



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064479

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 611/2019, de 11 de diciembre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2382/2018

SUMARIO:

Competencia judicial. Competencia objetiva. Recurso de casación. El auto de la Audiencia Provincial atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal, es recurrible en casación. Entendimiento del art. 849.1.º LECrim de 1882 cuando se admite la casación contra decisiones sobre competencia y el recurso puede basarse en normas no sustantivas, sino de competencia. La literalidad del citado art. 52 LOPJ, en efecto, empuja de forma vehemente a la respuesta negativa frente al interrogante de si tal decisión es revisable en casación. Fijará su competencia sin ulterior recurso dice rotundamente la norma. A continuación, se disipa cualquier duda sobre las resoluciones en que está pensando leyendo su inciso final: tanto las que fijan su propia competencia como las que la reenvían a un órgano inferior.

Pese a esa dicción, la jurisprudencia mayoritaria ha proclamado la accesibilidad a la casación de esas resoluciones, arguyendo que la mención del art. 52 LOPJ afecta en exclusiva a los recursos ordinarios y no a uno de carácter extraordinario como es la casación para no cerrar la posibilidad de que esta Sala Segunda tenga la última palabra en el reparto de competencias entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal, y no privar a las partes de la posibilidad de cuestionar la dejación por parte de la Audiencia de su propia competencia objetiva. A mayor abundamiento, la admisibilidad del recurso de casación está justificada por la naturaleza del derecho cuestionado. Este derecho es el de ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley.

Para fijar la competencia objetiva hay que estar a las pretensiones de condena que han traspasado el control que representa el juicio de acusación y respecto de las que se ha abierto el juicio oral. No es factible, sin celebrar el juicio, evaluar a esos efectos competenciales la fundabilidad de alguna o algunas de las pretensiones y ha de decidirse sobre ellas tras la celebración del juicio y práctica de la prueba. La Audiencia, constatada la presencia de una pretensión acusatoria que objetivamente le está atribuida, carece de capacidad para realizar un juicio de fondo sobre su procedencia. Es ella la competente para conocer de la misma y en su caso absolver de ese delito. No cabe una prematura absolución «por falta de competencia objetiva» mediante un auto.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 250.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 14, 18, 23, 25, 27, 31, 35, 43, 676, 759, 783 y 788.5.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 52.

Constitución Española, arts. 8.3 y 24.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

Magistrados:

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

Doña SUSANA POLO GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**RECURSO CASACION núm.: 2382/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 611/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral Garcia
Dª. Ana Maria Ferrer Garcia
Dª. Susana Polo Garcia
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el número 2382/2018 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el Auto nº 5/2018 de fecha 4 de junio de 2018 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 22/17 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Badajoz, seguido por un delito societario y un delito de insolvencia punible contra Jose Ramón, Profisa 2007 SL y Pozo Cerrato S.L., y que afirmaba la competencia del Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento de los hechos objeto del procedimiento. Han sido partes recurridas Jose Ramón, Pozo Cerrato SL y Profisa 2007 SL representados por el procurador D. Santos Gómez Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Castro García y D.ª María Inmaculada representada por el procurador D. José Ignacio Noriega Arquer y bajo la dirección letrada de D. Santiago Eugenio Barahona Alcalde. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Badajoz inició Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado nº 4599/2015), contra María Inmaculada, Jose Ramón, Pozo y Cerrato SL, y Profisa 2007 SL. Una vez conclusas lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Primera) que con fecha 4 de junio de 2018 dictó auto que contiene el siguiente pronunciamiento:

"Se declara la COMPETENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, y demás partes personadas. Remítase testimonio de la misma junto con las diligencias previas al Juzgado de su procedencia, para su conocimiento, ejecución y cumplimiento, interesando el preceptivo acuse de recibo".

Segundo.

Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del



Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivo aducido por el Ministerio Fiscal.

Por infracción de ley y precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al adentrarse la resolución impugnada en funciones específicas del Ministerio Fiscal; también por quebrantar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Tercero.

