

En la Villa de Madrid, a dieciocho de junio de dos mil doce.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha de 29 de mayo de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito presentado por la Asociación Preeminencia del Derecho, formulando denuncia contra el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial, D. José Cecilio, por un delito previsto y penado en el artículo 438 del Código Penal o, en su defecto, por malversación de caudales públicos.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de mayo de 2012, se dictó providencia acordando que se formara rollo y designando la Sala que habría de conocer del asunto, recayendo la ponencia de la causa en el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

TERCERO.- En la misma fecha, se dictó auto acordando la inadmisión y el archivo de la causa por considerar necesario que se interpusiera querella en legal forma.

CUARTO.- El día 31 de mayo de 2012, el Procurador Sr. Anaya García, en nombre y representación de la Asociación Preeminencia del Derecho, presentó escrito de querella contra el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial, D. José Cecilio, dando por reproducidos los hechos que contenía su anterior denuncia, por un delito previsto y penado en el artículo 438 del Código Penal; aunque manifestaba que también podrían ser calificados de malversación.

QUINTO.- Observada la existencia de defectos en la querella y subsanados los mismos, se acordó por providencia de 6 de junio de 2012 dar traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

SEXTO.- Con fechas 4 y 6 de junio de 2012, se presentaron por la parte querellante sendos escritos referidos a los hechos por los que interpuso su querella, sustituyendo los iniciales, dándose traslado de los mismos al Ministerio Fiscal.

En el primero hace el querellante, según datos publicados, una relación cronológica de los veinte fines de semana en los cuales el querellado cargó a las cuentas del Consejo los gastos de viajes y estancias en Marbella “que eran privados, en todo o en parte, por un monto de 12.996,09 euros”; también con cita de la información aparecida en un medio de información se refiere a las atenciones protocolarias, aduciendo que el querellado ni ha concretado y demostrado que dichas atenciones estaban justificadas en misiones reservadas relacionadas con su cargo, “pero ni las concreta ni las demuestra, lo que hace sospechoso del delito de estafa de funcionario a su empleadora”, constituyendo todo ello “un material de investigación clara por hechos que revisten sólida apariencia de punibles”. Por último, menciona tres autos de admisión de querellas dictados por esta Sala, de los que deduce que “no es necesario acreditar que los hechos ya son constitutivos sino que presentan indicios de delito y que la admisión de la querella no es imputación ..., sino mera apertura de investigación en la que el querellado pasa a ser investigado”.

En el escrito de 06/06/2012 adjunta información, aparecida también en un medio de comunicación, del “detalle de los viajes y la naturaleza de los gastos del querellado en sus viajes a Puerto Banús, que se añadirá como un apartado 4.4” al escrito anterior.

SÉPTIMO.- En fecha 12/06/2012 la Asociación querellante presentó otros dos escritos, adjuntando informaciones periodísticas relativas a otros doce viajes de fines de semana a lugares distintos de Marbella del querellado.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal evacuando el trámite conferido interesó la inadmisión a trámite de la presente querrela por entender que los hechos comprendidos en ella no son constitutivos de delito alguno.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La querrela se presenta contra el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial, por lo que resulta competente esta Sala de lo Penal, de conformidad con el artículo 57.1.2 de la LOPJ.

SEGUNDO.- Mediante la querrela interpuesta, la parte se remite al contenido de su denuncia anterior, de fecha 27 de mayo de 2012, presentada el día 29 de mayo de 2012, si bien luego sustituye este relato de hechos por otro, que se contiene en su escrito presentado el día 4 de junio de 2012, ampliado posteriormente por otro escrito presentado el día 6 de junio de 2012.

Los hechos que se imputan son, en resumen, que D. José Cecilio se valió del régimen de gastos derivado de su cargo como Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial para abonar, con fondos públicos, gastos privados, causados a lo largo de veinte fines de semana pasados en la localidad de Puerto Banús, en el período comprendido entre noviembre de 2008 y marzo de 2012, por un importe de 12.996,09 euros.

Tal imputación se sustenta:

1) En las informaciones periodísticas publicadas en el periódico "El País". En su denuncia inicial se refiere a noticias aparecidas en sus ediciones de 10 de mayo y 22 de mayo de 2012, donde, según el querellante, se relataban los detalles de los viajes y los gastos indicados (Anexo 1 de la denuncia inicial). En escritos posteriores, menciona otras noticias aparecidas en el diario "El Mundo", de 31 de mayo de 2012, y nuevamente en el diario "El País" de 5 de junio de 2012.

2) En la denuncia presentada en su día por el Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial, Sr. José Miguel, ante la Fiscalía General del Estado. En dicha denuncia se puso de manifiesto que D. José Cecilio habría abonado, con fondos públicos, gastos privados derivados de veinte fines de semana pasados en la localidad de Puerto Banús, en el período comprendido entre noviembre de 2008 y marzo de 2012.

Por otra parte, se aporta, como Anexo 2 de la denuncia inicial, el Decreto de archivo dictado por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo en las Diligencias Informativas núm. 6/2012, referido a los hechos a los que se contrae la querrela.

TERCERO.- El artículo 313 de la LECrim ordena al Juez de instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente, o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como ésta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de

un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto constitucional.

De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre).

CUARTO.- Realizado en el caso de autos el examen descrito en el fundamento anterior, procede la inadmisión a trámite de la querrela presentada.

I. En primer lugar, la querrela no ofrece elemento o principio de prueba alguno que avale razonablemente la realidad de la posible comisión de un hecho delictivo.

La circunstancia de que los hechos relatados por la parte querellante se sustenten en el contenido de diversas informaciones periodísticas publicadas en el diario "El País", sin aportar ningún dato objetivo adicional, del que la propia entidad querellante haya podido tener conocimiento, y que permita su encaje en algún tipo penal, no puede cumplir esta función. El ejercicio de la acción penal por medio de querrela exige que los hechos que en ella se precisan sean de propio conocimiento de la parte que la ejerce -sin que ello suceda en el supuesto que nos ocupa- y que además sean potencialmente subsumibles en algún tipo penal.

La mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar la apertura de un procedimiento penal para su investigación si la querrela que los incorpora, como es el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al Tribunal de una serie de informaciones, difundidas públicamente a través de medios de comunicación.

En este mismo sentido, hemos dicho en auto de 7 de junio de 2010 (Causa Especial núm. 20602/2009, querrela presentada contra un ex Cargo003) que procede la inadmisión de una

querella cuando el querellante se limita a narrar unos hechos sustentados únicamente en una información periodística, careciendo de mínimo apoyo probatorio, y que desde su perspectiva considera ocurridos, pero sin que acompañe a su denuncia datos objetivos y accesibles de la realidad de lo sucedido en cuanto a la intervención de la persona querellada.

La misma decisión se adopta en el auto de 31 de mayo de 2011 (Causa Especial núm. 20080/2011, presentada contra un ex Cargo000 del Congreso), al tratarse de la imputación de un delito partiendo exclusivamente de noticias periodísticas, sin aportar elemento alguno indiciario de la realidad de los hechos, que les otorgue sustento mínimamente objetivo. Ello porque la mera remisión al contenido de las informaciones supone que quien interpone la querella no asume como propia la imputación de tales hechos ni, por ello, las responsabilidades que podrían derivarse de una eventual falsedad. Ciertamente es que esta Sala viene reconociendo particular importancia al ejercicio de la acción popular en determinados casos, en especial respecto de aquellos ilícitos que carezcan, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercitar la acusación particular, no ostentando el Fiscal en estos casos un monopolio exclusivo en el ejercicio de la acción pública cuando no haya fijado el legislador expresas restricciones (SSTS núm. 54/2008, de 8 de abril, y 1045/2007, 17 de diciembre). En el presente caso, pudiere en principio existir un perjuicio al Erario público y, por ende, un perjudicado concreto, como sería el Estado, quien también sería en tal caso el llamado a ejercer la acusación. En consecuencia, el juicio oral solamente podría abrirse a instancias del mismo, del Ministerio Fiscal, o de ambos.

Retomando la cuestión del principio de prueba, tampoco es posible afirmar en el caso examinado que las informaciones periodísticas citadas por la querellante sean verdaderos "indicios", concepto que en su acepción penal es entendido como "todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido" (STS núm. 548/2009, de 1 de junio), sino de simples sospechas. La propia querella apunta en varias ocasiones al carácter de "mera sospecha" que afecta a los hechos incorporados a su escrito. Así, entendiendo insuficientes las aclaraciones prestadas públicamente por el aquí querellado en justificación de esos viajes, pues "ni los concreta ni los demuestra", para el querellante el sujeto pasivo de su acción directamente se convierte en "sospechoso de delito de estafa de funcionario a su empleadora" (apartado 4.2 de la querella). La insuficiencia de tan simple y sola referencia para abrir una causa penal es manifiesta, desde el momento en que el propio querellante interpela en reiteradas ocasiones a la voluntad colaboradora del querellado, instando a que sea él quien aporte documentos y facturas que esclarezcan que se encuentra "libre de toda sospecha" (sic).

Esta misma cualidad de simples "sospechas" se atribuye de nuevo a los hechos objeto de querella en el apartado dedicado a la petición de diligencias, entre las cuales solamente incluye en un principio el querellante -además de la incorporación de la documental adjuntada al expediente de la Fiscalía y la justificación de los gastos de los viajes objeto de denuncia por el Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial- la declaración del querellado "en calidad de denunciado o investigado a fin de que aclare todas las circunstancias de los viajes expresados y el cargo de gastos personales al Consejo". Lo cual implica reclamar del querellado bien una "probatio exculpatoria", bien una declaración autoinculpatoria, evidentemente incompatible con su estatuto procesal penal.

En definitiva, como el propio querellante admite, su querella se sustenta únicamente sobre los citados datos periodísticos, representando una simple sospecha, y no una auténtica "notitia criminis" trasladada a este Tribunal.

II. Tampoco puede servir de apoyo probatorio a la querrela presentada el hecho de que se hubiera formulado una denuncia previa por los mismos hechos por parte de un Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial, máxime cuando dicha denuncia, interpuesta ante la Fiscalía General del Estado, e investigada por la Fiscalía de este mismo Tribunal, fue archivada, como la propia entidad querellante expone. Esta actuación de la Fiscalía -sobre la que la querellante realiza una serie de consideraciones que, además de infundadas, son completamente innecesarias a los efectos de valorar la posible relevancia penal de los hechos objeto de la querrela- abonaría, en todo caso, una conclusión distinta a la sostenida por la querrela; esto es, sería un elemento de peso a tener en cuenta para considerar que los hechos denunciados no son ilícitos.

Los hechos deben incorporarse a la querrela porque indiciariamente pueden ser constitutivos de delito, pero no con la finalidad previa de averiguarlos. Naturalmente, no se discuten las facturas y cargos que figuran en la documentación enviada por el Ministerio Fiscal, sino que los mismos se hayan producido en una esfera ajena a las funciones del querellante, y los indicios objetivos deben tener relación con esto último.

En todo caso, no se trata de un argumento circular, porque teniendo en cuenta los hechos sometidos a nuestra decisión, el Derecho Penal debe siempre funcionar como "última ratio", es decir, la cuestión deberá ser previamente depurada y esclarecida por la administración interventora y/o contable con facultades para ello, y solamente una vez detectadas, en su caso, supuestas irregularidades con presunta relevancia penal debe darse cuenta a la Fiscalía y a los Tribunales (en este mismo sentido, víd. auto de 2 de febrero de 2009, dictado en la Causa Especial núm. 20296/2008).

En definitiva, a tenor de los hechos desarrollados en la querrela y a la vista de la carencia de elementos que indiciariamente los puedan sustentar como delictivos, no es posible acordar su admisión a trámite.

QUINTO.- A mayor abundamiento, no cabe la potencial subsunción de los hechos relatados en los tipos penales por los que se formula querrela, como tampoco en ningún otro que pudiera serle aplicable, a la vista de la información incorporada a la misma.

Los hechos, según aquélla, podrían ser constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 438 del Código Penal. Este precepto señala que "(l)a autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años".

Por tanto, los elementos que exige este delito, que es una figura especial de estafa o apropiación indebida, son todos aquéllos que conforman los tipos penales de estos dos delitos y, además, los siguientes (STS núm. 161/2002, de 4 de febrero):

- a) Que el sujeto activo sea funcionario público; y
- b) Que se verifique un abuso de su cargo para la perpetración de alguno de estos delitos, debiéndose entender tal abuso como una efectiva facilitación para la comisión del mismo.

Pues bien, el hecho descrito en la querrela como hipotéticamente sucedido no sería constitutivo de tal infracción penal.

No podría ser constitutivo de una estafa porque no existió engaño, que en ningún caso se describe en la querrela. En ningún momento se manifiesta que el querellado, abusando de su cargo, utilizara algún tipo de ardid para conseguir un desplazamiento patrimonial a su favor.

Por otro lado, si lo que se quiere poner de manifiesto es que existió una apropiación de fondos públicos, pues éstos se habrían aplicado a un fin no autorizado, ello nos situaría dentro los márgenes del delito de malversación, previsto y penado en el artículo 432 del Código Penal, y no en los del artículo 438 del mismo texto legal.

Además, y lo que es sumamente relevante a los efectos que nos ocupan, tampoco concurre el elemento de abuso del cargo, exigido en el artículo 438 del Código Penal. En este aspecto, hemos de referirnos al Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 11 de septiembre de 1996.

De la documentación remitida por el Ministerio Fiscal (certificación del Cargo002 del Consejo General del Poder Judicial) se deduce que el citado Acuerdo se tomó a propuesta de la Comisión Presupuestaria y, tras las reuniones del Pleno de 11 de septiembre de 1996 y la posterior de 23 de octubre de 1996, quedó redactado de la siguiente manera: "Aprobar la propuesta de la Comisión Presupuestaria y acordar que cuando el Cargo000, los Cargo001 y el Cargo002 realicen alguna de las funciones que según el Real Decreto 236/1988, de indemnizaciones por razón de servicio, dan derecho a indemnización, sean resarcidos por la cuantía exacta de los gastos realizados. Al propio tiempo, los Altos Cargos del Consejo podrán, bajo su responsabilidad, justificar gastos menores hasta una cantidad igual al cincuenta por ciento de lo establecido para gastos de manutención, en el artículo 10 del Real Decreto 236/1988, cuando no puedan justificar los recibos originales de los gastos realizados".

