



Roj: **AAP B 4256/2016 - ECLI: ES:APB:2016:4256A**

Id Cendoj: **08019370052016200228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **28/12/2016**

Nº de Recurso: **588/2016**

Nº de Resolución: **2/2017**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **MARIA ISABEL MASSIGOGE GALBIS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN QUINTA

Rollo Apelación nº 588/2016-CH

Diligencias Indeterminadas num. 1032/2015-A

Diligencias Previas num. 336/2016

Juzgado de Instrucción num. 23 de Barcelona

AUTO

Ilmos. Sres. Magistrados;

Dº José María Assalit Vives

Dª Mª Isabel Massigoge Galbis

Dª Alicia Alcaraz Castillejos

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 25 de abril de 2016, en las diligencias previas, marginalmente, anotadas, el Juzgado de Instrucción de referencia, dictó Auto cuya Parte Dispositiva es del siguiente tenor literal:

"NO HA LUGAR A ADMITIR A TRÁMITE LA QUERRELLA interpuesta por la Procuradora María Jesús Corcuena Labrado, en nombre y representación de Carlos Jesús y Arturo , contra Ezequiel , Subrogalia, Instituto de Estudios Genéticos y Reproducción Asistida y Clínica Iegra S.L por no ser los hechos en ella contenidos constitutivos de infracción penal".

SEGUNDO.- Notificado que fue a las partes dicho Auto, se interpuso contra el mismo, en tiempo y forma, por los expresados querellantes recurso de reforma y subsidiario de apelación, en cuyo escrito, tras expresar los argumentos en derecho que consideró de aplicación, terminaba interesando la admisión a trámite de la querrela interpuesta. Desestimada la reforma por auto de 7 de julio de 2016, fue admitido a trámite el subsidiario recurso de apelación, que se siguió por sus trámites legales, elevándose las actuaciones, con el correspondiente testimonio de particulares, a esta Superioridad, quedando pendiente para su resolución.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª Mª Isabel Massigoge Galbis, quien expresa el parecer unánime de la Sala, previa deliberación y votación.



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se queja el recurrente, en suma, de que el Juzgado de Instrucción "a quo", "ab initio" y sin practicar la más mínima diligencia investigadora, en la fase de instrucción, de plano "ad limineltis" ha clausurado el proceso penal con la decisión sobreseyente de la que se discrepa abiertamente y postula que sea revocado el Auto combatido y que se dicte otro acordando seguir el procedimiento para el esclarecimiento de los hechos, insistiendo en que existen elementos indiciarios de haberse perpetrado los delitos de que se denuncian, "estafa y/o apropiación indebida y/o administración desleal, falsedad documental, blanqueo de capitales y publicidad engañosa".

Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional resultante de sus sentencias números 148/1987 , 33/1989 , 175/1989 , 203/1989 , 212/1991 , 138/1997 , 162/1999 y 129/2001 , el ejercicio de la acción penal mediante querrela no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del Juez de Instrucción por el que, en aplicación del art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desestime o inadmita a trámite la querrela; debiéndose tener en cuenta que la resolución de inadmisión o desestimación de la querrela en aplicación del citado art. 313 no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, eso sí, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente y de forma motivada, que la conducta o los hechos imputados, suficientemente, descritos en la querrela carecen de ilicitud penal, no se ofrezcan datos o elementos fácticos que, indiciariamente, pudieran aparecer como constitutivos de los delitos imputados o carezca de competencia para la tramitación de la causa; en cuyo caso el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de apertura de una instrucción judicial, y el Juez de Instrucción debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa; siendo la operación propia y específica del Juez de Instrucción para resolver sobre la admisión a trámite de la querrela, la calificación jurídica de las conductas descritas en la querrela a los efectos de su eventual subsunción dentro de los tipos penales.

Ahora bien, dicho lo anterior y con tales premisas como punto de partida, en el supuesto examinado, sin embargo, la crisis sobreseyente, por inadmisión, parece acordada con cierta precipitación y fundamentada en una argumentación que no puede ser compartida por la Sala en su integridad, al respecto de la totalidad de los delitos objeto de querrela.

Coincide la Sala en la inexistencia de elementos de los tipos penales de apropiación indebida y administración desleal, sin acervo indiciario alguno al respecto del delito de blanqueo de capitales. No comparte la Sala la interpretación efectuada por el querellante al respecto del contrato efectuado con la mercantil Subrogalia que denominan "administración patrimonial" como si de administrar el dinero recibido se tratara; el objeto del contrato con la mercantil Subrogalia, querrelada, queda delimitado, en el mismo documento, como asesoramiento legal en un proceso de gestación subrogada y en todo caso, de la documentación examinada y aun cuando no se consideren intermediarios, podría hablarse de una intermediación con las diferentes mercantiles o entidades intervinientes, ya sean laboratorios, agencias o clínicas de maternidad, con independencia de la vinculación existente entre las mismas, sin que dicha relación contractual llegue a configurar un título apto para integrar el tipo penal de apropiación indebida pretendido; el dinero abonado por los diferentes conceptos facturados, lo es por y para la materialización de los mismos. No concurre, por otro lado, ninguno de los elementos del tipo penal de administración desleal, previsto en el artículo 295 del Código Penal que exigiría, en todo caso, que la acción típica se realizara en el ámbito de una sociedad mercantil y en concreto una disposición fraudulenta de bienes de la sociedad o la realización de obligaciones a cargo de dicha sociedad, en la que el sujeto activo interviniera como administrador; ni los querellantes son sujetos pasivos de dicho delito, ni las cantidades entregadas lo fueron para integrar un capital social, indebidamente, administrado.

