

Nº Expediente:
Nº Expd. Actas: 2023/2337
Nº Ref.: FMD

ACTA DE LA SESIÓN CELEBRADA POR LA MESA DE LA ASAMBLEA EL DIA VEINTICUATRO DE ENERO DE DOS MIL VEINTITRÉS

En la Ciudad de Ceuta, siendo las 13,00 horas, del día veinticuatro de enero de dos mil veintitrés, se reúne la Mesa de la Asamblea con la comparecencia de la Sra. Vicepresidenta 1ª, Dª Cristina Pérez Valero y la Sra. Vicepresidenta 2ª, Dª Lorena Miranda Dorado, asistida por la Oficial Mayor, Dª. Mª Dolores Pastilla Gómez, excusándose la ausencia del Sr. Presidente, D. Juan Jesús Vivas Lara.

1º) Aprobación, si procede, de los borradores de las Actas de las sesiones celebradas los días 14-12-2022, 16-12-2022, 20-12-2022 y 10-01-2023.

Conocidos dichos borradores fueron aprobados sin enmienda ni salvedad.

2º) Dar cuenta de Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Ceuta, de 19 de diciembre de 2022, dictado en Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 0000143/2020.

La Mesa de la Asamblea tiene conocimiento y queda enterada de Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Ceuta, de 19 de diciembre de 2022, dictado en Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 0000143/2020, seguidas a instancia de los Diputados No Adscritos Dª María del Carmen Vázquez Soto y D. José María Rodríguez Ruiz, cuyo tenor literal, es el siguiente:

“JDO. 1ª INST. E INSTRUCCION N.3 CEUTA

AUTO: 00294/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

SERRANO ORIVE, SIN

Teléfono: 856907822 Fax: 956-510081

Correo electrónico: Equipo/usuario: AVM

Modelo: 4045R0

N.I.G.: 51001 41 2 2020 0002438

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000143 /2020

Delito/Delito Leve: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/Querellante: MINISTERIO FISCAL, MARIA DEL CARMEN VAZQUEZ SOTO, JOSE MARIA RODRIGUEZ RUIZ

Procurador/a: D/Dª, SUSANA ROMAN BERNET , SUSANA ROMAN BERNET

Abogado/a: D/Dª, ABSELAM ABDERRAHAMAN MAATE, ABSELAM ABDERRAHAMAN MAATE

Nº Expediente:
Nº Expd. Actas: 2023/2337
Nº Ref.: FMD

Contra: JUAN JESUS VIVAS LARA, DUNIA MOHAMED MOHAND, CRISTINA PEREZ VALERO, MARIA DOLORES PASTILLA GOMEZ

Procurador/a: D/Dª NICOLAS RODRIGUEZ ESTEVEZ

Abogado/a: D/Dª LUIS RAGEL CABEZUELO, LUIS RAGEL CABEZUELO , LUIS RAGEL CABEZUELO , JOSE REBOLLO GOMEZ

AUTO

En Ceuta, a 19 de diciembre de 2022.

HECHOS

ÚNICO.- Las presentes diligencias previas se incoaron con fecha 10 de junio de 2020, por un presunto delito de PREVARICACION ADMINISTRATIVA, habiéndose practicado las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él han participado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- De lo actuado no aparece que los hechos sean constitutivos de delito, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Dispone el art. 779.1.1a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez, practicadas sin demora las diligencias pertinentes, "si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo".

Lo primero que debemos hacer es establecer los criterios jurisprudenciales que deben presidir la interpretación del artículo 404 del CP, que tipifica la prevaricación administrativa. Sobre tal delito, señala la Jurisprudencia (por todas la ilustrativa STS de 19 de mayo de 2016 , Fundamento de Derecho Decimocuarto) "Como hemos dicho en SSTs. 49/2010 de 4.2 (EDJ 2010/5742), el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29.9 (EDJ 2009/216944) - el artículo 404 del CP (EDL 1995/16398) , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP (EDL 1995/16398)) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE (EDL 1978/3879)), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, (SSTs. Sala 3a de 20.11.2009 y 9.3.2010), que señala que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución (EDL 1978/3879)) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..." o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), señalando al efecto que la misma concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso".