El origen de este Acuerdo se halla en la propuesta de la Comisión Presupuestaria de 4 de septiembre de 1996. En ella se razona que al Consejo General del Poder Judicial le es aplicable el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio. En dicha propuesta se razona que el citado Real Decreto contiene dos normas sobre el régimen de gastos aparentemente aplicables al Consejo General del Poder Judicial, como son:

1) La Disposición Adicional Segunda, referida a los miembros del Gobierno de la Nación, Secretarios de Estado, jefes de misión acreditados con carácter de residentes ante un Estado extranjero u organismo internacional, subsecretarios, capitanes generales y cargos legalmente asimilados a los anteriores. La citada disposición indica que cuando estas autoridades realicen alguna de las funciones que, según el presente Real Decreto, dan derecho a indemnización, serán resarcidos por la cuantía exacta de los gastos realizados.

2) La Disposición Adicional Tercera, referida a las autoridades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre (se trata de la ley sobre incompatibilidades de altos cargos), que señala que podrán percibir por el ejercicio de las actividades compatibles previstas en el artículo 6 de la misma, las dietas, indemnizaciones y asistencias reguladas en el presente Real Decreto.

La Comisión Presupuestaria considera que para homogeneizar el desplazamiento de todos los altos cargos del Consejo General del Poder Judicial y evitar diversas interpretaciones del Real Decreto 236/1988, de indemnizaciones por razón de servicio, se considera procedente que se aplique a todos ellos la Disposición Adicional Segunda de la citada norma. Es decir, a la vista

de la existencia de dos sistemas diversos de indemnización del gasto -resarcimiento de la cuantía exacta del gasto causado (Disposición Adicional Segunda) o establecimiento de una cantidad en concepto de dietas (Disposición Adicional Tercera)-, se opta por la aplicación del primero. Así lo acuerda el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Asimismo, consta el Informe de la Intervención del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 16 de mayo de 2012, en relación con la documentación necesaria para obtener una indemnización por el gasto causado, que se conoce como "Órdenes de pago interior". En este punto se exige que se haga constar la condición en que se realiza el desplazamiento (condición de Cargo000 o Cargo001), pero no se hace constar el motivo concreto de la actividad que provoca el desplazamiento, debiendo acompañarse la relación completa de justificantes de los gastos generados (billetes o pasajes, facturas y concepto).

A ello debe añadirse que, en la certificación del Cargo002 del Consejo General del Poder Judicial emitida el día 16 de mayo de 2012, que obra por copia en las actuaciones, se dice que no se ha adoptado acuerdo por el Pleno relativo a la necesidad o no de hacer constar en los gastos o atenciones protocolarias la identificación de la persona objeto de la misma.

Precisamente, es un hecho notorio, por su difusión en los medios de comunicación, que, con posterioridad a tal fecha, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 31 de mayo de 2012, acordó la elaboración de un "Plan de transparencia y austeridad". En dicho Plan, el propio Consejo considera que se debe incluir: "La actualización de las normas sobre la liquidación de comisiones de servicio con derecho a indemnización y gastos de protocolo o representativo con cargo al Presupuesto del CGPJ aprobadas por la Comisión Presupuestaria de 14 de diciembre de 1999 (en desarrollo de las del Pleno de 1996) que afectan al Cargo000, Cargo001 y al Cargo002, en el sentido siguiente:

- Incorporar en los formularios de indemnizaciones por razón del servicio la actividad concreta, relacionada con el cargo y las funciones, que justifican el viaje del Cargo000, Cargo001 y el Cargo002.

- Incorporar, en los formularios de gastos de protocolo o representativo, una descripción del motivo del gasto que sirva de justificación, y una referencia al cargo o cargos de la persona o personas que lo originan (miembro o alto cargo del gobierno, parlamentario, autoridad judicial de organismos constitucional o similar) que lleven a cabo el Cargo000, los Cargo001 y el Cargo002 que se realicen por cuenta del CGPJ. Y ello con la única excepción de las reuniones o eventos reservados, en los que, no obstante, habrá de darse información, que permita excluir la naturaleza privada y no oficial de la actividad".

Precisamente, las normas sobre liquidación por razón de servicio y gastos de carácter protocolario o representativo con cargo al Presupuesto del Consejo General del Poder Judicial, indican que:

- 1) Cuando Cargo000, Cargo001 y Cargo002 realicen gastos de carácter protocolario o representativo con cargo al Consejo deberán liquidarse en el modelo V, en un plazo máximo de siete días después de producirse el gasto.

- 2) Deberán asimismo presentarse los originales de las facturas que hayan originado el gasto.

- 3) La factura la podrá abonar directamente el Alto Cargo o hacerla llegar a la Gerencia del Consejo (una vez conformada según el modelo V) para que se abone al restaurante.

Como se observa, no se establece la necesidad de hacer mención al motivo del gasto ni a la persona o personas que lo originan. Además, el citado Modelo V, no contiene reseña alguna sobre estos extremos.

De lo dicho hasta ahora cabe resaltar que desde el Acuerdo de Pleno de 11 de septiembre de 1996 y de la Comisión Presupuestaria que lo desarrollan:

- 1) El régimen de indemnizaciones por razón de servicio que rige en el Consejo General del Poder Judicial es el que rige en general en otros órganos administrativos.
- 2) Se trata de un régimen basado en el resarcimiento de la cuantía concreta del gasto causado, y no en un sistema de dietas.
- 3) Este régimen es el que preveía el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio para los miembros del Gobierno de la Nación, Secretarios de Estado, jefes de misión acreditados con carácter de residentes ante un Estado extranjero u organismo internacional, subsecretarios, capitanes generales y cargos legalmente asimilados a los anteriores.

Actualmente, la norma equivalente es el artículo 8.1, párrafo primero, del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, que indica: "Los miembros del Gobierno de la Nación, Secretarios de Estado, Jefes de Misión acreditados con carácter de residentes ante un Estado extranjero u Organismo internacional, Subsecretarios, Generales y Almirantes Jefes de Regiones y Zonas Militares, Marítimas y Aéreas y cargos asimilados a los anteriores con arreglo a la normativa aplicable cuando realicen alguna de las funciones que, según el presente Real Decreto, dan derecho a indemnización, serán resarcidos por la cuantía exacta de los gastos realizados que sean necesarios para el ejercicio de las citadas funciones, de acuerdo con la justificación documental de los mismos. Este régimen de resarcimiento podrá ser autorizado de forma expresa en cada ocasión por los Ministros en relación con el personal directivo bajo su dependencia funcional con rango de Directores generales o asimilados".

- 4) El régimen de indemnizaciones por razón de servicio no es exclusivo para el Cargo000, sino que es también común a todos los Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial.
- 5) El procedimiento usual consiste en que el perceptor del gasto realiza previamente el mismo y solicita su resarcimiento por parte del Consejo General del Poder Judicial.
- 6) Para obtener el resarcimiento del gasto, se debe aportar la documentación justificativa del mismo y hacer constar la condición de Cargo000 o Cargo001.
- 7) No es preciso hacer constar el motivo concreto de la actividad que provoca el gasto.
- 8) Respecto a los gastos protocolarios o representativos, el régimen es similar. De modo que se aplica al Cargo000 y los Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial; y se requiere la presentación de documentos que acrediten la realidad del gasto, pero no que se haga mención al motivo del gasto, como tampoco de la persona o personas que lo originan.

Ésta es la situación existente en el momento en que se efectuaron los gastos que se reseñan en la querella. Considerando el Consejo General del Poder Judicial que debe existir una mayor

precisión sobre la materia, ha adoptado el acuerdo de elaborar un “Plan de transparencia y austeridad”, del que resulte la necesidad para el Cargo000 y los Cargo001 de mencionar circunstancias sobre los gastos que hasta ahora no tenían por qué constar. Aún así, el propio Acuerdo del Consejo prevé una excepción para los casos de “reuniones o eventos reservados”, en los que, no obstante, habrá de darse información que permita excluir la naturaleza privada, y no oficial, de la actividad. Esto es, se admite la posibilidad de que en determinados supuestos no sea preciso, por su carácter reservado, indicar las circunstancias concretas objetivas y subjetivas por las que el gasto se produjo.

Tras todo lo dicho, no cabe apreciar abuso del cargo por parte del querellado en la realización de los gastos a los que se refiere la querrela. Se deriva de la documentación remitida por el Ministerio Fiscal, consistente en diversas facturas y justificantes, que el mismo cumplió con la obligación de presentar justificación documental del gasto y de hacer constar la condición de quien lo efectuaba. En definitiva, la propia regulación de la cuestión, que se deriva del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 11 de septiembre de 1996, y que no sólo es aplicable al Cargo000, sino también a otros miembros del Consejo General del Poder Judicial, permite efectuar el gasto y determinar, por decisión propia, el carácter del mismo, en el sentido de que deba ser resarcido o no por parte del órgano indicado; sin que las precisiones sobre el gasto causado deban ser otras que las referidas.

Si basta con indicar cuál fue el gasto (justificando documentalmente el mismo) y la condición de quien lo efectúa, se observa que, efectivamente, el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial obró de acuerdo con estas previsiones en los casos objeto de nuestro análisis. En consecuencia, ésta es la forma administrativa de proceder.

El vacío de la norma no puede ser ahora interpretado de forma restrictiva y perjudicial para quien, según la normativa existente, no tenía obligación de ello.

Por tanto, no concurren los presupuestos del delito de estafa o apropiación indebida del artículo 438 del Código Penal.

SEXTO.- Tampoco se aprecia por esta Sala la existencia de elementos que permitan concluir que nos hallamos ante un delito de malversación de caudales públicos.

I. La jurisprudencia viene exigiendo como elementos para que concurra esta figura delictiva, los siguientes (SSTS núm. 132/2010, de 18 de febrero; o 1374/2009, de 29 de diciembre, por todas):

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

b) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al Erario público.

d) La sustracción o el consentimiento para que otro sustraiga dichos caudales, sustracción que equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) Ánimo de lucro del que sustrae o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es necesaria la concurrencia del dolo, que en este tipo penal comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos.

II. Aplicando estas consideraciones al supuesto de autos -y no existiendo duda sobre la condición de funcionario público de la persona contra la que se presenta esta querrela ni sobre la condición de caudales públicos de aquellos fondos que se dicen apropiados-, no se aporta, sin embargo, en la querrela, como ya dijimos, dato alguno que permita sustentar que ha existido esa apropiación; lo que tampoco se deduce de los hechos que se describen en el Decreto dictado en su momento por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, aportado como Anexo núm. 2 de la querrela.

La comisión del delito no puede suponerse sin más, como parece que se pretende por la querellante, teniendo en cuenta el lugar de destino de esos viajes o por el hecho de que algunos de ellos incluyeran fines de semana. Tampoco por el hecho de que en algunos casos no conste exactamente el motivo concreto de los gastos porque, como ya hemos mencionado, la normativa interna del Consejo General del Poder Judicial no obliga a hacer constar este extremo; por lo que, precisamente por ello, no puede ser objeto de ninguna certificación; como tampoco obliga a especificar la identidad de la persona o personas con las que se efectuó el gasto.

La aparente irregularidad expuesta por el querellante no puede ser tal, en el sentido penal que analizamos, desde el momento en que, como ha quedado visto, la propia regulación administrativa que le era aplicable fue cumplida en sus justos términos. Partiendo del hecho de que la actuación del querellado se ha mantenido siempre dentro de los límites de la regulación sobre el resarcimiento de gastos causados, no se le puede exigir además que acredite en esta sede penal, en todos y cada uno de los casos relatados en la querrela, que el gasto fue hecho conforme a derecho. Ello sería tanto como pretender aplicar una especie de presunción de inocencia invertida, partiendo, insistimos en ello, de que la forma de reclamar la indemnización por razón de servicio fue siempre la adecuada en el ámbito del órgano en el que se desarrolla la función.

Por último, el hecho de que, en algunos de estos viajes, determinados gastos derivados de manutención o alojamiento no fueran abonados por el Consejo General del Poder Judicial, sino personalmente por el querellado -según se hace constar en el Decreto dictado- permiten concluir que cuando, durante los citados viajes, se desarrollaron actividades estrictamente privadas, éstas no fueron sufragadas indebidamente con fondos públicos.

Por todo lo expuesto, no se aprecian mínimos indicios del delito de malversación.

SÉPTIMO.- Además, es preciso destacar que, en cualquier caso, los gastos cuyo resarcimiento se solicita por el Cargo000 o los Cargo001, no se abonan sin más, sino que son objeto de comprobación por parte de la Intervención del Consejo General del Poder Judicial, a efectos de proceder a la fiscalización de la propuesta de pago; puesto que corresponde a esta Intervención, de conformidad con el artículo 114 del Reglamento de Organización y

Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, "la fiscalización previa de los actos, documentos y expedientes susceptibles de producir obligaciones o derechos de contenido económico". De hecho, y de conformidad con el artículo 154.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el ejercicio de esta función este servicio de Intervención puede formular reparos al citado pago por los motivos tasados en dicho artículo, entre los que figura, en su apartado c), la apreciación de graves irregularidades en la documentación justificativa del reconocimiento de la obligación o la falta de acreditación suficientemente del derecho de su perceptor.

Partiendo de las consideraciones expuestas, es claro, a la vista de la documentación unida a este procedimiento, que ninguna irregularidad se apreció en su momento por la Intervención del Consejo General del Poder Judicial en las reclamaciones que, por indemnización por razón del servicio, derivadas de los viajes a los que se refiere la querella, formuló en su día el Cargo000 del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. La propia Intervención indica, en su informe de 16 de mayo de 2012, que no formuló reparo alguno al pago de dichos gastos, y ello después de realizar las comprobaciones que ya hemos descrito.

En definitiva, el Cargo000 del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial se ajustó al procedimiento legalmente establecido para el cobro de los citados gastos, por lo que, como adelantábamos, nunca pudo abusar de su posición a estos efectos.

