



Roj: **STS 4602/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4602**

Id Cendoj: **28079120012013100701**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2013**

Nº de Recurso: **2392/2012**

Nº de Resolución: **673/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL**, y al que se ha adherido la acusación particular, "**GUNDELSHEIM CONSERVAS, S.L.**" representada por el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa, contra los Autos dictados por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Zaragoza**, con fecha **15 de octubre de 2012** y **5 de noviembre de 2012**. Ha sido parte recurrida **Santiago**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Cezón Zarahona. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el Procedimiento Abreviado nº 46/2012, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, a su vez dimanante del procedimiento Diligencias Previas nº 610/2010 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza, dictó auto con fecha 15 de octubre de 2012, con los siguientes **Antecedentes de Hecho**:

**"ÚNICO.-** Por turno de reparto, ha correspondido a esta Sección Tercera el conocimiento y fallo del Procedimiento Abreviado nº 443/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, a su vez dimanante del procedimiento Diligencias Previas nº 610/2010 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza." (sic)

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

**"LA SALA ACUERDA** : Tener por no formulada la calificación de la acusación particular en esta causa en cuanto la misma invoca el artículo 250.1.6º del Código penal, antiguo 250.7.- Declarar competente para el enjuiciamiento de los hechos en primera instancia a los Juzgados de lo Penal de esta ciudad.- Una vez firme esta resolución, remítase la causa al Juzgado Decano para su reparto entre los de aquella clase y testimonio de este auto al Juzgado Instructor, haciéndose constar que en su día fue la causa turnada al Juzgado de lo Penal nº 3, Procedimiento Abreviado 443/2011." (sic)

**TERCERO.-** La misma Audiencia dictó auto con fecha 5 de noviembre de 2012, con los siguientes Antecedentes de hecho:

**"PRIMERO.-** Por el Ministerio Fiscal, con fecha de entrada 19 de octubre de 2012, se interpuso recurso de súplica contra el *Auto de fecha 15 de octubre de 2012, habiéndose dado traslado del mismo a las demás partes personadas, y presentándose con fecha de entrada 22 de octubre de 2012 por la representación de la Acusación Particular GUNDELSHEIM CONSERVAS, S.L. recurso de súplica contra el Auto de fecha 15 de octubre de 2012 en los mismos términos alegados por el Ministerio Fiscal.-* **SEGUNDO.-** Habiéndose interpuesto el recurso en tiempo y forma se admitió a trámite, entregándose las copias a las demás partes personadas.- **TERCERO.-** Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente D. José Ruiz Ramo quien expresa el parecer del Tribunal. (sic)



**CUARTO.-** Dicho auto resolvió con la siguiente parte dispositiva:

**"LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR** el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, contra el *auto de fecha cinco de octubre de dos mil doce dictado por esta sección Tercera el cual se confirma en todas sus partes.- Se declaran de oficio las costas procesales.- Este auto es firme y contra el mismo no cabe recurso.*" (sic)

**QUINTO.-** Notificados los autos a las partes, se prepararon recursos de casación, por el Ministerio Fiscal al que se ha adherido la entidad Gundelsheim Conservas, S.L., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Los recurrentes basan sus recursos en el siguiente motivo:

**Único.-** Al amparo de los arts. 848 , 849.1 y 852 de la LECrim . por infracción del art. 24.2 de la CE , por vulneración del Derecho a un Juez ordinario predeterminado por Ley, y por infracción de ley, en relación con la aplicación indebida del art. 14.3 e inaplicación indebida del art. 14.4 LECrim .

**SÉPTIMO** Instruidas las partes de los recursos interpuestos la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de septiembre de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Para resolver la cuestión que suscita el recurso del Ministerio Fiscal es necesario hacer dos precisiones previas.

1.- La primera, relacionada con los antecedentes procesales de la causa de que dimana el recurso, se refiere a la determinación del verdadero **sentido de la decisión de apertura de juicio oral** que adopta el Juez de Instrucción y, correlativamente, el sentido también de la decisión de la Audiencia, ahora recurrida en casación.