Las representaciones legales de las partes recurridas se instruyeron del recurso del Ministerio Fiscal impugnándolo. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Cuarto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 26 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es paso preliminar obligado examinar la impugnabilidad en casación de la resolución de la Audiencia Provincial aquí cuestionada. Estamos ante una decisión de la Audiencia rechazando su competencia respecto de una causa pendiente de enjuiciamiento, y asignándola al Juzgado de lo Penal. Se adopta no a instancia de parte sino por iniciativa del Tribunal, aunque previa audiencia de acusaciones y defensa. Es viable esa forma de actuar (arts. 25 y 759 LECrim). El art. 52 LOPJ parecería vedar el su control casacional de ese auto.

La literalidad del citado art. 52 LOPJ, en efecto, empuja de forma vehemente a la respuesta negativa frente al interrogante de si tal decisión es revisable en casación. Fijará su competencia sin ulterior recurso dice rotundamente la norma. A continuación, se disipa cualquier duda sobre las resoluciones en que está pensando leyendo su inciso final: tanto las que fijan su propia competencia como las que la reenvían a un órgano inferior.

Pese a esa dicción, la jurisprudencia ha proclamado la accesibilidad a la casación de esas resoluciones en una doctrina no pétrea -cuenta con fisuras-, pero sí abrumadoramente mayoritaria (entre las últimas STS 282/2016, de 6 de abril de la que se toman buena parte de las consideraciones que ahora siguen; cuenta tal sentencia con un voto particular que constituye también un buen botón de muestra de las aludidas vacilaciones jurisprudenciales).

Poniendo el acento en unas u otras cuestiones y aun sin faltar resoluciones menos abundantes pero igualmente bien razonadas (vid. AATS de 20 de diciembre de 2006, 15 de diciembre de 2010, 27 de marzo de 2003, 14 de febrero de 2013, 3 de diciembre de 2015), una muy mayoritaria línea jurisprudencial minimizando, si se quiere de forma discutible, el alcance del art. 52 LOPJ, admite la recurribilidad en casación de las decisiones de las Audiencias Provinciales sobre los linderos de su competencia objetiva frente a los Juzgados de lo Penal. Tal jurisprudencia arranca de un Pleno no jurisdiccional fechado el 2 de octubre de 1992. Es el germen de un nutrido abanico de resoluciones que sostienen la impugnabilidad en casación de este tipo de resoluciones.

La STS de 12 de junio de 1993 inauguró un largo listado que llega hasta la STS 282/2016, de 6 de abril.

Algunas arguyen que la mención del art. 52 LOPJ afecta en exclusiva a los recursos ordinarios y no a uno de carácter extraordinario como es la casación (v. gr., STS 938/2012, de 22 de noviembre); otras argumentan enfatizando la necesidad de homogeneizar la doctrina de los Tribunales provinciales; o se acogen a la interpretación restrictiva que debe presidir la lectura de las disposiciones que limitan la capacidad de recurrir; en ocasiones se acude a las disposiciones generales de la LECrim; o, por fin, en argumento no despreciable, se parifica tal decisión de la Audiencia a un sobreseimiento en la medida en que supondría rechazar, sin previo debate, la procedencia de la más grave de las acusaciones, atrayéndose así a esta incidencia el régimen de recurribilidad de los autos de sobreseimiento. El juicio sobre la razonabilidad de la acusación ya lo efectuó el Juzgado de Instrucción al abrir el juicio oral por esa pretensión, soslayando la posibilidad de decretar un



sobreseimiento parcial que marginase la calificación más grave. Filtrada así la pretensión es ya el órgano de enjuiciamiento quien debe ventilarla. No cabe fiscalizar la corrección de la valoración del Instructor para reconducir la competencia.

Sean cuales sean los argumentos a los que se dé prevalencia, los repertorios jurisprudenciales evidencian que estamos ante una doctrina bien asentada a la que hemos de ajustarnos dando trámite a este recurso formulado por el Ministerio Público.

Segundo.

