

DP nº 3360/09

Juzgado de Instrucción
nº 30 Barcelona

**AL JUZGADO DE INSTRUCCION PARA ANTE LA ILMA AUDIENCIA
PROVINCIAL**

El fiscal; en el procedimiento del margen, comparece y DICE: Que le ha sido notificado el auto de fecha 19 de octubre en el que se acuerda la Libertad provisional de los inculpados Felix Millet Tusell y Jordi Montull Begur y hallándose en desacuerdo con su parte dispositiva formula, al amparo de los arts 507.1 y 766 de la Lecrim RECURSO DE APELACION

I Introducción

La duración del periodo de instrucción de un proceso penal resulta siempre indeterminada, esto no obstante, desde el momento que existen indicios de criminalidad contra una persona el juez instructor deberá formalizar la imputación dando traslado de la denuncia o querella –excepción hecha de los casos en que declare secreto el sumario-, (art 118 Lecrim) naciendo en ese momento en los inculpados su derecho a la defensa y con ello a intervenir y participar en cuantas diligencias se practiquen..

Ahora bien, comoquiera que la instrucción tiene como horizonte la celebración del juicio oral, desde el momento en que se formaliza la imputación se genera desde ese momento en los inculpados un deber de sujeción al proceso.

Para garantizar ese deber, el ordenamiento prevé la adopción de diferentes medidas, todas ellas limitativas de derechos por lo que su adopción incumbe, previa petición de parte, exclusivamente al Juez de Instrucción, siendo sin duda la mas grave de tales medidas la prisión provisional.

Esto no obstante, cuantas medidas se adopten para tal fin pueden ser modificadas a lo largo de la instrucción de la causa en función de las diferentes variables y circunstancias que se adviertan: desvanecimiento de los indicios, sospechas de otros delitos etc.

II LEGITIMIDAD DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La legitimidad constitucional de la prisión atiende, con acogimiento expreso en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 502 y siguientes), a que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de comisión de una presunta actividad delictiva con una determinada previsión penológica ("que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso") y su atribución a persona determinada ("que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión"); como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y

congruentes con la naturaleza de la medida (deber estatal de perseguir eficazmente el delito –evitando la desaparición de las fuentes de prueba, impidiendo la huida del presunto responsable, haciendo inocua toda actividad que tienda a obstruir la actuación de la Justicia, evitando que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, impidiendo el riesgo de reiteración delictiva-, por un lado; y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro); y como objeto, que se la conciba, en su adopción, y en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

El artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija: “2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosa para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. 3. El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional de repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta”.

El artículo 504.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala: “La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron la adopción”. Y dichos fines se precisan en el apartado 3 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “3^a que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse razonablemente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de la ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este

apartado.

También podrá acordarse la prisión provisional concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 0º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancia del hechos, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloroso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º. del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda razonablemente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras de las personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad."

El auto por el que se acuerde tan excepcional medida privativa de libertad exige una adecuada motivación, y, en concreto, tal y como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia 128/95, la necesidad de constatar y argumentar la concurrencia de los requisitos antes relacionados, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, recogiendo tal requisito de necesaria motivación el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que afirma que la prisión provisional es una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal (artº 17.1 CE) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige como presupuesto la existencia de indicios de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo, como objetivo, la

consecuencia de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (a riesgo de ampliación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17) de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ2).

Por su parte, el artículo 539 de la **Ley Procesal** establece en sus apartados primero y segundo que **“Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio”**.

III.- Argumentos de la resolución que se impugna.-

El auto que recurrimos descarta la petición de prisión provisional interesada por esta representación en la comparecencia celebrada el pasado 19 de los corrientes en su razonamiento jurídico primero. En tal actuación sostuvimos la conveniencia de adoptar la medida con fundamento en el epígrafe a) nº 1º del art 503, esto es, por considerar la existencia de: peligro de fuga.

La resolución tras reconocer, como no podía ser de otro, modo la existencia de indicios serios y graves de la comisión de los delitos continuados de apropiación indebida y falsedad descansa su argumentación de rechazo a nuestra solicitud en torno a dos argumentos principales: el primero, la sorpresa por lo que considera un cambio de parecer del fiscal en lo tocante a la solicitud de medidas

cautelares y la segunda el comportamiento de los inculpados una vez aflorada su imputación.

Pasemos a analizarlas separadamente.

III.1) SOBRE LA COHERENCIA DEL MINISTERIO FISCAL EN EL DECURSO DE LAS PRESENTES ACTUACIONES.

Este Ministerio no comparte en absoluto las consideraciones vertidas por el Instructor en el Razonamiento Jurídico Primero de la resolución combatida, afectantes a cual ha sido el posicionamiento de esta representación a lo largo del proceso y, en especial, en cuanto a la adopción de medidas cautelares de naturaleza personal respecto de los querellados, y en las que, dicho sea de paso, se posiciona claramente con la defensa de los imputados, asumiendo como propios, casi con integridad, sus argumentos.