OCTAVO.- En definitiva, no se ofrece en la querella elemento o principio de prueba que avale razonablemente la comisión de un hecho delictivo, lo que ha de conducir a su inadmisión. Resulta injustificada la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que carecen de apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la misma querella, que pueda ser considerado accesible y racional. Tales hechos, aun resultando acreditados, ya desde el primer momento se constata que tampoco podrían ser incardinados en ningún ilícito previamente previsto por el Legislador.

En consecuencia, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, conforme al artículo 313 de la LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda:

- A) Se declara la competencia de esta Sala para el conocimiento y decisión de la presente querella.
- B) Se acuerda la inadmisión a trámite de la misma y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir la presente, de lo que, como Secretaria, certifico. Juan Saavedra Ruiz.- Carlos Granados Pérez.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.- Antonio del Moral García.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, al Auto dictado en la Causa Especial núm. 20383/2012.

La consideración y el respeto que me merecen los compañeros de la Sala que han decidido inadmitir la querrela formalizada contra el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial y archivar las actuaciones no me impide manifestar mi discrepancia con tal decisión y considerar que la querrela debió ser admitida a trámite.

Como no puede ser de otra manera, las razones de mi discrepancia son también estrictamente jurídicas.

Comparto con la mayoría que el hecho de presentar una querrela no supone, sin más, que esta deba tramitarse, la referencia al art. 313 de la LECriminal es suficiente al respecto, e igualmente comparto que la mera publicación de informaciones periodísticas tampoco justifican sin más, una investigación judicial. No es este el caso que nos ocupa.

La querrela se refiere a informaciones periodísticas pero tuvo como precedente una denuncia efectuada por un Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial ante la Fiscalía General del Estado, que obra unida a la misma.

Esta inició unas Diligencias Informativas, solicitó diversa documentación al Consejo General del Poder Judicial relativa a la naturaleza oficial o privada de los viajes efectuados por el Sr. Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial y estableció como hechos, en síntesis, los siguientes:

Entre el 5 de noviembre de 2008 y el 20 de marzo de 2012, el Cargo000 del Consejo ha efectuado 20 viajes a Málaga con un desembolso por parte del Consejo de 12.996'09 euros que se desglosan del siguiente modo:

- Gastos de desplazamiento: 4.120'13 euros.
- Gastos de alojamiento y manutención: 4.753'86 euros.
- Atenciones protocolarias 4.122'10 euros.

El Ministerio Fiscal en su Decreto de Archivo de las Diligencias Informativas de 21 de mayo de 2012 estableció tres grupos de viajes:

- De carácter privado total, abonados particularmente por el Sr. Cargo000 y sin generar gasto público.
- De carácter estrictamente oficial en su integridad, abonados por el Consejo.
- De carácter mixto, es decir, parte oficial y parte privada.

Como viajes privados se citan:

- Del 16 al 20 de marzo de 2012.
- Del 24 al 26 de febrero de 2012.
- Del 2 al 9 de enero de 2012.
- Del 6 al 8 de noviembre de 2009.

Como viajes "mixtos" que han generado gastos al Consejo, y otros satisfechos por la cuenta personal del Sr. Cargo000 se citan:

- Del 8 al 14 de noviembre de 2011.
- Del 8 al 12 de septiembre de 2011.
- Del 24 al 27 de junio de 2011.
- Del 10 al 15 de mayo de 2011.
- Del 3 al 7 de febrero de 2011.
- Del 25 de febrero al 2 de marzo de 2010.
- Del 9 al 14 de septiembre de 2009.
- Del 4 al 8 de junio de 2009.
- Del 23 al 27 de abril de 2009.
- Del 19 al 23 de febrero de 2008.
- Del 18 al 22 de diciembre de 2008.
- Del 5 al 11 de noviembre de 2008.

Como viajes efectuados con cargo total al Consejo se señalan:

- Del 24 al 28 de marzo de 2011.
- Del 25 al 29 de noviembre de 2010.
- Del 23 al 26 de septiembre de 2010.
- Del 11 al 15 de septiembre de 2010.

Consta en la documentación remitida el 17 de mayo al Sr. Fiscal y que también obra en la querrella, que el Jefe del Gabinete de Presidencia indica que: "..Todos los viajes incluidos en la relación del Anexo V fueron realizados por el Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial. El motivo concreto del viaje no se expresa en el impreso de indemnización por razón del servicio Altos Cargos, ya que conforme a las normas y acuerdos que rigen en esta materia, no es obligado expresar esta circunstancia..".

Igual advertencia se contiene en el documento del 10 de mayo de 2012 del Sr. Cargo002 del Consejo en el que en relación a la liquidación de gastos se señala que: "..No se hace constar el motivo concreto de la actividad que provoca el desplazamiento..".

De igual modo en la certificación de la Cargo004 del Consejo en la documentación del 17 de mayo se insiste en que no es necesario que se haga "..constar el motivo concreto de la actividad que provoca el desplazamiento..".

Es obvio que a la vista de estos hechos no se está ante una querrella sustentada por informaciones periodísticas, ni en presencia de una querrella para iniciar una investigación meramente prospectiva.

La calidad de las informaciones que se derivan de los hechos expuestos, justifican, a mi juicio, la necesidad de admitir a trámite la querrella.

El propio Ministerio Fiscal en el Decreto en el que acuerda el archivo nos dice en el hecho segundo de su escrito: "..Ha de reconocerse que la aplicación en cada caso particular de lo hasta aquí expuesto (se refiere a la falta de justificación del gasto) no dejará de generar alguna duda..".

"..Ciertamente (el Acuerdo de 11 de septiembre de 1996) no contribuirá a la posibilidad de efectuar un examen concreto de las causas que motivaron los mismos..".

El Acuerdo de 11 de septiembre de 1996 estableció que las indemnizaciones por razón de servicio que efectúen los Altos Cargos del Consejo, serían resarcidas por la cuenta exacta de los gastos realizados, y, además, podrán bajo su responsabilidad justificar gastos menores hasta una cantidad igual al 50% de lo establecido en el art. 10 del R.D. 236/1988.

El contenido de este Acuerdo, unido a las certificaciones y notas antes indicadas ofrece a mi juicio, un escenario de opacidad en relación a los gastos por desplazamiento, manutención y alojamiento, extensivo a las atenciones protocolarias que constituye un total blindaje que lejos de impedir toda investigación, exigen que esta se lleve a cabo cuando, como es el caso, se ofrecen datos objetivos con la suficiente calidad informativa.

Por ello, no puedo estar de acuerdo con la argumentación de la mayoría expuesta en el penúltimo párrafo del Fundamento cuarto: “..El Derecho Penal debe siempre actuar como última ratio, es decir, la cuestión deberá ser previamente depurada y esclarecida por la administración interventora y/o contable con facultades para ello..”.

¿Puede mantenerse este criterio, cuando en el caso concreto los órganos de intervención no puedan efectuar control alguno real y efectivo sobre el uso y destino de los fondos públicos, cuestionados porque la “normativa” por la que se rige, blindada toda investigación?.

¿Dónde queda el principio de transparencia presupuestaria que por cierto tiene un expreso y concreto reconocimiento legal en el ámbito de la Justicia en la Ley 15/2003 de 26 de mayo, BOE de 27 de mayo de 2003?.

Retengo de dicha Ley el art. 14: “..Transparencia Judicial. El Plan de transparencia judicial constituye una herramienta básica en las Administraciones Públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia y en particular, para las siguientes finalidades:

.....

b) La planificación presupuestaria en materia de retribuciones de los miembros de la carrera judicial..”.

Es obvio que el Acuerdo del Consejo citado de 11 de septiembre de 1996, no autoriza el destino de fondos públicos a atenciones privadas, pero también hay que reconocer que el sistema de opacidad que instauró facilita extraordinariamente tal riesgo, por tanto, ante la presencia de datos objetivos indubitados que proyectan no una sospecha, sino una probabilidad de desvío, unido a una total falta de explicación plausible del gasto concernido, la exigencia de una investigación judicial es ineludible.

La ausencia de reparos o alarmas de la administración interventora no puede enervar la encuesta judicial, sencillamente porque no ha habido control del gasto sino una mera apariencia de control.

Desde estas reflexiones no puedo compartir el Fundamento jurídico sexto de la resolución de la mayoría que rechaza de plano la posibilidad del delito de malversación “..porque la propia regulación administrativa que le era aplicable fue cumplida en sus justos términos..”.

Existe en la jurisprudencia de la Sala precedentes de sentencias sobre el uso indebido del cobro de dietas por locomociones, alojamientos y en general indemnizaciones por razón del servicio cometidos por Alcaldes, generalmente, que cobraron por tales conceptos cuando no se

acreditó la realización del fin público que daba derecho a la percepción, calificando unánimemente el hecho de malversación de fondos públicos. Entre otras:

-STS 1036/2001 de 4 de junio. Se calificó de malversación de fondos públicos la percepción de dietas por asistencia a sesiones del Ayuntamiento. La sentencia fue absolutoria para el Alcalde por no haberse acreditado tal percepción.

-STS 503/2007 de 13 de junio. Semejante a la anterior. Se devolvió la sentencia a la instancia para que se subsanaran defectos de motivación.

-STS 258/2010 de 17 de marzo. Semejante a las anteriores, se confirmó la sentencia condenatoria por malversación y se efectuó un estudio exhaustivo de este delito desde la perspectiva del cobro indebido de dietas y otras indemnizaciones.

-STS 707/2010 de 7 de julio. También en referencia a Alcalde que pasa gastos por viajes y locomociones no efectuados. En casación se declaró la nulidad de la sentencia y celebración de nuevo juicio de jurado por defectos en la prueba pericial que impidieron cuantificar la cantidad malversada.

Hay que recordar con la STS 253/2009 de 11 de marzo, asunto fondos reservados del Ministerio del Interior, que el destino a fines privados de los fondos reservados, es constitutivo del delito de malversación de fondos públicos.

Estos precedentes se refieren a sentencias, aquí, hay que recordarlo se está en una fase anterior, la de iniciar una investigación judicial para verificar si hubo desvío en la percepción de fondos públicos.

Una última reflexión:

Que la "normativa" indicada, haya podido afectar a otros miembros del Consejo, o que otras instancias públicas tengan situaciones de semejante laxitud no es argumento para impedir la apertura de una investigación.

Todo enjuiciamiento es una actividad individualizada y no seriada, y la existencia de semejantes situaciones a la denunciada, no puede, no debe convertirse en argumento para no investigar en nombre de una pretendida igualdad.

El principio de igualdad no opera en la ilegalidad ni en situaciones sospechosas de ilegalidad.

La aceptación de tal planteamiento solo lleva a una generalización de la opacidad en materia de gestión de los fondos públicos olvidando el principio de efectividad y de remoción de obstáculos a que se refiere el art. 9 de la Constitución que tiene, a mi juicio, singular potencia en el sistema de justicia penal con concreta proyección en el principio de legalidad penal e igualdad de todos ante la Ley.

Por ello, considero que debió de haberse admitido a trámite la querrela formulada contra el Sr. Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín al Auto dictado en la Causa Especial núm. 20383/2012

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, que esencialmente sigue las argumentaciones de la Fiscalía en demanda de la inadmisión a trámite de la presente Querrela, he de discrepar, no obstante, de la conclusión que por los mismos se alcanza en la correspondiente Resolución, así como de algunas de las afirmaciones que en ella se contienen, por las razones que, seguidamente, paso a exponer.

I.- En primer lugar, no puede existir objeción alguna al planteamiento que contiene la Resolución de la mayoría (FJ 3º) acerca de cuáles han de ser los requisitos necesarios para la procedencia de la admisión a trámite de una Querrela criminal y que no son otros que:

a) La previa comprobación de su competencia por parte del órgano que se pronuncia respecto de esa admisión.

b) La posibilidad de que los hechos relatados en la Querrela sean subsumibles en algún tipo penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente.

c) La aportación, más allá de la simple apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la Querrela, de un principio de prueba que avale razonablemente su realidad, sin que resulte admisible que el querellante se limite a afirmar la existencia de los mismos, carentes de ningún apoyo objetivo al respecto.

Hay que recordar, así mismo, que este régimen ha de ser predicable por igual tanto en relación con las Querellas presentadas contra personas que gozan de aforamiento como de cualquier otro ciudadano que pudiera ser objeto de Querrela, puesto que aquellos tan sólo disfrutaban de especial tratamiento en orden al órgano que ha de conocer de las actuaciones que les afectan (la Sala del Tribunal Supremo o las de los Tribunales Superiores de Justicia) sin ninguna otra clase de trato distinto, que vulneraría el principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la Ley (art. 14 CE).

No obstante lo cual, y para una mayor depuración de los posibles datos iniciales, la propia LOPJ prevé, en los supuestos dirigidos contra Jueces o Magistrados, como la presente, la posibilidad de que el órgano competente para su instrucción, en este caso admisión de la Querrela, recabe los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación (art. 410 LOPJ).

Previsión legal sin duda justificada para preservar y, en la medida de lo posible, evitar el curso de Querellas presentadas con fines exclusivamente espurios contra miembros del Poder Judicial con el único fin de perturbar la independiente actuación de la Justicia.

Esta posibilidad que la norma ofrece fue la primera propuesta que quien suscribe este Voto Particular formuló a la Sala, en la convicción de que existían aún extremos que podían ser objeto de mayor aclaración antes de decidir sobre la pertinencia, o no, de la admisión a trámite de la Querrela en cuestión, mediante las diligencias que en aquel momento se dejaron expuestas, pretensión que ha devenido a la postre irrelevante al obtener, tan sólo, un apoyo de dos de los quince votos de los integrantes del órgano decisorio.

II.- Por lo que, dicho lo anterior, procedería ahora examinar, sucintamente, si realmente concurren o no en el caso presente los requisitos para haber admitido a trámite la Querrela y

que, como hemos visto y al margen de la cuestión acerca de la competencia de este órgano que no admite duda posible alguna, no son otros que el carácter típico de los hechos descritos en la misma y la existencia de un “principio de prueba” que, más allá de las simples apariencias, avale la posible realidad de tales hechos.

