



CARME EXPOSITO RUBIO
Llicenciat en Dret
Procurador dels Tribunals
Jaume I 42 Pral. 2a. 17001 Girona
Tel. 972 205 206 Fax: 972 220 546
E-Mail: rosexposito@rosexposito.com

Advocat: PEDRO LOPEZ MARTINEZ
Ref. Advo.: Exp.: A21973
Notificat: 27/01/17

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA (PENAL)
GIRONA**

**RECURSO DE APELACIÓN
ROLLO Nº 1108/2016**

**DILIGENCIAS PREVIAS Nº 1964/14
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE GIRONA**

IL·LUSTRE COL·LEGI PROCURADORS DELS TRIBUNALS - GIRONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
26 GEN. 2017	27 GEN. 2017
Article 151.2	L.E.C. 1/2000

AUTO Nº 37/2017

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

D. JAVIER MARCA MATUTE

D. JUAN MORA LUCAS

En Girona a 20 de enero de 2.017

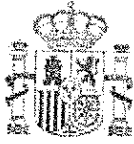
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Girona dictó auto en fecha 11 de agosto de 2016, en el procedimiento de Diligencias Previas nº 1964/2014, en el que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado lugar a la formación de la presente causa.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en fecha 5 de septiembre de 2016 recurso de reforma y subsidiario de apelación por D^a Cruz Celdrán López, D. Diego Moyá Villarejo y D. Pedro López Martínez, recurso que fue impugnado por el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 14 de septiembre de 2016 y por la representación procesal de D. Josep Juan Buixeda mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2016.

Por Auto de fecha 14 de octubre de 2016 se desestimó el recurso de reforma, se tuvo por interpuesto el recurso de apelación. Mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2016 la representación del recurrente realizó las alegaciones que tuvo oportunas, lo que también hicieron la representación procesal del investigado mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2016 y el Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 4 de noviembre de 2016, tras lo cual se remitieron las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la





correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el auto dictado en fecha 11 de agosto de 2016, por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Girona, en el procedimiento de Diligencias Previas nº 1964/2014, se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado lugar a la formación de la presente causa.

Frente a esta resolución se alza la acusación particular fundando su escrito de recurso en diversos motivos. El primero de ellos es la conculcación del principio acusatorio, al entender el recurrente que mediante el archivo se impide una indagación suficiente y necesaria de los hechos que motivaron la querrela.

Debe desestimarse este primer motivo del recurso. Como señala la Audiencia Provincial de Girona en reiteradas resoluciones (vg Auto de 28 de junio de 2011):

“debe señalarse que la facultad de sobreseer las actuaciones, debe utilizarse con moderación, cuando ante hechos en apariencia constitutivos de infracción penal, los indicios de su comisión dependen de un juicio valorativo sobre diligencias de instrucción de marcado carácter personal, como son las declaraciones de imputados y testigos, y que por tanto son más propias de la apreciación que debiera hacer otro Tribunal en el ámbito del juicio oral, con sujeción a los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Ahora bien, dicha premisa en aras a evitar la conocida como “pena de banquillo”, debe matizarse cuando la base probatoria de contenido incriminatorio resulta objetivamente endeble, pues de lo contrario bastaría la mera afirmación inculpatoria del denunciante, para que el imputado se vea abocado a un juicio oral que podría quedar instrumentalizado sobre la base de falsas y/o temerarias imputaciones”.

Como tiene dicho reiterada jurisprudencia (vg Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de mayo de 2016):

“la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2 ; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3 ; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1 ; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2 ; 21/2005, de 1 de febrero , FJ 4).

De otro lado, la finalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la instrucción penal no es otra que la de aportación de los datos relevantes que





respecto de los hechos objeto de la denuncia o querrela resultan necesarios para valorar si los mismos poseen trascendencia penal. Resultando de aplicación en esta jurisdicción los principios de intervención mínima y subsidiariedad, esta debe reservarse para la preservación y restauración del orden jurídico cuando no existe otro más idóneo o este no podría resultar eficaz.

En este sentido, no asiste al denunciante o querellante un derecho a agotar la instrucción, pues el derecho a la tutela judicial puede satisfacerse igualmente a través del sobreseimiento y archivo de la causa, y ello procedería cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 , 313 y 779 de la L.E.Crim , el Juez considera que los hechos no son constitutivos de delito y la práctica de nuevas diligencias no harían sino prolongar innecesariamente la causa, máxime tomando en consideración el carácter fragmentario que posee el Derecho Penal, sujeto al principio de legalidad y tipicidad.

Es por ello que si practicadas las diligencias de instrucción que se han considerado pertinentes el juez de instrucción entiende que procede acordar el sobreseimiento, respetando la doctrina antes expuesta, es perfectamente posible y lícito que así se haga.

