



Recurso Nº: 20200/2012

*Recurso Nº: 20200/2012*

*Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz*

*Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo*

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

*Excmos. Sres.:*

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Perfecto Andrés Ibáñez**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

---

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil doce.

**I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de Marzo pasado se recibió en el Registro General de este Tribunal, escrito de DON RAFAEL ALBA PADILLA, que manifiesta actuar en defensa de asuntos propios y también ejerciendo la acción popular como miembro de la plataforma GRABA TU PLENO, por los presuntos delitos cometidos por autoridad o funcionario público contra los derechos individuales y prevaricación administrativa de los arts. 542 y 404 el Código Penal, contra DON ANTONIO AYLLON MORENO, Alcalde del Ayuntamiento de Armilla (Granada) y Senador de Las Cortes Generales en la presente X

Legislatura conforme consta acreditado.- Se basa el denunciante en que el denunciado Sr. Ayllón Moreno en fecha 10 de febrero pasado, firmó el Decreto 212/195-ALC en el que citando expresamente la STS -Sala 3ª-, de 11/5/07, acuerda *"Prohibir el uso de grabadoras y otros medios de reproducción de la imagen y sonido de las sesiones plenarias de este Ayuntamiento y difusión y transmisión de las mismas"*. El denunciante alega que al dictar la citada resolución el alcalde impidió, a sabiendas, el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1 CE.

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20200/2012, por providencia de 28 de marzo pasado se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Presidente de esta Sala Excmo. Sr. Don Juan Saavedra Ruiz y se interesó del Secretario de Gobierno de este Tribunal certificación acreditativa de la condición de aforado del denunciado.- Recibida la cual, como ya se dijo, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 22 de mayo de 2012, en el que DICE:

*"...que conforme a lo dispuesto en el art. 57.1.2º LOPJ, corresponde a esa Excmo. Sala la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de la presente causa, al tener el denunciado la condición de Senador de Las Cortes Generales en la actual Legislatura. Que la denuncia formulada por Don Rafael Alba Padilla, se basa en hechos que no son constitutivos de infracción Penal, por lo que procede acordar la competencia de la Sala y el archivo de la misma...."*

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** RAFAEL ALBA PADILLA presenta denuncia en defensa de asuntos propios y también dice ejercitar la acción popular como miembro de la plataforma "Graba tu Pleno", contra el Alcalde de Armilla DON ANTONIO AYLLON MORENO, que ostenta también la condición de Senador, al que imputa un delito del art. 542 contra los derechos individuales, y otro del art. 404

de prevaricación administrativa, ambos del Código Penal, en la denuncia relata que el denunciado firmó el decreto 212/195-ALC en el que tras citar expresamente la STS, Sala Tercera de 11/5/07 acuerda:

*“...PRIMERO.- Prohibir el uso de grabadoras y otros medios de reproducción de la imagen y sonido de las sesiones plenarias de este Ayuntamiento y difusión y transmisión de las mismas, tanto por los Concejales que integran el Pleno municipal como por los vecinos asistentes a la sesión hasta tanto se produce la regulación mediante modificación del Reglamento Orgánico municipal siguiendo el procedimiento legalmente establecido, con los informes técnicos que procedan y con objeto de que se lleve a cabo su regulación y evitar cualquier alteración del desarrollo normal de las sesiones plenarias en garantía del derecho de representación y participación ciudadana de todos y cada uno de los Concejales. Todo ello en consonancia con la normativa vigente, particularmente con las prohibiciones que establece la Ley Orgánica de Protección de Datos. SEGUNDO.- Notificar el presente acuerdo a todos los Concejales que integran el Pleno Municipal y comunicar a los vecinos asistentes a las sesiones. Lo manda y firma el Sr. Alcalde, ante mí la Secretaria, en Armilla (Granada) a 10 de febrero de 2012. Lo que le notifico a usted para su conocimiento y oportunos efectos, comunicándole que de conformidad con lo previsto en el art.52.1 de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local, contra el decreto transcrito, definitivo en vía administrativa, podrá interponer los siguientes recursos: a) Potestativamente, recurso de reposición ante el órgano municipal que adoptó el decreto, en el plazo de un mes desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar la presente notificación. b) O bien, recurso contencioso-administrativo ante el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa competente por razón de la materia: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Sala de lo Contencioso Administrativo, en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía...”.*