El auto que decide, en el procedimiento abreviado, sobre la apertura del juicio oral, que en este caso vino impuesta al Juez de Instrucción por un auto de la Audiencia que revocaba el sobreseimiento, tiene dos contenidos nítidamente diferenciados, aunque el primero determine el sentido del segundo.

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..

2.- La segunda cuestión concierne al fundamento de la necesaria revocación de la sentencia recurrida.

Esta decisión es adoptada por una sección del Tribunal provincial después de que otra sección del mismo hubiera resuelto, en firme, que aceptaba la decisión del Juzgado de lo Penal.

Uno de los principios esenciales del proceso, ínsito en la garantía del artículo 24 de la Constitución , es la **intangibilidad de las decisiones contra las que no cabe recurso** . Esa condición concurría en la decisión de la Sección de la Audiencia que aceptó la decisión de remisión del Juzgado de lo Penal. Por ello, cuando la sección Tercera de aquélla dicta la decisión ahora recurrida, está vulnerando frontalmente de manera evidente dicha garantía. La diversidad de sección, acorde a normas de reparto que no nos son conocidas, llevaron a la Sección tercera a atribuirse unas competencias de revisión de la previa decisión de la otra sección que, ni le correspondían, ni pueden ser comprendidas por el ciudadano, que ve como el mismo Tribunal dicta resoluciones contradictorias.

Esa decisión -ahora recurrida ante nosotros- vulnera un derecho fundamental. La modificación de resoluciones firmes afecta a la *seguridad jurídica* y también al derecho a la *tutela judicial* . Así lo recordamos



recientemente en la exposición hecha en la Sentencia de esta Sala de 4 de julio pasado, nº 668 de 2013, y deriva de la muy precisa doctrina que expone la STC 114/2012 de 24 de mayo : cuando dice: *Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia. Un efecto que puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada formal, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una resolución firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada. Así se afirma expresamente, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5 ; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3 ; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4 ; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2 ; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4 ; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2 ; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4.*

y añade:

*En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.*

En cuanto vulnera un derecho fundamental, ha de ser revisada sin preclusión de plazos e incluso de oficio. Lo que hace innecesario volver sobre la cuestión de la recurribilidad y del fundamento de la decisión de la resolución recurrida al respecto.

**SEGUNDO.-** Son *antecedentes procesales* relevantes los siguientes:

- a) El 14 de diciembre de 2010 la Audiencia de Zaragoza (Secc 1) ordenó continuar el procedimiento por el delito de apropiación indebida ya que, dice, el acusado ha actuado indiciariamente con *absoluta infidelidad* .
- b) El Juzgado instructor ordenó la apertura del juicio oral atendiendo a la acusación formulada por particular que solicitó condena del acusado conforme, entre otros, al tipo penal del artículo 250.7 del Código Penal (aunque debería decir 250.1.7, en referencia al tipo agravado por *abuso de relaciones personales*) , y manifiesta que lo hace en cumplimiento de la decisión recaída en apelación, antes citada.
- c) Pese a ello, señala como competente al Juzgado de lo Penal, el cual, en trámite de cuestiones previas, al inicio de las sesiones del juicio oral, resolvió, **motivadamente** , elevar las actuaciones a la Audiencia que estimó era el órgano competente, *conforme al contenido del auto de apertura de juicio oral*. Esta decisión del Juzgado de lo Penal se circunscribe solamente a la cuestión de la competencia.
- d) La decisión fue ratificada por la Audiencia de Zaragoza, por auto dictado por la sección sexta en 11 de septiembre de 2012.
- e) Es cuando pasa por reparto para juicio oral a la sección tercera, cuando ésta dicta la resolución de 15 de octubre de 2012, sin audiencia ni petición alguna de parte, que, (pre) **juzgando** la calificación de los hechos objeto del proceso, disiente de su calificación, conforme a la pretensión acusadora particular y al criterio de las otras dos secciones de la misma Audiencia, considera improcedente estimar concurrente el presupuesto fáctico del subtipo agravado, decide "tener por no formulada" la acusación por el subtipo agravado de apropiación, y, *en consecuencia, declara la competencia* de los Juzgados de lo Penal. Decisión que ratifica, rechazando la súplica intentada por la acusación, al tiempo que critica que el Juzgado de lo Penal plantee cuestión de competencia omitiendo exposición razonada y que el Ministerio Fiscal se adhiera a la acusación, pese a solicitar la libre absolución del por aquella acusado. Esta decisión extravasa el ámbito de la competencia y entra en el juicio de mérito de la acusación.

