JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3
GAVÀ

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚMERO 38/2014 - B

DILIGENCIAS PREVIAS NÚMERO 598/2013 - B

AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL

En Gavà, a 7 de octubre de 2015

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 28 de julio de 2014 se dictó Auto en las Diligencias Previas número 598/2013 por el que se acordaba su continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos imputados a D. Lionel Andrés Messi Cuccittini y a D. Jorge Horacio Messi Pérez fueren constitutivos de tres presuntos delitos contra la Hacienda Pública; dando lugar así al presente Procedimiento Abreviado número 38/2014.

SEGUNDO.- Con fecha de 3 de octubre de 2014 se dictó Auto en el presente Procedimiento Abreviado 38/2014, por el que se desestimó íntegramente el recurso de reforma presentado por la representación procesal de D. Lionel Andrés Messi Cuccittini frente al mencionado Auto de fecha 28 de julio de 2014.

TERCERO.- Con fecha de 8 de junio de 2015 la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Auto en su Rollo de Apelación número 858/2014, por el que desestimó íntegramente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Lionel Andrés Messi Cuccittini frente al mencionado Auto de fecha 3 de octubre de 2014.

CUARTO.- Con fecha de 15 de junio de 2015 se dictó Providencia por la que se dio traslado del presente procedimiento al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que solicitaran la apertura de juicio oral, formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

QUINTO.- Con fecha de 8 de julio de 2015 el Abogado del Estado presentó escrito en el que solicitó la apertura de juicio oral contra D. Jorge Horacio Messi Pérez y D. Lionel Andrés Messi Cuccittini, formulando el correspondiente escrito de acusación.

En dicho escrito, el Abogado del Estado formula acusación frente a D. Jorge Horacio Messi Pérez y D. Lionel Andrés Messi Cuccittini, por considerarlos responsables, en régimen de coautoría, de tres delitos contra la Hacienda Pública, previstos y penados en el artículo 305 del Código Penal, interesando la imposición de las penas, para cada uno de ellos y por cada uno de los tres delitos, de siete meses y quince días de prisión, multa del tanto de la cuantía defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53.1 del Código Penal, y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de un año y seis meses, así como las costas procesales.

En cuanto a la responsabilidad civil, el Abogado del Estado interesa un pronunciamiento meramente declarativo, no de condena en sentido estricto.

SEXTO.- Con fecha de 29 de septiembre de 2015 el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que solicitó la apertura de juicio oral contra D. Jorge Horacio Messi Pérez, formulando el correspondiente escrito de acusación.

En dicho escrito, el Ministerio Fiscal formula acusación frente a D. Jorge Horacio Messi Pérez, por considerarlo responsable de tres delitos contra la Hacienda Pública, previstos y penados en los artículos 305 y 305 bis del Código Penal, interesando la imposición de las penas, por cada uno de los tres delitos, de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de la mitad de la cuantía defraudada, con noventa días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de un año, así como las costas procesales.

En cuanto a la responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal interesa que se transfiera a la Agencia Tributaria el importe consignado judicialmente.

En el mismo escrito, el Ministerio Fiscal, interesa el sobreseimiento y archivo del procedimiento respecto de D. Lionel Andrés Messi Cuccittini, con base en los artículos 641.2 y 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente Auto se dicta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dispone dicho precepto que:

"*1. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que*

corresponda conforme a los artículos 637 y 641.

Cuando el Juez de Instrucción decrete la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, el Secretario judicial dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.

2. Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieren sido acusados.

En el mismo auto señalará el Juez de Instrucción el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa.

3. Contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas".

SEGUNDO.- Tal y como previene el artículo 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la primera de las cuestiones que deben ser resueltas en el presente Auto es la relativa a si procede la apertura de juicio oral o el archivo de la causa con base en los artículos 637.2 o 641.2 de la misma Ley; y ello respecto de ambos acusados.

Sobre este punto, el Abogado del Estado interesa la apertura de juicio oral respecto de ambos acusados, en tanto que el Ministerio Fiscal lo hace solo respecto de D. Jorge Horacio Messi Pérez, interesando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de D. Lionel Andrés Messi Cuccittini.

Según el artículo 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si cualquiera de las acusaciones interesa la apertura de juicio oral el Juez de Instrucción debe acordarla, con la sola excepción de que considere que el hecho no es constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra alguno de los acusados.

En el presente caso, del análisis de la causa no puede concluirse que concurran tales circunstancias respecto de ninguno de los acusados. En efecto, existen elementos que permiten afirmar tanto que los hechos objeto del procedimiento y por los que se ha formulado acusación son constitutivos de varios delitos como que existen indicios racionales de criminalidad respecto de ambos acusados.

