



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN QUINTA**

ROLLO: Altre 652/09-CH
DILIGENCIAS PREVIAS: 3360/2009
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 30 DE BARCELONA

A U T O

Ilmos. Sres.:
D. Augusto Morales Limia
D. Enrique Rovira del Canto
D. Guillermo Benlloch Petit

En la Ciudad de Barcelona, a nueve de diciembre de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 19 de octubre de 2009 por el Juzgado de Instrucción núm. 30 de Barcelona se dictó Auto por el que se acordaba denegar la petición de prisión provisional, comunicada y sin fianza de D. Félix Millet i Tusell y D. Jordi Montull i Bagur, imputados en las Diligencias Previas de referencia, y formulada por el Ministerio Fiscal y las dos Acusaciones Particulares personadas, acordándose la LIBERTAD PROVISIONAL de los citados imputados a los que se les prohíbe salir del territorio español debiendo entregar de forma inmediata su pasaporte.

SEGUNDO.- Notificado el Auto a las partes, y sucesivamente se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación por el Ministerio Fiscal, la representación procesal del Consorci del Palau de la Musica Catalana (a partir de ahora "Consorti"), y la representación procesal de la Fundació Privada Orfeo Català-Palau de la Música Catalana (a partir de ahora "Fundació"), al que se adhirió la representación procesal de la Associació Orfeo Català, y a los que se ha opuesto la representación procesal de los imputados citados, por lo que fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, habiendo teniendo entrada en esta



Sección el pasado día 20 de noviembre y turnadas al magistrado ponente.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique Rovira del Canto, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por las partes apelantes se invoca, en síntesis, la no procedencia de la medida acordada sino la prisión provisional comunicada y sin fianza de los dos imputados citados, dada la existencia, a tenor de las diligencias de prueba practicadas, de indicios racionales de criminalidad respecto de los hechos imputados a los mismos en la querrela de fecha 10 de junio de 2009 formulada por el Ministerio Fiscal por presuntos delitos continuados de apropiación indebida y falsedad documental, siendo delitos sancionados con penas superiores a los dos años de prisión.

Principalmente porque ello motiva la existencia de riesgo de fuga de los mismos, sin que haya quedado desvirtuado por las circunstancias concurrentes desde la interposición de la querrela, y asimismo, riesgo de que los querrelados puedan destruir importantes fuentes de prueba, sin que el comportamiento post delictivo de los mismos lleve a un razonamiento diverso. Y ello por cuanto la pretendida confesión de cada imputado no ha resultado más que parcial y limitada a sus gastos personales, incluso llegando a ser calificada como de "incompleta y torticera" (representación procesal de la Fundació), considerando en este momento inicial o embrionario del proceso la medida más proporcionada, no obstante respetándose sus notas de excepcionalidad y subsidiariedad, y atendida la gravedad de las penas que pueden imponerse, de hasta ocho años de prisión por el delito continuado de Apropiación Indebida, con posibilidad de incremento a tenor del art. 74.2º del Código penal, y de tres años por el delito de falsedad documental imputado, y ello sin perjuicio de la calificación de otros ilícitos formulada en esta alzada respecto de un presunto delito de Malversación de Caudales Públicos del art. 432.2 del mismo Texto punitivo (Ministerio Fiscal y representación procesal del Consorci) de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413, o incluso



de forma subsidiaria de un delito societario de los arts. 290, 297 y 296.2, todos ellos del reiterado Cuerpo Legal, ostentando los imputados la condición de autoridad a estos efectos (representación procesal del Consorci).

Riesgo de fuga que consideran los apelantes incrementado por las dudas sobre el arraigo familiar y domiciliario de los acusados, al haberse tornado hostil hacia los mismos, la repulsa social de los hechos cometidos, y su capacidad económica, significativa, habiendo el acusado Millet conseguido rápidamente y consignado la cantidad de 1.800.000 euros poniéndola a disposición del Juzgado de Instrucción, importe que consideran no sólo resultaría insuficiente como pretendida reparación del daño causado por los imputados, sino que además sostiene que permite inferir el que pudieran desaparecer en cualquier momento de la acción de la justicia, así como evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes por sí o por medio de terceros o incluso influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo, y en protección del perjudicado conforme al art. 13 LECrim.; y aludiendo la procedencia de la prisión provisional conforme incluso al auto de esta misma Sección 5ª de fecha 19.01.07 (caso Tous).

