

Diligencias Previas nº. 4595/2005.
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 9
MADRID.

AUTO

En Madrid, a 26 de Julio de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Con fecha 14 de Junio de 2005 se incoaron las Diligencias Previas núm. 4595/2005, y ello como consecuencia del reparto y ulterior ratificación de la denuncia formulada por el Abogado D. José Luis Mazon Costa. En dicho Auto de incoación se inadmitió la personación en calidad de acusación particular, así como de acusación popular, del denunciante, decisión de inadmisión que fue confirmada por Auto dictado con fecha 27 de Enero de 2006. Este último Auto fue recurrido en apelación por el denunciante, recurso en la actualidad pendiente de resolución en la Audiencia Provincial de Madrid.

Con fecha 8 de Julio de 2005, D. Miguel Gallardo Ortiz, afirmando actuar en representación de la Asociación para la Prevención y Estudios de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas (APEDANICA), interpuso querrela criminal con base en los mismos hechos descritos en la denuncia del Sr. Mazon Costa. La referida querrela fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 30 de esta capital, que tras incoar las Diligencias Indeterminadas núm. 1.085/2005, acordó la inhibición a este Juzgado por identidad fáctica y conocimiento previo en virtud de Providencia de fecha 27 de Septiembre de 2005. Tras las oportunas subsanaciones de defectos requeridas, el día 25 de Mayo de 2006, el Sr. Gallardo Ortiz, Presidente de Apedanica, ratificó la querrela interpuesta.

A su vez, con fecha 26 de Julio de 2005, la Procuradora Dña. María del Angel Sanz Amaro, actuando en representación de la Abogada Dña. Encarnación Martínez Segado, interpuso querrela criminal por los mismos hechos descritos en la denuncia inicial. Dicha querrela fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid, que incoó las Diligencias Previas núm. 3.983/2005 y acordó la inhibición a favor de este Juzgado por Auto de fecha 12 de Septiembre de 2005. La Sra. Martínez Segado ratificó la querrela ante el proveyente el día 19 de Diciembre de 2005.

31 JUL. 2006



Madrid

Según lo acordado en Providencia de fecha 31 de Enero de 2006, el Ministerio Fiscal informó por escrito de fecha 31 de Marzo en el sentido de interesar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 101, 270 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en la doctrina constitucional reflejada, entre otras, en la STC 79/1999, de 26 de Abril, debe admitirse la personación en calidad de acusación popular de Dña. Encarnación Martínez Segado, así como de la Asociación para la Prevención y Estudios de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas, si bien condicionada a la prestación de las correspondientes fianzas. En lo relativo a la cuantía de las fianzas, debe resaltarse, por lo que se refiere a la Abogada Sra. Martínez Serrano, que la misma forma parte del despacho profesional del inicial denunciante, el públicamente conocido Letrado D. José Luis Mazon Costa, con despachos abiertos en Madrid y en Murcia, según lo declarado por el mismo en autos. Resulta difícilmente comprensible que dicho Letrado se haya negado a formular querrela y a someterse a la imposición de la correspondiente fianza, y aparezca después una Abogada de su despacho cumpliendo el primer requisito y alegando, en escrito presentado con fecha 16 de Febrero de 2006, que debe considerarse no exigible el requisito de la fianza porque el procedimiento ya se ha iniciado. Tal comportamiento no constituye precisamente un modelo de actuación procesal basado en la buena fe, ya que se presenta una denuncia sobre la base de informaciones periodísticas, se indica desde el principio como máximo responsable de los dudosos delitos imputados al anterior Presidente de Gobierno, Sr. Aznar, y cuando se conoce el contenido del Auto de fecha 14 de Junio de 2005, no es el denunciante inicial, expuesto a soportar una fianza cuantiosa por su notoriedad profesional, quien rellena el requisito de la formulación de la querrela sino que lo hace una Abogada de su despacho, alegando después lo indicado con anterioridad para exonerarse de la prestación de fianza.

Por otra parte, debe señalarse el hecho de que las dos querrelas interpuestas se dirigen contra varias personas indeterminadas y contra D. José María Aznar López, así como que la finalidad histórica de la fianza establecida en el artículo 280 L.E.Crim., tal como señala la doctrina científica, es erigirse en freno de acusaciones calumniosas y cubrir las posibles costas en las que el acusador pueda incurrir como consecuencia de su maliciosa o negligente conducta. Tal planteamiento, que no obstante debe matizarse en la actualidad en función de lo dispuesto en el artículo 20.3 L.O.P.J, requiere cohonestar los intereses jurídicos en juego. De un lado, atender a los recursos económicos de quien ejerce la