No sobra de cualquier forma recordar algunos de los precedentes que apoyan la viabilidad de un recurso de casación contra ese tipo de resoluciones. Y es que, en efecto, ese precepto - art. 52 LOPJ- desde principios de los años noventa ha merecido en la jurisprudencia una lectura muy restrictiva negándole virtualidad para cerrar la posibilidad de que esta Sala Segunda tenga la última palabra en el reparto de competencias entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal, para no privar a las partes de la posibilidad de cuestionar la dejación por parte de la Audiencia de su propia competencia objetiva.

Dice la STS 286/2013, de 27 de marzo:

"... hay que declarar la admisibilidad del recurso de casación contra el auto de la Audiencia Provincial que rechaza el conocimiento de la causa para su enjuiciamiento, acordado por el Sr. Juez de Instrucción en base a estimar la Audiencia que la competencia sería del Juez de lo Penal.

El art. 52 LOPJ , establece que "...no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días...". Una interpretación literal del precepto parece excluir la posibilidad de recurso de casación.

No obstante, la Jurisprudencia, consolidada y uniforme, ha interpretado que la exclusión de recurso que prevé el art. 52 LOPJ se refiere a los recursos ordinarios. Y con base en una interpretación sistemática del art. 25 in fine, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que autoriza el recurso de casación contra los autos de las Audiencias resolutorias de cuestiones de competencia, ha admitido el recurso de casación de los autos de las Audiencias en que declinan la competencia para enjuiciamiento en favor de los Juzgados de lo Penal. Manifestación de este criterio son las SSTS de 12 de Junio y 3 de Julio de 1993 ; 10 de Julio , 23 de Octubre y 24 de Noviembre de 1997 ; 8 de Septiembre de 1998 ; 21 de Febrero de 2007 y 28 de Enero de 2008 .

A mayor abundamiento, la admisibilidad del recurso de casación está justificada por la naturaleza del derecho cuestionado. Este derecho es el de ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley de acuerdo con el art. 24 de la Constitución , sobre cuya naturaleza constitucional no es preciso insistir, siendo materia no susceptible de elección o transacción sino claro ius cogens obligatorio en primer lugar para los propios operadores judiciales.

Por ello, esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria está especialmente legitimada para garantizar la interdicción de toda resolución arbitraria a que se refiere el art. 8-3º de la Constitución , que por ello, debe velar especialmente por el respeto de los principios y garantías constitucionales, con independencia de las competencias del Tribunal Constitucional".

El Auto de 15 de diciembre de 2010, por su parte, afirmaba:

"... pese al tenor del citado art. 52 LOPJ y de que el art. 759 LECrim ., además de prohibir que los Jueces de lo Penal promuevan cuestiones de competencia a las Audiencias, nada prevé respecto a la recurribilidad de las decisiones de éstas, "esta Sala se ha inclinado en algunos precedentes por reconocer la posibilidad de que sean recurribles en casación las decisiones de las Audiencias Provinciales negando su competencia para el enjuiciamiento y remitido la causa al Juzgado de lo Penal sin previa cuestión de competencia". (STS nº 2016/1993, de 22 de noviembre ; STS nº 2892/1993, de 11 de diciembre ; STS nº 493/1994, de 2 de febrero ; STS nº 975/1994, de 2 de marzo y auto de 30.06.08, cuestión de competencia 2066/07, entre otras)".

El Auto de 8 de mayo de 2012 representa otra muestra de esa exégesis mayoritaria:

"A pesar de que el artículo 52 de la LOPJ no permite suscitar competencias a los Jueces y Tribunales subordinados entre sí, disponiendo a continuación que el Juez o Tribunal Superior fijará, sin ulterior recurso, su



propia competencia, y de que el actual artículo 759, luego de prohibir asimismo que los Jueces de lo Penal promuevan cuestiones de competencia a las Audiencias, nada prevé respecto a la recurribilidad de las decisiones de éstas, esta Sala se ha inclinado en algunos precedentes por reconocer la posibilidad de que sean recurribles en casación las decisiones de las Audiencias Provinciales negando su competencia para el enjuiciamiento y remitiendo la causa al Juzgado de lo Penal sin previa cuestión de competencia. Así la STS nº 2016/1993, de 22 de noviembre ; STS nº 2892/1993, de 11 de diciembre ; STS nº 493/1994, de 2 de febrero ; STS nº 975/1994, de 2 de marzo y auto de 30.06.08, Queja 20667/07; auto de 11.03.10, Queja 20074/10.