Estas cuestiones (y en particular la existencia de indicios racionales de criminalidad respecto del acusado D. Lionel Andrés Messi Cuccittini) han sido ya tratadas y resueltas por este Juzgado en los Autos de fechas 28 de julio y 3 de octubre de 2014, íntegramente confirmados por el Auto de la Sección Sexta de

la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 8 de junio de 2015.

La motivación de tales Autos debe darse por reproducida en el presente, sin que el Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 29 de septiembre de 2015, haya aportado nuevos elementos de juicio o razonamientos distintos de los que ya se tuvieron en cuenta en ellos.

Por lo tanto, procede decretar la apertura de juicio oral respecto de ambos acusados y en relación con los tres delitos contra la Hacienda Pública a los que se ha hecho referencia.

Además, de conformidad con el inciso final del artículo 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y al no haber renunciado el Ministerio Fiscal a presentar escrito de acusación frente a D. Lionel Andrés Messi Cuccittini, procede darle nuevo traslado para que, en el plazo de tres días, así lo haga, si lo estima procedente.

TERCERO.- La segunda de las cuestiones que debe abordarse en el presente Auto es la relativa a la adopción, modificación, suspensión o revocación de medidas cautelares; tal y como previene el artículo 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Debe señalarse que en el presente procedimiento no se ha acordado, por el momento, ninguna medida cautelar y que ni el Ministerio Fiscal ni el Abogado del Estado han interesado su adopción ni en el curso de la instrucción ni en sus escritos de acusación. Además, ninguna de las acusaciones interesa pronunciamiento de condena en materia de responsabilidad civil, si bien ambas interesan la imposición de penas de multa a los acusados.

En todo caso, el citado precepto es objeto de dos interpretaciones opuestas por parte de las Audiencias Provinciales.

CUARTO.- Centrando nuestro análisis en las resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, una primera corriente doctrinal considera que el artículo 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ponerse en relación con el artículo 589 de la misma Ley, que dispone que:

"*Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.*

La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias".

Esta primera tesis considera que la adopción de la medida cautelar de prestación de fianza puede (y aun debe) ser acordada de oficio por el órgano instructor en el Auto de Apertura de Juicio Oral (si no antes) y que para ello

basta con atender a la existencia de indicios de criminalidad, que serían bastante obvios dado el estado de la causa. Además, para esta primera corriente doctrinal la fianza comprendería no solo el importe presumible de la responsabilidad civil sino también el de la pena de multa que pudiera imponerse.

Puede citarse en tal sentido el Auto de la Sección Sexta número 432/2009, de fecha 29 de junio de 2009, dictado en el Rollo de Apelación número 708/2008, que señala que:

"*Consideran los recurrentes improcedente la responsabilidad pecuniaria de 670.000 euros impuesta, pues alegan que no concurren los requisitos del art. 589 LECrim.*

El artículo 589 LECrim establece que cuando en el sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, el Juez mandará que preste fianza bastante para responder de sus responsabilidades pecuniarias. Así ocurre en el supuesto de autos en el que decretada la apertura del juicio oral, existiendo acusación tanto pública como privada es procedente, tal como ha hecho la juez instructora determinar la responsabilidad pecuniaria y requerir a los imputados para que aseguren esa suma, fijando la instructora la fianza de 670.000 euros en previsión de que se viera la acusación particular obligada a abonar el importe mencionado en la demanda civil que se interpuso por la sociedad Invest Sabana de la que son socios los imputados.

El motivo debe ser desestimado".

Del mismo modo, el Auto de la Sección Séptima número 11/2009, de fecha 8 de enero de 2009, dictado en el Rollo de Queja número 19/2008, señala que:

"*Pero es cierto que el artículo 783.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que "contra el auto que acuerde la apertura de juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento sus pretensiones no atendidas". Y no es menos cierto que el acuerdo relativo a la fijación de fianza y su cuantía son propios de tal resolución conforme al apartado 2 del mismo precepto, y tanto respecto de los imputados como de los responsables civiles, y nótese que este mismo artículo, en su apartado 3 , subsana la falta de recurso para el acusado, que son los aquí recurrentes además de las mercantiles responsables civiles, el cual puede reproducir ante el órgano de enjuiciamiento sus pretensiones no atendidas, lo cual refuerza la conclusión anterior. Es por todo ello que las resoluciones impugnadas en esta vía, de fecha 02.10.08 y 18.06.08, en cuanto desestiman inadmitiendo los recursos interpuestos contra la concreta petición de reforma y nulidad de la prestación de fianza contenida en el auto de apertura del Juicio Oral de fecha 14.04.08 , han sido dictadas conforme a Derecho y por ello debe ser desestimado el recurso interpuesto, no habiendo lugar en consecuencia a pronunciamiento alguno respecto de la legalidad ordinaria de la cuantía de la misma acordada, sobre lo cual ya ha sido además debidamente contestado por las resoluciones impugnadas*".

