



Roj: **ATS 10453/2020 - ECLI: ES:TS:2020:10453A**

Id Cendoj: **28079120012020201310**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **26/11/2020**
Nº de Recurso: **20084/2020**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Causa especial**
Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Auto**

CAUSA ESPECIAL núm.: 20084/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 26 de noviembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.



CONSEJO GENERAL
DEL
PODER JUDICIAL

JURISPRUDENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Partido Laócrata se formalizó querrela, con fecha 6 de febrero de 2020, contra el Excmo. Sr.D. Eleuterio , en su calidad de Ministro de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, por los hechos relacionados con la entrada en espacio aéreo español y estancia en el Aeropuerto de Barajas de Dña. Josefa , Vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela, contra la expresa prohibición de la decisión PESC 2017/2074 del Consejo de la Unión Europea, fechada el 13 de noviembre de 2017, relativa a las medidas restrictivas acordadas en relación con la situación política en Venezuela.

Por los mismos hechos, la representación legal del partido político VOX presentó también querrela ante el registro del Tribunal Supremo con fecha 17 de febrero de 2020.

SEGUNDO.- Mediante auto de 20 de febrero de 2020, la Sala acordó imponer al Partido Laócrata una fianza de 12.000 euros para el ejercicio de la acción popular, resolución que fue recurrida interesando una rebaja de su importe. Mediante diligencia de ordenación de 5 de junio de 2020 se resolvió dar traslado al Fiscal del recurso entablado, informando en el sentido que obra en autos.

El auto de 6 de marzo de 2020 acordó que la intervención del Partido VOX debía quedar subordinada a una actuación procesal bajo la misma dirección y representación legal que el Partido Laócrata, primer querellante.

Esa exclusión, en la medida en que imponía una intervención litisconsorcial en el ejercicio de la acción popular al partido político VOX, justificó la imposición de una fianza en cuantía inferior, cifrada en 6.000 euros.

La decisión de la Sala, plasmada en el citado auto de 6 de marzo de 2020, fue también recurrida por la representación legal del partido político VOX.

TERCERO.- El auto de 3 de noviembre de 2020, estimó parcialmente el recurso promovido por el Partido Laócrata y redujo la fianza a 6.000 euros. Al propio tiempo, rechazó el recurso entablado por el Partido VOX, que reivindicaba una actuación autónoma, sin subordinación funcional, con el partido primer querellante.



La Sala aborda la viabilidad de la querella, en la medida en que la acción penal entablada está formalmente ejercida, sin perjuicio de que la prestación *in integrum* de la fianza requerida por el Partido Laócrata le autorizaría la formalización de un eventual recurso de súplica contra la presente resolución.

CUARTO.- Por el Ministerio Fiscal se evacuó el dictamen requerido interesando la desestimación de la querella.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El partido político Laócrata, mediante escrito fechado el día 6 de febrero de 2020, interpuso querella contra el Excmo. Sr. D. Eleuterio , Ministro de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, al que imputa la comisión de un delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del CP.

Los hechos que fundamentan la querella están relacionados con la estancia de Dña. Josefa , Vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela, que habría transitado por territorio español en contra de la prohibición expresa de la Unión Europea.

Según describe la querella, el avión en el que viajaba la política venezolana habría estado en el aire casi nueve horas desde que salió el domingo día 19 de enero del corriente año del aeropuerto de Maiquetía, en Caracas. Aterrizó en Barajas a media noche, después de atravesar el espacio aéreo español a las 23:27 horas. Los datos aeronáuticos sobre el *Falcon 900LX* que utilizó la vicepresidenta para su viaje a Madrid indican que un vehículo de Barajas se acercó a las 00.35 horas del lunes 20 de enero al avión privado que unos minutos antes había aterrizado en la pista 33R del aeropuerto. Este hecho –se afirma en la querella– fue reconocido por el propio ministro querellado, que habría cambiado en varias ocasiones su versión acerca de la existencia, la realidad y el alcance de ese encuentro.

A juicio del partido político querellante, la entrada en espacio aéreo español del avión en el que viajaba Dña. Josefa y su aterrizaje en el aeropuerto de Madrid, con la consiguiente estancia en la sala VIP de la terminal ejecutiva, durante al menos 20 horas, habría vulnerado la Decisión PESC 2017/2074 del Consejo de la Unión Europea, fechada el 13 de noviembre de 2017, relativa a las medidas restrictivas acordadas en relación con la situación política en Venezuela. El art.



CONSEJO GENERAL
DEL
PODER JUDICIAL

JURISPRUDENCIA

6 de esa Decisión insta a los Estados miembros a impedir que la mencionada autoridad venezolana entre en territorio español o transite por él.

La autorización de esa entrada, prohibida en territorio español, es constitutiva –según el querellante– de un delito de prevaricación del art. 404 del CP, en el cual se castiga a la “*autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

2.- Con fecha 17 de febrero de 2020, la representación legal del partido político VOX presentó querrela ante el registro del Tribunal Supremo por los mismos hechos.