En este último, recogiendo los pronunciamientos de las anteriores, se argumentaba que la interpretación de la normativa vigente "debe conjugar los términos literales del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , de los artículos 25 y 782 de la Ley Procesal Penal y, finalmente, los principios y derechos atinentes al enjuiciamiento penal, entre los que destaca el principio general en favor de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales, por el que las afirmaciones de irrecurribilidad que pudieran expresarse en la Ley han de ser interpretadas con carácter restrictivo, tesis que tiene también su apoyo en el Convenio de Roma sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Humanos, Civiles y Políticos de Nueva York. La resolución que es objeto de impugnación ha sido dictada por el Tribunal que ha fijado la competencia para el enjuiciamiento de un hecho", (...), "sin que esa resolución obedeciera al planteamiento de una cuestión de competencia previa que obliga a una decisión resolutoria del conflicto planteado, sino que se trata de una resolución sobre la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales cuyo contenido debe acomodarse a criterios generales que otorguen seguridad jurídica sobre la cuestión debatida, tanto en el marco territorial al que se refieren las impugnaciones, como en todo el territorio nacional, y clarifiquen el contenido del derecho al Juez predeterminado por la Ley con criterios generales para toda la Nación. De lo anterior se deriva que el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser entendido como una consecuencia del mandato legal que prohíbe el planteamiento de cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionalmente subordinados entre sí, sin que sea de aplicación a los supuestos en los que, como los de las impugnaciones, la resolución dictada confiere la competencia para el enjuiciamiento sin conflicto de competencia previo".

En fechas más cercanas la STS 235/2016, de 17 de marzo reitera esa doctrina jurisprudencial. Tras citar en apoyo de su posición las SSTs 975/1994; 21 de Febrero de 2007; 28 de Enero de 2008; 484/2010; 254/2011; 264/2011; 964/2011; 272/2013; 286/2013; 697/2013 ó 473/2014, razona así:

"Ciertamente, el art. 52 de la LOPJ establece que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, de suerte que el Tribunal Superior fijará su competencia sin ulterior recurso, pero esta Sala tiene una consolidada jurisprudencia --ya citada--, en la que se afirma que la exclusión del recurso a que se refiere el art. 52 LOPJ , se refiere a los recursos ordinarios en tanto que el recurso de casación es por su propia naturaleza, un recurso extraordinario que el propio art. 25 in fine de la LECriminal lo autoriza expresamente contra los autos de las Audiencias Provinciales en materia de inhibición o rechazo de su competencia"...

"Es doctrina reiterada por esta Sala, que la competencia objetiva para conocer de un determinado proceso, se concreta en el acta de acusación o escrito de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, ya sean el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular o la Acusación Popular. Los tres actúan en igualdad de condiciones, pues como se sabe, y es una de las características más significativas de nuestro sistema de enjuiciamiento penal es que el Ministerio Fiscal no tiene, el monopolio del ejercicio de la acción penal. Antes bien, este ejercicio está compartido con las acusaciones particular y popular, y en tal caso, a la hora de determinar la competencia objetiva del caso concernido, ha de estarse a la más grave de las acusaciones para determinar la competencia del órgano de enjuiciamiento, es decir, hay que atender a la pena imponible en abstracto, y por lo tanto teniendo en cuenta los subtipos agravados incluidos en la más grave de las acusaciones.

