

AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN QUINTA  
BARCELONA

Rollo de Apelación nº 421/14  
Juzgado de Instrucción de Manresa nº 5  
Diligencias Previas nº 37/11

**AUTO**

Iltmos. Sres.:

D<sup>a</sup> Elena Guindulain Oliveras  
D<sup>o</sup> José M<sup>a</sup> Assalit Vives  
D<sup>o</sup> Enrique Rovira del Canto

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de julio de dos mil catorce.

Visto ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el recurso de apelación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Manresa con fecha 23 de abril de 2014, en las Diligencias Previas nº 37/11; y siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D<sup>o</sup> José M<sup>a</sup> Assalit Vives.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En fecha 28 de enero de 2014, el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Manresa dictó Auto por el que dispuso decretar el sobreseimiento y archivo de las diligencias previas.

SEGUNDO.- El ABOGADO DEL ESTADO formuló recurso de reforma contra la anterior resolución, al que se opuso la representación de



TERCERO.- En fecha 23 de abril de 2014, el propio Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Manresa dictó Auto por el que dispuso desestimar el recurso de reforma, y mantener la resolución recurrida.

CUARTO.- El ABOGADO DEL ESTADO formuló recurso de apelación contra la anterior resolución, al que se adhirió el MINISTERIO FISCAL y se opuso la representación de

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El ABOGADO DEL ESTADO postula en su recurso que se revoque la resolución recurrida con respecto al sobreseimiento provisional acordado al amparo de lo dispuesto en los artículos 641.1 y 779.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar debe señalarse que en el momento procesal en que se hallaban las diligencias previas cuando se dictó el Auto de fecha 28 de enero de 2014: la fase de investigación e instrucción de la causa, el Instructor la consideró finalizada, sin que ello sea objeto de controversia por parte de la apelante.

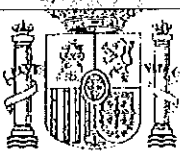
Así pues, procedía adoptar alguna de las decisiones previstas en el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y una de ellas es la de acordar el sobreseimiento por no aparecer suficientemente justificada la perpetración del hecho por el que se incoaron las diligencias, es decir el sobreseimiento del artículo 641.1 de la expresada Ley procesal.

Por ello, la cuestión que debemos resolver es si de las diligencias practicadas aparece suficientemente justificada la perpetración de los delitos contra la Hacienda Pública en relación con el Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2005, 2006 y 2007.

SEGUNDO.- También es de interés señalar el valor que debe tener en el estricto ámbito del orden penal la falta de colaboración del imputado en la investigación o instrucción de la causa, o la estrategia adoptada en el ejercicio de su derecho de defensa.

La instrucción de la causa tiene como finalidad la investigación de los hechos, pero siempre dirigida ésta a que, en el caso de que se aprecien indicios de criminalidad en los encausados, se prepare el correspondiente juicio oral donde, en su caso, se enjuiciarán los mismos mediante facilitar a las acusaciones la aportación de las correspondientes pruebas de cargo y a las defensas las pruebas de descargo. Así pues, la defensa del encausado se inicia ya en la fase de investigación mediante la elección de la línea y medios de defensa.

Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/90 relativa a la sanción en proceso sancionador administrativo tributario por la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición, y en su sentencia 197/95 también sobre imposición de una sanción administrativa en materia de tráfico para el caso de que un propietario de un vehículo no facilite la identificación de su conductor, entendió que no se vulnera el referido derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable. Sin embargo, en dichas resoluciones se llega a esa



conclusión al no entender que se deban trasladar de forma automática y exhaustiva los derechos y garantías del proceso penal al proceso administrativo por su distinta naturaleza.

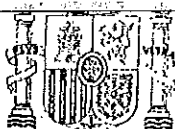
Pero es que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de fecha 25 de febrero de 1993 (Funke c/ Francia) tiene declarado el derecho de todo acusado a no contribuir a su propia incriminación, entendiéndose que existió violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lesión del referido derecho, cuando se impuso una sanción por no haber facilitado documentos que había exigido la Administración aduanera, que constituyeran prueba de infracciones cometidas. Nótese que el referido derecho no se encuentra tampoco expresamente formulado en el Convenio.

A nuestro entender, no puede considerarse como indicio de cargo contra el imputado, en la causa penal, la falta de colaboración con la investigación o instrucción de la causa, aunque sí lo pueda serlo en otro tipo de procedimientos como administrativo, y ello: a) por el expresado derecho del encausado a no colaborar con la propia incriminación; el ejercicio de un derecho fundamental de esta naturaleza no puede perjudicar a quien lo ejercita; b) porque la condena penal de un imputado a partir del ejercicio del expresado derecho y por una elección equivocada de una estrategia de defensa, equivaldría a reducir ese derecho fundamental de defensa exclusivamente a ser titular de un derecho de defensa acertada; y c) porque la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción penal corresponde a la acusación, por lo que si existe un "cúmulo de pruebas de cargo" que exija una explicación, la condena se producirá precisamente como consecuencia de la expresada prueba de cargo, y no por el silencio del acusado, ni por su actitud procesal.