A lo ya descrito, añadía al relato fáctico que Josefa , así como otros dirigentes del gobierno de Maduro, están siendo investigados en España por detraer presuntamente fondos de la petrolera bolivariana PDVSA, en un procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción número 41 de Madrid.

Incluyó en la calificación legal de los hechos, además del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del CP, un delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos de los que tenga conocimiento la autoridad o funcionario público por razón de su cargo (art. 408 CP) y un delito de usurpación de funciones (art. 506 del CP).

3.- El análisis de los hechos que son objeto de querrela ha de partir de la constatación de varios hechos notorios.

El primero de ellos, que la querellada Dña. Josefa , vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela, estaba afectada por la prohibición derivada de la decisión PESC 2017/2074 del Consejo de Europea relativo a la situación de Venezuela. Esta decisión ha sido revisada, actualizada y mantenida mediante la Decisión (PESC) 2018/1656 de 6 noviembre de 2018, y la decisión (PESC) 2019/1893 del Consejo de 11 de noviembre de 2019, por la que se prorrogan las medidas restrictivas vigentes, habida cuenta de la situación en Venezuela, a la vista de la persistente y creciente crisis política, económica y social en dicho país.



Es también un hecho notorio que la vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela aterrizó y permaneció en el aeropuerto de Barajas durante la madrugada del día 20 de enero de 2020, permaneciendo durante varias horas en la sala VIP de la terminal ejecutiva.

Está asimismo acreditado por su reconocimiento público –más allá de las contradictorias versiones con las que ha pretendido explicarse– que el Ministro querellado, Sr. Eleuterio , se entrevistó con la vicepresidenta bolivariana durante su estancia en territorio español.

3.1.- La realidad y vigencia de la prohibición de tránsito y estancia de la Sra. Josefa es incuestionable, en la medida en que el art. 6 de la decisión PESC 2017/2074, bajo el epígrafe “restricciones de la admisión”, dispone lo siguiente: *“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir que entren en su territorio o transiten por él: a) las personas físicas responsables de violaciones o abusos graves de los derechos humanos o de la represión de la sociedad civil y la oposición democrática en Venezuela; b) las personas físicas cuya actuación, políticas o actividades menoscaben de otro modo la democracia o el Estado de Derecho en Venezuela, enumeradas en el anexo P”* (cfr. DOUE L 295/60, 14 de noviembre 2017).

La Sra. Josefa , en su calidad de Vicepresidenta de la República Bolivariana, está incluida en ese anexo.

Esta decisión fue ampliada para abarcar nuevos cargos públicos en el Anexo I, mediante la Decisión PESC 2018/90, publicada en el DOUE de 22 de enero de 2018 y posteriormente con la DECISIÓN (PESC) 2019/1893, publicada en el DOUE L 291/42, 12 de noviembre de 2019.

3.2.- Que la estancia en el Aeropuerto de Barajas de Dña. Josefa implicó una vulneración de la expresa prohibición del Consejo de permitir su entrada en el territorio de la Unión está fuera de cualquier duda.

La vicepresidenta venezolana entró en territorio español y se mantuvo en él mientras duró su estancia en España. Esa conclusión es obligada a partir de la simple constatación de que la frontera de un Estado, conforme a categorías históricas no discutidas en la dogmática del derecho internacional, puede ser terrestre, aérea, marítima, fluvial y lacustre, sin que pueda afirmarse la existencia



CONSEJO GENERAL
DEL
PODER JUDICIAL

JURISPRUDENCIA

de *terras nullius*, ajenas a cualquier jurisdicción, más allá del matiz impuesto por la simbólica pervivencia de algún territorio no reclamado por ningún Estado.

Nada de ello es incompatible con la existencia de otras limitaciones al ámbito jurisdiccional impuestas por el Derecho Internacional o de la Unión Europea, como son las relativas a la inmunidad de jurisdicción, a la inviolabilidad de una sede diplomática o a la persecución de hechos delictivos ejecutados fuera de nuestras fronteras en atención a la relevancia axiológica de los bienes jurídicos protegidos (cfr. art. 23 LOPJ).

En el presente caso, el acceso al territorio español –y, por consiguiente, al de la Unión Europea– se produjo desde el momento en que la aeronave sobrevoló espacio aéreo español. Que ese preciso instante define la entrada en territorio español se desprende con absoluta claridad del Convenio de Chicago de 1944, firmado en Buenos Aires el 24 de septiembre de 1968 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre 1969), en el que se proclama que “... *los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio*” (art. 1). La Ley 48/1960, 21 de julio, sobre Navegación Aérea (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960), añade que “*el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español*” (art. 1).