Ahora bien, no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (EDL 1992/17271) , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo (EDJ 1999/7983)). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 (EDJ 2007/159300) al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso- administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero (EDJ 2002/1475)). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en (EDJ 2006/94060) la que se dice que: ...La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995 (EDL 1995/16398)) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 (EDJ 2002/12183) , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3 (EDJ 2009/50772) .

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo (EDJ 1999/7983) , como el elemento subjetivo

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente (EDL 1995/16398) cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7 (EDJ 2008/124079)).

Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativosancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

En definitiva será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea 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 ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Asimismo, en relación a que debe entenderse por resolución como hemos dicho en STS. 723/2009 de

1.7 , recogiendo la doctrina de la STS. 939/2003 de 27.6 (EDJ 2003/49546) , según el Diccionario de la Real Academia Española , resolver es "tomar determinación fija y decisiva". Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el thema decidendi. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (EDL 1992/17271) (LRJAP) impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1). Y en su art. 82,1 , afirma que "a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes". Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la resolución" como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

"contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas" y que la decisión "será motivada".

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal "resolución" del art. 404 C. Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de "autoridad[es] o funcionario[s] público[s]", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito - especial propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de "arbitraria", para que pueda considerarse típica, haya sido dictada "a sabiendas de su injusticia". De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 C. Penal, "resolución" es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de nº 38/1998, de 23 de enero, que cita el recurrente, que reserva ese concepto para el "acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados", considerando al respecto que << esencial es que tenga "un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración">>.

Por tanto, dentro de los actos administrativos concretos, los resolutorios han de diferenciarse de los de trámite, en que aquellos dan definitivamente forma a la voluntad administrativa. Los actos absolutorios ponen fin a los procedimientos administrativos, mientras que los actos de trámite instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (STS. 26.8.2007 de 9.4).

Ahora bien, también hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1, 813/98 de 12.6 (EDJ 1998/5566), 943/98 de 10.7, 1463/98 de 24.11, 190/99 de 12.2, 1147/99 de 9.7, 460/2002 de 16.3, 647/2002 de 16.4, 504/2003 de 2.4, 857/2003 de 13.6, 927/2003 de 23.6, 406/2004 de 31.3, 627/2006 de 8.6, 443/2008 de 1.7, 866/2008 de 1.12). Por tanto, en principio son posibles las resoluciones orales pues si bien el principio general en el procedimiento administrativo es la manifestación de los actos en forma escrita, la verbal no está excluida y así se infiere del art. 55 de la Ley del Reglamento Jurídico de las Administraciones Públicas. Asimismo, es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (STS. 190/99 de 12.2 (EDJ 1999/243), 65/2002 de 11.3, 647/2002 de 16.4, 1093/2006 de 18.10).

Igualmente, el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 4 de enero de 1.999 analiza la relación existente entre el delito contra los derechos individuales, tipificado en el art. 538 del Código Penal EDL 1995/16398 y el de prevaricación administrativa, del art. 404 del mismo texto legal EDL 1995/16398. Se razona en dicho Auto que entre ambos tipos penales "podría estimarse la existencia de un concurso ideal de ambos delitos de los previstos por el artículo 77.1 del repetido Código EDL 1995/16398, al ser claro que el dictado de una resolución injusta acordando el secuestro, que tipificaría el delito de prevaricación, sería medio necesario para la comisión de otro delito contra los derechos individuales." Por lo tanto, siendo más genérico el delito de prevaricación, ha de analizarse si se dan los presupuestos del mismo, pues sólo en tal caso, el dictado de la resolución administrativa injusta podría suponer el delito más específico del art. 538 EDL 1995/16398. En otras

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

palabras, sólo si el acuerdo o resolución administrativo es injusto y ha sido adoptado a sabiendas de su injusticia (supuesto de la prevaricación del art. 404 EDL 1995/16398) podrá constituir, además, delito del art. 538; por el contrario, si el acuerdo es legal o si no se ha adoptado a sabiendas (no existe la versión culposa de los delitos de los arts. 404 o 538) no se dará ninguno de los dos ilícitos.

Entre los criterios que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tiene en cuenta para valorar si se da en estos casos el delito de prevaricación, se hallan los siguientes: Que el acuerdo o resolución administrativa se haya adoptado dentro del marco de competencias que la legislación asigna a la autoridad o funcionario que lo adopta.