acción popular, de tal suerte que una fianza excesiva no impida el acceso al proceso. De otro, valorar las consecuencias y costes que la querrela pueda comportar a los querrelados, así como el material indiciario de partida, pues no puede equipararse una querrela con escaso o dudoso fundamento de otra que alberga una noticia críminis que inequívocamente presenta rasgos delictivos. En este punto, no es innecesario recordar que el Ministerio Fiscal, en escrito presentado con fecha 31 de Marzo de 2006, ha informado motivadamente interesando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- Teniéndose en cuenta lo razonado en el ordinal anterior, y a los meros efectos del cumplimiento del requisito de la fianza para constituirse en parte acusadora, debe resaltarse el especulativo carácter delictivo de los hechos que se describen en las respectivas querellas, hechos basados en informaciones periodísticas relativas a una comparecencia del Presidente del Gobierno de la Nación en la Comisión del Congreso de los Diputados sobre el atentado terrorista del 11 de Marzo, o bien relativas a supuestos datos proporcionados por fuentes no identificadas del Ministerio del Interior. Habida cuenta de lo razonado respecto a la querellante Sra. Martínez Segado en lo relativo a su relación profesional con el inicial denunciante y su aparición cronológica en el proceso, así como el hecho de que son los querellantes los únicos que sostienen la tesis delictiva de los hechos que relatan en sus respectivas y prácticamente idénticas querellas, e igualmente que el procedimiento se ha iniciado en el exclusivo sentido de incoarse Diligencias Previas como única posibilidad procesal frente a una denuncia ratificada – incoación, por lo tanto, que ni presupone aceptar que los hechos denunciados sean constitutivos de infracción penal, ni excluye el archivo inmediatamente ulterior-, se establece una fianza a dicha querellante por importe de 1.000 euros, fianza que se impone en cuantía de 4.000 euros respecto a la Asociación para la Prevención y Estudios de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas, a la vista de la composición profesional de sus miembros y el número de los mismos, extremos que resultan de lo declarado por su legal representante ante el proveyente. No obstante, y habida cuenta de lo que se razonará en los ordinales siguientes, la exigencia de las fianzas indicadas debe quedar en suspenso.

TERCERO.- Las dos querellas formuladas, invocando las informaciones periodísticas publicadas en el diario El País que citan, sostienen la tesis de la existencia indiciaria de un delito de infidelidad en la custodia de documentos tipificado en el artículo 413 del Código Penal.

Tal como señalan Fermín Morales Prats y María José Rodríguez Puerta (Comentarios a la Parte especial de Derecho Penal; Editorial Aranzadi), el bien jurídico común a los delitos contra la Administración Pública incluidos en el



Titulo XIX del Libro II del Código Penal, viene constituido por el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento. Ya en referencia a los tipos penales que se incluyen en el capítulo IV de dicho título, bajo la rúbrica "De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos", dichos autores señalan que en ellos se tutela un ámbito común de la función pública, concretado en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y añaden que los distintos ámbitos de intervención penal incluidos en el referido capítulo responden a la también diversa dinámica de los deberes de los funcionarios públicos en cada uno de los supuestos, por lo que se hace necesario especificar el alcance de la función encomendada al empleado público para determinar en cual o cuales de ellas resulta subsumible su conducta, siendo imprescindible esclarecer las concretas atribuciones del funcionario respecto al documento o información para precisar si su conducta es constitutiva de una infidelidad, de una violación de secretos etc. Ya en referencia al artículo 413 del Código Penal, ambos autores destacan que sujeto activo del citado delito es el funcionario o autoridad que tenga encomendada por razón de su cargo la custodia de documentos, tratándose de un delito especial propio, y, por lo que se refiere al objeto de la acción típica -los documentos-, deben incluirse todos aquellos soportes materiales que expresen o incorporen datos o informaciones con relevancia jurídica, confiados a un funcionario para que los custodie o les dé un destino, pudiendo los documentos contener información pública, oficial o incluso privada. Finalmente, añaden que una interpretación teleológica del precepto aconseja restringir su ámbito exclusivamente a aquellos documentos con trascendencia para el correcto funcionamiento de la Administración, lo que excluye de su órbita los documentos sin trascendencia para el tráfico ordinario administrativo o para la función desempeñada por el empleado público.

La jurisprudencia del Tribunal supremo en la materia destaca que el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 413 del Código Penal, al igual que en los restantes tipos penales incluidos en el citado capítulo IV, viene constituido por la correcta preservación y utilización de los elementos o instrumentos esenciales para que la Administración pueda cumplir sus propios fines, evitando todo impedimento (SSTS de 18 de Enero de 2001 y de 5 de Marzo de 2003). Por otra parte, y prescindiéndose de los casos relativos a funcionarios del servicio de correos, en los casos examinados por la jurisprudencia cabe encontrar un denominador común en lo referente al objeto de la acción típica. Se trata de la relación entre el documento y un expediente administrativo o judicial, de tal suerte que el sujeto activo impide que surta los fines a los que corresponde su contenido y destino, o paraliza el trámite



obligado a que responde el documento de que se trate, interfiriendo en su curso, en su registro, en su notificación (SSTS de 23 de Mayo de 2005, 14 de Noviembre de 2003, 8 de Octubre de 2003, 24 de Junio de 1999, 10 de Septiembre de 1997, 29 de Junio de 1990, entre otras).