Pero, antes de pasar al análisis de ambos extremos, permítaseme formular un interrogante sin el cual considero imposible centrar el diálogo argumental con mis compañeros de la posición mayoritaria, interrogante ante el que mi respuesta quizá pueda servir de clave para la comprensión de la razón última de la discrepancia.

Con esa única finalidad yo me pregunto: ¿Estamos de acuerdo todos cuantos integramos este Tribunal (y, por extensión, quienes tengan acceso a la lectura de estos razonamientos) en que el destinar dinero público para sufragar gastos privados, al margen de los aspectos relativos a su posible tipicidad penal, constituye algo ilícito? Es más ¿Podemos convenir en que esa ilicitud, de llegar a acreditarse semejante conducta, subsiste y no puede ser excluida cualquiera que fuere la regulación administrativa del procedimiento para dicho gasto, la necesidad o no de justificación del mismo e, incluso, la existencia de controles contables ulteriores? ¿Si se probase, en definitiva, que tal uso indebido de dinero público se produjo, podría quedar excluida su ilicitud por cualquiera de los referidos argumentos?

Porque mi respuesta concluyente es que en modo alguno semejante exclusión del carácter de ilícito de la conducta resulta aceptable.

Ni la ausencia de necesidad de justificación de los motivos y destinos del gasto, ni el hecho de que se cumpliera formalmente con los trámites administrativos previstos para su cobro que, por otra parte, pueden ser los aplicables a otras Autoridades de rango similar y hasta inferior al del querellado, ni la existencia de controles contables ulteriores sanarían, en modo alguno, el carácter contrario a Derecho de ese destino indebido de los fondos públicos, bien se trate de la supuesta calificación como gastos de servicio, de representación o de protocolo.

Y a mi modo de ver aquí estriba, dicho sea con toda modestia y el máximo respeto, el fondo de la discrepancia que sostengo con mis compañeros, quienes, si no he interpretado incorrectamente el texto que apoyan y que constituye la única decisión válida de la Sala que yo por supuesto suscribo y acepto como tal, hacen referencia, al margen de los relativos más específicamente a la tipicidad de los hechos y a la insuficiencia de la aportación probatoria a los que más adelante habré de referirme, a los siguientes argumentos de exoneración de la conducta del querellado:

a) La existencia del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de septiembre de 1996, que, además de otras cuestiones como la adopción del régimen del resarcimiento de los gastos en función de la cuantía exacta del importe producido en lugar de la del sistema de “dietas, indemnizaciones y asistencias” (de conformidad con lo dispuesto en el RD 236/1988, hoy sustituido por el RD 462/2002 de contenido en este punto semejante), supone así mismo que el Cargo000 y los Cargo001 de dicho órgano no precisen “...hacer constar el motivo concreto de la actividad que provoca el gasto” (FJ 5º, pág. 18).

b) La extensión, según tales disposiciones, de ese régimen de resarcimiento de los gastos por la cuantía exacta de su desembolso, sin necesidad de la justificación previa del motivo que los provoca, además de al querellado, a otros órganos administrativos y altas Autoridades como “...los miembros del Gobierno de la Nación, Secretarios de Estado, Jefes de Misión acreditados con carácter de residentes ante un Estado extranjero u Organismo internacional,

Subsecretarios, Generales y Almirantes Jefes de Regiones y Zonas Militares, Marítimas y Aéreas y cargos asimilables a los anteriores de acuerdo con la normativa aplicable..”, entre los que, por decisión propia de quienes el 11 de septiembre de 1996 integraban el Consejo General del Poder Judicial, se encontrarían también a partir de esa fecha el Cargo000 y los Cargo001 del mismo (FJ 5º, pág. 17).

c) Que el querellado no hizo, por tanto, sino cumplir con “...la forma administrativa de proceder” generalmente aceptada, cuando no justificó los motivos de sus gastos, facilitando tan sólo las facturas de los mismos y la condición de Cargo000 de quien lo efectuó (FJ 5º “in fine”, pág. 19).

d) Y, por último, el hecho de que hayan existido controles contables acerca de esas disposiciones de fondos por el querellado, lo que imposibilitaría la existencia de delito, en especial la de la pretendida malversación, habida cuenta de que “..ninguna irregularidad se apreció en su momento por la Intervención del Consejo General del Poder Judicial en las reclamaciones que, por indemnización por razón del servicio, derivadas de los viajes a los que se refiere la querrela, formuló en su día el Cargo000..” Y más aún cuando “La propia Intervención indica, en su informe de 16 de mayo de 2012, que no formuló reparo alguno al pago de dichos gastos” (FJ 7º, pág. 23).

Por mi parte, no dudo de que el querellado cumpliera con las exigencias formales de “...la forma administrativa de proceder”, ni del hecho de que no tuviera que justificar, ni siquiera indicar, el motivo del gasto, puesto que así lo habían decidido los propios afectados, predecesores en el cargo de los actuales integrantes del Consejo, aprobando un régimen que hasta los hechos objeto de Querrela se ha venido manteniendo sin que conste que ninguna de las composiciones posteriores del órgano, incluida la actual, lo hubiera cuestionado.

De lo que discrepo rotundamente es del hecho de que la no necesidad de justificar el motivo implique autorización para que éste se convierta en la aplicación de fondos públicos para satisfacer gastos privados de la Autoridad, cualquiera que ésta fuere.

Tales consideraciones, por supuesto, han de hacerse extensivas a todos cuantos, por razón de su alto cargo, tengan disposición sobre esos fondos de carácter público, sea cual fuere su rango y sin excepción de clase alguna (excluido por supuesto S.M. el Rey, como Jefe del Estado y por las razones legales sobradamente conocidas, ex art. 56.3 CE).

Lo que viene a significar la indiferencia que me produce el que la utilización de un régimen inicialmente opaco, como el que analizamos, sea también el contemplado para diversas Autoridades, ya que el nivel de exigencia, desde la legalidad, sería el mismo para todos ellos, a la hora del cumplimiento efectivo del correcto destino de tales gastos para el erario público.

El hecho de que exista una situación normativa semejante, que alcanza a diversos sujetos (de los que por cierto en el presente momento no hay constancia procesal alguna ante esta Sala de un posible uso indebido de dichos caudales), lejos de neutralizar la eventual irregularidad cometida por el querellado, haría aún más aconsejable la emisión de un mensaje general del rigor con el que ha de producirse cualquier disposición del dinero público.

No considero fundado, en definitiva, que la ausencia de necesidad de justificar el gasto indicando el motivo, de carácter oficial y vinculado a la función pública que se desempeña, equivalga a la facultad de disponer de esos fondos para la satisfacción de gastos de carácter privado.

Antes al contrario, la única posible fundamentación de semejante régimen, opuesto a la transparencia propia del uso del dinero de todos, que no puede ser otra que la de la confianza que se deposita en quienes ocupan tan altos cargos así como la discreción requerida por ciertas actividades que, como tales, les sean propias, se vería gravemente defraudada en el caso de llegarse a acreditar el destino incorrecto de los caudales.

Recordemos que la propia Resolución de esta Sala afirma, como no podría ser de otra manera, que este especial régimen de disposición parte de afirmaciones previas tales como la contenida en la Propuesta de la Comisión Presupuestaria del Consejo General del Poder Judicial, de 4 de septiembre de 1996, cuando dice que “La citada disposición (Disp. Ad. 2ª del RD 236/1988) indica que cuando estas autoridades realicen alguna de las funciones que, según el presente Real Decreto, dan derecho a indemnización, serán resarcidos por la cuantía exacta de los gastos generados” (FJ 5º, pág. 14), o la cita del Acuerdo del Pleno del Consejo, tras sus reuniones de 11 de septiembre y 23 de octubre de 1996, acordando que “...cuando el Cargo000, los Cargo001 y el Cargo002 realicen alguna de las funciones que según el Real Decreto 236/1988, de indemnizaciones por razón de servicio, dan derecho a indemnización sean resarcidas por la cuantía exacta de los gastos realizados” (FJ. 5º, pág. 13 “in fine”), lo que así mismo se reitera en el Real Decreto 462/2002, hoy vigente en materia de “indemnizaciones por razón del servicio”, al afirmar que los altos cargos a los que hace referencia el régimen especial “...cuando realicen alguna de las funciones que, según el presente Real Decreto, dan derecho a indemnización, serán resarcibles por la cuantía exacta de los gastos realizados que sean necesarios para el ejercicio de las citadas funciones...” (FJ 5º, págs. 17 y 18).

Con lo que se confirma que, en cualquier circunstancia y sea cual fuere el procedimiento administrativo a seguir en estos casos, incluso aunque no se precise indicar el motivo de la actividad productora del gasto, ello no excluye la exigencia de la finalidad oficial de la actividad, ni permite un destino para la reintegración de desembolsos de carácter estrictamente privado.

Es, en consecuencia, del todo cierto que el “Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 11 de septiembre de 1996, y que no sólo es aplicable al Cargo000, sino también a otros miembros del Consejo General del Poder Judicial, permite efectuar el gasto y determinar, por decisión propia, el carácter del mismo, en el sentido de que deba ser resarcido o no por parte del órgano indicado; sin que las precisiones sobre el gasto causado deban ser otras que las referidas” (FJ 5º, pág. 19). Pero deducir de ahí que ya resulta intrascendente si se cumple el destino de unos fondos afectos al resarcimiento de gastos ocasionados con motivo del ejercicio de las funciones públicas o si éstos se utilizan para fines privados me parece, y he de decirlo con todo respeto una vez más, un grave error.

Por otro lado, y en cuanto al segundo de los argumentos exoneratorios de carácter general en los que se apoya la decisión mayoritaria, a saber, la existencia de controles de carácter contable, como la fiscalización de los gastos por el servicio de Intervención del Consejo e, incluso, por el mismo Tribunal de Cuentas, no sólo sería un dato que, en modo alguno, puede excluir por sí solo las posibilidades de investigación, cuando proceda, de la jurisdicción penal, a efectos de determinar la existencia, o no, de la comisión de delito, sino que, más aún, en esta ocasión puede afirmarse que no es correcta la afirmación de que tal control previo se haya producido.

De hecho, en el propio informe unido al expediente administrativo remitido por el Consejo al Ministerio Fiscal, y de éste a la Sala, elaborado por la Cargo004 de dicho órgano (folios 15 y 16 del Anexo I.I del expediente, según nuestra numeración al carecer dicho expediente de la misma), en el que ésta afirma que no se formuló ningún “reparo” en relación con las

liquidaciones objeto de análisis por la Fiscalía del Tribunal Supremo, leemos literalmente lo siguiente: “La fiscalización de la propuesta se realiza en el contexto de la denominada función interventora, ajustándose a las previsiones contenidas en el artículo 114 del reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial y en los artículos 148 y siguientes de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que en esencia significa verificar los gastos en el plano de la legalidad de los procedimientos establecidos, sin que en ningún caso para los expedientes de contenido económico que se tramitan en el Consejo General del Poder Judicial, se lleve a cabo juicio de oportunidad.”

Por lo tanto no cabe sostener que, con base en la existencia de la Intervención, lo que aquí se cuestiona, es decir, que la aplicación de los importes cuyo desembolso se resarce se destinase realmente a “...funciones que, según el presente Real Decreto, dan derecho a indemnización...” que “...serán resarcibles por la cuantía exacta de los gastos realizados que sean necesarios para el ejercicio de las citadas funciones...”, como por otro lado resulta de todo punto lógico si tenemos en cuenta que difícilmente se podría controlar por la Intervención la “oportunidad” de unos gastos respecto de los que no existía necesidad de justificación, previa ni posterior, alguna, pues, como también recuerda la Cargo004 en su Informe, en el correspondiente impreso relativo a los “desplazamientos oficiales”(sic), como ya sabemos “...no se hace constar el motivo concreto de la actividad que provoca el desplazamiento”.

Esa podría ser, por otra parte, la misma razón por la que ningún órgano del Consejo cumplimentara la solicitud del Fiscal, contenida en su Decreto de 16 de mayo de 2012, acerca de la expedición de “...certificación relativa al carácter oficial o privado de cada uno de los viajes...” en cuestión.

Para finalizar este apartado, tan sólo indicar que la propia iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, adoptada por el Pleno en su reunión de 31 de mayo de 2012, a la que también alude nuestro Auto de inadmisión a trámite de la Querella como “hecho notorio” (FJ 5º, págs. 15 y 16), referente a “La actualización de las normas sobre liquidación de comisiones de servicio con derecho a indemnización y gastos de protocolo o representativo con cargo al Presupuesto del CGPJ” junto con la necesidad de elaborar un “Plan de transparencia y austeridad”, lo único que, a mi juicio, vendría a evidenciar, en el momento actual y tras casi dieciséis años de vigencia ininterrumpida y nunca cuestionada hasta ahora del anterior régimen “administrativo”, sería la necesidad de un mayor control y transparencia de dichos gastos precisamente ante la eventualidad de que hubiera podido producirse un uso incorrecto del procedimiento para el reintegro de los mismos.

III.- A su vez, respecto del requisito imprescindible para la admisión de la Querella de la posibilidad de subsunción de los hechos en ella descritos en alguno de los tipos penales que en la misma se relacionan, y por supuesto rotundamente descartada desde un inicio la figura de la apropiación indebida (art. 438 en relación con el 252 CP) al no hallarnos ante un dinero previamente recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlo a devolverlo, como la norma exige, no resulta en mi opinión descartable, en forma alguna, la existencia tanto de la figura de la estafa cometida por autoridad, abusando de su cargo, descrita en el artículo 438 en relación con el 248 del Código Penal, ni la de la malversación, no tanto la prevista en el artículo 432, a la que se refiere el Auto de la Sala, como la del 433 del mismo Texto legal.

Y así: 1.- De acuerdo con lo que mis compañeros mayoritarios exponen, con razón evidente, la “estafa especial”, cometida por autoridad o funcionario público, contemplada en el artículo 438

requiere tanto el carácter subjetivo público atribuible a su autor como, por remisión del indicado precepto, la concurrencia íntegra de todos los elementos propios de la “estafa común”, es decir:

- a) Un acto de disposición patrimonial en perjuicio del propio disponente o de un tercero;
- b) Que dicha disposición se produzca como consecuencia de un error, de entidad suficiente, provocado en quien la llevó a cabo por el autor del ilícito; y
- c) La existencia de ánimo de lucro en la conducta del infractor.