TERCERO.- Realizada la anterior precisión debemos valorar si de las diligencias practicadas se desprende que se halla suficientemente justificada la perpetración de los hechos imputados. Y para ello, desde luego, pueden valorarse los indicios de cargo que se deduzcan de las mismas.

Para esa valoración debe también recordarse que la jurisprudencia penal exige que los indicios constituyan elementos fácticos, que sean varios, que se hallen acreditados por prueba directa, que se relacionen y se refuercen entre sí, que sean concomitantes a la conclusión indiciaria, y que fluyan de modo natural con respeto al recto criterio humano (entre otras la STS nº 445/2010, de 13 de mayo, y la citada por el propio apelante: la STS nº 2486/2001, de 21 de diciembre).

La conclusión indiciaria que sostiene el ABOGADO DEL ESTADO en su recurso de apelación se apoya, entre otras diligencias practicadas, en el informe de de fecha 31 de octubre de 2013 emitido por D<sup>a</sup> y del mismo se desprende que los elementos de los que se parte son fundamentalmente los que constan en los informes que ha efectuado la representación de la compañía Telefónica Móviles de España, S.A.U. (TME), no resultando -de estos informes- elementos fácticos, con relevancia tributaria, ni claros ni terminantes desde su aspecto cuantitativo, de lo que se desprende que los indicios, que deberían conducir a la conclusión indiciaria, no se hallen suficientemente acreditados por prueba directa, lo que es un requisito imprescindible, no sólo para que pueda enervarse la presunción de inocencia de todo acusado en el acto del juicio oral, si no también para que en base a ellos, en la fase en que se halla el presente



procedimiento, estimar suficientemente justificada la perpetración del los hechos imputados.

Nótese además, que esa falta de acreditación de los indicios por prueba directa provoca la consecuencia señalada por el Instructor en la resolución que acuerda sobreseer la causa: *"En definitiva, la TME proporciona a la Inspección datos cambiantes o diversos. Además, se reconoce en los informes de TME que le puede faltar soporte documental de algunas de las transacciones y que no puede distinguir, en ocasiones, conceptos tan trascendentales penalmente como son las comisiones y reembolsos. La inspección de Hacienda, no logra determinar las cifras de comisiones "puras". Para determinar esas cantidades hace la Inspección una serie de cálculos indirectos, unas aproximaciones que "quizás" sea la solución que se ajuste "a la realidad", como hemos reseñado"*.

Por ello, procede desestimar el recurso de apelación, con confirmación de la resolución recurrida en sus propios términos.

CUARTO.- Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

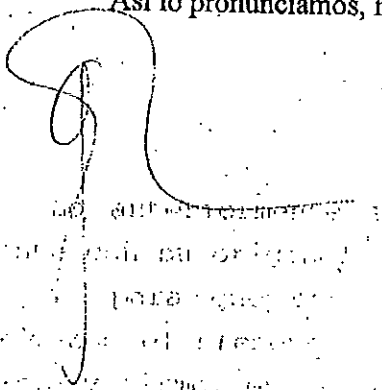
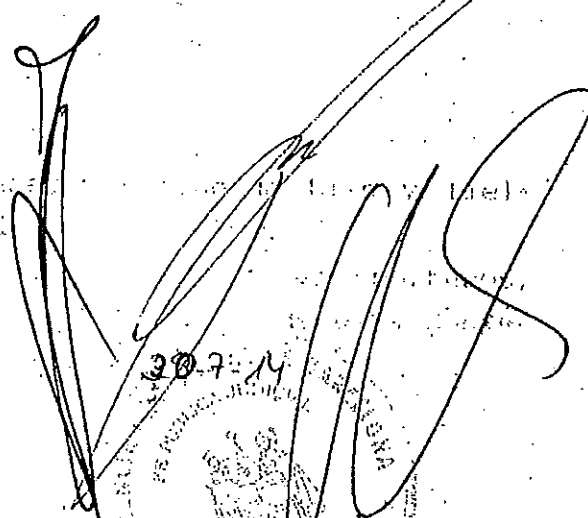
Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

NO HA LUGAR a estimar el recurso de apelación formulado por el ABOGADO DEL ESTADO contra el Auto de fecha 23 de abril de 2014 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Manresa, en las Diligencias Previas nº 37/11, y en su consecuencia se confirma la resolución recurrida manteniéndose en todos sus términos. Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, y remítanse las diligencias al Juzgado de Instrucción de procedencia a los efectos legales oportunos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

  
  
30-7-14  
SECRETARÍA DEL JUEZ  
INSTRUCCIÓN Nº 5  
MANRESA