CUARTO.- En las dos querellas interpuestas, al igual que en la denuncia inicial que dio lugar a la incoación de este procedimiento –de la que ambas querellas son mero trasunto-, se expresa un razonamiento en exceso simple según el cual la eliminación de los archivos de los ordenadores de la Presidencia del Gobierno implica automáticamente la existencia de indicios de existencia del delito de infidelidad en la custodia de documentos. Tal razonamiento no puede compartirse en términos técnico jurídicos. Sólo aquellos documentos que legalmente deben ser conservados para que produzcan efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas, serían idóneos como objeto material del delito que se imputa. No es una cuestión voluntarista, de reivindicación política de transparencia o de mera ubicación en una sede pública, sino una cuestión normativa, la que determina el carácter de los documentos que se eliminaron de los ordenadores, y por tanto, su idoneidad para ser objeto material del delito imputado en las querellas.

Un examen de la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, sobre organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, permite poner de relieve algunos aspectos importantes para la resolución de este asunto. Así, debe destacarse la atribución al Secretariado del Gobierno de las funciones de archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones –artículo 9-. La previsión en el artículo 10 de los Gabinetes de Presidencia del Gobierno, Vicepresidencia, Ministros y Secretarios de Estado, cuyas funciones consisten en realizar tareas de confianza y asesoramiento especial, así como de apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa, cuyo precepto establece también que los miembros de los gabinetes en ningún caso pueden adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella-. E igualmente lo establecido en el artículo 17, relativo a las actas del Consejo de Ministros, así como su contenido; y el 24.1 f), relativo a la obligación de conservación de los estudios, consultas evacuadas y demás actuaciones practicadas, así como de la memoria e informe relativos a la iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos.

Prescindiéndose de sus antecedentes –Real Decreto 3737/1982, de 22 de Diciembre-, así como de sus ulteriores modificaciones, el Real Decreto 838/1996, de 10 de Mayo, estableció la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno, así como definió las funciones del Gabinete y de la Secretaría



General de la Presidencia. A los efectos de esta resolución, cabe destacar que entre las funciones del Gabinete de Presidencia se hallan la de elaborar información política y técnica para el Presidente, así como funciones de asesoramiento en asuntos y materias que el jefe del Ejecutivo disponga, o bien funciones de información sobre actividades, programas y planes de los distintos departamentos ministeriales, con el fin de facilitar al Presidente la coordinación de la acción de Gobierno. Sobre las funciones de la Secretaría General, baste remitirse al citado Real Decreto, y a las normas cuya vigencia se mantiene del citado Real Decreto 3737/1982, de 22 de Diciembre.

Lo anteriormente expuesto conduce a una conclusión que parece evidente. Es un hecho notorio que el anterior Presidente del Gobierno de la Nación ejerció sus altas funciones durante el periodo comprendido entre el año 1996 y el año 2004, ambos parcialmente incluidos. De ello se infiere un presumiblemente ingente material producido por los miembros de su Gabinete, material que no integra el concepto de documento en el sentido típico indicado en el ordinal anterior. Informes políticos y técnicos de todo tipo, agendas, diseños de discursos e intervenciones públicas, correos internos, material relacionado con el partido político de referencia etc. constituye el material lógico archivado en los ordenadores de la Moncloa, y tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, no existe ninguna razón específica para alimentar la hipótesis de que entre el material eliminado se hallaba algún documento con trascendencia jurídica cuya desaparición del soporte informático afectase a su destino legal e implicase por ello el quebrantamiento del deber de custodia asignado a algún funcionario. Entender lo contrario es entrar en la conjetura y en la especulación. En este punto, no parece ocioso recordar que la fuente principal de la noticia publicada en el diario El País a la que se refieren los querellantes ha sido el actual Presidente del Gobierno de la Nación, Sr. Rodríguez Zapatero, el cual en ningún momento habló en su intervención parlamentaria de indicios delictivos en la eliminación de los archivos y se limitó a hacer una denuncia en el plano político de este hecho, así como tampoco ulteriormente excitó la actuación del Ministerio Fiscal por considerar que, en función de lo verificado en la sede de la Presidencia del Gobierno, concurrían indicios relativos a la desaparición de algún concreto documento con relevancia jurídica, probatoria o de otro tipo, como consecuencia de la tantas veces aludida eliminación de los archivos informáticos. Tampoco debe obviarse que en la noticia publicada en el citado Diario se indica que fuentes gubernamentales ..."reconocen que los documentos de carácter administrativo, con rango legal, fueron entregados en el traspaso de poderes, en soporte de papel".