El Auto de esta Sala afirma categóricamente, y con menor dedicación a los otros dos requisitos, la imposibilidad de la estafa ante la ausencia de “engaño” de clase alguna.

Y yo me permito cuestionar si el hecho de formalizar y suscribir una serie de documentos titulados “Indemnización por razón de servicio. Altos cargos”, en los que se consignan una serie de gastos a reintegrar con cargo a los fondos públicos de los que dispone el Consejo General del Poder Judicial, documento encabezado, tras el nombre del suscriptor, por la afirmación de que lo hace “...como Cargo000 del C.G.P.J...” que “... se ha desplazado a -----, los días - a - de ----- habiendo devengado las siguientes indemnizaciones”, no supondría la existencia de un verdadero engaño caso de llegar a acreditarse, como la Querella refiere a mi juicio con base en más que simples apariencias, que dichos viajes, o al menos algunos de los gastos que se relacionan, en realidad eran de carácter meramente privado y ni estaban relacionados con el cargo ni con las funciones propias del mismo que justifican su carácter de “indemnización por razón del servicio”.

En mi criterio, ante un supuesto semejante, la concurrencia de ese requisito legal del engaño podría afirmarse.

Engaño que alcanzaría plenamente además la categoría de “bastante” si tenemos en cuenta que la ausencia de obligación de justificar el motivo del desembolso, producto de la confianza depositada en el alto cargo, impide la ulterior posibilidad de control por parte de los inicialmente llamados a ejercerlo.

El hecho, constatado en alguno de los documentos de que disponemos (por ej. folio 71 del Tomo Anex I.1 del expediente), de que los mismos hubieran sido suscritos en ocasiones por personas diferentes del declarante, cuya identificación figura de forma correcta en la antefirma correspondiente, resulta a mi juicio del todo irrelevante a nuestros efectos, aunque este extremo quizá fuera uno de los más importantes de aquellos que habrían justificado la apelación al procedimiento del artículo 410 LOPJ al que anteriormente nos referimos, a fin de recabar la posible información de que dichos firmantes, que obviamente lo hacían también basados en la confianza y ausencia de justificación en las que se inspiraba el procedimiento, pudieran disponer en orden al contenido y la fuente de su conocimiento acerca del carácter y destino de los gastos reintegrados o, si es que les fuera posible, con todo, aportar algún dato de interés al respecto.

Junto a ello, tanto la existencia del “desplazamiento patrimonial” con perjuicio para el disponente, en este caso la Administración, ejercida por los órganos correspondientes del Consejo, como el “ánimo de lucro” del autor que de esta forma se enriquecería indebidamente, no admitirían dudas.

Tan sólo quedaría, por tanto, hacer frente a la manifestación de la mayoría en orden a la imposibilidad, de nuevo, del delito de estafa por hallarnos ante caudales públicos que, en todo caso, nos remitirían al delito de malversación.

En este sentido no se advierte que la naturaleza de los bienes objeto de defraudación constituya elemento alguno, positivo ni negativo, exigido por el delito descrito en los artículos de referencia (248 y 438 CP), no obstante lo cual a lo que podría en todo caso conducirnos semejante reflexión es a un problema de orden concursal, que se resolvería de acuerdo con las reglas correspondientes, como ya ha tenido ocasión esta Sala de hacer en algún supuesto precedente ante la presencia de unos hechos susceptibles de ser calificados simultáneamente como delitos de estafa y malversación (vid. SSTS de 27 de enero de 2003 y 30 de octubre de 2008), sin que ello tenga que suponer evidentemente, en ningún caso, la total impunidad de la conducta.

2.- Por su parte, en lo que se refiere al delito de malversación, también coincido con mis compañeros en la imposibilidad de una calificación acorde con el supuesto contemplado en el artículo 432 del Código Penal, esencialmente porque el verbo nuclear que describe la acción en ese tipo, "sustrajere" (o "consentir que un tercero sustraiga"), en relación con los caudales o efectos públicos que el autor tenga a su cargo, de ningún modo se corresponde con la conducta que la querellante atribuye al querellado. Ni él sustrajo ni consintió que otro sustrajera.

Pero, lejos de quienes pudieran pensar que nos hallásemos ante un comportamiento que, caso de ser cierto, se movería tan sólo en plano de la ética, de la responsabilidad política o, incluso, de la "estética" de los comportamientos del servidor público, yo considero que los hechos descritos en la Querrela sí que podrían ser susceptibles de calificación penal en el supuesto, como venimos repitiendo, de que resultasen ciertos.

Y ello porque recordando la literalidad del artículo 433 del Código Penal observamos que el mismo se refiere a "La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones..."

De modo que si se concluyera demostrando que el querellado, en su condición de Autoridad, aplicó al pago de gastos privados fondos destinados exclusivamente a sufragar importes derivados del ejercicio de sus funciones públicas, parecería claro que nos encontramos ante el supuesto descrito en el precepto que acabamos de transcribir.

La única cuestión que podría suscitarse, a propósito de qué ha de entenderse por "...caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones...", ya ha sido resuelta por esta Sala en supuestos anteriores como cuando se dice, con carácter general para las diferentes formas típicas de la malversación, que "Son posibles autores del ilícito todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho o de derecho, sobre los bienes, entre o no en las facultades propias de su cargo o cuerpo administrativo al que se pertenezca. Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución nominativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada por su condición de servidor público, y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero, de esos caudales" (STS de 29 de enero de 2004).

Y que de modo aún más concreto, en referencia al tipo del artículo 433, proclama la STS de 13 de junio de 2003: “Esta expresión del art. 433 -como la de que “tengan a su cargo” del art. 432- abarca no sólo los supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos sino aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos.”

En sentido semejante muchas otras, como las SSTS de 5 de junio de 1998, 5 de octubre de 1999, 1 de diciembre de 2000, 18 de noviembre de 2002, etc.

A mi parecer, resulta evidente que el querellado disponía de competencia para adoptar decisiones (la mera presentación del formulario cumplimentado y la aportación de las facturas correspondientes a los gastos en él consignados) para, sin más trámite, control ni intervención de tercero en lo que a su correcto destino se refería, obtener el importe de los reintegros reclamados.

3.- No pudiendo en este momento tampoco olvidar, a fuerza de ser técnicamente rigurosos y a pesar de la ausencia de mención en la Querella, la posibilidad de que nos encontrásemos así mismo ante la comisión de un delito de falsedad documental, si los datos obrantes en los formularios de reintegro, en concreto la afirmación de que se trataba de gastos con derecho a “indemnización por razón del servicio”, no se correspondían con la realidad.

Delito calificable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 390 o en el 392 del Código Penal, dependiendo de que se interpretase que tales documentos se cumplimentaban dentro del ejercicio de las funciones públicas desempeñadas o a título meramente particular de pretensión de un reembolso de gastos previamente efectuados, con el resultado más que probable en el segundo de estos supuestos, de la exclusión de la tipicidad de la conducta de acuerdo con lo previsto en el mismo art. 392.1, en relación con el 390.1.4 (“faltando a la verdad en la narración de los hechos”), por tratarse de una mera “falsedad ideológica”.

Infracción que, en cualquier caso, entraría en relación de concurso instrumental con los anteriores delitos.

IV.- Pero, con todo y a pesar de lo ya dicho hasta aquí, aún cabría la posibilidad de sostener, como hace la Resolución de la Sala, que estamos lejos de poder afirmar que la Querella analizada ofrezca “...ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia (la de los hechos relatados), sin ningún apoyo atinente a los propios hechos” (apdo. b) del FJ 3º).

Coincido plenamente con mis compañeros en negar cualquier viso de prosperidad a un tipo de Querella simplemente “prospectiva”, que no aporte elementos verdaderamente serios acerca de la verosimilitud de lo que se denuncia, y más aún cuando lo que está en cuestión es la confianza que merece la conducta de un alto cargo que, por su propia dignidad, pudiera ser acreedor de un cierto “plus” presuntivo favorable.

Lo que, sin embargo, tampoco debe llevarnos nunca al extremo opuesto, que sería el de exigir en estos casos de personas aforadas la existencia, desde un inicio, de pruebas sólidas y determinantes, equivalentes en la práctica a las necesarias para fundamentar una Resolución condenatoria, cuando aún ni se ha permitido, inadmitiendo la Querella, la posibilidad de una investigación.

En semejante trance y necesario equilibrio entre lo que son meras apariencias inconsistentes y pruebas plenamente convincentes, observando el caso que nos ocupa, he de concluir en la existencia de suficientes elementos para justificar la admisión a trámite de la Querrela, dando paso a la ulterior investigación exhaustiva de lo realmente acontecido, sin que ello signifique, por supuesto, prejuicio alguno ni condicionamiento para ulteriores decisiones que pudieran proceder en Derecho a resultas de esa investigación, incluido el sobreseimiento posterior de las actuaciones.

Los elementos en los que baso esta inicial convicción, a los solos efectos de la admisión a trámite de la Querrela, por considerar la existencia de datos que hacen abrigar de forma suficientemente consistente la posibilidad de que los gastos de referencia se correspondían con actividades ajenas a la función propia de la Autoridad, son, en principio, los siguientes:

- La reiteración de los viajes en los que tales gastos se producían, con una periodicidad aproximada de uno cada dos meses (veinte en algo más de tres años).
- La repetición del lugar de producción de esos gastos, la ciudad de Marbella y sus alrededores.
- La duración de las estancias, generalmente entre 4 y 5 días.
- El contenido de la mayor parte de las facturas, relativas a consumos en establecimientos de restauración de la referida localidad, además de los correspondientes a los necesarios desplazamientos.
- La persistente similitud en las consumiciones realizadas en tales refacciones que, por otra parte, no suponían en general un gasto excesivamente cuantioso (lo que, obviamente, no podría suponer nunca la atipicidad de la conducta, de acreditarse gastos, aunque tan exiguos, hubieren sido indebidamente reintegrados con cargo al erario público).

Datos todos ellos que inducen a pensar que tales desembolsos bien podrían referirse a gastos producidos, en la mayor parte de los casos al menos, por las mismas dos personas, una de ellas el querellado obviamente.

Resultando por ello difícil de entender el que se tuvieran que celebrar tan reiterados encuentros, con la misma persona (si es que era así), para tratar asuntos de carácter oficial, en un lugar tan distante de la sede del órgano y por estancias dilatadas, que excedían aparentemente con mucho de las necesidades temporales propias incluso de los actos oficiales de carácter puntual celebrados, en las ocasiones en las que se alude a alguno de éstos como justificativo inicial del desplazamiento.

Estancias que se prolongaban al fin de semana o a días festivos, lo que añade aún más dudas a la posibilidad de que los gastos reclamados se produjeran con motivo del desempeño de una actividad oficial.

De hecho, en al menos dos de los documentos unidos al expediente, se hace alusión, en notas añadidas a lápiz (folios 78 y 82 del Anexo I, 1 del Expediente administrativo), a la identidad del otro comensal, que se corresponde al parecer con una persona del servicio de seguridad del propio querellado, a cuyas dietas se consigna la aplicación, en tan sólo esa ocasión, del 50% del coste total de la comida o cena, ignorándose qué motivos de carácter oficial podrían justificar los gastos derivados de la misma, especialmente respecto del querellado, toda vez que los miembros de su servicio de seguridad sí que se encontraban de servicio.

Pero, ¿por qué se carga la mitad de tan sólo ese único importe al régimen de dietas del funcionario cuando todas las apariencias, en especial la nutrida reiteración en el consumo de prácticamente los mismos o muy parecidos alimentos, inducirían a considerar, al menos inicialmente y salvo otra explicación más solvente al respecto, que se trataba en muchos de los casos de los mismos comensales?

Debiendo resaltar en este punto, por otra parte, que no es cuestión que aquí interese, en modo alguno, la identidad de quien comiera o cenase con el querellado, ni mucho menos los motivos o temas de tales cenas, que pertenecen al ámbito de la más absoluta e íntima libertad para disponer de su persona y su tiempo, más allá del exclusivo fin de llegar a determinar, con la requerida certeza y ante las dudas suscitadas, si se trataba efectivamente de actividades oficiales, relacionadas con las funciones de su cargo, o, por el contrario, meramente privadas y, por ende, no cubiertas por el derecho al posterior reintegro con cargo al Presupuesto del Consejo.

Unido lo anterior no sólo a la falta de justificaciones al respecto por parte del interesado, lo que por otro lado ciertamente sólo de forma voluntaria puede éste prestar, sino también al dato relativo a la ausencia de cualquiera de los Cargo001, incluidos los responsables del territorio donde tales gastos se produjeron, circunstancia que, lógicamente, no resulta determinante pero sí significativa por su reiteración y porque, según el propio Informe de la Cargo004 ya mencionado, "...en el caso de los gastos del Cargo000, normalmente se agrupan con indemnizaciones por razón del servicio generadas por Cargo001 del Consejo".

A su vez, la constancia de que se abonasen diversos pagos por el propio querellado no excluye el análisis de los cargados al Consejo, con las características y circunstancias que venimos refiriendo, antes al contrario nos hallamos por ejemplo ante unos supuestos, expresamente recogidos por el propio Fiscal en su Decreto de Archivo hasta un número de cinco, que se refieren, al parecer, a viajes estricta y reconocidamente privados, puesto que no se indica actividad oficial alguna durante ellos y así consta, según el Ministerio Público, que fueron costeados en su totalidad por el interesado en lo que se refiere a los gastos devengados por las estancias, pero en los que, sin embargo y contradictoriamente, se cargaron los costes de desplazamiento al Presupuesto del Consejo. Se trata, concretamente, de los viajes realizados los días del 19 al 23 de febrero de 2009, del 23 al 27 de abril de 2009, del 4 al 8 de junio de 2009, del 9 al 14 de septiembre de 2009 y del 25 de febrero al 2 de marzo de 2010.

Por el contrario, el cargo también recogido en el Decreto mencionado del coste del billete de avión de regreso a Madrid desde un viaje particular, el 22 de diciembre de 2008, no ofrecería dudas a mi juicio, ya que se afirma que la interrupción de dicho viaje se produjo "por motivos oficiales".