SEGUNDO.- Pues bien, y con carácter previo a cualquiera otra consideración deberemos señalar que el ámbito del recurso de apelación no es otro que la revisión de la corrección o no de los hechos y razonamientos jurídicos de la resolución recurrida, con relación al conjunto probatorio o de investigación que le sirva de base y a la concreta materialización del derecho de defensa de las partes, de tal manera que la confirmación de aquélla sólo podrá tener lugar por sus propios fundamentos, pero nunca por razones o consideraciones introducidas "ex novo" por el Tribunal, y ni siquiera tampoco por las alegaciones de la parte/s apelada/s, y ello por la elemental razón de que lo contrario significaría una lesión irreversible del derecho de defensa de la parte recurrente, la que vería así desestimada su pretensión por argumentos que, por desconocidos, no pudo contradecir en forma alguna.

Y debe ser confirmada tal resolución si, por el contrario, como es el presente supuesto, aparece fundada con arreglo a derecho, las argumentaciones de las partes apelantes no se configuran como suficientes para desvirtuarla, y la Sala no sólo asume las fundamentaciones del Juez a quo sino que incluso se dan aquí por reproducidas en aras a los principios de celeridad y economía procesal.



Si bien el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím. en adelante) determina los requisitos y finalidades que deben ser objeto de atención para estimar o no proporcionada la adopción o mantenimiento de tal medida, y cuya concurrencia ha sido alegada por los apelantes, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han establecido la necesidad de apreciar el momento del proceso en que se resuelve sobre la situación personal del imputado como circunstancia a tener presente además de las personales para acordarse tal medida de prisión provisional.

Así el Auto del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2000, recogiendo la Sentencia del TC 108/1994, de 11 de abril, especifica que la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado, sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida, de manera que para adoptar la medida de privación de libertad si bien no se exige una prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino, como establece también el Auto del TC de 07.07.00, únicamente la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, como presupuesto de la legitimidad constitucional de aquella, precisa el estar unida al objetivo de la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permiten su adopción, resolución que concreta que uno de esos fines que legitiman la prisión provisional es el riesgo de fuga.

Y fue ya el Auto del TC de 24.09.96 el que añadió que la ponderación necesaria de tales elementos, a saber, las sospechas razonables de responsabilidad criminal y el conjurar el peligro de fuga, variará según la medida cautelar se adopte en un momento o fase inicial del proceso penal, o por el contrario se acuerde en un momento procesal posterior.

Así el peligro de fuga cobra especial relevancia cuando la privación de libertad se acuerda al comienzo de la instrucción, momento en el que la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito o gravedad de la pena; y se indicó que



la presunción de inocencia únicamente exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable y que, en cuanto al fin, la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva y que, al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, de forma que resulta innegable la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga, pues a mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida y, además, a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia, sin perjuicio de que, junto a dicho dato objetivo inicial y fundamental, se tengan en cuenta otros, como las características personales del inculpado, el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.

Resolución citada que concluyó con el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, y que puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses, ya que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, por ejemplo, evitar la desaparición de pruebas, así como los datos de los que en ese instante cuenta el Instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, mientras que el transcurso del tiempo, como entiende la Sala en esta alzada, puede modificar estas circunstancias para denegar el hipotético cambio de la situación de libertad provisional a la de prisión provisional.

TERCERO.- Tal doctrina es la que ha sido positivizada en los artículos 502 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redactados conforme a la L.O. 13/2003), y que, aplicada al caso que nos ocupa, nos lleva a concluir la corrección de la decisión impugnada y la desestimación de los recursos interpuestos, sin



perjuicio de la motivación que debe expresarse en las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional configurando una resolución judicial motivada (SSTC 41/1982, 56/1987, 3/1992, 128/1995).

Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, entendiéndose por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional" (STC 128/1995, F.J. núm. 4º,b). La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, generalizando lo establecido por el art. 102.3 de la Constitución española, compromete el derecho de defensa de la persona imputada, reconocido en el art. 24 de la Norma, y la seguridad frente a la proscrita arbitrariedad de los poderes públicos, principio proclamado en su art.9.

Con independencia de los criterios que el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia han ido precisando respecto del contenido de la normativa sobre esta medida cautelar personal tan restrictiva como es la prisión provisional, señalando que la legalidad desde el artículo 17.1 y 4 del Constitución y la legitimidad constitucional de la prisión provisional exigen que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, y sobre todo de sus objetivos, lo cierto es que debe partirse de la base de una premisa objetiva cual es que el ilícito bajo el cual los hechos investigados fueran subsumibles inicialmente, sin perjuicio de una valoración y concreción exacta de los mismos lo cual está reservado para un momento posterior procesal oportuno, esté sancionado con una pena superior a los dos años de prisión o bien esté sancionado con otra pena privativa de libertad en caso de poseer antecedentes penales, pero no pudiéndose configurar tal medida en el actual momento procesal, que no es de mero inicio de las diligencias judiciales de instrucción como pretenden las partes apelantes, sólo en base a la gravedad de la pena asignada al delito imputado, pues ello configuraría un reprochable y reprochado cumplimiento anticipado de la misma.