Esto engarza con el segundo de los motivos del recurso de apelación, que consiste en la existencia de diligencias acordadas sin practicar y de otra parte inexistencia de pronunciamiento ante otras solicitadas. Una cuestión es que practicada las diligencias de instrucción que se hayan considerado pertinentes y por lo tanto agotada la instrucción se considere por el juez de instrucción que procede el sobreseimiento de las actuaciones, y otra muy distinta es que se acuerde el sobreseimiento de las actuaciones cuando la instrucción no está agotada, cuando quedan diligencias por practicar o cuando el juez instructor no se ha pronunciado sobre la practica o no de diligencias solicitadas, teniendo en cuenta que no existe un derecho ilimitado a la prueba, sino que corresponde al instructor determinar cuales se han de practicar y cuales no, conforme a los principios de pertinencia, utilidad y necesidad de la misma.

Alega el recurrente tres diligencias en concreto que no se han practicado o sobre las cuales no se ha pronunciado el instructor.

La primera de ellas es la testifical de Irene Michelena. Dicha testifical fue solicitada por la representación del investigado, Sr Buixeda, y fue acordada por providencia de fecha 12 de noviembre de 2015. Consta en el folio 832 que al intentar ser citada para la práctica de la misma, no fue hallada la Sra Michelena en el domicilio aportado por la defensa, sito en la localidad de Majadahonda, siendo la diligencia negativa. No consta que se haya realizado ningún otro intento para hallar el domicilio de la misma. Con carácter general tiene dicho esta Sala que *“pese a que toda prueba admitida debe naturalmente practicarse, nada obsta que, habiéndose considerado que determinadas diligencias eran pertinentes para investigar unos hechos, su impertinencia se aprecie con posterioridad a su admisión a la vista del contenido que arrojen otras diligencias, en cuyo caso puede inadmitirse su práctica fundándola en esas nuevas razones aparecidas en el proceso y que no eran conocidas en el momento en que se*





admitió la práctica de tales probaturas instructoras". Este no es el caso de autos, porque ningún pronunciamiento se ha realizado por el juzgado instructor sobre dicha testifical después de la citación negativa y ello a pesar de que por la acusación particular mediante escrito de fecha 30 de junio de 2016 se hizo notar que no se había practicado.

Tiene dicho esta sala (Auto de 9 de julio de 2016) que *"la falta de localización del testigo hace que esa probatura se convierta en imposible, no pudiendo estar retenido o paralizado el procedimiento a la espera de que aparezca por una situación puramente azarosa."* Ahora bien no se ha acreditado esta imposibilidad ya que ninguna otra actuación de localización se ha llevado a cabo como sería por ejemplo el introducir sus datos en los archivos policiales de búsqueda, o en cualquier otra base de datos que disponga el juzgado, por lo que no cabe afirmar que las actuaciones llevadas a cabo por el juzgado hayan agotado unas posibilidades normales de localizarlo.

Se alega que dicho testigo fue solicitado por la parte defensora del investigado y que por lo tanto la no práctica de la testifical no le perjudica a la acusación. Cabría estimar esta alegación, sino fuera porque en su escrito de fecha 28 de junio de 2016, la acusación ya hizo notar que no se había practicado la testifical y solicitó que se llevara a efecto , sin que la providencia de fecha 30 de junio de 2016 hiciera pronunciamiento alguno sobre este extremo, más allá de tener por efectuada la manifestación, ni tampoco existe pronunciamiento alguno sobre este extremo en el Auto de sobreseimiento ni en el Auto resolviendo el recurso de reforma. Es por ello que nos encontramos ante un archivo de las actuaciones estando pendiente una de las diligencias acordadas, por lo que cabe considerar precipitado el sobreseimiento provisional acordado.

Alega asimismo el recurrente la existencia de otras dos diligencias de instrucción que han sido solicitadas, pero sobre las cuales el juez instructor no se ha pronunciado sobre su admisión o no. Estas dos diligencias son en primer lugar la petición realizada por el escrito de la acusación particular de fecha 13 de febrero de 2015. Examinadas las actuaciones esta Sala que no procede acoger esta alegación del recurrente, y ello porque basta con examinar la providencia de fecha 24 de marzo de 2015(folio 559) para comprobar que el juzgado si se pronuncia sobre la misma . Esta providencia acuerda que no procede acordar por el momento el resto de diligencias solicitadas , sin perjuicio de que se acuerden con posterioridad, es decir que se deniega la práctica de la diligencia solicitada, sin perjuicio de que pudiera practicarse en otro momento de las actuaciones si se considerase necesario.