Más cuestionable, y precisado por ello de mayor aclaración, sería a su vez el reintegro del gasto del vuelo, el 6 de noviembre de 2008, de Asturias (donde consta que el querellado se hallaba con motivo de una actividad oficial) a Málaga, en la que permaneció hasta el 11 de ese mismo mes, sin que se conozca motivo oficial para ello y abonando el propio querellado nuevamente los gastos de estancia, aunque no los del viaje en tren de regreso a Madrid que los volvió a soportar el Consejo.

Estos datos que consideramos ya suficientes, sin necesidad de extendernos más en otros de similar carácter, para constatar la necesidad de la investigación que se postula, vienen lógicamente documentados todos ellos en el expediente administrativo que consta en las

actuaciones, en el cual aparece también una nota compuesta de varias páginas y tipografía de gran tamaño (primeras cuatro págs. del Anexo VI del expediente), cuya concreta autoría no consta debidamente aunque resulta claro que ha sido confeccionada con datos facilitados por el propio interesado, en la que se detallan una serie de viajes, motivos oficiales y gastos que se dicen sufragados por cuenta del propio querellado, pero que, como ya se ha dicho, no llegan a despejar todas las dudas que, acerca de la naturaleza de los desembolsos analizados y la procedencia del reintegro de muchos de ellos, se suscitan a partir de lo que se acaba de exponer.

Por ello tampoco puedo compartir el criterio del Auto cuando en él se afirma que la Querrela se basa en simples informaciones periodísticas y, en consecuencia, carentes de la necesaria solvencia, toda vez que no sólo en la propia Resolución se atribuye el carácter de “hecho notorio, por su difusión en los medios de comunicación” a la reunión del Pleno del Consejo, del 31 de mayo de 2012, de la que ya hemos tenido oportunidad de tratar, sino porque se olvida que la Querrela ya incorporaba el Decreto de Archivo del Fiscal del que se extraen datos y circunstancias tan relevantes como los que acabamos de reseñar y, lo que es aún mucho más importante, el hecho que no puede obviarse de la presencia en las actuaciones del propio expediente administrativo interesado por esta Sala, evidentemente con la finalidad de poder formar criterio en nuestra decisión, que, al margen de interesadas o sesgadas interpretaciones periodísticas en relación con algunos concretos aspectos, lo cierto es que, con carácter general, parece avalar muchas de las manifestaciones efectuadas, con mayor o menor acierto argumental, por la querellante.

V.- En resumen de todo lo dicho hasta aquí pueden alcanzarse, en mi opinión, las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Que el hecho de que no le fuera exigido al querellado la identificación, en el formulario destinado a reclamar el reintegro de los gastos realizados y que daban lugar a la correspondiente “indemnización por razón de servicio”, del motivo y naturaleza de las actividades que tales gastos hubieran producido, en modo alguno puede entenderse que le facultaba a utilizar esos fondos públicos para reintegrarse de desembolsos efectuados con carácter estrictamente privado.

SEGUNDA.- De igual forma que no puede sostenerse que semejante comportamiento, de acreditarse como cierto, estaría excluido de la condición de ilícito tanto por el mero hecho de que se haya seguido el procedimiento formal administrativo reglamentariamente previsto como por el de que éste resulte igualmente de aplicación extendida a otros altos cargos y Autoridades de la Nación, incluidos los propios Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial, de los que esta Sala no tiene noticia procesal de comportamientos similares y que, incluso si en algún momento y caso pudiera llegar a tenerla, no debería ello servir en modo alguno de base para la exculpación de quien o quienes pudieran haber incurrido en tal responsabilidad.

TERCERA.- Que tampoco puedo compartir el argumento de la imposibilidad de existencia de delito por la presencia de controles contables que fiscalizaron los reintegros reclamados y satisfechos al querellado porque, además de que nunca tales controles habrían podido impedir la actuación de la jurisdicción penal, caso de existir al margen de ellos fundadas sospechas de la comisión de delitos, lo cierto es que, en esta ocasión, los referidos “controles”, en concreto acerca de la realidad del destino correcto del dinero público, no existieron, toda vez que dicho control resultaba imposible, al no tener constancia la Intervención de las causas que motivaban la producción de los gastos a reintegrar, por la propia ausencia de la necesidad de

manifestarlos, de acuerdo con lo dispuesto por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión del 11 de septiembre de 1996.

CUARTA.- Que a partir de las anteriores manifestaciones, de acreditarse la realidad de los hechos objeto de Querrela, los mismos podrían constituir un delito de estafa cometida por Autoridad, con abuso de su cargo, del artículo 438 en relación con el 248 del Código Penal, o de la malversación prevista en el artículo 433 del mismo Cuerpo legal, sin rechazar tampoco la mera posibilidad de que nos hallemos, igualmente, ante otro, no contemplado en la Querrela, de falsedad cometida por Autoridad en el ejercicio de sus funciones (art. 390 CP) en relación de concurso medial (art. 77.1 CP) con uno de los anteriores.

QUINTA.- Que se cuenta ya con elementos suficientes para considerar la existencia de datos, inferiores en grado de certeza a las pruebas capaces de enervar el derecho a la presunción de inocencia pero en cualquier caso más solventes que las meras apariencias, indicativos de la posible comisión por el querrellado de los referidos ilícitos y que justificarían la procedencia de una más amplia investigación al respecto, antes de acordar la decisión final jurídicamente correcta.

En definitiva, considero que existían méritos suficientes por los que, una vez rechazada en votación la conveniencia de hacer uso del trámite contemplado en el artículo 410 de la LOPJ para un mejor esclarecimiento previo de los hechos y de su calificación jurídica, el pronunciamiento que esta Sala debería haber alcanzado, a mi juicio y reiterando el sincero respeto que me merece la opinión de la mayoría, no era otro que el de la admisión a trámite de la Querrela que encabeza las presentes actuaciones, designando Instructor y dando curso a la investigación de los referidos hechos en ella descritos, hasta alcanzar el resultado que, a la postre y con un conocimiento más pleno de lo realmente acontecido, en Derecho procediera.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro al auto dictado por el Pleno Jurisdiccional de esta Sala el 18 de junio de 2012, en la causa especial 20383/2012, que resuelve sobre la admisión a trámite de querrela.

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de inadmitir a trámite la querrela interpuesta por la Asociación Preeminencia del Derecho, representada por su Cargo000 D. José Liberto.

PRIMERO.- La querrela interpuesta por la referida Asociación ejercitando la acción popular cumple los requisitos que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 277).

En efecto, se presenta ante el Tribunal competente para conocer de la causa dado el aforamiento del querrellado. Aparece suscrita por letrado y procurador y ha sido ratificada por la parte querellante ante esta Sala. Recoge los datos identificativos de la querellante y del querrellado. Contiene una relación circunstanciada de los hechos que se imputan como delictivos. La Asociación querellante solicita que se la tenga personada como acusación popular e interesa la práctica de determinadas diligencias de investigación. Y, además, subsume los hechos presuntamente delictivos en una norma penal: el art. 438 del texto punitivo.

En cuanto a la relación circunstanciada de los hechos, es preciso advertir que si bien en un primer escrito, presentado el 31 de mayo, la parte querellante exponía una relación fáctica

genérica, remitiéndose a los hechos que se describían en informaciones periodísticas y en el anexo segundo que acompañaba a la querrela (diligencias informativas del Ministerio Fiscal), con posterioridad, el 4 de junio siguiente, presentó otro escrito complementario en el que sí se especifican ya los veinte viajes que la querellante considera subsumibles en el tipo delictivo del art. 438 del C. Penal.

La parte afirma que el querellado se valió del régimen de "indemnizaciones por actos de servicio" derivado de su cargo de Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial a lo largo de veinte fines de semana, entre el 5 de noviembre de 2008 y el 20 de marzo de 2012, cargando a las cuentas del Consejo los gastos de viajes y estancias en Puerto Banús (Marbella) que eran privados, en todo o en parte, por un monto de 12.966,09 euros, según datos publicados, que -dice- no han sido desmentidos.

Especifica a continuación los veinte viajes, adjudicándoles a cada uno de ellos un carácter privado, oficial o mixto, y señala también el importe de los gastos en tres partidas: gastos por desplazamientos (4.120,13 euros), por alojamiento y manutención (4.753,86 euros) y por atenciones protocolarias (4.122,10 euros).

Acto seguido hace una referencia al Decreto del Ministerio Fiscal mediante el que, tras una investigación sumaria de carácter documental, se acordó el archivo de la denuncia presentada ante la Fiscalía por el Cargo001 del Consejo General del Poder Judicial D. José Miguel.

Por último, y en cuanto a las diligencias a practicar para esclarecer los hechos, solicita que se averigüen cuáles fueron los motivos que determinaron el cargo de los gastos de atenciones protocolarias a las arcas del Consejo en viajes netamente privados o mixtos del querellado a Puerto Banús.

También interesa que se esclarezcan las razones de cada viaje, las fechas exactas de los actos oficiales que pudieran justificarlos y por qué se prolongó la estancia y la manutención con cargo al Consejo una vez desaparecida la finalidad institucional del viaje. E igualmente, dice la querellante, habría de averiguarse cuánto dinero ha podido defraudar el querellado y quién era la persona con carácter de autoridad a quien invitaba a cenar o comer por cuenta del presupuesto del Consejo.

El 12 de junio pasado, horas antes de la deliberación, la asociación querellante presentó otro escrito en que se ampliaban los hechos objeto de la querrela. En él se describen otros doce viajes que, con base en informaciones periodísticas, considera también como posibles hechos delictivos objeto de investigación.

En cuanto al aspecto jurídico de la provisional subsunción de los hechos objeto de la querrela en la norma penal, considera que se está ante un presunto delito del art. 438 del C. Penal.

A todo ello ha de añadirse que figura unida a la causa la sucinta investigación practicada por el Ministerio Fiscal, y en concreto toda la documentación que remitió en su día el CGPJ sobre los gastos correspondientes a los veinte conflictivos viajes, y también consta el Decreto de archivo que dictó el Ministerio Público el 21 de mayo al estimar que los hechos denunciados por el precitado Cargo001 del CGPJ no eran delictivos.

No se está por tanto ante unas meras informaciones periodísticas sobre las que se pretende cimentar un proceso penal. Lo cierto es que los hechos tuvieron ya una fase de debate durante varios meses en el propio CGPJ. Posteriormente el Cargo001 ya referido acopió la

documentación sobre los viajes del querellado y presentó con ella un escrito de denuncia. Y, por último, el Ministerio Fiscal realizó una investigación sumaria y dictó un Decreto acordando el archivo de las diligencias informativas.

Por lo demás, no puede exigirse que el querellante haya tenido conocimiento propio o personal de los hechos, puesto que no estamos ante el ejercicio de una acción particular sino popular. Y como resulta patente que los bienes jurídicos que tutela el delito de malversación, tanto desde la perspectiva del erario público como del correcto funcionamiento de la Administración como servicio público, son bienes supraindividuales o colectivos, no parece pues cuestionable en este caso la legitimación procesal de una acusación popular. Y es que, con arreglo a la doctrina más reciente de esta Sala sobre el tema, es en el ámbito de los delitos que tutelan bienes supraindividuales o colectivos donde la acción popular desempeña su función más genuina, excluyéndose por tanto en esos casos el monopolio del Ministerio Fiscal (SSTS 54/2008, de 8-4; y 8/2010, de 20-1).

A tenor de lo que antecede, entiendo que sí se cumplimentan en este caso los requisitos formales que requiere la Ley Procesal Penal para admitir a trámite la querrela. Procederé, pues, a examinar ahora si concurren también los requisitos procesales desde una perspectiva más sustantiva o material.

SEGUNDO.- 1. Para analizar desde una dimensión sustantiva o material los requisitos exigibles para admitir la querrela a trámite seguiré como hoja de ruta el Decreto dictado por el Ministerio Fiscal para archivar la denuncia formulada por uno de los Cargo001 del CGPJ.

El Ministerio Público inició unas diligencias informativas el 11 de mayo de 2012 con el número 6/2012 con el fin de investigar la denuncia del Cargo001 del Consejo. Y después de practicar solo diligencias de investigación documentales, dictó el Decreto de Archivo de 21 de mayo siguiente, al estimar que los hechos no eran constitutivos de delito alguno.

El Decreto contiene, tras una introducción preliminar, una primera parte dedicada a los hechos objeto de la denuncia. Aquí se recogen los 20 viajes del querellado a Málaga-Marbella, clasificándolos en tres grupos: aquellos que no han generado gastos oficiales; los de carácter mixto que han generado cargos al Consejo y también desembolsos por cuenta personal del Cargo000, que son la mayoría; y, por último, los viajes realizados con cargo al Consejo en su integridad.

2. En los fundamentos de derecho del Decreto se exponen las razones en que basa el Fiscal el archivo de la denuncia. El argumento nuclear que se reitera en la motivación jurídica del Decreto es la vigencia de un Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de septiembre de 1996, es decir, muy anterior al Consejo actual, que constituye un obstáculo, según el Ministerio Fiscal, para investigar cuáles eran las causas y el objetivo de cada viaje.

A ese Acuerdo se refiere el Cargo002 del Consejo en su certificación de 16 de mayo de 2012 y también la Cargo004 en su informe de la misma fecha.

En su punto seis, aclarado después por el nuevo Acuerdo del 23 de octubre, se dispone lo siguiente: "Aprobar la propuesta de la Comisión presupuestaria y acordar que cuando el Cargo000, los Cargo001 y el Cargo002 realicen algunas de las funciones que según el Real Decreto 236/1998, de indemnizaciones por razón de servicio, dan derecho a indemnización, sean resarcidos por la cuantía exacta de los gastos realizados. Al propio tiempo los Altos Cargos del Consejo podrán, bajo su responsabilidad, justificar gastos menores hasta una

cantidad igual al cincuenta por ciento de lo establecido para gastos de manutención, en el art. 10 del Real Decreto 236/1998, cuando no puedan justificar los recibos originales de los gastos realizados”.