Ello impide que la Audiencia Provincial, en un juicio que solo es propio en el Plenario, pueda adelantar unas consideraciones a priori para rechazar su competencia, y por tanto, con independencia de que con posterioridad al Plenario y en el momento de elevar a definitivas las conclusiones se mantengan o no por las acusaciones tales subtipos agravados, y con independencia de que los mismos sean o no aceptados en la sentencia, tras la valoración de todas las pruebas practicadas en el Plenario.

Nada afectaría a la competencia objetiva de la Audiencia que no se solicitara en conclusiones definitivas o no se aceptara por el Tribunal el cuestionado subtipo agravado que tuvo por consecuencia determinar -en abstracto- la competencia de la Audiencia, sin embargo, a la inversa, si la competencia objetiva del Juez de lo Penal quedase desbordada por alguna de las acusaciones, se debería proceder de la forma prevista en el art.



788-5º de la LECriminal que prevé en tal caso que se debe declarar incompetente, dar por terminado el juicio y remitir la causa a la Audiencia correspondiente.

Junto con el anterior argumento, se puede añadir, también, la doctrina de esta Sala que tiene invariablemente declarado que cuando se ha procedido a la apertura del juicio oral -- recuérdese que su dictado corresponde en el Procedimiento Abreviado al Juez de Instrucción--, no cabe modificación de la competencia objetiva declarada y hay que estar necesariamente a la doctrina de la perpetuatio iurisdictionis, en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el juicio oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución de la competencia.

Dicho de otro modo, abierto el juicio oral ante un órgano judicial --en el presente caso ante la Audiencia Provincial de Tarragona--, el proceso solo puede terminar por sentencia o por similar resolución.

En tal sentido, se pueden citar sin ánimo exhaustivo, SSTS 700/2001 ; 1019/2004 ; 413/2008 ; 1351/2011 ; 8/2012 ; 1476/2012 ; 272/2013 ; 286/2013 ; 673/2013 ó 697/2013 .

En la STS 938/2012, de 22 de noviembre leemos:

"Es claro que no es el caso, y que lo que aquí se suscita no es, en puridad, un supuesto de esa misma naturaleza, en el sentido de que la competencia no había llegado a ser asumida por el tribunal provincial; y también porque la decisión impugnada es ajena a la emergencia de una nueva norma legal.

Pero, esto no obstante, debe resolverse en el mismo sentido.

Primero, declarando la pertinencia del recurso, a tenor también de jurisprudencia de esta sala, que ha consagrado el criterio de que la previsión del art. 52 LOPJ se refiere a los recursos ordinarios, y en aplicación del art. 25 in fine Lecrim (por todas, STS 1192/2011, de 19 de diciembre).

En segundo término, porque, ciertamente, el auto de la Audiencia trasciende el ámbito de la determinación de la competencia, para entrar a decidir de manera anticipada sobre un aspecto del fondo del asunto, con el resultado de disponer una suerte de sobreseimiento parcial, en cuanto relativo a un segmento de la imputación; eliminando, con ello, el derecho del acusador público a someterla a examen contradictorio en el juicio en su integridad".

En igual sentido, SSTS 272/2013, de 15 de marzo, 473/2014, de 9 de junio ó 502/2015, de 28 de julio.

Ha de considerarse recurrible el auto.

Tercero.

Insinúa la parte recurrida -y nos mantenemos todavía en el plano de la admisibilidad o no del recurso- que se invoca una norma procesal: en concreto, el art. 14 LECrim. El recurso, no obstante, ha de canalizarse a través del art. 849.1º LECrim (infracción de ley penal sustantiva).

Aparte de las menciones que se hacen del art. 852 CE y de normas constitucionales (cuya invocación resulta discutible: no en toda controversia sobre competencia se haya implicado el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley; normalmente las cuestiones de competencia se mantienen en un nivel de legalidad ordinaria y no constitucional), el argumento para negar relevancia a esa objeción es otro.