Ahora bien, no puede descartarse, con total rotundidad "a priori", la existencia de los delitos de estafa, falsedad, y publicidad falsa, advirtiéndose, en el acervo documental obrante, datos que aportarían un principio indiciario al respecto de los mismos y que, en cualquier caso, exigiría una mínima instrucción.

La fecundación de los supuestos óvulos donados, anónimamente, con el material genético aportado por los querellantes, se produce sin que la clínica IEGRA, propiedad de Subrogalia, dispusiera de las autorizaciones administrativas correspondientes, constando dicha petición de autorización en fecha 12 de septiembre de 2014 habiendo sido, sin embargo, requerida para el cese de cualquier actividad en enero de 2015 mientras no dispusiera de la misma, la cual consta denegada el 13 de enero de 2016. Si bien es cierto que la realización de actividad sin autorización administrativa no constituiría actuación delictiva alguna, no lo es menos que la falta de dicho requisito administrativo, unido a la prohibición legal en España de las actividades pretendidas, no sólo de la gestación subrogada, sino de la fecundación de óvulos con dicha finalidad ya implicaba una alta probabilidad de falta de éxito en el resultado, resultando, en consecuencia, dudosa la información suministrada a los querellantes al respecto de los beneficios y resultados, en tales procesos, de la mercantil querrelada.



Del acervo documental aportado se desprenden dudas relevantes al respecto de que los embriones fecundados, en caso de que lo hubieren sido, efectivamente, iniciaran el proceso de exportación a México, lugar donde se comenzaría la gestación subrogada; se refieren los correos aportados a dificultades en la remisión de los embriones debido a las nuevas exigencias tanto de España como de México, de manera que se veían en la obligación de seguir las pautas y premisas de las autoridades para el buen éxito del proceso: en relación al primero, se refieren a una nueva y previa autorización que exigiría el Ministerio de Sanidad para la exportación de embriones, siendo que desde el Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, ya estaban fijados los requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas, que, únicamente, se admitirían para el diagnóstico o la investigación en seres humanos, descartándose, en consecuencia, la finalidad pretendida; La creación de embriones en España y su transporte a otro país para utilizarlos en un tratamiento de gestación subrogada no está permitido y en ningún caso hubiera sido autorizado por el Ministerio de Sanidad, lo cual, obviamente, debía de ser conocido por la mercantil querellada, máxime cuando se anunciaban como asesores legales en dicho procedimiento; resultando inveraz, en consecuencia, que se hubieran creado determinados departamentos que estuvieran inoperativos para tal fin. Por otro lado, la autoridad Mexicana a la que aluden y que pondría trabas, ya estaba constituida, tal y como refiere el apelante, cuanto menos desde el 5 de julio de 2001, fecha de publicación del Decreto de Creación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS). En todo caso, si dicho transporte se hubiera iniciado, sería de fácil constatación a través de la documentación correspondiente al mismo, de la que dispondrá la empresa de transporte encargada, máxime cuando en una de las comunicaciones aportadas, de fecha 19 de marzo de 2015, se refiere que los embriones ya se encontrarían en Londres, siendo que en septiembre de 2015, sin embargo, aún se desconocía el destino de los mismos, tal y como se desprende de una de las conversaciones telefónicas aportadas.

Por otro lado del clausulado del documento aportado como nº 20, cuya presunta falsedad se denuncia que no del contrato de gestación sustituta (doc. 23), al que al parecer alude la Instructora, se desprende con claridad que se trataría de un contrato para la prestación del servicio médico de fecundación in vitro, con donante de óvulos anónima, para la inseminación artificial en la persona de Juliana, persona, obviamente, distinta de la donante y cuya intervención real en dicho contrato resulta cuestionable, entre otros motivos por cuanto lo pretendido por los querellantes era una maternidad subrogada en México y no en España, conscientes de la prohibición legal de dichas prácticas, por lo que no resulta descartable a priori la concurrencia de los elementos del tipo penal previsto en el artículo 392 del Código Penal, en relación con el artículo 390.3 del mismo Cuerpo Legal citado.

Por ello consideramos que el recurso formulado debe ser estimado en el sentido de ordenar la apertura de un proceso mínimo de investigación a fin de acreditar o descartar los elementos de los tipos penales referidos a partir de la práctica de las diligencias de investigación que se consideren oportunas, para posteriormente y con libertad de criterio adoptar la resolución que proceda al amparo de lo previsto en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO.- Las costas procesales ocasionadas en este recurso deben declararse de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación la Sala acuerda;

PARTE DISPOSITIVA

Que, **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Carlos Jesús y Arturo contra el Auto de fecha 25 de abril de 2016 dictado por el Juzgado de Instrucción num. 23 de Barcelona, en las Diligencias Indeterminadas nº 1032/2015, debemos, **REVOCAR y REVOCAMOS** dicho Auto, en el sentido de ordenarla incoación del proceso de investigación y la práctica de las diligencias conducentes a los fines de los artículos 299 y 777 L.E.Criminal, tras lo cual la Instructora, con plena libertad de criterio, ponderará, la decisión de proseguir o sobreseer el procedimiento penal iniciado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.