**TERCERO.-** El recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal se ampara en la vulneración de ley, la que regula la competencia objetiva, y en la de precepto constitucional, aludiendo al que regula el derecho al juez ordinario.

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. De ahí que no pueda compartirse la oficiosidad de la Sección tercera de la Audiencia de Zaragoza al entrar a valorar la pertinencia de la calificación de la acusación, no excluida en el auto de apertura de juicio oral.

Bastaría eso para revocar su resolución sometida a nuestra consideración por vía de casación. Pero tal fundamento de revocación no se acomoda a los cauces utilizados por el Ministerio Fiscal. Al menos directamente, ya que éste se circunscribe a la cuestión de competencia y a la poco utilizable referencia a vulneración del derecho al juez ordinario, siquiera el recurso no deja sin criticar a la Sala de instancia por entrometerse fuera de lugar en la decisión sobre admisión de la pretensión de acusación.

Pero, como dijimos antes, el contenido de la decisión sobre el objeto del proceso, fijado al abrir el juicio oral, sí que afecta ineludiblemente a la decisión sobre competencia. Eso sí, en el bien entendido de que, cuando se resuelva sobre ésta, ha de partirse, como decisión inmutable, de la previa sobre la pretensión acusadora y no reconsiderando su admisión.

No cabe dudar que, admitida la acusación con calificación del tipo agravado, la decisión sobre competencia no puede ser otra que la de atribuirla 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.

Tampoco compartimos la alusión de esa resolución al supuesto defecto en la decisión del Juzgado de lo Penal de no constituir la exposición razonada que excluya planteamiento de cuestión de competencia por un órgano subordinado. Y ello porque el auto dictado por el Juzgado de lo Penal constituye un razonamiento harto suficiente de la remisión de las actuaciones a la Audiencia.

Ni compartimos la perplejidad que exhibe la Audiencia acerca del comportamiento procesal del Ministerio Fiscal que defiende el enjuiciamiento por la Audiencia aunque inste la absolución del acusado. Olvida la Sala de instancia que el Ministerio Fiscal es defensor de la legalidad y que la misma impone el enjuiciamiento si media acusación particular, por lo que es ineludible determinar el órgano competente para ello, y sobre tal particular el informe del Ministerio Fiscal ha de instar lo que reclama el principio de legalidad procesal, cualquiera que sea su pretensión en cuanto a la condena o absolución instada por otra parte.

Es precisamente esta solicitud del Ministerio Fiscal, objetivamente acomodada a la legalidad en lo que concierne a la competencia la que debe llevar a casar la resolución impugnada ante nosotros. Que incurre en causa de nulidad tal como deriva de lo dispuesto en el artículo 240.2 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por ello

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL**, y la entidad "**GUNDELSHEIM CONSERVAS, S.L.**", contra los Autos dictados por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Zaragoza**, con fecha **15 de octubre de 2012** y **5 de noviembre de 2012** . Declarando de oficio las costas derivadas de los presentes recursos de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

En la causa rollo nº 46/2012, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 443/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, a su vez dimanante del procedimiento Diligencias Previa nº 610/2010 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza, se han dictado autos de fecha 15 de octubre de 2012, sobre competencia para enjuiciamiento y fallo, y 5 de noviembre de 2012, desestimando recurso de súplica interpuesto contra el auto anterior, que han sido recurridos en casación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular y han sido **casados y anulados** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se admiten los antecedentes expresos en la resolución recurrida, con la ampliación de los que se dejan expuestos en la sentencia de casación

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en ésta, la resolución de la Audiencia de Zaragoza no es acorde a Derecho, vulnera derechos fundamentales y los preceptos relativos a la competencia objetiva. Por el contrario resulta competente para conocer de la causa de que procede este rollo la citada sección tercera de la Audiencia de Zaragoza.

Por ello

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos competente para conocer de la causa de que procede este rollo a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.