Ciertamente cuando el art. 849.1º habla de norma jurídica del mismo carácter hay que entender norma sustantiva. Pero eso, que puede considerarse afirmación pacífica, exige una modulación cuando pensamos en recursos de casación contra autos (art. 666.1º LECrim, v.gr.) que, por su especificidad, solo son aptos para ventilar cuestiones procesales y no de derecho material. En esos casos una exégesis lógica impone entender que el recurso puede basarse en la vulneración de una norma procesal. Otro entendimiento más estricto supondría contradecir abiertamente la ley (que de forma expresa admite la casación contra decisiones sobre competencia en muchos pasajes). No cabría nunca casación contra una decisión de competencia pues solo estará comprometida la interpretación de una norma de índole procesal como es el art. 14 LECrim (o en su caso los arts. 15, o 18 del mismo cuerpo legal).

Cuando la ley abre la casación al debate de temas de competencia, de forma implícita está estirando el ámbito del art. 849.1º LECrim, permitiendo a través de ese cauce discutir un punto de derecho no sustantivo, sino procesal como es la competencia. Solo así cobran coherencia las previsiones de un recurso de casación contra decisiones sobre competencia (arts. 25, 23, 25, 27, 31, 35, 43, 676, 759 LECrim)-.



Cuarto.

En el momento de dilucidar qué órgano ha de reputarse competente -Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial-, hemos de estar al contenido de las pretensiones que han traspasado el filtro del juicio de acusación que realiza en el procedimiento abreviado el Juez de Instrucción (sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del auto de transformación). No es posible volver a sopesar la razonabilidad de esas pretensiones a los únicos efectos de afirmar la competencia de uno u otro órgano. Si la acusación no está bien fundada procederá en su momento la absolución (que en principio -y sin perjuicio de algún matiz- ha de decretar el órgano con competencia objetiva para conocer de la acusación así perfilada). No cabe examinar anticipadamente el fondo de la pretensión que ha merecido homologación del Instructor, a los únicos efectos de ventilar la competencia objetiva descartando su viabilidad mediante una especie de absolución sin juicio.

En ese punto hay que discrepar de la resolución de instancia. La Audiencia se siente autorizada a efectuar cierto control no solo sobre los aspectos externos de la pretensión (delito por el que se acusa, pena señalada en abstracto y pena solicitada) sino también sobre su fundabilidad. Este aspecto queda reservado en esta fase al Instructor (sin perjuicio del eventual recurso) a través de los autos de transformación y de apertura del juicio oral (momentos en que puede expulsar razonadamente las valoraciones infundadas); y, en alguna medida (muy mitigada tras la reforma de 2002), a través de la decisión fijando el órgano competente para el enjuiciamiento (que también se atribuye al Instructor).

Residualmente el Juzgado de lo Penal en determinadas condiciones retiene al respecto alguna facultad como se deriva de lo establecido en los arts. 788.5 y 786.2 LECrim, pero siempre sin capacidad para apartarse de las coordenadas básicas de las pretensiones acusatorias: sólo si, al menos, una de ellas se mueve en su ámbito competencial podrá retener la competencia. Es esa una herramienta que se pone en manos del juez para eludir extemporáneas pretensiones acusatorias, novedosas o agravadas, patentemente improcedentes y articuladas en los momentos finales del juicio con fines que pueden ser nuevamente estratégicos o pura y simplemente espurios.

Aquí, a la vista de que la acusación del Ministerio Fiscal no rebasaba la competencia del Juzgado de lo Penal, el Juzgado de Instrucción podría haber remitido al mismo el asunto (art. 783.2 en relación con el art. 788.5 LECrim, sin perjuicio de las matizaciones que exigiría esta afirmación). Pero estaba indudablemente habilitado para fijar como órgano competente a la Audiencia Provincial (lo que no obsta a la posibilidad de la Audiencia de examinar de oficio su propia competencia, como ha hecho aquí, aunque seguramente en un momento tardío) al constatar la naturaleza de una de las pretensiones acusatorias (hay que atender a la pena asignada al delito por el que se acusa, y no a la pena efectivamente solicitada). Optó por esta segunda vía el juzgado de instrucción, acomodada por lo demás a la petición concorde de acusaciones y Ministerio Fiscal (éste seguramente por haber tenido ocasión al evacuar el trámite después de conocer la pretensión de la acusación particular; aunque no es descartable que pudiese estar fundada en problemas de derecho transitorio en los que ahora no es preciso adentrarse -repercusiones procesales de las reformas de derecho penal sustitutivo-).