Por otra parte, nada hay de extraño que a la vista de los acontecimientos, de los datos obrantes en autos y de las declaraciones de los inculpados a presencia judicial, las partes varíen o modifiquen sus pretensiones, de lo contrario carecería de sentido el contenido del art 539 de la Le脆im transcrito mas arriba y que permite la modificación de la situación personal del inculpado “cuantas veces sea procedente”

Sin embargo procedamos al análisis del razonamiento del instructor y la evolución que tanta sorpresa parece haberle causado.

Señala el Instructor que “....***sorprende que el Ministerio Fiscal, en el momento de formalizar la querella criminal que ha dado origen a la presente causa solicitara de forma expresa.....la***

libertad provisional de los querellados, lo cual indica que en ese momento dicho Ministerio Público no apreciaba que concurriera el alegado riesgo de fuga.....En tales circunstancias y muy especialmente realizada la entrada y registro en el Palau de la Música Catalana.....podía haberse solicitado la adopción de la medida cautelar ahora reclamada....sin embargo el Ministerio Público....se limitó, en su escrito presentado ante este Juzgado el día 24 de Julio de 2009....a solicitar la medida cautelar de retirada de los pasaportes de los principales imputados y la prohibición de salir de territorio español. **A partir de esa fecha este Instructor ignora cuales son las circunstancias fácticas que han motivado el cambio de opinión del Ministerio Público, pero en cualquier caso los hechos que se han producido desde ese momento no hacen más que desvirtuar la opinión de que en el presente caso existe un riesgo de fuga...."**

Los argumentos así vertidos por el Instructor, con los que parece atribuir a este Ministerio una cierta incoherencia, o mudabilidad al albur de un eventual e innominado clamor social, deben ser categóricamente rechazados, y basta observar cuál ha sido el posicionamiento de esta representación, a lo largo de la tramitación de la causa, para llegar a la conclusión de que carecen de cualquier apoyo objetivo, debiéndose así poner de relieve las siguientes circunstancias:

a.- Es así de ver que este Ministerio, en efecto, en su querella inicial, presentada ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia en fecha 10 de Junio, solicita la libertad de los querellados. Y

ello lo es porque, como no puede obviarse, la “notitia criminis” de que en ese momento se disponía era ciertamente limitada. La Agencia Tributaria había detectado, en el curso de sus inspecciones ordinarias, importantes salidas de efectivo de las cuentas de las entidades perjudicadas y, a la hora de recabar la correspondiente justificación documental los responsables de aquellas habían presentado facturas con evidentes signos de mendacidad. Tratándose de entidades con importantes beneficios fiscales por ley la elusión tributaria debía descartarse, planteándose como necesaria consecuencia, pero sólo en el terreno de la hipótesis en ese momento, que tales cantidades podían haber sido indebidamente apropiadas. Nada obstaba a que, puestos los hechos en conocimiento de los querellados estos hubieran podido justificar que las salidas dinerarias se correspondían a pagos relacionados con las entidades inspeccionadas, mediante la aportación de justificantes distintos a los presentados a la Inspección de Tributos. Por tanto la solicitud de una medida restrictiva tan importante como es la privativa de libertad no aparecía, **en ese momento**, como la más proporcionada y adecuada a la información de la que se disponía.

A dicha finalidad de comprobación, y acopio de información, se dirige la medida que en el momento de presentar la querella se solicitó, cual es la entrada y registro en las entidades investigadas y el examen de la documentación que pudiera incautarse por funcionarios de la AEAT. A idéntica finalidad, y a evitar otras posibles disposiciones ilícitas, va dirigida otra importante medida cautelar solicita por este Ministerio, cual era la intervención judicial de las entidades administradas por los querellados. Dicho sea de paso, no fue sino hasta

el día 6 de Julio en que el Instructor decide incoar Diligencias Indeterminadas e interesar de este Ministerio una “concreción de los hechos imputados a cada uno de los querellados”, lo que fue atendido a través de escrito presentado ante el Juzgado en 7 de Julio.