**SEGUNDO.-** Dado que la denuncia se dirige contra quien ostenta la condición de Senador en la presente X Legislatura, conforme a lo dispuesto en los artículos 71.3 de la Constitución y 57.1.2º LOPJ determina la competencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la instrucción y el enjuiciamiento, en su caso, de la presente causa.

**TERCERO.-** El denunciante en la presente causa solo tiene tal condición, su interés en la persecución de los delitos denunciados no puede ser

mayor ni de distinto trato que el de cualquier otro ciudadano o conjunto de ciudadanos que, velando también por el prestigio y crédito de las instituciones públicas, decidiese ejercer la acción popular, pero para ello sería necesario la querrela.

En relación con los delitos que imputa al denunciado el art. 542 CP castiga a *"la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes"* y el art. 404 CP *"a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo"*.

El delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos previsto en el art. 542 CP se perfila en la sentencia de 22/12/92 con las características siguientes:

a) Es un tipo residual o subsidiario que tutela atentados contra derechos fundamentales que carezcan de expresa protección Penal. b) en consecuencia, es "lex generalis", frente a tipos que funcionen como "lex specialis" que es la que debe prevalecer; c) su ámbito propio y principal es el de los derechos políticos y participación en la vida pública. Y en la de 1/10/93 se razona que con la expresión "derechos cívicos", el legislador se refiere no solo a los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del estado, sino a todas aquellas que se reputen como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra constitución a través de las cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad, debiendo tenerse en cuenta que el art. 542 se haya incluido en el Capítulo V de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, en el Título XXI delitos contra la Constitución.- En la sentencia de 23/10/01 decíamos que se trata de un delito de resultado cuya acción consiste en hacer imposible el ejercicio de un derecho fundamental de los que la CE recoge, lo que en el presente supuesto vendría referido al derecho a la información, señalando la jurisprudencia que "no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho.....En todo caso, según decíamos en la sentencia de 5/10/01, la relevancia de este tipo delictivo impide también efectuar un uso abusivo y degradado del mismo, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que la estimación de cualquier demanda administrativa por el procedimiento especial de la Ley 62/78 o de amparo ante el TC por vulneración de derechos fundamentales cometida por una autoridad o funcionario público debería determinar necesariamente una condena penal por dicho delito.

La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, ha venido elaborando una doctrina sobre los requisitos de tal figura delictiva, manifestando, entre otras, en las sentencias 1310/95 de 28 de diciembre; 230/96 de 11 de marzo; 278/97 de 5 de marzo; 707/97 de 12 de mayo; y más reciente de 1/7/09.

Según la indicada doctrina, son elementos caracterizadores del delito a) la cualidad de funcionario público o autoridad, b) el elemento fáctico y normativo consistente en el pronunciamiento o dictado de resolución injusta en asunto administrativo, que para que se aprecie la injusticia como elemento integrador del tipo, no es suficiente la mera infracción de la legalidad, sino que es preciso que en la decisión y ordenación de un asunto (aspecto sustantivo y material) se desvíe de la norma o la incumpla, con perjuicio efectivo o potencial para los intereses de los ciudadanos o causa pública, caracterizándose la injusticia como el choque frontal y clamoroso con el ordenamiento jurídico, así en la sentencia de 20/4/94 se enumeran como posibles casos de injusticia, la absoluta falta de competencia, la inobservancia de las más elementales normas de procedimiento o el grave torcimiento del derecho en el contenido de la resolución, por último en la sentencia de 1/7/09 se recuerda que:

*“...el control de la legalidad de los actos de la administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con la correcta articulación entre los poderes del estado de Derecho diseñado en la CE una criminalización sistemática de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como ciertamente ocurriría si todo acto administrativo ilegal fuese considerado penalmente injusto....Así conforme a la doctrina expuesta, la injusticia a que se refiere este delito supone un “plus” de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal, que solo ha de entrar en juego cuando la ilegalidad sea evidente, patente, flagrante y clamorosa...y en consecuencia se cometerá el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquél resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración...”*

Los dos delitos que se le imputan al denunciado tienen en común que el sujeto activo tiene que ser necesariamente autoridad o funcionario público y que solo es posible su comisión en su modalidad dolosa, dado que el código penal exige que la conducta típica se produzca “a sabiendas”.

**CUARTO.-** En el caso que nos ocupa no se aprecian los requisitos exigidos, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal ante esta Sala en relación con los delitos que imputa al denunciado, así, el Decreto cuestionado consta: *"...que es intención de este equipo de gobierno modificar el Reglamento Orgánico Municipal para regular esta materia así como aquellas cuestiones que puedan incidir en el desarrollo de las sesiones siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Por lo tanto ante la falta de regulación expresa en el Reglamento Orgánico Municipal, la situación recae en la competencia del Alcalde como Presidente de la sesión..."* y funda su resolución en el hecho de que *"....en las últimas sesiones plenarias se ha producido un uso indiscriminado de grabadoras y móviles para reproducir la imagen y sonido, por parte de algunos concejales como del público asistente lo cual ha provocado alteración del normal desenvolvimiento de la sesión, en la medida en que las máquinas grabadoras y móviles han interferido o dificultado la actuación de otros concejales. Inclusive se ha dado difusión a la imágenes a través de internet, no atendiendo a la normativa en materia de Protección de Datos, particularmente de la reproducción de imágenes de miembros del Cuerpo de la Policía Local de este Municipio..."*, y se apoya en sentencias contenciosas del Tribunal Supremo, similares al caso, así cita la de la Sala Tercera de 11/5/07, a la que aiude en su denuncia y por último el Decreto contiene los recursos que contra el mismo proceden, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, posibilitando así que todo el que discrepara de su contenido pudiera acudir a los Tribunales contenciosos para obtener un control de su legalidad y es que los anteriores hechos no revisten -prima facie- caracteres delictivos. Se trata, en definitiva, de un decreto del alcalde denunciado de prohibir la grabación y difusión de las sesiones plenarias del Ayuntamiento, justificada en aras de no entorpecer el derecho de representación y participación de los concejales y el derecho a la propia imagen de la Policía Local, por lo que no constituye una resolución arbitraria ni dolosa, que carece de relevancia penal, sin perjuicio de que el denunciante y demás interesados, debían y podían haber agotado la vía administrativa, para hacer valer sus pretendidos derechos, en los cauces procesales de la jurisdicción contenciosa administrativa, con objeto de instar las pertinentes resoluciones judiciales, pero sin acudir directamente -como aquí sucede- a la vía penal que, como es sabido, constituye la "última ratio" en el Estado de Derecho.

Los hechos denunciados, por todo lo dicho, no revisten fundadamente, ni siquiera indiciariamente como sería preciso para la incoación de una causa



Recurso Nº: 20200/2012

penal, los caracteres típicos de ninguna de las infracciones penales que se imputan al denunciado aforado. Procede, en consecuencia, acordar el archivo de estas actuaciones, conforme al art. 269 LECrm.

### III. PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** 1º) Declarar su competencia para el conocimiento de esta causa contra DON ANTONIO AYLLON MORENO, Alcalde del Ayuntamiento de Armilla (Granada) y Senador de Las Cortes Generales en la presente X Legislatura. Y, 2º) Ordenar el archivo de estas actuaciones, por no revestir los hechos caracteres de ilícito penal alguno.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

