al teletrabajo o con la pandemia declarada desde el día 11) se sigan dictando resoluciones de toma de conocimiento de concentraciones y manifestaciones en Madrid sin modular el ejercicio del derecho de manifestación con, al menos, alguna medida preventiva como que los manifestantes mantengan esa misma distancia social de 1 o 2 metros (recordemos que en 16 expedientes, en esas fechas tan tardías, entre el 10 y el 11 de marzo se dictaron resoluciones no prohibitivas de las concentraciones y manifestaciones y, con esa misma inacción, se permitió que 21 de ellas se celebraran incluso en fechas como el 14 de marzo). Esta es la razón por la que considera esta instructora que procede el sobreseimiento provisional y no libre: los hechos no son atípicos y podríamos sostener en fase de instrucción la comisión indiciaria de un delito de prevaricación administrativa si se hubiera acreditado indiciariamente la concurrencia del dolo reforzado que el tipo exige. De no ser por la falta de acreditación del conocimiento previo del riesgo en virtud de notificación de

autoridad sanitaria competente consideramos que, al menos, esto debería haber sido sometido a un órgano de enjuiciamiento para que decidiera de forma definitiva si la conducta es o no típica, pues, no lo olvidemos, esa fase procesal es la que permite el auténtico debate y, a la postre, el que se siente doctrina jurisprudencial sobre estas materias ciertamente técnicamente no sencillas de la prevaricación administrativa.

En virtud de todo lo expuesto,

III. PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA, al amparo del artículo 641.1 LECrim, el **ARCHIVO PROVISIONAL** de la presente causa por delito de prevaricación administrativa frente a don José Manuel Franco Pardo **DENEGANDO**, sin embargo, el sobreseimiento libre interesado por la Abogacía del Estado .

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas advirtiendo que contra la misma puede interponerse **RECURSO DE REFORMA** y subsidiario de **APELACION** dentro de los **TRES DIAS** siguientes a su notificación o **RECURSO DE APELACIÓN** dentro de los **CINCO DIAS** siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D^a. CARMEN RODRIGUEZ-MEDEL NIETO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Instrucción nº 51 de MADRID y su partido. Doy fe.

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