Respecto de la inclusión del importe de la posible pena de multa en la fianza, el Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona número 519/2004, de fecha 20 de septiembre de 2004, dictado en el Rollo de Apelación número 248/2004, señala que:

"*Y ello porque la fianza que se establece en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se calcula exclusivamente en función de la responsabilidad civil que en su caso pudiera recaer, sino para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito, estén o no comprendidas en la responsabilidad civil. De modo que, con independencia de la determinación de las personas responsables civilmente y de las cuantías en las que se establezca esa responsabilidad, la fianza debiera haber sido ya fijada en atención no sólo a las indemnizaciones previstas, sino también a las responsabilidades penales de tipo pecuniario que pudieran imponerse (multa) e incluso de las costas del procedimiento*".

QUINTO.- Una segunda corriente jurisprudencial considera que el artículo 783.2 de la Ley debe ponerse en relación con el artículo 764, que establece que:

"*1. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.*

2. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida".

Ello determina que tales medidas solo puedan ser acordadas a petición de parte y que para su adopción sea necesaria la concurrencia de los requisitos generales de apariencia de buen derecho (que se concretaría en la existencia de indicios racionales de criminalidad) y peligro por la mora procesal. Esta misma corriente considera que el importe de la posible pena de multa no debe ser incluido en la fianza.

Así, el Auto de la Sección Tercera número 614/2009, de fecha 21 de septiembre de 2009, dictado en el Rollo de Apelación número 275/2009, señala que:

"*En cuanto al pago de afianzar una hipotética multa, que es una pena que lleva aparejada el art. 379 del CP , ya en otras ocasiones se ha puesto de manifiesto por este Tribunal (Rollo de apelación nº 646/08) que a tenor de lo dispuesto en el art. 764 de la L. E .Criminal, en el procedimiento de Diligencias Previas, el régimen jurídico aplicable para la adopción de medidas cautelares reales, es decir, para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, se rige por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente por lo que se refiere a las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria, y dicha Ley, como es sabido, se rige por el principio de rogación. Pero, no obstante, no deja*

de ser controvertido que la fianza prevista en el art. 589 de la L.E .Criminal alcance también al pago de la pena de multa que pudiera imponerse al acusado. En el mismo se manifiestan otras Secciones de esta misma Audiencia (Auto Sección 2ª, de 4 de julio del año 2002), en el sentido de que las medidas cautelares reales adoptadas en el seno de un proceso penal tienen una exclusiva finalidad: trabar bienes suficientes de los llamados ex lege al proceso como presuntos responsables civiles a efectos de asegurar la satisfacción de las posibles indemnizaciones que se fijen en sentencia a favor de los perjudicados y en su caso las costas procesales que integran también uno de los pronunciamientos de contenido económico de la sentencia que en su día pondrá fin a la causa..Y dado que la responsabilidad civil ex delicto puede abarcar, según se enumera en el art. 110 del CP, tanto la restitución de la cosa, como la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios, es lógico que en la L.E.Criminal, en su art. 589, se aluda in genere a "responsabilidades pecuniarias", concepto en ningún modo extrapolable a pena pecuniaria. La razón es simple: la pena también es pecuniaria, pero es una sanción que se impone al autor responsable de un hecho delictivo por haber infringido una norma penal, mientras que la responsabilidad civil es ex delicto, una obligación nacida por la infracción del principio neminen laedere, esto es, de la lesión de bienes jurídicos evaluable económicamente.

Abona esta interpretación lo dispuesto en el apartado octavo b) del art. 585 de la L.E .Criminal en el que se establece que el Juez podrá disponer "el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieren resultar responsables civiles directos o subsidiarios". Y de la misma manera que en un Estado de Derecho no puede asegurarse el cumplimiento anticipado o "ad cautelam" de una pena privativa de libertad que presuntamente pudiera imponerse al acusado de un delito en caso de recaer sentencia condenatoria (piénsese simplemente en las condiciones que justifican la prisión provisional y los fines exclusivos que de modo excepcional la legitiman), no puede tampoco obligársele a prestar fianza, bajo la amenaza legal de trabar sus bienes, para que, en caso de resultar condenado a pena pecuniaria, dicha pena pueda ser cumplida. El embargo de bienes a fines de cumplimiento de una pena pecuniaria solo es factible en fase de ejecución de una sentencia penal firme y tras ser requerido el ya condenado al pago o cumplimiento de la pena impuesta. Otra cosa es que decretado en fase instructora el comiso de los efectos del delito (por ejemplo el dinero o los bienes provenientes del tráfico de sustancias estupefacientes) una vez firme la sentencia se apliquen las cantidades o bienes decomisados al pago de la multa impuesta, respetándose siempre la prelación establecida en el articulo 126 del CP . Es por todo ello por lo que consideramos que el recurso debe ser estimado, dejando sin efecto el auto apelado".