Es en 20 de Julio cuando el Instructor dicta Auto de incoación de Diligencias Previas, en el que lacónicamente señala que “....no procede realizar ningún pronunciamiento respecto de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de querella....”, resolución que este Ministerio recurre en la misma fecha insistiendo en la necesidad de su adopción. En 28 de Julio el Instructor desestima el recurso, interponiéndose contra la resolución dictada recurso de apelación por este Ministerio en 30 de Julio.

b.- En 23 de Julio tiene lugar la entrada y registro en las dependencias de las entidades investigadas, a la que este Ministerio asistió personalmente, siendo en ese momento cuando los indicios apuntados en la querella comienzan ya a concretarse (así descubrimiento de cuantiosas sumas en efectivo en cajas fuertes y de cuentas numeradas en Suiza), de modo que en fecha 24 de Julio se presenta escrito ante el Juzgado, insistiendo en la necesidad de acordar la intervención judicial de las entidades, así como de expedir Comisión Rogatoria a las Autoridades suizas y, por cuanto a medidas cautelares de naturaleza personal, con expresa alusión a “....la creciente solidez de los indicios de criminalidad en su contra, y, consecuentemente, el elevado riesgo de fuga concurrente en los mismos....”, así como a la necesidad

de "...adoptar una medida cautelar proporcionada...." se solicita del Juzgado que "...**previa la celebración de la correspondiente vista, se acuerde la prohibición de salida del territorio nacional respecto de los querellados, con la consiguiente retirada del pasaporte.**" En 30 de Julio el Instructor desestima la solicitud formulada, aludiendo al "...arraigo social, familiar y profesional de los querellados, unido a la edad de alguno de ellos...." y, además a la circunstancia de que "...teniendo en cuenta la facilidad actual de las comunicaciones y la capacidad económica de los querellados, sería completamente ineficaz si los querellados tuvieran intención de huir de la justicia, **por lo que este Instructor entiende que su adopción es innecesaria y, en cualquier caso, completamente ineficaz**", argumento que, según es de ver en la resolución que ahora se combate, ha perdido plenamente vigencia, ignorando esta parte cuáles pudieran ser los motivos.

c.- Es en fecha 9 de Septiembre cuando, a la vista de la documentación aportada por los nuevos gestores de las entidades perjudicadas, este Ministerio presenta escrito al Juzgado informando de diversos particulares llegados a su conocimiento, a saber: cuantiosos pagos realizados con fondos de las entidades a sociedades relacionadas con parte de los querellados en los ejercicios 2008 y 2009, supuestos trabajos en el Palau que pudieran no corresponderse con obras reales, pagos significativos realizados con cheques al portador entre los años 2007 a 2009, obras o reformas en sus viviendas particulares facturadas a cargo del Orfeó y retiradas de documentación del despacho de uno de los querellados los días 28 y 29 de Julio. Es entonces cuando,

plenamente confirmados los elementos delictivos ya aparecidos durante las investigaciones previas, que evidenciaban un claro enriquecimiento patrimonial de los querellados, y entre otras diligencias a practicar, se solicitaba expresamente "*....la inmediata declaración como imputados de F. MILLET, J. MONTULL y G. MONTULL....debiendo procederse a la celebración de vista de medidas cautelares....respecto de aquellos tres imputados....*" y ello en la consideración de que se daba una palmaria concurrencia de los requisitos establecidos en los párrafos 1º y 2º del art. 503.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la existencia de "*....riesgo de que los querellados....puedan intentar sustraerse a la acción de la justicia....y....peligro cierto de que los imputados consigan destruir importantes fuentes de prueba....*".

Dicho escrito, al que curiosamente el Instructor no hace mención alguna en la resolución combatida, tuvo respuesta en Auto de 14 de Septiembre, por el que se desestima la pretensión de este Ministerio porque, según se señala "*....las presentes actuaciones se hallan declaradas secretas y la realización de tales declaraciones en tal situación...haría imposible informar a los querellados de los hechos concretos que se les imputan sin levantar de forma práctica el referido secreto de las actuaciones...*" y que "*....en el transcurso de las investigaciones realizadas están surgiendo en un breve espacio de tiempo diversas y variadas operaciones....cuya confirmación previa es necesario realizar mediante las diligencias acordadas por este Instructor para posteriormente, cuando se confirme su realidad, proceder a la toma de declaración de las personas presuntamente responsables....*". Desde

luego a fecha de hoy sigue este Ministerio desconociendo cual pueda ser la norma procesal que impida practicar declaraciones de personas imputadas, querelladas o detenidas mientras penda el secreto sumarial de unas actuaciones, precisamente cuando la realidad de otros procedimientos penales de carácter económico o patrimonial, o aún en el ámbito de la delincuencia organizada justifican justamente lo contrario. Por otra parte, y aún pendientes de realizar las actuaciones periciales acordadas nada hubiera obstado a practicar la declaración sobre los hechos obrantes en la querella, debidamente constatados por los Inspectores de Tributos en sus informes iniciales y avalados por los resultados de la limitada instrucción hasta entonces practicada.