Distinta suerte debe correr la segunda de las diligencias a las que hace mención el recurrente, entendiéndose esta Sala que dicha diligencia solicitada por la acusación particular no ha sido objeto de un pronunciamiento expreso sobre su admisibilidad o no por el juez instructor. Esta diligencia consiste (petición de parte de fecha 21 de enero de 2016) en el requerimiento al investigado para que aporte los libros contables y de caja para que sean analizados por un perito en la materia y poder evaluar el alcance del delito causado y daño causado a la





indicada asociación (folio 767) . Ante petición se dicta por el juzgado instructor la providencia de fecha 9 de febrero de 2016 en la cual se acuerda (folio 775), que respecto a la pericial contable solicitada se acordará a la vista de las diligencias ahora acordadas, sin que en ningún momento conste que se requiriera al investigado la aportación de la documental ni tampoco conste en ningún momento , una vez que se tuvo la factura requerida al testigo , pronunciamiento alguno sobre esta pericial. Debe recordarse que la providencia nada acuerda sobre el requerimiento al investigado, y que se dice que sobre la pericial se acordará a la vista de las diligencias acordadas. Es por lo tanto un caso diferente al anterior en el que se desestimó la práctica de las diligencias por el momento. Aquí se difiere el pronunciamiento sobre la admisión o no de las diligencia consistente en la pericial a tener realizadas otras diligencias de prueba, y nada se dice posteriormente sobre la práctica de la misma. Debe señalarse además, que la acusación particular en escrito de fecha 28 de junio de 2016 reiteró la práctica de estas diligencias y el juzgado por providencia de fecha 30 de junio de 2016(folio 946) tuvo por hechas las manifestaciones y respecto al requerimiento al investigado a lo ya acordado en la providencia de fecha 9 de febrero de 2016. El problema es que en dicha providencia nada se había dicho sobre el requerimiento solicitado.

Es por ello por lo que no se puede entender agotada la instrucción de la causa dentro de límites razonables cuando el Juzgado de Instrucción no ha llegado a exponer los motivos por los que considera que las concretas diligencias de investigación que propone una de las partes personadas resultarían impertinentes, improcedentes, innecesarias o inocuas a los fines instructores de la causa. En concreto porque no se ha practicado la testifical de la Sra Michelena o al menos no se han agotado los medios para citarla, o tampoco se ha acordado dejar sin practicar la misma por no considerarla necesaria. Y en segundo lugar porque tampoco se ha resuelto por el juzgado instructor sobre la admisión o no del requerimiento al investigado ni tampoco sobre la practica o no de la pericial solicitada por la parte.

Todo lo cual determina la revocación de la resolución combatida, sin necesidad de mayores razonamientos, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, la existencia o no de indicios suficientes sobre los delitos objeto de la querella para acordar la continuación o no del procedimiento.

A todo ello hay que añadir otro dato a la hora de valorar el por qué se estima el recurso, este si relativo al fondo del mismo. El juez instructor realiza un análisis de cada uno de los delitos objeto de la querella y de los motivos por los que entiende que procede el sobreseimiento. Como se ha dicho al entender precipitado el archivo por no haber practicado o haber resuelto sobre una diligencia acordada y no haber resuelto sobre otra diligencia solicitadas, no va a entrar esta Sala a valorar lo razonado o no de estos argumentos. Pero si es necesario señalar que ni en el Auto de sobreseimiento ni en el Auto resolviendo el recurso de reforma hace razonamiento alguno el instructor, no explica el por qué archiva las actuaciones respecto a uno de los delitos objeto de la querella, en concreto el delito de intrusismo profesional relativo a la atribución por el





investigado Sr. Buixeda de su condición de ingeniero técnico industrial. Las alegaciones realizadas por el querellante y los indicios existentes sobre la posible comisión de este delito obligan al instructor a caso de que entienda que procede el archivo de las actuaciones respecto al mismo explique el por qué lo entiende así.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MORA LUCAS, **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Cruz Celdrán López, D. Diego Moyá Villarejo y D. Pedro López Martínez, contra el auto dictado en fecha 11 de agosto de 2016 y el posterior de fecha 14 de octubre dcitados por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Girona en el procedimiento de Diligencias Previas nº 1964/14, del que este Rollo dimana, **REVOCANDO** la mencionada resolución, que se deja sin efecto a fin de que por el juzgado instructor con carácter previo a adoptar la decisión que tenga por conveniente respecto al sobreseimiento de las actuaciones o en su caso la continuación del procedimiento por la fase intermedia o la practica de más diligencias de instrucción , resuelva sobre las diligencias pendientes de practicar o de resolver sobre su admisibilidad o no en los términos expuestos en este Auto. y declarando de oficio las costas de esta alzada.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumplió lo acordado; doy fe.