La misma tesis se sigue en el Auto de la Sección Sexta número 828/2012, de fecha 15 de noviembre de 2012, dictado en el Rollo de Apelación número 553/2012; en el Auto de la Sección Tercera número 709/2012, de fecha 11 de julio de 2012, dictado en el Rollo de Apelación número 398/2012; y en el Auto de la Sección Tercera número 512/2012, de fecha 17 de mayo de 2012, dictado en el Rollo de Apelación número 494/2012; entre otros.

SEXTO.- Esta disparidad de criterios debe ser resuelta, a juicio de este instructor, a favor de la segunda corriente doctrinal; y ello, por los motivos que consta en las resoluciones citadas, y en particular por los siguientes.

En primer lugar, esta segunda tesis, al menos en lo relativo a la Audiencia Provincial de Barcelona, si bien no puede calificarse de claramente mayoritaria, sí cuenta con un mayor número de resoluciones que la respaldan, siendo estas, en general, más recientes que las que abonan la primera.

En segundo lugar, la segunda tesis se considera más justificada y motivada, dado que pone en relación preceptos propios del Procedimiento Abreviado (los artículos 783.2 y 764 de la Ley), en tanto que la primera relaciona un artículo propio del Procedimiento Abreviado (el artículo 783.2) con uno propio del Sumario (el artículo 589) pasando por alto el precepto específico del primer tipo de procedimiento (el artículo 764). Además, la primera tesis se limita a aplicar el artículo 589 de la Ley de manera automática, sin ponerlo en relación con otros preceptos legales o principios generales de Derecho, a diferencia de lo que hace la segunda con el artículo 764.

En tercer lugar, debe atenderse al tenor literal del artículo 783.2, que se refiere a la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas "*interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular*", lo que presupone que deba existir petición de parte para que sea posible dicho pronunciamiento.

SÉPTIMO.- Ello determina que en el presente caso no deba adoptarse ninguna medida cautelar respecto de los acusados ni deba requerírseles para que presten fianza.

Así, en primer lugar, no se ha solicitado por ninguna de las acusaciones que se acuerde medida cautelar alguna, no siendo posible su adopción de oficio, de conformidad con las resoluciones indicadas.

En segundo lugar, aun en el caso hipotético de que hubiera sido solicitada su adopción, la decisión debería ser la misma, al no apreciarse riesgo por la mora procesal. Así, no puede entenderse, en el presente caso, que la demora en el dictado de una Sentencia pueda frustrar el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponerse a los acusados. Sobre este punto debe tenerse en cuenta la colaboración mostrada por ambos acusados en el procedimiento judicial, el hecho de que hayan abonado voluntariamente la totalidad de las cuotas presuntamente defraudadas y el carácter público de los acusados, que dificulta en extremo que pudieran sustraerse a la acción de la justicia, debiendo valorarse, también, el hecho de que son conocidas las personas y entidades de las que obtienen sus ingresos, lo que reduce en gran medida el riesgo de insolvencia.

Finalmente, cabe señalar que no se interesa condena en concepto de responsabilidad civil, por lo que, según la jurisprudencia citada, no podría fijarse fianza alguna, al no deber incluirse en esta la posible pena de multa que pudiera imponerse a los acusados.

OCTAVO.- En cuanto al órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, de conformidad con los artículos 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en cuenta las penas asignadas a los delitos por los que se ha formulado acusación, se señala el Juzgado de lo Penal de Vilanova i La Geltrú.

PARTE DISPOSITIVA

- Se acuerda la apertura de Juicio Oral por tres delitos contra la Hacienda Pública, de los que son acusados D. Jorge Horacio Messi Pérez y D. Lionel Andrés Messi Cuccittini y responsables civiles los mismos acusados.

- Se señala como órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa al Juzgado de lo Penal de Vilanova i La Geltrú.

- Dese nuevo traslado al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo de tres días, presente escrito de acusación frente a D. Lionel Andrés Messi Cuccittini, si así lo estima procedente.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que es firme y que frente a ella no cabe interponer recurso alguno, salvo en lo relativo a la situación personal de los acusados (artículo 783.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Así lo acuerda, manda y firma D. Manuel Alcover Povo, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Gavà y su partido.- Doy fe.

DILIGENCIA.-Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.
..