Este Acuerdo del Pleno del CGPJ es el instrumento que, para el Ministerio Público, justifica los límites sustanciales de carácter jurídico que impiden ahondar en una investigación de índole penal. Pues afirma el Fiscal que, tal como se reseña en la certificación del Cargo002 del CGPJ y en el informe de la Cargo004, en los impresos de “indemnización por razón de servicio-Altos cargos” no se expresan las actividades relacionadas con el cargo ni las funciones que motivan el desplazamiento.

Pues bien, según sostuve en el curso de la deliberación, aunque el Acuerdo viene a operar en la práctica como una especie de “cláusula de autoblindaje” que impide o cercena el control del uso de los fondos públicos que hacen los representantes del Poder Judicial, no puede, sin embargo, bloquear una investigación penal cuando concurren indicios delictivos.

En efecto, la falta de transparencia que genera un Acuerdo de esa índole no puede afectar a las investigaciones judiciales de hechos delictivos. Tan es así que el propio CGPJ ha estimado excesivas la oscuridad y el descontrol que genera una resolución de esa naturaleza, según se constata en el nuevo Plan de transparencia y austeridad que ha puesto en marcha en el Pleno celebrado el pasado 31 de mayo.

Que el referido Acuerdo de 1996 no puede bloquear u obstaculizar la investigación de hechos delictivos cuando concurren indicios que justifiquen la apertura de un proceso penal, es algo que resulta incuestionable a resultas de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

Y así, parece oportuno citar las tres sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 4 de abril de 1997. Se trataba de dirimir el recurso contencioso-administrativo de protección de derechos fundamentales interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-8-1996, mediante el que se denegó la desclasificación de unos documentos declarados secretos solicitada por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional. En ese caso se dirimía el alcance del control de los jueces sobre los actos de dirección política del Gobierno cuando hay en juego una investigación criminal con importantes bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo entendió que, a pesar de hallarse amparados los acuerdos del Gobierno en los preceptos de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada el 7 de octubre de 1978, era preciso ponderar los valores en liza para decidir sobre la desclasificación de los documentos relacionados con las actividades del CESID. Había, pues, que sopesar y compulsar la relevancia del derecho a la seguridad y defensa del Estado, de una parte, y de otra el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad del derecho a la prueba en un proceso penal en que se investigaban graves acciones delictivas. El Tribunal decidió desclasificar parte de los documentos siguiendo el criterio de su relevancia probatoria en la causa penal, criterio que sopesó con las repercusiones que la desclasificación habría de generar en la seguridad y defensa del Estado.

Aunque el supuesto que ahora se examina es muy distinto a aquel, lo cierto es que sí se trata también de un caso de ponderación de valores y de principios constitucionales. De modo que si en el caso citado se consideró que una decisión adoptada en el ámbito competencial del Gobierno de la Nación y sustentada en una Ley de Secretos Oficiales podía resultar limitada en su eficacia ejecutiva por la enjundia de los bienes jurídicos que se tutelan en un proceso penal,

ha de entenderse que mucho más factible resulta que un Acuerdo del CGPJ, con una jerarquía jurídica obviamente inferior a la de un texto legislativo, ceda ante la investigación a realizar en un proceso penal. Máxime si el Acuerdo resulta cuestionado por los propios miembros del CGPJ debido a la opacidad que genera en el control del uso y destino de los caudales públicos.

Por consiguiente, si bien es cierto que el querellado u otros integrantes del CGPJ pueden realizar gestiones y establecer contactos personales en el ejercicio de su alta función que deben quedar reservados o apartados del conocimiento público, esa reserva establecida para supuestos determinados no puede convertirse en una especie de blindaje jurídico cuando concurren indicios de una posible actividad delictiva. De manera que la confianza que los ciudadanos les otorgan a través de sus representantes políticos flexibilizando o reduciendo los controles aplicables habitualmente al uso de fondos públicos con el fin de que desempeñen con eficacia su función, puede desaparecer y convertirse en desconfianza cuando concurren sospechas fundadas de que el dinero público se ha podido utilizar en gastos privados, reactivándose entonces las medidas controladoras y de supervisión a través de una investigación delictiva.

Así las cosas, el Acuerdo citado no debe suponer un obstáculo jurídico para la investigación penal, si bien de facto si lo es, dado que contribuye a que no queden vestigios de presuntas actuaciones delictivas en el caso de que sea preciso investigarlas. Por ello, ante la falta de un sistema de control que obligue a registrar bajo secreto las actividades realizadas por los altos cargos, ahora solo se cuenta, en su caso, con las manifestaciones voluntarias del propio querellado y con otras diligencias complementarias de investigación que pudieran practicarse para esclarecer unos gastos que la parte querellante considera incursos en una posible ilicitud penal.

En consonancia con lo expuesto, es claro que discrepo sustancialmente con la alegación que hace el Ministerio Fiscal al final de su escrito de 8 de junio de 2012, en el que se opone a la admisión a trámite de la querrela.

Dice el Ministerio Fiscal sobre el Acuerdo del CGPJ de 11 de septiembre de 1996, al ponerlo en relación con la conducta que se le atribuye al querellado, que la normativa aprobada por el Consejo no puede jugar en contra del querellado. Y ello -argumenta- porque "si no existe una normativa establecida y un uso perfectamente reglado en cuanto a la justificación de gastos y sí existe, por el contrario, un silencio de la Intervención en todos los supuestos, no puede exigírsele a posteriori, al cabo de un periodo de tiempo en algún caso superior a tres años, que justifique el motivo del viaje, la razón del alojamiento o la persona o situación que generó la atención protocolaria". Y añade a continuación el Fiscal: "el procedimiento parece más bien que debiera ser el contrario, esto es: establézcase con carácter previo un procedimiento en el que taxativamente se fijen las causas y los supuestos de justificación de gastos y aplíquese con posterioridad el tipo penal correspondiente a las infracciones o posibles excesos por el incumplimiento de tal normativa".

El Ministerio Público viene a decir, pues, que como no había una normativa rigurosa y eficaz para el control de los gastos de los altos cargos del CGPJ -normativa que el propio Consejo con su Acuerdo del año 1996 consiguió desactivar o cuando menos suavizar- no concurriría acción delictiva alguna en el caso de que alguno de los Cargo001 del CGPJ, aprovechándose de esa laxitud en los controles, acabara dedicando los fondos públicos a fines privados o personales. Con lo cual la falta de control propiciada por una normativa aprobada en su día por los propios controlados vendría a suponer una especie de cláusula exoneradora de la responsabilidad criminal.

Es claro que no puedo compartir el argumento del Ministerio Público. Pues si se diera el supuesto de una posible conducta malversadora de los fondos públicos, que es lo que se trata de investigar en este proceso, entiendo que la falta de controles no podría comportar una aminoración o exclusión de la responsabilidad sino más bien todo lo contrario.

TERCERO.- Tal como se desprende de lo argumentado hasta aquí, la cuestión clave se centra en dilucidar si concurren o no indicios delictivos suficientes para abrir una investigación criminal. Esto es, si aparecen datos indiciarios que permitan afirmar que el querellado pagó con fondos públicos pertenecientes al presupuesto del Consejo sus gastos privados ajenos a actos de servicio relativos a la función pública.

Sobre este particular el Ministerio Fiscal expone en el fundamento tercero de su Decreto de archivo de 21 de mayo de 2012 que “no existe prueba alguna, ni directa ni indiciaria, que permita afirmar que la conducta del Cargo000 del Consejo deba ser sometida a los parámetros del Derecho Penal, en concreto del art. 432 ni tampoco del art. 433”. Y para fundamentarlo alega como dato indiciario exculpatario que el querellado abonó determinados viajes y gastos de su dinero particular, concluyendo que no tuvo con su conducta intención de lucrarse.

Sin embargo, no analiza de forma pormenorizada el Fiscal la copiosa documentación que le remitió el Consejo ni explica la falta de datos relativos a actos oficiales que justifiquen la estancia en Málaga-Marbella, ni tampoco argumenta sobre la deriva de los viajes oficiales hacia estancias particulares en ese punto geográfico a pesar de no constar que acudiera a actos oficiales, dado que se trataba ya de fines de semana en los que no suele haber actos de esa índole.

Del examen de las actuaciones, y sin hacer tampoco un estudio minucioso de la documentación dado el objetivo y alcance de esta resolución, se desprenden algunos datos objetivos que tienen una significación indiciaria de índole penal.

En primer lugar, la lectura de las facturas que obran unidas a la causa permiten colegir, siempre desde una perspectiva meramente indiciaria dada la fase embrionaria del proceso en que nos hallamos, que hay unos cuantos viajes oficiales que se realizan a puntos geográficos lejanos del territorio de Málaga-Marbella, pese a lo cual, después de cumplimentarse la actividad oficial, el querellado acaba los días de descanso laboral en esa zona con cargo a los presupuestos del Consejo.

Y así, el viaje que comprende las fechas 5-11 de noviembre de 2008 se inicia en Oviedo el día 5 de noviembre, con motivo de la clausura del Congreso de la Asociación de Jueces Francisco de Victoria, y al día siguiente, 6 de noviembre, el querellado viaja en avión desde Oviedo a Málaga, con escala en Madrid, regresando a la capital el día 11 de noviembre. Con tal motivo se cargan facturas de dos restaurantes de Málaga-Marbella a cargo del Consejo los días 8 y 9 de noviembre, además del viaje a Málaga ida y vuelta.

Lo mismo puede decirse del viaje a Sevilla de los días 10-15 de mayo de 2011 con motivo de visitar las salas de los tribunales de Andalucía. Consta la estancia en Sevilla los días 10 y 11 de mayo y la prosecución del viaje este último día a Marbella, estando alojado el querellado en el hotel Meliá Marbella Banús desde el día 11 al 15 de mayo con cargo al presupuesto del CGPJ. Constan facturas de restaurantes y de gastos extras de hotel a cargo del CGPJ.

En el viaje para asistir al Bicentenario de las Cortes de Cádiz, en San Fernando, de los días 23 al 26 de septiembre de 2010, el querellado asistió a los actos el día 24 de septiembre y después prolongó la estancia en Marbella hasta el día 26, con gastos a cargo del CGPJ.

El viaje del 24-28 de marzo de 2011 tuvo por objeto la imposición de la Cruz de San Raimundo de Peñafort al Cargo000 de la Audiencia Provincial de Málaga, acto que tuvo lugar a las 12,30 horas del día 25 de marzo, con comida posterior. El querellado prolongó su estancia en el Hotel Meliá Marbella Banús hasta el día 28 de marzo, con gastos extras de hotel y comidas en dos restaurantes a cargo del CGPJ.

Consta también un viaje a Málaga-Cádiz los días 16-20 de marzo de 2012 con motivo del Aniversario de las Cortes de Cádiz, actos a celebrar el día 19. Sin embargo, se cargaron al presupuesto del Consejo las cuentas de dos restaurantes de Marbella el día 16 de marzo.

En el Decreto de archivo del Ministerio Fiscal figuran como privados y no cargados al presupuesto del CGPJ los viajes de los días 16-20 marzo, 24-26 de febrero y 2-9 enero de 2012, y también el de 6-8 noviembre de 2009. Sin embargo, con motivo de cada uno de esos viajes se cargaron, a tenor de las facturas que obran en las actuaciones, un total de 11 comidas en restaurantes de la zona de Málaga-Marbella.

También constan en la causa varios viajes a Málaga-Marbella, con cargos de facturas al Consejo, con respecto a los cuales no figuran actos oficiales que los justificaran. Además, la mayoría de las facturas de los restaurantes están referidas solo a dos comensales, aparentando por la repetición de consumiciones que se trata de las mismas personas y no de actuaciones protocolarias con diferentes autoridades que residen en la zona.

Se ha hablado de que los gastos efectuados a cargo del CGPJ eran "miserias" en razón de su cuantía. Sin embargo, conviene precisar que este Tribunal de Casación ha dictado condenas en los últimos años por delitos de malversación contra sujetos que se quedaron con cantidades de dinero público que no pueden considerarse elevadas: 3.000 euros (STS 1027/2007, de 10-12); 5.900 euros (STS 132/2010, de 18-2); 1.492 euros (STS 238/2010, de 17-3, en un caso de dietas y gastos de locomoción); 12.020 euros (STS 580/2010, de 16-6); y 4.413 euros (STS 497/2012, de 4-6).

Ciertamente, las comidas para dos personas en los restaurantes eran sin duda austeras, a pesar del nombre conocido de algunos establecimientos. Y desde luego este magistrado está convencido de que la conducta ilícita de utilizar los fondos públicos para fines privados no es, desgraciadamente, un evento extraordinario en nuestro país. De forma que es muy posible que el querellado se considere personalmente discriminado por el hecho de que se pretenda abrir una causa penal contra él, pudiéndose sentir como víctima o chivo expiatorio de intereses cruzados ajenos a su persona al compararse con otros casos en que, probablemente concurriendo mayores razones procesales y sustantivas, no se denunciaron los hechos y no se incoaron procesos penales.

Sin embargo, por razones obvias se ha de operar con arreglo al principio de tipicidad penal y de acuerdo con lo que se ha resuelto en casos similares en que concurren indicios para abrir una investigación penal por delito de malversación. Pues no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el principio de igualdad no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, o igualdad contra ley; de modo que no puede pretenderse la impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes; cada cual

responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 21/1992, 157/1996, 27/2001 y 181/2006).

De otra parte, y en contra de lo que argumenta el Ministerio Fiscal en el Decreto de archivo cuando afirma que no hay ánimo de lucro, entiendo que también concurren indicios de los elementos subjetivos del tipo penal de malversación. Ello es así porque la jurisprudencia de la Sala viene entendiendo en un sentido muy amplio el concepto de ánimo de lucro, al considerar como tal cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucro se refiera al favorecimiento de un tercero (SSTS 310/2003, de 7 de marzo; y STS 238/2010, de 7 de marzo). En este caso los gastos realizados con fines aparentemente privados sí suponían un beneficio económico para el querellado.

Por lo tanto, al concurrir indicios incriminatorios o sospechas fundadas de la existencia de un posible delito, ha de ser una investigación penal la que determine la cuantía del destino privado de fondos públicos en el caso de que ello finalmente se constatará. Y es que conviene tener presente que la expresión "sospechas fundadas" es la que utiliza el Tribunal Constitucional para legitimar la limitación de derechos fundamentales en las investigaciones criminales (SSTC 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010; y 26/2010). Y si ello es suficiente para cercenar derechos fundamentales, mucho más ha de serlo para iniciar una causa penal.

