

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00453/2022

Rollo número :52/2022

Órgano de Procedencia: Juzgado de Instrucción N° 2 de Maó

Procedimiento de Origen: DPA 52/2022

A U T O NÚM.453/22

ILMAS. SRAS MAGISTRADAS.:

Dña. María del Carmen González Miró

Dña. Ana María Cameselle Montis

Dña. Mónica de la Serna de Pedro

En PALMA DE MALLORCA, a 8 de junio de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra el auto del Juzgado de Instrucción n° 2 de Maó en Procedimiento Diligencias Previas número 286/2021 dictado en fecha de 9 de diciembre de 2021 se interpuso recurso de reforma y subsidiaria apelación por Procurador/a D./Dña. Begoña Llabrés en representación de Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la naturalesa.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Remitidas y recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se verificó reparto con arreglo a las disposiciones establecidas correspondiendo la causa a la Sección Segunda de esta Audiencia, donde se registraron, se formó rollo y se asignó como ponente a la Magistrada Dña. María del Carmen González Miró, quien tras la correspondiente deliberación expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Formula recurso de apelación la Acusación Particular contra el auto que acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Alega el recurrente como primer motivo de recurso la falta de fundamentación del auto. La motivación es elemento esencial de las resoluciones judiciales que precisan de la exteriorización de las razones que la fundamentan, de tal modo que la ausencia de ella determina la nulidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no causar indefensión reconocido en el art. 24 de la Constitución. No es la nulidad lo que se reclama ni directa ni indirectamente en el recurso de apelación sino que se impugna el auto en cuanto al fondo. Esto es, el auto no está falto de motivación, aunque sea sucinta, distinto es que sea del agrado del recurrente.

Se queja el recurrente de que no se lleva a cabo ninguna diligencia complementaria y estima que resulta "*absolutamente necesaria la práctica de más pruebas*", sin embargo no menciona ni una sola diligencia probatoria que a su criterio pueda tener la virtualidad de acreditar de forma bastante los hechos y en consecuencia determine la adecuación de revocar los hechos. Y si nos circunscribimos al escrito de querrela las únicas diligencias que se citan son la de ratificación de la denuncia y declaración de los denunciados, diligencias de las que no cabe esperar que añadan nada nuevo relevante que determine un cambio de criterio.

Se comparte con el recurrente que en el delito de prevaricación no es necesario que se haya actuado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo lo que no es admisible es que ante la Jurisdicción Penal se planteen cuestiones que deben ser resueltas por otros cauces jurisdiccionales y de otro lado es claro que lo resuelto en el caso concreto sí puede tener trascendencia en orden a valorar la legalidad o ilegalidad de la resolución.

La STS de 27 de Julio de 2016 examina el delito de prevaricación afirmando que el bien jurídico protegido estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución.

La sentencia señala que para que aflore el delito de prevaricación será preciso:

- 1) El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo.
- 2) Que sea contraria a derecho, es decir, ilegal.

3) Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable.

4) Que ocasione un resultado materialmente injusto.

5) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho.

Por resolución, por tanto, ha de entenderse "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo".

Resolución arbitraria, equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Es preciso partir de la consideración del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP sobre el que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 259/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1125/2014 señalando que:

"El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 , 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras).



Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 , entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder . No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...". El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero , 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 caso Intelhorce)."

Pues bien, en el caso de autos la Administración ha justificado su criterio con base en preceptos legales especialmente el art. 13 y 14 de la Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y 14 de la Ley 12/2017 de 29 de diciembre de urbanismo de les Illes Balears.

El recurrente ciertamente ofrece otra legislación e interpretación jurisprudencial que podrían tener sentido distinto.

En definitiva, existe una controversia jurídica acerca del concreto momento en que es posible el acceso a unos expedientes administrativos concretos. Resolución de conflicto que no corresponde resolver a esta Jurisdicción y que desde luego no evidencia una actuación groseramente contraria a Derecho.

Por lo expuesto procede confirmar la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas del presente recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al supuesto de autos,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ha resuelto DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Procurador/a D./Dña. Begoña Llabrés en representación de Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la naturalesa contra auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Maò en Diligencias Previas 286/2021 y, en su consecuencia, CONFIRMAR dicha resolución.

Las costas se declaran de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Así por este auto, cuyo original se unirá al legajo correspondiente, testimonio al rollo para su archivo y certificación al Juzgado de Instrucción, lo pronuncio, mando y firmo.