Una acusación invoca el art. 250; está abierto el juicio oral respecto de los hechos que fundan tal subtipo agravado (no se ha producido un sobreseimiento o una exclusión de tal calificación); se solicita una pena de seis años. Existía base para la decisión del Instructor sobre competencia a la que ahora se quiere privar de eficacia.

La Audiencia, constatada la presencia de una pretensión acusatoria que objetivamente le está atribuida, carece de capacidad para realizar un juicio de fondo sobre su procedencia. Es ella la competente para conocer de la misma y en su caso absolver de ese delito. No cabe una prematura absolución "por falta de competencia objetiva" mediante un auto. Eso es lo que viene a representar la resolución impugnada. Ahora no es debatible si la calificación es correcta o no, o si el Instructor debió haber rechazado esa acusación o si existe base para invocar uno de los subtipos agravados del art. 250. Lo relevante es que se acusa por un delito cuyo conocimiento está atribuido a la Audiencia; que esa acusación ha superado los filtros previos para llegar a juicio oral; y que, pese a estar acompañada de otra acusación menos grave, movió al Juzgado de Instrucción a confiar el conocimiento a la Audiencia. No puede controlarse la corrección de la acusación. Ni tampoco aplicar anticipadamente una solución jurídica (concurso de normas en la que el principio de especialidad prevalecería sobre el de alternatividad) que ha de adoptarse una vez realizadas las pruebas y escuchados los argumentos de las partes.

Esa pretensión acusatoria, al haber superado ya los controles jurisdiccionales previos, exige una decisión de fondo que corresponde a la Audiencia Provincial quien deberá asumir la competencia para resolver tras el correspondiente juicio.

La STS 995/2013, de 2 de diciembre, en sintonía con otras muchas, abona esa conclusión:



" El escrito de acusación particular -única acusación formulada, ya que el Ministerio Fiscal había pedido el sobreseimiento- imputaba al acusado que "aprovechándose de la confianza" en él depositada, se apoderó de una libreta de ahorro bancaria y posteriormente logró engañar a la perjudicada para que hiciera disposiciones de dinero a su favor. Calificó el hecho de estafa prevista y penada entre nosotros en el artículo 250.1.1º y 6º del Código Penal .

El Juzgado de Instrucción decidió la apertura del juicio oral, recogiendo esa calificación como antecedente, y señaló como órgano competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial.

La Audiencia, so pretexto de que le competía examinar la "razonabilidad de esa decisión" por la que se decide por el Instructor la competencia, incluso si las partes se aquietan con la misma, rechaza en el caso que sea estimable la agravación del nº 6 del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal . Por valorar que no si deba especial gravedad por la cuantía ni por el perjuicio causado a víctima y familia.

Una vez auto atribuida competencia para tal examen antes del enjuiciamiento, ya sigue la Sala de instancia excluyendo también la estimabilidad e la agravación por abuso de las relaciones personales existentes. Y, en fin, concluye que, desprovista de tales agravaciones la estafa objeto de acusación, pese a la decisión del Instructor, compete al Juzgado de lo Penal y no a la Audiencia.

En nuestra Sentencia nº 673/2013 de 17 de septiembre , hemos declarado la improcedencia de esas extralimitaciones en las decisiones de la Audiencia rechazando su competencia. Al efecto comenzamos recordando cual es el verdadero sentido de la decisión de apertura del juicio oral dictada por el Juzgado de Instrucción en el procedimiento abreviado.