Que el acuerdo sea susceptible de recurso en la vía administrativa, o, en su caso, la contenciosoadministrativa, pues, como indica dicho Auto, en virtud del principio de la intervención mínima y por ser la vía penal la última "ratio", la prevaricación sólo podrá tenerse por cometida cuando en los otros cauces procesales no exista vía para remediar lo acordado en la resolución que se estima como prevaricadora.

Por otra parte, sobre el delito de prevaricación administrativa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1.999 (ponente, Sr. Conde-Pumpido Tourón) EDJ 1999/35876 declara:

"La conducta típica consiste (art. 404 del Código Penal 1995 EDL 1995/16398) en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia. Como señala la sentencia núm. 674/98, de 9 de junio EDJ 1998/5860,"el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona."

De modo más sintético señala la reciente Sentencia de 15 de octubre de 1999 (núm. 2199, de Causas Especiales) EDJ 1999/25736, que "la prevaricación consiste en el abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales". El nuevo Código Penal EDL 1995/16398 ha venido, en consecuencia, a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, y la manifiesta contradicción con la Justicia, son los elementos que caracterizan al acto arbitrario (sentencias 61/1998, de 27 de enero EDJ 1998/366, 487/1998, de 6 de abril EDJ 1998/2308 o 674/1998 de 9 de junio EDJ 1998/5860)".

Aplicando lo anterior al supuesto que nos ocupa, vemos que el querellante manifiesta que, ante la actitud obstruccionista de los querellados para el ejercicio de sus derechos como diputado no adscrito, tuvo que proceder a presentar escritos en dos ocasiones ya que, con infracción del artículo 21.4 del Reglamento de la Asamblea, no se revisó la composición del Pleno en el plazo de 15 días, y se les impidió asistir a sus sesiones y ejercer otros derechos. Se estima que con esa conducta se han podido cometer dos delitos, uno el previsto y penado en el art 542 del C.P.:" Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes." Y otro, el previsto y penado en el art 404 del C.P, el delito de prevaricación administrativa: "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años."

Condicionamiento que desde luego no alcanzamos a vislumbrar en la presente causa, ya que respecto al delito previsto y penado en el art 542 del C.P., se trata de un delito de resultado y el impedimento debe de producirse "a sabiendas" de que se impide al sujeto pasivo su ejercicio, siendo el bien jurídico protegido los derechos cívicos (STS, Penal sección 1 del 30 de mayo de 2013). Debe rechazarse la subsunción de los hechos denunciados en el tipo residual del art. 542 del CP, pues el verbo nuclear del mismo es el de "impedir" el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos en la Constitución y en las Leyes, y tal y como consta de las diligencias de investigación practicadas, al querellante no se le ha impedido el ejercicio de los derechos que le corresponden como Diputado Adscrito, no aportándose por el mismo ningún elemento de prueba que sostenga tal aseveración. Así, como recuerda la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 538/2005, de 28 de abril (EDJ 2005/71550), "El control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden Contencioso-Administrativo, sino aquéllas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración...". Todo lo cual hace que concluyamos que no se puedan encajar los requisitos del tipo penal en el supuesto de autos puesto que la antijuridicidad que se imputa a la actuación de los querellados no tiene entidad bastante para que la misma sea subsumida en el tipo penal previsto en el art. 542, pues sus derechos como diputados no se vieron cercenados como tal. Respecto del denunciado delito de prevaricación administrativa, la Sala de lo Penal del TS en el Auto 1/2015, de 20 de enero (FJ 3): "La revisión jurisdiccional de actuaciones administrativas para determinar si se ajustan o no a Derecho corresponde de manera prioritaria a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la especializada en el conocimiento de la aplicación de las normas administrativas. Por ello, la intervención de la jurisdicción penal en el análisis de los asuntos administrativos debe ser, en todo caso, subsidiaria, limitada a aquellos supuestos en los que se aprecia una infracción palmaria de las normas jurídicas, en los que no puede bastar el mero restablecimiento del orden jurídico perturbado a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que, por .1a importancia de la transgresión jurídica, es necesaria la intervención de la jurisdicción penal para sancionar las graves arbitrariedades cometidas en resoluciones administrativas calificables de injustas.