Por consiguiente, cuando el Falcon 900LX en el que viajaba la vicepresidenta venezolana aterrizó en el Aeropuerto de Barajas, con absoluta independencia de la terminal a la que se dirigiera y de la zona del aeropuerto por la que la dirigente bolivariana transitara, la vulneración del mandato emanado del Consejo ya se había consumado. Además, el Aeropuerto de Barajas está enclavado en territorio español y sobre él ejercen soberanía las autoridades españolas. Representa la base física sobre la que se proyecta el ejercicio de la función jurisdiccional.

La delimitación del territorio español y de las fronteras de la Unión Europea no puede fijarse con la referencia que proporciona el art. 25 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Ese precepto se refiere al *tránsito aeroportuario* a los efectos de regular la entrada de extranjeros por los puntos fronterizos. Y no se olvide que el régimen específico de ese visado de tránsito y el procedimiento para su obtención (arts. 26 y 27), lo son



respecto de un aeropuerto español. Se trata, en fin, de una zona funcionalmente habilitada para permanecer en el aeropuerto sin cumplimentar las exigencias administrativas de entrada que se impone a cualquier extranjero que desea superar un punto fronterizo de nuestro territorio.

3.3.- Descartada cualquier duda acerca del hecho de que Dña. Josefa accedió a territorio español y vulneró así la decisión PESC 2017/2074, aprobada por el Consejo de la Unión Europea, procede ahora resolver si la acreditada infracción de una decisión de política europea de seguridad común es, por este simple hecho, constitutiva de un delito de prevaricación imputable a la autoridad nacional que haya, en su caso, consentido esa infracción.

Y la respuesta ha de ser negativa. Son varias las razones que conducen a esta conclusión.

3.3.1.- El tratamiento jurídico-penal de los hechos que han sido objeto de querrela no puede hacerse depender del impacto político que ha generado su conocimiento público. La aplicación del derecho penal ha de sujetarse a los principios que legitiman su aplicación. Fuera del ámbito definido por esos principios, la imposición de una pena se apartaría de las reglas que definen un sistema democrático. El proceso penal sólo adquiere sentido para la investigación y, en su caso, enjuiciamiento, de hechos susceptibles de ser calificados como delito. Y en la ponderación del juicio de tipicidad que incumbe a esta Sala no es posible un arbitrario ejercicio de elasticidad que incluya en el tipo de injusto que define cada delito hechos que no pueden ser subsumidos con arreglo al principio de legalidad.

3.3.2.- Las obligaciones derivadas de las decisiones PESC tienen una naturaleza esencialmente política. Su incumplimiento implica la vulneración de una obligación en el ámbito de la política exterior de la Unión Europea. El control de su vigencia y su fiscalización incumbe al propio Consejo. Así se desprende del art. 6 de la decisión PESC 2017/2074, que admite autorizar el tránsito por razones humanitarias urgentes o por razón de la asistencia a reuniones de organismos intergubernamentales, a reuniones promovidas por la Unión, o celebradas en un Estado miembro que ejerza la Presidencia de la OSCE, en las que se mantenga un diálogo político que fomente directamente la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho en Venezuela (art. 6.6).



JURISPRUDENCIA

No existe constancia de que el viaje de Dña. Josefa estuviera motivado por alguna de esas causas que justificarían una exención. De hecho, tampoco consta que el Gobierno español hubiera promovido un expediente de tal naturaleza, que tendría que haber sido notificado por escrito al Consejo y autorizado por este órgano (art. 6.7).

Importa destacar que no incumbe a esta Sala el control del cumplimiento de las obligaciones del Gobierno español respecto de las decisiones PESC. El carácter político de estas decisiones se percibe con más nitidez, si cabe, a la vista de los arts. 24 del Tratado de la Unión Europea y el art. 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ambos preceptos limitan incluso la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de política exterior y de seguridad común.

En definitiva, sostener que cualquier vulneración por una autoridad española de una decisión PESC ha de ser calificada como constitutiva de un delito de prevaricación sería contrario a la propia naturaleza del mandato incumplido. Se trata de una obligación singular, no integrable en las obligaciones formales derivadas de la aplicación de reglamentos, directivas, recomendaciones y dictámenes. Una obligación, en fin, de marcado carácter político cuyo incumplimiento no admite otra responsabilidad que la que se dirime en ese ámbito.

Los hechos tampoco son susceptibles de ser calificados como constitutivos de un delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos a que se refiere el art. 408 del CP, pues ningún delito se habría cometido –como ya hemos razonado– por el incumplimiento de la decisión PESC que prohibía la entrada en territorio europeo de Dña. Josefa .

Por las mismas razones, no estaría justificada la admisión a trámite de la querrela para investigar un inexistente delito de usurpación de funciones del art. 506 del CP, en el que se castiga a la autoridad o funcionario público que “... *careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución*”.

Por todo ello, procede la inadmisión a trámite de la querrela.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º) Se declara la competencia de esta Sala para el conocimiento y decisión de la querrela formulada contra el Excmo. Sr. D. Eleuterio, Ministro de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana.

2º) Se acuerda la inadmisión a trámite de la misma por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez
Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Antonio del Moral García
Pablo Llarena Conde
Vicente Magro Servet