d.- En fecha 15 de Septiembre los Sres. MILLET y MONTULL presentan al órgano judicial sus manifestaciones parcialmente autoinculpatorias. Por dicho motivo este Ministerio, en la creencia, equivocada a la postre, de que el Instructor les iba a llamar a declarar sin dilación, no interpuso recurso contra la resolución antes señalada. Al no ser así el Fiscal reiteró de nuevo su solicitud, en escrito de 22 de Septiembre, a los efectos de que "...se reciba declaración como imputados a Félix Millet, Jordi Montull y Gemma Montull, **convocando tras dicha diligencia a la comparecencia pra la adopción de medidas cautelares....**", así como se adoptaran medidas cautelares patrimoniales, siendo de nuevo desestimada por resolución judicial de 25 de Septiembre, con los mismos argumentos que en la anterior, e interponiéndose contra la misma recurso de reforma y subsidiaria apelación en escrito presentado en 29 de Septiembre. Por Auto de 5 de Octubre fue estimado por el Instructor el recurso de esta parte,

parcialmente, acordándose señalar las declaraciones de los Sres. MILLET y MONTULL para el día 19 de Octubre.

Es por ello que la actitud procesal de este Ministerio, en lo referido a la solicitud de medidas cautelares de carácter personal, objeto del presente recurso, a través de sus diferentes representantes en la causa, ha sido plenamente coherente, proporcionada, documentada y justificada en todo momento, no pudiendo en modo alguno calificarse, en cuanto a las en concreto interesadas en la comparecencia subsiguiente a la declaración de los imputados, como sorpresiva o dirigida por finalidades ajenas a las propias del proceso y de la ley que lo rige.

III.2) Del comportamiento post-delictivo de los inculpados.

Recoge el instructor como factor determinante a la hora de no considerar probable el riesgo de fuga el dato de que los inculpados giraron sendas cartas confesando su participación en los hechos delictivos y poniendo a disposición de la causa una relación de bienes cuya futura enajenación podría dar cobertura a la responsabilidades civiles así como la suma de 1.800.000 euros consignada en la cuenta del juzgado.

Al margen de la valoración que en un futuro juicio oral tal comportamiento pueda tener como posible atenuante de reparación del daño, la aparición de la confesión no resulta un dato determinante capaz de diluir la posibilidad de que el acusado no decida sustraerse a la acción de la justicia.

En primer lugar, porque la confesión no sólo no es espontánea sino también porque resulta deliberadamente sesgada.

Como se ha dicho, se produjo un registro en las dependencias del Palau y se obtuvo toda una suerte de documentación en apariencia suficientemente comprometedora, pero, no solo eso, casi al mismo tiempo, entró en las instituciones (Consorci-Fundació-Associació) un nuevo equipo directivo que tuvo a su alcance todas las cuentas, anotaciones y facturas de la etapa Millet. Es obvio que era una cuestión de días que las primeras facturas apareciesen gastos en obras particulares, viajes etc ya que el inculpado no había tenido reparo no sólo en pagar sus gastos personales con cargo a las instituciones sino también en dejar las facturas de tales gastos en los propios archivos contables del Palau.

Por otra parte la confesión del acusado se limita estrictamente a tales gastos personales atendidos con cargo al presupuesto del Palau de la Música, pero no hay que olvidar que respecto a lo que parece ser "la parte del león" de los fondos desviados, -aquellos que se articulaban a través de salidas en efectivo sin justificar-, los inculpados afirman que no han acabado en su patrimonio personal sino que insisten en que se emplearon para realizar pagos "en negro" a cantantes, intermediarios o comisionistas, cuando existen indicios en la causa de que ello no ha sido así.

Es mas en la declaración prestada ante el instructor, el querellado Montull no tuvo ningún reparo en afirmar que el pago de tales cantidades en negro, se realizaba sin hacer anotación alguna ni llevar ningún apunte, fiándolo todo a la memoria.

De ahí que podemos concluir que la confesión se efectuó de manera deliberadamente incompleta y sin otra finalidad que la de

procurar confundir al instructor para que adoptase una decisión benévolas respecto a la situación personal puesto que los propios inculpados advertían como irremediable su ingreso en prisión.

IV La circunstancia de peligro de fuga.-

1.- Constituye el riesgo de fuga la manifestación en el ámbito del proceso penal del aforismo latino “periculum in mora” y deviene el primero de los supuestos legalmente previstos sobre el que se puede fundamentar una decisión de prisión provisional.

El riesgo de fuga se funda por tanto en el peligro de que el inculpado decida, constante la investigación y ante la perspectiva de una sentencia condenatoria privativa de libertad por una pena grave, sustraerse a la acción de la justicia frustrando o intentando frustrar las expectativas del proceso y su normal desarrollo.

La ausencia del acusado durante el proceso impedirá, -salvo supuestos de penas leves que no son del caso-, la celebración del juicio que contra el mismo pueda celebrarse provocando un trastorno grave para una recta administración de justicia.