CUARTO.- En lo que concierne al tipo penal aplicable a los hechos indiciarios, la querella los subsume en el art. 438 del C. Penal. Da a entender, aunque no lo razona, que el querellado al presentar al gerente del CGPJ unas facturas o justificantes de gastos para que se los abonaran en su cuenta, aparentaba que se correspondían con indemnizaciones por razón de actos de servicio, cuando en realidad eran desembolsos efectuados por razones ajenas a las funciones del cargo y gastos que había tenido en días que no estaba prestando servicios a la función pública.

Por lo cual, se trataría de una acción engañosa mediante la que conseguía el desplazamiento de dinero público a favor de su patrimonio con motivo de gastos realizados en actividades privadas ajenas a la función pública.

En el curso de la deliberación mantuve el criterio, coincidiendo en esto con el Ministerio Fiscal, de que la norma aplicable sería más bien el art. 432 del C. Penal. Ello se debe a que el querellado disponía del presupuesto del CGPJ entregando simplemente unas facturas al gestor, que se limitaba a abonar en la cuenta de aquel el dinero reseñado en la documentación justificativa de los gastos, sin realizar criba o filtración alguna que le permitiera adoptar otra decisión.

A este respecto, conviene recordar que en el informe de la Cargo004 del CGPJ de 16 de mayo de 2012 se transcribe que se operaba mediante órdenes de pago emitidas por el gestor con base a las facturas y justificantes que se presentaban, sin que constara siquiera el motivo concreto de la actividad que pudiera justificar el abono.

En la sentencia de esta Sala 749/2008, de 24 de noviembre, que enjuició el caso de un director de aeropuerto que le pasó a AENA los gastos de alquiler de un piso que realmente no tenía alquilado, se argumentó que sustraer equivale a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (SSTS 1486/98, de 26-11; 812/1999, de 14-5; 257/2003, de 18-2; 32/2004, de 22-1). El acusado despojó los fondos públicos, haciéndolos aplicar a un fin no autorizado, como es el pago del préstamo hipotecario de su vivienda. Ese acto de despojo lo efectuaba de

manera mediata, esto es, ordenando con su firma al administrador del Aeropuerto que le abonaran los gastos de alquiler y suministros. La conducta típica -se dijo en la referida sentencia- no exige una posesión física de los caudales públicos, sino que lo fundamental es la posibilidad de disponer de dichos fondos, apartándolos de su fin propio. Esto es, el acusado desvió los fondos públicos impartiendo las órdenes correspondientes, aunque no fuera el poseedor material del dinero público.

Pues bien, en el caso objeto de querrela, teniendo el CGPJ presupuesto propio, y al no estar al alcance del gestor la posibilidad de supervisar cuáles eran los motivos de las facturas, dado que no tenían por qué constar las razones de los gastos, no resulta fácil hablar de un engaño, pues el gestor se limitaba a dar las órdenes de pago de acuerdo con los cargos de las facturas que se le pasaban.

De otra parte, la autonomía con que actuaba el querrellado, sin tener que exponer los motivos ni las razones de sus gastos y siendo además el Cargo000 de un órgano con presupuesto propio, dificulta sobremanera la posibilidad de operar con el criterio del engaño de un empleado a su empleador. Más bien puede hablarse del cumplimiento insoslayable de las órdenes emitidas por el empleador al empleado, que actuaría como un mero instrumento ignorante y ajeno a la presunta conducta fraudulenta de su superior (autoría mediata del querrellado), lo que nos ubica dentro del perímetro de aplicación del art. 432 del C. Penal.

En cualquier caso, y admitiendo que la subsunción normativa en el supuesto concreto es una cuestión jurídicamente opinable y compleja, lo cierto es que, ya sea por la vía del art. 432 o por la del art. 438 del C. Penal, parece indiscutible que utilizar los fondos públicos para fines privados constituye una conducta subsumible en la norma penal y da pie para abrir un proceso para investigar un comportamiento presuntamente delictivo.

QUINTO.- En la resolución mayoritaria se afirma que el Derecho Penal debe siempre operar como ultima ratio, por lo que la conducta del querrellado deberá ser previamente depurada y esclarecida por la administración interventora y/o contable con facultades para ello, y solamente una vez detectadas supuestas irregularidades con presunta relevancia penal debe darse cuenta a la Fiscalía y a los Tribunales.

El argumento mayoritario no resulta, sin embargo, convincente. En primer lugar porque la naturaleza del Derecho Penal como ultima ratio ha de operar como directriz de política criminal dirigida al legislador más que a los jueces. Estos han de regirse por el principio de legalidad penal y ajustarse en sus resoluciones relativas a la incoación de los procedimientos a la concurrencia o no de una tipicidad indiciaria en los hechos denunciados. Y ya expuse en su momento que en el presente caso concurrían indicios para incoar un proceso penal.

De otra parte, tampoco parece discutible que la jurisdicción penal ha de operar prioritariamente con respecto a las otras jurisdicciones una vez que se denuncian unos hechos en los que, en palabras que utiliza esta Sala para otros supuestos, no se pueda excluir su carácter delictivo ni la intervención en ellos del querrellado y que además resulten racionalmente verosímiles (auto de 28-1-2010).

No parece coherente con el ejercicio de la jurisdicción penal ni con su naturaleza prioritaria y prevalente derivar las actuaciones procesales hacia la jurisdicción contable ni tampoco hacia órganos administrativos expertos en contabilidad. Otra cosa muy distinta sería solicitar informes periciales contables o de otra índole que auxilien al juez en su labor investigadora.

A este respecto, esta Sala de Casación ha establecido en la sentencia 1074/2004, de 18 de octubre, acogiendo el criterio de la Audiencia de instancia, con motivo precisamente de examinar un recurso contra una condena por un delito de malversación de fondos públicos, que los arts. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, atribuyen preferencia a la jurisdicción contable en su ámbito propio, esto es, el contable, al paso que los arts. 16 y 17 de la misma ley excluyen toda competencia de la jurisdicción contable para el enjuiciamiento de hechos constitutivos de delito y las cuestiones de índole civil o laboral o de otra naturaleza encomendados al conocimiento de los órganos del Poder Judicial. De modo que la interpretación conjunta de estos preceptos con el art. 117 CE -unidad y exclusividad de la jurisdicción ordinaria- y con los arts. 10 y 44 de la LOPJ -preferencia de la jurisdicción penal sobre cualquier otra y exclusión del conocimiento prejudicial de aspectos penales por cualquier otra jurisdicción- conducen a los órganos judiciales a afirmar que la declaración de responsabilidad penal no puede declinarse a favor de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas al objeto de que este declare previamente a la actuación de la jurisdicción penal la existencia de un hecho punible o de alguno de sus elementos -como lo es la legalidad o ilegalidad de los fondos públicos y la cuantificación de la malversación-, pues ello compete de manera exclusiva a los órganos judiciales del orden penal.

Este razonamiento que se acaba de transcribir ha sido recogido literalmente en la STC 126/2011, de 18 de julio, que ha desestimado el recurso de amparo interpuesto contra la referida sentencia de esta Sala, considerando que se trata de una interpretación de la ley ordinaria acorde con la norma constitucional.

De todas formas, el art. 410 de la LOPJ posibilitaba la práctica de alguna diligencia complementaria antes de tomar la decisión de admitir a trámite la querrela, opción que tampoco fue acogida por la Sala y que permitía operar con un filtro previo dada la relevante condición institucional del querrelado.

Tanto el argumento de la ultima ratio como el de la derivación de la causa hacia otros órganos supone quitarle relevancia penal a la conducta denunciada, criterio que no comparto.

Sucede aquí algo parecido a lo que en su día ocurrió con el delito fiscal: cuando se comenzó a aplicar este tipo delictivo surgió una especie de reacción contraria en un sector de la ciudadanía quejándose de que el Derecho Penal había dejado de ser la ultima ratio.

Pues bien, en contra de lo que se argumenta en la resolución mayoritaria con la referencia a la ultima ratio, considero que la norma penal tiene una función importante y prioritaria que cumplir, tanto desde la perspectiva de la prevención general positiva como negativa, en un terreno donde la repetición de conductas indiciariamente delictivas en el manejo de los fondos públicos no está encontrando la respuesta adecuada del derecho punitivo a la hora de defender los intereses del ciudadano.

Aclarado lo anterior, concluyo afirmando que se debió admitir a trámite la querrela o, cuando menos, operar con el art. 410 de la LOPJ para complementar la relevante documentación que obra en la causa, tal como se propuso por algún magistrado en el curso de la deliberación. Lo que desde luego no cabe, a mi entender, es la inadmisión a trámite.

VOTO PARTICULAR
FECHA: 18/06/2012

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez al auto de inadmisión de la querrela, dictado en la causa especial núm. 20383/12

Las razones que fundan mi discrepancia del criterio de la mayoría se resumen en lo que sigue.

Primero.- La denuncia y la querrela distan de ajustarse en la forma al modo ideal de proceder. Pero lo cierto es que en ellas se imputa al querrellado como delito la aplicación de dinero público a sus fines particulares en múltiples ocasiones. Y los actos correspondientes constan, con todo detalle, en la documentación recibida del Consejo General del Poder Judicial, y no solo por la prensa.

Segundo.- Las acciones denunciadas como posiblemente delictivas se dieron en el contexto de una veintena de viajes a la provincia de Málaga, realizados entre el 5 de noviembre de 2008 y el 20 de marzo de 2012, por el querrellado. Y consisten en que este, en la calidad de Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial, cargó al presupuesto del órgano los importes de desplazamientos, comidas y otros, por los que fue indemnizado como si se hubieran producido por razón de servicio. A pesar de que realmente no habría sido así; al tratarse de gastos generados en actividades de ocio propias de su vida privada y al margen, por tanto, de la función.

Tercero.- La documentación aportada por el Consejo General del Poder Judicial acredita que, de los aludidos desplazamientos, unos fueron realizados a título particular; otros con un motivo oficial; y otros, en fin, tendrían, por así decir, un carácter mixto. Y de su análisis resulta:

- Que en el caso de los del primer grupo -no obstante lo que por error afirma el Fiscal- en todas las ocasiones, hay gastos de restaurante abonados inicialmente por el querrellado, pero luego cargados al Consejo. Así, por ejemplo, en los de 16-20/marzo/2012 y 24-26/febrero/2012.

- Que en los del segundo grupo, en general, el número de días invertidos y, por tanto, el gasto originado, no estaría justificado por la duración de la actividad oficial y tampoco por la ubicación de la misma. Es un ejemplo el de 25-29/noviembre/2010, reunión con el Cargo000 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que ocasionó gastos de hotel en Puerto Banús (Málaga) en todas esas fechas.

- Que en los del tercer grupo hay igualmente gastos cargados al Consejo que no tendrían justificación. Por ejemplo, en el de 8-12/septiembre/2011, reunión con el Cargo000 de la Audiencia de Cádiz en Algeciras, que produjo gastos de hotel en Marbella por tres días, y otros de comidas, también en Marbella.

Cuarto.- Estos datos, de incuestionable calidad informativa, interpretados de la manera más racional -que es, además, la usual en la práctica de los tribunales españoles y de esta sala- presentan, prima facie, una clara apariencia de delito. Lo entiendo así porque la imputación (de aplicación de fondos públicos a fines particulares) es la más plausible. Y tiene como soporte una documentación de fuente oficial muy elocuente y dotada de notable fiabilidad como posible fuente de prueba de cargo.

Quinto.- El abono de las facturas de referencia, es cierto, no fue nunca objetado por la Intervención del propio Consejo. Pero esto, dado el complaciente régimen de fiscalización vigente en la materia (Acuerdo del pleno, de 11 de septiembre de 1996), no garantiza en absoluto la legitimidad del uso de los fondos.

En efecto, pues, según ese acuerdo, para el abono de los gastos de los Cargo001 y del Cargo000 del Consejo con cargo al capítulo de "Indemnización por razón del servicio" basta la mera presentación del justificante de un desembolso, sin ninguna especificación. Y, según el informe de la Cargo004, su único cometido legal consiste en verificar burocráticamente el cumplimiento de esa formalidad.

Sexto.- Así las cosas, es verdad que los pagos de referencia realizados al (o por cuenta del) Cargo000 del Consejo General del Poder Judicial fueron en cada caso objeto del control previsto. Pero también lo es que tal examen no asegura otra clase de regularidad que la meramente procedimental, sin valoración alguna de contenido. Por eso, la simple aprobación del gasto o gastos es plenamente compatible con la existencia, bajo esta cobertura, de posibles supuestos de desviación de dinero público como los denunciados; debido a lo superficial de la vigilancia. Así, el que, en los casos controvertidos, esta se hubiera producido de forma reglamentaria tan tenue, no puede liberar a la Administración de Justicia (el Fiscal incluido) del inexcusable deber de verificar los indicios de delito (del art. 432 del Código Penal), que evidentemente concurren. Ni la autoriza a eludir su intransferible responsabilidad, desplazándola a otra instancia, como el Tribunal de Cuentas.

Entender lo contrario, para resolver según lo hace la mayoría, es, en la práctica, como decidir que el mero control pro forma de la Intervención transmuta la naturaleza pública de los fondos, convirtiéndolos de facto en un recurso apropiable, de libre disposición. Supone derogar ad hoc, para este caso, una norma penal que regiría, en cambio, por ejemplo, para cualquier funcionario de a pie que hubiese obrado, en el disfrute de las dietas, del mismo modo irregular que parece haberlo hecho el Cargo000 del Consejo con unas llamadas "indemnizaciones por razón del servicio", en supuestos en los que este no se daba realmente. Equivale, en fin, a la creación de un atípico fuero excepcional y superprivilegiado. En realidad, una verdadera exención de jurisdicción para el querellado, tan jurídicamente inexplicable como socialmente incomprensible.

Y es por lo que entiendo que tendría que haberse admitido a trámite la querella.

Madrid a 18 de junio de 2012.