CUARTO.- Si bien inicialmente la Sala, que hay que recordar conforme a las alusiones efectuadas por algunos recurrentes a una precedente resolución de esta misma Sección de fecha 19.01.07



(caso Tous) no es de la misma composición de Magistrados que la que dictó ésta, y que incluso la misma contó con un voto particular, hubiera podido compartir los argumentos jurídicos y de apreciación de riesgo de fuga, de modificación u ocultación de pruebas, e incluso de protección del perjudicado alegados por las partes apelantes, y fundamentalmente acordar la medida de prisión provisional de los imputados citados en base a la gravedad de los hechos imputados y las penas que pudieran corresponder a los mismos, o hubiera compartido una resolución inicial acordando la situación de prisión provisional de los mismos, en un momento más próximo no ya a la fecha de incoación de las Diligencias Preprocesales del Ministerio Fiscal núm. 39/08-E, de fecha 31 de julio de 2008, sino con respecto al auto del Juez Instructor de admisión de la querrela, de fecha 20 de julio de 2009, esto es casi un año después, a tenor de las circunstancias acontecidas durante este período, de más de cinco meses desde la última fecha citada, no puede por menos de tener presente unas valoraciones y consideraciones materializadas en el comportamiento manifiesto de los imputados que llevan a desestimar los recursos interpuestos, confirmando la resolución dictada, se reitera, por ser conforme a Derecho.

Tras un detallado análisis de los particulares de la causa testimoniados para la resolución del presente recurso, esta Sala podría compartir sin dificultad la inicial calificación jurídica de los hechos contenida en el escrito de querrela, -sin que sea necesario pronunciarse ahora sobre los pretendidos delitos de malversación de caudales públicos y de infidelidad en la custodia de documentos invocados en esta alzada, por cuanto no consta en la querrela interpuesta en fecha 10.06.09 mención alguna a un pretendido comportamiento ilícito en tal sentido de los dos imputados apelados cuya prisión provisional se pretende- y, por tanto, podría este Tribunal coincidir con los recurrentes en que sobre los imputados se cierne la amenaza verosímil de las penas previstas para los delitos continuados de apropiación indebida de los arts. 252, 250.6º y 74 del Código penal y de falsedad en documento oficial de los art. 390 y 74 del mismo Cuerpo legal.

Ahora bien, aunque la Sala pueda compartir (con la provisionalidad inherente a la fase del procedimiento en que nos encontramos) la calificación inicial de los hechos realizada por el Ministerio Fiscal en su querrela no puede, sin embargo, hacer suyo el criterio de los apelantes según el cual, el solo dato consistente en la amenaza punitiva que pesa sobre los querrellados basta, en el actual momento procesal, para deducir de él la existencia de un riesgo de fuga de tal intensidad que justifique la modificación de



la situación personal de los imputados y su sometimiento a la medida de prisión provisional, y ello a la vista del comportamiento que los dos imputados apelados han mantenido desde que tuvieron conocimiento de la instrucción del proceso.

Todas las partes apelantes han interesado tal cambio de situación procesal en base a un pretendido riesgo de fuga de los acusados, restando valor al comportamiento de pretendida confesión y reparación del daño llevado a cabo por los mismos o, al menos por uno de ellos, durante la inicial instrucción del procedimiento y antes de dictarse el auto impugnado.

La Sala entiende, por el contrario, que este comportamiento procesal constituye una base suficiente para inferir que los imputados no pretenden sustraerse a la acción de la Justicia sino, más bien, adoptar las medidas y estrategias precisas para posibilitar una mejor y más adecuada defensa con miras a su más que probable enjuiciamiento futuro.

Con lo dicho no pretendemos en modo alguno prejuzgar si este comportamiento procesal de los imputados les hace o no acreedores a la apreciación de las circunstancias atenuantes previstas en los números 4º y 5º del artículo 21 del Código Penal -y a la consiguiente rebaja de la pena en uno o dos grados-, como sostienen sus defensas, pues esta es una cuestión que deberá dilucidar en su día el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos investigados. Únicamente queremos poner de relieve que esta alegación de la defensa (la posible incidencia disminutiva de pena que quizás pueda reconocerse en el futuro al comportamiento procesal desplegado por los inculpadados) no puede tacharse de radicalmente irrazonable o infundada, lo que, sin duda, contribuye a relativizar el riesgo de fuga predicable de estos imputados.

Pero sobre todo, lo que a juicio de este Tribunal constituye el indicio más evidente y demostrativo de que los imputados no presentan un riesgo de fuga tan cualificado e intenso que justifique la privación cautelar de su libertad como única medida apta para garantizar su sujeción al procedimiento es que los querellados, pese a que han podido fugarse sin la menor traba o dificultad durante los cinco meses anteriores, no lo han hecho; y ello a pesar de que, como sostiene alguna parte apelante, la presente instrucción no parece encontrarse lejos de su final.