La decisión para considerar la existencia o no de “riesgo de fuga” descansa pues en dar respuesta a una incertidumbre: ¿comparecerá el imputado/s a cuantas diligencias requieran de su presencia? ¿Estará presente en el acto de la vista oral si llega a celebrarse?. Dicho de otro modo, cómo solucionar el natural recelo de si el sujeto pasivo cumplirá o no con su deber de sujeción al proceso.

2.- La decisión del reo de fugarse o no, está como toda decisión humana sujeta a múltiples contingencias: su estado de ánimo, sus relaciones,

sus estímulos, sus emociones... son cambiantes y pueden mudar de un día para otro sin ofrecer a ojos de terceros una explicación razonable. Por poner algún ejemplo la imputación del delito puede provocar una crisis matrimonial y con ello un deseo de alejarse de un entorno hostil no solo en lo procesal si no también en lo personal, o, la obtención de ganancias con el delito aún no descubiertas determine al inculpado a desaparecer durante un tiempo.

Cabe decir aquí que el daño procesal que se produce con la desaparición del delincuente, resulta incluso aunque este sea luego fácilmente prendido por las fuerzas de seguridad. No es necesario un entendimiento "novelesco" del riesgo fuga como el de un fugitivo que oculta el rostro y viaja de un lado a otro con falsos pasaportes. Basta con que el sujeto no se halle a disposición del órgano judicial cuando se le requiera para que la lesión procesal se desencadene.

Ante tal contingencia, las resoluciones judiciales teniendo presente el tenor de la ley procesal, -sin perjuicio de que cada caso merece una atención singular e individualizada-, a la hora de configurar un pronóstico, han ido acuñando un cuerpo doctrinal con el fin de objetivar, en la medida de lo posible aquellos factores que "a priori" pueden influir en la adopción de la decisión de huir o sustraerse a la acción de la justicia por el inculpado.

El análisis de tales factores, en relación con el caso concreto, incumbe al juez, obviamente, previa petición de las partes acusadoras.

3.- El art 503 mas arriba transcrto, en lo que aquí nos incumbe recoge textualmente. ... "Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y

económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral....

De tal redacción se deducen pues los parámetros sobre los que elaborar la decisión de adoptar o no la prisión provisional por concurrencia de riesgo de fuga, sin olvidar en ningún momento sus notas de excepcionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad y provisionalidad.

Analicemos tales elementos para comprobar luego si concurren o no en el caso concreto

Naturaleza del Hecho.- Debe hacerse notar que este primer criterio se separa deliberadamente de aquel que se funda en "la gravedad de la pena que pudiera imponerse".

¿Quiere decir esto que existen hechos punibles capaces de producir una mayor riesgo de fuga en el culpable que otros?. Sin duda, no podemos ignorar que existen delitos cuyo rechazo por el cuerpo social resulta mas intenso. Con ello, la influencia que uno u otro título de imputación puede provocar en el ánimo del acusado a la hora de ponderar la decisión de desaparecer aparece como incuestionable.

Dicho en otros términos, la pena por un delito de alzamiento de bienes y por un delito de abuso sexual (sin penetración) sobre un menor puede resultar similar pero no es comparable los efectos que en el entorno del autor (familia, trabajo etc) produciría una u otra imputación.

Gravedad de la pena.- Se trata de un elemento de naturaleza plenamente objetiva, la calificación que inicialmente puede merecer el ilícito objeto de instrucción resultará de proyectar la sanción fijada en el tipo correspondiente para obtener una previsión aproximada de la pena

que pueda llegar a imponerse. La trascendencia de este factor salta a la vista. La perspectiva de cumplimiento de una larga pena privativa de libertad puede incidir de manera determinante sobre el ánimo del delincuente. Uno puede afrontar anímicamente mejor un horizonte de cumplimiento de 2 o 3 años de privación de libertad que de 12 o 15 por poner un ejemplo.

Precisamente este resulta ser el elemento capital, como se pone de manifiesto en las sentencias que se citan, y en definitiva el que quizá con más rigor se emplea por jueces y tribunales para justificar la adopción de la medida de prisión provisional.

A este respecto es preciso señalar, como se ha puesto de manifiesto que, la actual regulación de la prisión provisional sólo permite su adopción a fin de conjurar un triple riesgo: el peligro de fuga, el de destrucción de pruebas o perturbación del proceso en general y el de reiteración delictiva.

Si analizamos los casos, desgraciadamente frecuentes de homicidios de mujeres por parte de sus parejas, podremos comprobar que en muchos de ellos el autor es una persona arraigada y el crimen en múltiples ocasiones lo comete en presencia de otras personas o incluso que tras cometerlo, se entrega a las autoridades.