QUINTO.- Además del borrado de los archivos de la Moncloa, en la denuncia inicial y en las dos querellas criminales formuladas se hace referencia a un segundo hecho, en concreto, el publicado en el diario El País correspondiente al



Madrid

mismo día 13 de Diciembre de 2004, dentro del mismo relato periodístico que alberga la noticia de la eliminación de archivos y referido al copiado de archivos informáticos en el Ministerio del Interior por parte de altos cargos del equipo del ex Ministro del Interior Sr. Aceves, archivos que al parecer guardaban datos relacionados con la investigación del atentado terrorista del 11 de Marzo de 2004 –cartas de etarras, videos y fotos del atentado-. En el citado periódico no se indica la identidad de las fuentes ni de los supuestos autores del copiado, así como tampoco los libros donde supuestamente se publicaron tales datos meses después de la salida del Partido Popular del Gobierno.

Se razona aquí en la denuncia inicial y en las dos querellas que tal información era secreta como consecuencia de lo acordado por el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional que conoce del sumario relativo al atentado del 11-M. Con tal planteamiento, el denunciante y los querellantes parecen ignorar que quien se halla en auténticas condiciones de valorar los indicios de existencia del delito que invocan, el previsto en el artículo 415 del Código Penal, es precisamente el Magistrado Instructor de aquel sumario, conocedor como nadie del material declarado secreto –al menos, cuando se publicó la noticia periodística en el País, época en la que es notoria la vigencia de la declaración de secreto sumarial, que ulteriormente se dejó sin efecto-, y en condiciones óptimas por ello para evaluar si efectivamente se copió un material afectado por dicha declaración de secreto. Ignorar tal hecho y tratar de sustituir en la iniciativa de la persecución penal a quien posee toda la información y es orgánicamente competente para evaluar la credibilidad de la noticia publicada y decidir conforme a Derecho, no es compatible con la exigencia de rigor que deben inspirar el ejercicio la acción popular y la decisión de abrir una instrucción penal e imputar a ciudadanos, so pena de banalizar una decisión de esta naturaleza. Tampoco hay constancia alguna de ninguna actuación dirigida a la persecución penal por parte de los coetáneos o actuales responsables del Ministerio del Interior respecto a tales hechos publicados. Se trata, en definitiva, de una imputación que no merece crédito.

SEXTO.- Tal como señala el Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de Enero de 1998, para admitir una querella criminal es preciso que exista una razón mínimamente seria para dar crédito, aunque sea provisional, a la imputación, cabiendo añadir que la inadmisión “ad liminen” de la querella esta avalada por distintas resoluciones del Alto Tribunal –Autos de 9 y 19 de Febrero, 27 de Abril y 24 de Julio de 1998-, así como por la doctrina del Tribunal Constitucional -SSTC 126/1984, 4/1985, 24/1987 y 47/1990-. Igualmente, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva protege al querellante y comprende el denominado “ius ut procedatur” – SSTC 148/1987 y 175/1989-, si bien la resolución adoptada puede no ser de fondo sino liminar, es decir, la negativa inicial a entrar en el fondo, motivada y



basada en una disposición legal –SSTC 62/1989 y 51/1991-. En función de lo razonado en los ordinales anteriores y conforme a lo dispuesto en los artículos 313 y 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina legal citada, procede la desestimación de las dos querellas interpuestas y decretar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Finalmente, y por lo que se refiere a las fianzas establecidas para los querellantes, las mismas sólo tienen sentido si el procedimiento diera lugar a la citación de posibles imputados. La decisión de sobreseimiento y archivo que se adopta excluye tales imputaciones y, por lo tanto, las fianzas dejan de servir a su finalidad legal. Igualmente, debe considerarse que los querellantes, al igual que en su momento se reconoció al inicial denunciante, tienen derecho al recurso de apelación previsto contra esta resolución ex artículo 766 L.E.Crim., tanto en lo relativo a la decisión de archivo como en lo referente a las fianzas y a su cuantía, y que el acceso a dicho recurso no debe condicionarse a la prestación de fianza por las razones antes indicadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

DISPONGO.- Desestimar las querellas criminales interpuestas por las respectivas representaciones procesales de la Asociación para la Prevención y Estudios de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas (APEDANICA) y de la Abogada Dña. Encarnación Martínez Segado. Decretar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Establecer las respectivas fianzas que se indican en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución, si bien en los términos y condiciones que se indican en el razonamiento jurídico Sexto.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndolas saber que contra la misma cabe recurso de apelación.

Así lo acuerda, manda y firma D. Mario Pestana Pérez, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción número Nueve de Madrid.

E/.



Madrid