Esa es la conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia al restringir el delito de prevaricación administrativa a las ilegalidades severas y dolosas; contradicción con el Derecho que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre (RJ 2000 (EDJ 2000/44193), 9963)), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y, entre ellas, se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre

Nº Expediente:

Nº Expd. Actas: 2023/2337

Nº Ref.: FMD

(RJ 2002, 1791) y STS núm. 76/2002, de 25 de enero (RJ 2002 (EDJ 2002/1475), 3568). Pero, como también ha precisado la jurisprudencia (entre otras, STS núm. 755/2307 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 25 de septiembre, no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción ContenciosoAdministrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves". Criterio refrendado por jurisprudencia conteste de la Sala Segunda: v.gr., por las SSTs n° 597/2014, de 30 de julio (ROJ STS 3112/2014); n° 18/2014, de 23 de enero (EDJ 2014/7104) (ROJSTS 235/2014) (EDJ 2014/43688); n° 1021,2013, de 26 de noviembre (EDJ 2013/273817) (ROJ STS 6402/2013); n° 743/2013, de 11 de octubre (EDJ 2013/197217) (ROJ STS 4949/2013); y, más recientemente, por la STS n' 149/2015, de 11 de marzo (EDJ 2015/28163) (ROJ STS 960/2015), STS 152/2015, de 25 de febrero (ROJ STS 817/2015) (EDJ 2015/244079), y STS 82/2017, de 13 de febrero -FF JJ 8 y 9 (EDJ 2017/6943), roj STS 446/2017 (EDJ 2017/124825).

De los hechos narrados en la querella y de la documentación aportada se desprende una actuación, que quizá ponga de manifiesto una reacción lenta, y en alguna medida irregular desde el punto de vista administrativo en la revisión de la composición de la Asamblea, pero lo que resulta cierto es que los órganos de la jurisdicción penal no tienen competencia para el control de la legalidad de los actos de la administración sino la competencia para la investigación y enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el C.P. como delictivas. Y en el presente caso no se evidencia ese encaje de los hechos en el tipo penal, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad e intervención mínima del derecho penal es recogido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- Por lo que, en consecuencia, ante la falta de desarrollo de una conducta precisa y concreta, directa constitutiva de ilícito penal así como la falta de una descripción de elementos objetivos indiciarios que permitan afirmar la comisión por parte de los querrelados de una conducta que pudiera revestir los caracteres de los delitos que se pretenden imputar y, no existiendo motivos para continuar con el procedimiento, procede acordar el sobreseimiento libre y, conforme dispone el art.779.1.1' de la LECr, se deberá notificar dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio la misma, aun cuando no se hayan mostrado parte en la causa.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO LIBRE Y EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA PRESENTE CAUSA.

Notifíquese la presente resolución a las partes a quienes pudiera causar perjuicio.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en plazo de tres días y, subsidiaria o directamente sin necesidad del anterior, recurso de apelación en plazo de cinco días.

Así lo acuerda, manda y firma D. Miguel Ángel Fernández Lupiañez, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Ceuta."

Nº Expediente:
Nº Expd. Actas: 2023/2337
Nº Ref.: FMD

3º) Fijación de fechas, horas y Ordenes del Día de las Sesiones Ordinarias, Resolutiva y de Control, correspondientes al mes de enero de 2023.

La Mesa de la Asamblea, por unanimidad **ACUERDA:**

1º) Fijar el día 30 de enero de 2023, a las 09,30 horas, para la celebración de Sesión Ordinaria de Control del Pleno de la Asamblea, correspondiente al mes de enero de 2023, con el siguiente Orden del Día:

CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO

1.- Dación cuenta Decretos correspondientes al mes de diciembre.

2.- Interpelaciones.

2.1.- Interpelación presentada por D. Mohamed Mustafa Ahmed, portavoz del Grupo Ceuta Ya!, relativa a conocer las medidas contenidas en el Plan Integral que se va a poner en marcha. (Nº expdte.: 3.070).

2.2.- Interpelación presentada por D. Mohamed Mustafa Ahmed, portavoz del Grupo Ceuta Ya!, relativa a la inclusión de Ceuta en la Unión Aduanera. (Nº expdte. 3.074).

2.3.- Interpelación presentada por D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a absentismo escolar en la ciudad (Nº expdte. 3.132).

2.4.- Interpelación presentada por D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a celebración del Día Mundial de la Lengua Árabe por la Asociación Iman Warsh. (Nº expdte. 2.906).

2.5.- Interpelación presentada por D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a publicación de los modelos de declaración responsable. (Nº expdte. 2.903).