Pues bien, si se atendiese de una manera rígida a las hipótesis que se contemplan en el texto legal resultaría cuestionable la adopción de la prisión provisional en tales supuestos dado que, el sujeto no es posible que destruya pruebas (el crimen se ha producido a la vista de terceros o, incluso ha confesado su autoría), sin embargo los jueces de instrucción acuerdan en estos casos y en todo el territorio español de una manera razonable la medida de prisión provisional. Pues, aunque el presunto autor disponga de escasos medios y habilidades para permanecer oculto,

la sola posibilidad de que pueda sustraerse y quedar durante un tiempo o definitivamente, sin la pena que merece por tan execrable comportamiento obstaculizando o impidiendo la acción de la justicia conduciría no sólo a la mas absoluta incomprensión de la colectividad, sino pura y simplemente a la inutilidad del Derecho Penal.

Situación familiar, laboral y económica.- Se tratan estas de circunstancias que generalmente se agrupan bajo el término de: arraigo. La importancia de ellas tampoco puede desconocerse. La vinculación de una persona con sus seres mas queridos, la convivencia con ellos, con su trabajo, sus amistades, sus relaciones etc. se desarrollan en un espacio geográfico concreto, que en caso de abandonarlo subrepticiamente le obligaría a renunciar a la cercanía de todos ellos. De ese modo, puede presumirse que, cuanto mas intenso sea ese arraigo mas difícil resultará para el reo desprenderse de él y tomar una decisión tan grave como la de sustraerse a la justicia.

Nada que ver por tanto con esa locución tan repetida en la realización de las comparecencias de prisión de que el reo: "tiene domicilio conocido" como si el contar con un lugar donde habitar resultara sinónimo de arraigo en la comunidad.

Mención aparte merece la alusión a la situación económica, por cuanto si bien resulta un factor complementario del arraigo en la localidad igualmente supone un elemento a tener en cuenta para calibrar la viabilidad de una decisión de desaparecer. Una notoria capacidad económica puede convertir en mas llevadera la existencia de cualquier persona y también, como no, la de un fugitivo.

La inminencia en la celebración del juicio oral.- Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia se trata de un concepto ambivalente ya que la decisión de ausentarse puede resultar lógica tanto en el delincuente recién descubierto que juzga como irreversible una futura condena como, en aquel que transcurrido un plazo de instrucción mas o menos largo en situación de libertad provisional ante la proximidad del juicio reflexiona y percibe como segura su condena e, incluso, la realidad nos muestra como se producen muchas decisiones tan pronto se conoce que ha sido rechazado el último recurso interpuesto contra la sentencia.

V.- Concurrencia en el caso concreto.-

Los hechos objeto del presente procedimiento descansan en la sustracción por parte del culpado en colaboración con el resto de los querellados de sucesivas cantidades de dinero de aquellas que tenía que destinar para el cumplimiento de los fines de la institución.

Naturaleza del hecho.- Al margen de cual sea el nomen iuris, -sobre el que en el epígrafe siguiente nos detendremos con mayor alcance-, lo que distingue este desfalco de otros que hayan podido cometerse o que se cometan es que el perjudicado resulta ser las instituciones que dan cobertura al Palau de la Música. Todo lo que representa esa institución en el sentir de esta comunidad, por su historia, su función y su indisoluble vinculación a la colectividad catalana lo convierte en algo distinto de lo que podría ser una sustracción en una empresa mercantil cualquiera.

Basta comprobar el eco que el procedimiento ha tenido en los

medios de comunicación y, por encima de todo, la resolución que ahora impugnamos para cerciorarse de que estamos ante un hecho cuya repulsa resulta de una contundencia hasta ahora desconocida.

Consideramos por tanto que este elemento de ponderación, para calibrar la existencia del peligro de fuga contenido en el texto legal regulador de la prisión preventiva no ha sido objeto de valoración por parte del instructor omitiendo cualquier reflexión sobre el mismo.

Gravedad de la pena.- Analicemos con mas detenimiento el criterio comúnmente empleado por las resoluciones judiciales que acuerdan la prisión preventiva de los sospechosos en las fases o periodos iniciales de la instrucción: "la gravedad de la pena que en su día pudiera imponérsele"

1.- Pronóstico.- Los títulos de imputación contenidos en la querella resultan ser los de Apropiación Indebida y Falsedad, ambos en su modalidad continuada. Sin perjuicio de que puedan barajarse otras figuras típicas para incardinarn de manera correcta la conducta de los inculpados, luego aludiremos a ellas aunque ya podemos adelantar que variará poco el horizonte máximo de privación de libertad tanto si manejamos una como otra imputación.