Dijimos allí que la decisión del Juez instructor tiene dos contenidos:

Así, en primer lugar, se decide sobre la pretensión de todas o alguna de las acusaciones acerca del objeto el proceso, en lo que concierne al hecho imputado y al sujeto acusado, que han quedado determinados en la previa resolución sobre preparación del juicio oral. Esa decisión, en la medida que estima dicha pretensión, no es susceptible de reconsideración por otro órgano jurisdiccional. Ni por el cauce de un recurso devolutivo. Expresamente vetado en el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Ni en el trámite de cuestiones previas reguladas en el artículo 786 de la misma, que no incluye tal posibilidad entre las cuestiones que enuncia como suscitables.

La segunda decisión, tributaria de la anterior, en la medida que depende del ámbito de aceptación de la pretensión acusadora, establecerá el órgano competente para el enjuiciamiento. Este aspecto es de posible reconsideración en el citado trámite de cuestiones previas, concepto que incluye, tal como dice el citado artículo 786, los que dan lugar a los artículos de previo pronunciamiento, por más que tales artículos no se regulen en el ámbito del procedimiento abreviado.

Como consecuencia de lo anterior también añadíamos:

Es constante la Jurisprudencia, de este Tribunal y del Constitucional que advierte que no toda cuestión que concierne a la determinación de la competencia de los Tribunales puede reconducirse a cuestión de contenido constitucional, que afecte a ese derecho invocado por el Ministerio Fiscal. Tal contenido constitucional cabe predicarlo solamente cuando la atribución de competencia es nítidamente arbitraria. Así lo recordábamos en nuestra reciente STS 413/2013 de 10 de mayo , recogiendo doctrina establecida, entre otras en la STC 134/2010 de 2 de diciembre en la que se decía: que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril , FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4 , y 220/2009, de 21 de diciembre , FJ 3).

Aunque no cabe excluir otra vulneración de precepto constitucional, tal como hemos dejado inicialmente advertido, la decisión sobre admisibilidad de la pretensión de enjuiciamiento, incluida en el auto de apertura de juicio oral por el Juzgado de instrucción, no es susceptible de reconsideración, ni por vía de recurso ni como cuestión previa por el órgano de enjuiciamiento. No cabe dudar que, admitida la acusación con calificación del tipo agravado, la decisión sobre competencia no puede ser otra que la de atribuirle a la Audiencia y no al Juzgado de lo Penal, ya que el subtipo agravado prevé pena posible que excede de la competencia objetiva de éste.

Por ello tampoco podemos compartir la decisión ante nosotros recurrida, en la medida que su fundamento parte precisamente de una reconsideración de la admisibilidad del juicio sobre el tipo imputado por la acusación".



Consideraciones similares inspiran la STS 235/2016, de 17 de marzo:

" En este caso la acusación particular acusó por delito de estafa del art. 250.1.5º y 6º Cpenal, y en la petición de indemnización solicita 80.000 euros. Al tratarse de un Procedimiento Abreviado, en que puede plantearse el comienzo del juicio oral la práctica de nuevos medios de prueba, y modificarse los hechos en conclusiones definitivas, no puede concederse valor absoluto e inamovible a los hechos que se relatan en las conclusiones provisionales. Para determinar el órgano de enjuiciamiento y fallo debe estarse a las calificaciones de las partes acusadoras, y en este caso la acusación particular acusa por delito (estafa de los arts. 248 y 250.1.5º y 6º Cpenal) que tiene señalada en el Código una pena que excede de 5 años. En consecuencia no es aplicable el art. 14.3 sino el 14.4 LECriminal y debe conocer del asunto la Audiencia Provincial"(Vid. también SSTs 473/2014, de 9 de junio, 484/2010, de 26 de mayo, 1051/2012, de 21 de diciembre).

En consecuencia procede estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, dejando sin efecto el auto impugnado, atribuir la competencia a la Audiencia Provincial.

Quinto.

Procede declarar de oficio las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el Auto nº 5/2018 de fecha 4 de junio de 2018 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 22/17 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Badajoz, seguido por un delito societario y un delito de insolvencia punible contra Jose Ramón, Profisa 2007 SL y Pozo Cerrato S.L., y que afirmaba la competencia del Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento de los hechos objeto del procedimiento.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia
Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.