Pero es que, además, el propio Ministerio Fiscal al interponer su querrela interesó que los dos imputados permanecieran en situación de libertad provisional, y si bien más de la mitad del escrito de



apelación de dicha parte viene referido a la justificación de su cambio de pretensión al respecto, no encuentra la Sala elementos suficientes como para compartir la base y fundamentación jurídica de su cambio de postura.

QUINTO.- En apoyo de la medida de prisión provisional las partes recurrentes invocan también la repulsa social que despiertan los hechos cometidos.

Esta alegación tampoco resulta atendible pues convendrá recordar que, tras la reforma del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, la "alarma social" no se encuentra ya entre las circunstancias que justifican la adopción de la prisión provisional.

Tampoco cabe pretender tal modificación de la situación personal de los querellados sobre la base de una pérdida de arraigo domiciliario y familiar, con carencia absoluta de datos o indicios objetivos para ello, y de quienes, como en el presente supuesto los dos imputados, tienen evidentemente conocido su domicilio y su familia instaurada en la demarcación territorial de esta Audiencia Provincial, o pretender tal riesgo de fuga exclusivamente de quien posee una capacidad económica personal y familiar significativa, cuando ha venido desarrollando su vida con cierta normalidad durante los más de cinco meses de instrucción del proceso, pues ello implicaría el sancionar a los sujetos únicamente desde el punto de vista subjetivo o personal, y en modo alguno objetivo y jurídico.

Pero es que no puede pretenderse en modo alguno un riesgo de ataque, destrucción, modificación u ocultación de los medios de prueba de quien desde hace meses ha sido cesado y alejado formal y materialmente de su puesto de trabajo y tiene impedido el acceso a los centros en donde desarrollaba su pretendida actividad delictiva imputada, sino que sólo se desprende de las actuaciones llevadas a cabo una actuación en pro de su defensa, extremo por lo demás que se excluye como motivo para acordar la prisión provisional en el art. 503.3º.b) LECrim.

Y, por último, no puede pretenderse un cambio en la situación personal de los imputados bajo la genérica y abstracta alegación de evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes por sí o por medio de terceros, sin indicar base indiciaria alguna, qué fuentes de prueba podrían verse afectadas o tipo de las mismas, sin que además ello sea apreciable de las actuaciones por la Sala; o incluso influir sobre otros imputados,



testigos o peritos o quienes pudieran serlo, bajo tal mera alegación abstracta y carente de toda concreción, identificación o determinación de dichos testigos, peritos o personas susceptibles de serlo, y sin que ello presuponga infracción alguna del art. 13 LECrim., cuya redacción actual procede de la reforma llevada a cabo por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.

SEXTO.- Por todo ello, a la vista de lo manifestado, lo verdaderamente excepcional de la medida de prisión provisional pretendida y que resulta totalmente improcedente en el actual momento procesal, atendidos el comportamiento de los imputados y demás circunstancias concurrentes en los mismos conforme al art.503.2, párrafo segundo, LECrim., así como que la presencia de los mismos a disposición de la instrucción puede lograrse a través de medidas menos contundentes como la periódica presentación apud acta, es procedente desestimar los recursos interpuestos, si bien a fin de asegurar la permanencia de los dos imputados a disposición de los órganos judiciales procede de conformidad con el art. 503 y concordantes LECrim. acordar la complementación de la medida de libertad provisional adoptada con retirada del pasaporte respectivo y la obligación de no salir de España, con la fijación de presentaciones mensuales los días que fije el Juzgado de Instrucción ante el mismo hasta la fecha de la celebración del acto de la vista en juicio oral.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas del recurso.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por el Ministerio Fiscal, la representación procesal del Consorci del Palau de la Musica Catalana, y la representación procesal de la Fundació Privada Orfeo Català-Palau de la Música Catalana, al que se adhirió la representación procesal de la Associació Orfeo Català, contra el Auto de fecha 19 de octubre de 2009, dictado por el Juzgado de Instrucción 30 de Barcelona en sus Diligencias Previas 3360/09, por el que se acordó la LIBERTAD PROVISIONAL de D. Félix Millet i Tusell y D. Jordi Montull i Bagur, imputados en las mismas, por lo que **CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN**, si bien



acordando complementar tal medida con la fijación de presentaciones mensuales de los dos imputados citados los días que fije el Juzgado de Instrucción ante el mismo hasta la celebración de la vista en juicio oral. Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los testimonios originales al Juzgado de Instrucción de procedencia a fin de que proceda a su cumplimiento inmediato, anticipándose a tal efecto la presente resolución vía fax al mismo.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se dio cumplimiento a lo anteriormente acordado. Doy fe.

2/12/09