Apropiación Indebida.- El art 252 que define el delito de Apropiación Indebida, remite para su punición a la penalidad prevista para el delito de Estafa contenido en los arts 249 y 250. El primero de los citados prevé una pena básica de de seis meses a cuatro años de prisión y el segundo contiene determinadas circunstancias de agravación de entre las cuales por tener a priori relación con la conducta entresacamos las siguientes: la 1^a.- Cuando el delito "Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social", la 6^a

cuando “Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia” y, 7^a “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”. Por otro lado el párrafo 2 de dicho artículo dispone que: “si concurrieran las circunstancias 6^a o 7^a con la 1^a, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses”. (No es el momento adecuado quizá, pero parece razonable atribuir a los bienes del Palau de la Música su condición de “reconocida utilidad social” y por tanto la apreciación de la agravante primera del art 250). Si a ello se añade que el art 74.1 prevé para el delito continuado que la pena se aplicará en su mitad superior y teniendo igualmente presente el tenor del acuerdo de la Sala II del TS que dispone que “El delito continuado se sanciona siempre con la mitad superior de la pena” nos resulta una pena máxima sólo por el delito de Apropiación Indebida que puede llegar a los OCHO años de prisión. Por otra parte si se entendiera que en lugar del párrafo 1º del art 74 resultara de aplicación el 2º referido a que “el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas” dicha pena podría incrementarse en uno o dos grados.

2.- Falsedad en documento Mercantil.- Junto a ella no cabe desconocer la pena prevista para el delito de falsedad en documento mercantil, que en este caso no es medial respecto de la Apropiación Indebida, por cuanto su confección se produce con posterioridad a la comisión del delito y tendremos del juego de los arts 390 y 392 una pena máxima de TRES años de prisión y multa que debería ser sumada a cualquiera de las DOS anteriores.

En este caso, el escenario de pena, contemplada con criterios de

proporcionalidad, podría situarse alrededor de los CATORCE AÑOS de privación de libertad.

3.- Malversación de Caudales Públicos.- Si se considerase que los hechos son susceptibles de ser calificados como delito de Malversación de caudales, el art 432.2, -aparte de la pena de inhabilitación-, nos sitúa en una pena de 4 a 8 años de privación de libertad, que por el juego del art 74, esto es, por tratarse de un delito continuado, debería ser fijada en la mitad superior mas la correspondiente a la falsificación con lo que estaríamos ante una pena similar en uno y otro caso. A este respecto y sin perjuicio de cual sea la decisión al tiempo de evacuar las conclusiones provisionales, no hay que olvidar que el art 435 extiende la posibilidad de castigar por malversación a "cuantos se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas". Estaríamos en una calificación alternativa con un similar horizonte punitivo.

Por último, no se puede soslayar el peor de los horizontes para los inculpados, esto es, considerar que los fondos detraídos del Consorci mantienen su naturaleza de fondos públicos, (delito de malversación) y que los apropiados de la Fundació y Associació son recursos privados (apropiación indebida) y que, el desvalor de ambas infracciones fruto de los diversos orígenes de los fondos no puede ser incluido en un mismo tipo penal. De este modo se produciría una situación concursal que conduciría a una perspectiva de punición todavía superior.

Dicho todo esto cabe reiterar que no es este el momento para realizar una valoración definitiva del encaje típico de las conductas investigadas, el proceso penal tiene un momento preciso para ello. Se trata de una aproximación partiendo de los indicios obrantes en la causa. La finalidad de este pronóstico no es otra que poner de

manifiesto que, las penas previstas para este tipo de comportamientos son muy graves y que la sola perspectiva de su definitiva imposición resulta de suyo suficiente para aflorar en los sujetos concernidos cuando menos un impulso para burlar su aplicación.

2.- Consecuencia.- La perspectiva de punición de las infracciones resulta ser a todas luces severa, nada hay que la diferencie en términos de "quantum" de pena de la que podría corresponder a un delito de violación o a uno agravado de tráfico de cocaína o incluso a un homicidio consumado, sin embargo, de manera difícilmente comprensible no ha merecido la adopción de una medida cautelar, a todas luces razonable y ponderada como la que se solicitaba y que caso de tratarse de otro delito es altamente probable que hubiese sido adoptada.

Es más, es precisamente en el momento inicial del descubrimiento de la infracción cuando tal medida resulta más adecuada atendiendo al criterio de gravedad de la pena.