2.6.- Interpelación presentada por D.ª Fatima Hamed Hossain, portavoz del Grupo Movimiento por la Dignidad y la Ciudadanía de Ceuta, relativa a ayuda a enfermos celíacos o con intolerancia al gluten. (Nº expdte. 2.591).

2.7.- Interpelación presentada por D.ª Fatima Hamed Hossain, portavoz del Grupo Movimiento por la Dignidad y la Ciudadanía de Ceuta, relativa a rehabilitación y regularización de las Viviendas de Protección Oficial propiedad del Ayuntamiento. (Nº expdte.: 2.590).

Nº Expediente:
Nº Expd. Actas: 2023/2337
Nº Ref.: FMD

2.8.- Interpelación presentada por D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a actuaciones en el antiguo Centro penitenciario de Los Rosales. (Nº expdte. 2.655).

2.9.- Interpelación presentada por D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a convocatoria de la Comisión Local de la Vivienda. (Nº expdte. 2.857).

2.10.- Interpelación presentada por D. José María Rodríguez Ruiz, Diputado no adscrito, relativa a estado actual de limpieza de las pistas y senderos de nuestro medio natural. (Nº expdte.: 2.602).

2.11.- Interpelación presentada por D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a reforma del Parque Juan Carlos I “La Marina”. (Nº expdte. 2.860).

2.12.- Interpelación presentada por D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a sistema de préstamos de equipos de movilidad eléctrica de bicicletas. (Nº expdte. 2.831).

2.13.- Interpelación presentada por D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a protocolo para la inspección, evaluación y actuación sobre el arbolado urbano de la ciudad. (Nº expdte. 2.905).

2º) Fijar el día 31 de enero de 2023, a las 09,30 horas, para la celebración de Sesión Ordinaria Resolutiva del Pleno de la Asamblea, correspondiente al mes de enero de 2023, con el siguiente Orden del Día:

A) APROBACIÓN VIDEO-ACTAS.

A.1.- Aprobar, si procede, las video-actas de las sesiones plenarias celebradas desde el 27/11/2019 al 28/10/2022, pudiendo ser consultadas en el enlace <http://videoacta.ceuta.es/>.

B) DISPOSICIONES GENERALES.

C) PROPUESTAS DEL CONSEJO DE GOBIERNO.

D) PROPUESTAS DE LOS GRUPOS POLÍTICOS.

Nº Expediente:
Nº Expd. Actas: 2023/2337
Nº Ref.: FMD

D.1.- Propuesta de D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a incorporar cláusulas sociales en las contrataciones públicas de forma sistemática y obligatoria. (Nº expdte.: 2.858).

D.2.- Propuesta de D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a iniciar los trámites oportunos para proceder a la bajada del IPSI del comercio. (Nº expdte.: 2.907).

D.3.- Propuesta de D^a. Fátima Hamed Hossain, portavoz del Grupo Movimiento por la Dignidad y la Ciudadanía de Ceuta, relativa a estudiar la construcción de una rampa pública de acceso al mar en la zona de La Almadraba. (Nº expdte.: 2.589).

D.4.- Propuesta de D. Mohamed Mustafa Ahmed, portavoz del Grupo Ceuta Ya!, relativa a poner en marcha un Plan de Impulso y Sostenibilidad de las "Tiendas de Barrio". (Nº expdte.: 3.061).

D.5.- Propuesta de D. José María Rodríguez Ruiz, diputado no adscrito, relativa a reanudar el estudio del Festival Internacional de Música por la Convivencia. (Nº expdte.: 2.601).

D.6.- Propuesta de D. Juan Antonio Gutiérrez Torres, portavoz del Grupo Socialista, relativa a desarrollar una propuesta de intervención para la colaboración entre las personas mayores y estructuras municipales que fomente la participación de este colectivo en la vida funcional de la ciudad. (Nº expdte.: 2.859).

D.7.- Propuesta de D. Carlos Francisco Verdejo Ferrer, portavoz del Grupo VOX, relativa a crear la Cuota 0 para autónomos en la Ciudad Autónoma de Ceuta. (Nº expdte.: 2.908).

4º) Asuntos Asamblearios.

No se trataron asuntos asamblearios.

Y no habiendo más asuntos que tratar, se dio por finalizada la sesión, cuando eran las trece horas y diez minutos, de lo que, como Secretaria del Pleno de la Asamblea, CERTIFICO.