Resultaría por esta parte un imperdonable gesto de pedantería ilustrar a una Sala que resuelve a buen seguro anualmente mas de un centenar de recursos sobre prisión preventiva con citas de sentencias del TC en la que se contiene la doctrina relativa a la prisión provisional, pero no me resisto a transcribir un párrafo de la STC 47/2000 que es el siguiente "*Al analizar si la gravedad de la pena puede justificar por sí sola, en el caso, la adopción de la medida de prisión provisional, hay que partir, al valorar esta queja, de que el TC ha hecho especial hincapié en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses.*

*Citando las TEDH SS 27 Jun. 1968, 10 Nov. 1969, 27 Ago. 1992 y 26 Ene. 1993, el TC ha afirmado que si bien **en un primer momento cabría admitir**, para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, **que su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena**, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias, debiendo ponderarse, por ello, en la decisión de mantenimiento de la medida, inexcusablemente, los datos personales del preso preventivo, así como los del caso concreto. Y esa exigencia de análisis particularizado debe acentuarse aún más en casos en que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y la existencia inicial, incluso, de razones concretas que justifiquen el riesgo de fuga (Cfr. TC SS 128/1995 de 26 Jul. y 156/1997 de 29 Sep.).*

Resulta obvio, por tanto, que la contemplación de la gravedad de las penas asociadas a los delitos imputados al recurrente y a sus copartícipes, permitiría por sí sola, más allá de consideraciones relativas a su supuesto arraigo o a su pretendida ausencia de peligrosidad, en este primer momento la adopción de la medida cautelar que se pretende,

Arraigo.- Hace notar el instructor en los últimos párrafos de su razonamiento que los imputados tienen un “claro arraigo familiar y circunstancias personales como la edad que hacen altamente improbable la existencia de riesgo de fuga”

Como acabamos de sostener a lo largo del presente recurso no basta con la existencia del arraigo más o menos sólido para conjurar el riesgo de fuga ante penas tan graves. Lo contrario supondría tanto

como decir que aquellos delincuentes que se hallan establecidos socialmente y, no obstante ello delinquen, a pesar de que la pena prevista sea severa resultará excepcional que se acuerde respecto de ellos la prisión provisional.

No se explica entonces como y bajo que fundamento se han acordado prisiones provisionales en instrucciones judiciales por casos sonoros, vid se comprueba que el argumento central descansa en conjurar el riesgo de fuga, a pesar del arraigo que ostenten o puedan detentar los implicados, podemos recordar aquí los casos Afinsa o forum filatélico (ar 2006\265,2006\187974) Gurtel, Jesús Gil o especialmente el auto de esa Sección 5^a de 19 de enero de 2007 (caso Tous).

Pero además de tal argumento, este caso, presenta notas que incluso permiten hacer dudar del arraigo de los inculpados.

En efecto, la repulsa social hacia la conducta de los querellados ha resultado de tal intensidad que los mismos no disponen de otro cobijo afectivo que aquel que puedan dispensarles sus familiares mas directos, cualquier estamento social rechaza toda relación y toda proximidad con ellos, el entorno que hace pocos días dominaban se les ha tornado hostil y no encuentran mas respuesta que el desdén. ¿Dónde está entonces el arraigo? Qué les vincula a una ciudad que espera, -acreditados los hechos-, cumplan una pena severa y restituyan lo mucho sustraído.

Es este otro mas de los motivos de discrepancia con la resolución judicial, no existe ya propiamente arraigo de los inculpados, objetivamente no tienen ya o los tienen muy menguados los motivos para permanecer.

Recursos económicos.- La actividad delictiva prolongada desde tiempo todavía no precisado, ha generado un notorio aumento de la riqueza

personal de los querellados, los recursos que se calculan desviados aun no han sido calculados pero las disposiciones en efectivo sin justificar rondan los 20 millones de euros en los últimos cinco años, continúan aflorando mas depredaciones: bodas con cargo al Palau, gastos de índole personal, a ello hay que añadir la percepción injustificada de primas o estipendios no se sabe porqué gestión. Son sumas estratosféricas de las que se desconoce en que pueden haberse invertido pero no es descartable que algunas hayan sido situadas en el extranjero, concretamente en Suiza país donde ambos inculpados reconocieron en sus declaraciones poseer cuentas bancarias. Momento habrá para determinar cómo, cuando y cuanto se llevaron pero, a efectos de la pretensión que se sostiene en este escrito, no es sino abundar de nuevo en otro elemento a tener en cuenta. No cabe desconocer tampoco que Félix Millet tenía una caja de seguridad con 1.800.000 euros en billetes de 500 que fueron incautados por el juzgado. ¿Acaso no son datos relevantes de los que inferir una capacidad suficiente para desaparecer si así lo desean regalándonos un último engaño?

En consecuencia y de acuerdo con lo expuesto el FISCAL interesa:

1º.- Que se revoque la resolución que se impugna y que en su lugar se dicte otra por la que se acuerde la Prisión Provisional Incondicional de los querellados FELIX MILLET TUSELL Y JORDI MONTULL BEGUR.

Barcelona a 23 de Octubre de 2009.

El fiscal.

F. Bañeres.

OTROSI: el fiscal, vista la trascendencia de la medida que solicita y para facilitar la mejor comprensión del Tribunal y teniendo cuenta que las demás partes acusadoras es altamente probable que formulen igualmente, interesa que se libre testimonio de la totalidad de lo actuado.

PAGE

PAGE 28