



Roj: **STS 102/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:102**

Id Cendoj: **28079120012018100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2018**

Nº de Recurso: **2309/2016**

Nº de Resolución: **30/2018**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Penal Sentencia núm. 30/2018**

Recurso Nº: 2309/2016

Fecha de sentencia: 19/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2309/2016

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA.

SECCIÓN QUINTA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MPS Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2309/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal **Sentencia núm. 30/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

Recurso Nº: 2309/2016

En Madrid, a 19 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley número 2309/16 interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra el Auto de fecha 3 de octubre de 2016 dictado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo de Sala Procedimiento Abreviado núm. 35/2016, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Vigo (Diligencias Previas P.A. núm. 187/16), dictó Auto con fecha 3 de abril de 2016 que contiene los siguiente **hechos** :

« **ÚNICO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Vigo, se dictó resolución en fecha 20/05/2016, remitiendo la causa a esta Audiencia, por considerar que es el órgano competente para el conocimiento de los hechos.

En fecha 15/06/2016, se dictó providencia en el presente Rollo acordando que las partes informaran sobre la competencia de esta Sección para el conocimiento del presente juicio, alegaciones que constan unidas a autos».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia en el citado auto, acordó lo siguiente:

«DECIDIMOS.- Declaramos la falta de competencia de esta Sección para conocer del presente juicio oral seguido contra D. Celso , debiendo remitirse las actuaciones por el trámite oportuno, al Juzgado de lo Penal correspondiente por normas de reparto, para su correcto enjuiciamiento.

PÓNGASE ESTA RESOLUCIÓN EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMÁS PARTES PERSONADAS, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante esta Audiencia, RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS DE LEY en el plazo de CINCO DÍAS».

**TERCERO.-** En fecha 17 de octubre de 2016 dicha Audiencia dictó auto de rectificación cuya parte dispositiva es la siguiente:

«SE ACUERDA RECTIFICACIÓN del AUTO dictado en fecha 03/10/2016 en el sentido siguiente, manteniéndose el resto de los pronunciamientos:

"En este caso el Ministerio Fiscal ha formulado acusación por un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP (sancionado con la pena de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, que por la continuidad delictiva del art. 74 CP conllevaría una pena de prisión de 2 años 6 meses y 1 día a 4 años, más la multa de 18 a 24 meses) en concurso medial con un delito continuado de estafa del art. 248 CP (sancionado en el art. 249, en relación con el art. 74 CP , con la pena de prisión de 6 meses a 3 años atendiendo al total perjuicio causado, no en la mitad superior como se menciona en el escrito de acusación)." Y; "PÓNGASE ESTA RESOLUCIÓN EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMÁS PARTES PERSONADAS, previniéndoles que contra la misma podrán interponer RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Criminal "».

**CUARTO.-** Notificadas la resoluciones a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitución e infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a la Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal** se basó en el siguiente motivo de casación:

**Motivo único.-** Al amparo del art. 849.1º, por vulneración del art. 14.3 y 4 de la LECr ., en relación con el art. 74.2 y 77.3 , 249 y 197.1 del Código Penal y 852 en relación con el 24.1 y 2 de la Constitución Española .

**SEXTO.-** Quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, se acordó el mismo para el día 4 de abril de 2017; si bien, en esa misma fecha se dictó auto de suspensión de plazo para dictar sentencia por remisión de la causa al Pleno. Hecho el señalamiento para Pleno no jurisdiccional, se celebró el mismo el día 12 de diciembre de 2017.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de fecha 21 de diciembre de 2017 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso, el día 17 de enero de 2018.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.- Admisibilidad.-** Recurre el Ministerio Fiscal, por un único motivo al amparo de los arts. 849.1º, y 852 en relación con el 24.1 y 2 de la Constitución Española, la resolución de la Audiencia Provincial, que rechaza la competencia para enjuiciar la causa por delito continuado de descubrimiento de secretos del art. 197.1 y 74.1 del Código Penal en concurso medial con un delito estafa de los arts. 248 y 249 del Código Penal, por entender que dado el contenido del art. 77. 3 del Código Penal vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y los arts. 14.3 y 4 de la LECr.

En su recurso, dedica un amplio preámbulo a justificar con amplia cita de la jurisprudencia de esta Sala la recurribilidad de esta resolución en casación y en cuanto al fondo, entiende que es la Audiencia Provincial de Pontevedra la competente para conocer los hechos enjuiciados porque dada la nueva redacción del artículo 77.3 del Código Penal la pena en el abstracto a imponer en los casos de concurso medial es una pena de nueva construcción, resultante de la suma de las penas de los delitos de que se acusa, establecidas por separado, y dado que la estafa se encuentra penada en el artículo 249 del código penal con una pena de prisión de seis meses a tres años, más multa y la revelación de secretos del artículo 197. 1 del Código Penal con una pena de prisión de uno a cuatro años, más multa resultaría que el límite máximo de las penas en abstracto a imponer sería la suma de las penas correspondientes a los dos delitos, lo cual podría dar lugar a la imposición tras el juicio oral de la pena de hasta siete años de prisión y multa y todo ello al margen de que en las conclusiones provisionales del Fiscal se hubiere solicitado como ocurre en el caso presente una pena de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación, y multa por aplicación de lo establecido en el artículo 77. 3 del Código Penal.

Efectivamente, en cuanto a la recurribilidad en casación de la resolución cuestionada, indica la STS 282/2016, que "aun sin faltar resoluciones en sentido contrario menos abundantes pero igualmente bien razonadas (vid. Autos 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), existe una muy mayoritaria línea jurisprudencial que, 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 límites de su competencia objetiva frente a los Juzgados de lo Penal. Tal jurisprudencia arranca de un Pleno no jurisdiccional de fecha 2 de octubre de 1992 que analizaba esa distribución de competencias. Fue el germen de un nutrido abanico de resoluciones. Muchas de ellas comienzan afirmando la impugnable en casación de la decisión de la Audiencia Provincial".

Un larga lista que enuncia, con la inicial de 12 de junio de 1993 y alcanza hasta la STS 235/2016, de 8 de marzo; donde los argumentos invocados a favor de su admisión en casación, a veces aluden a que el "art. 52 se refiere 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 se argumenta enfatizando la necesidad de homogeneizar la doctrina de las Audiencias; o en virtud de 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 LECr; o, por fin, en argumento no desdeñable, se parifica tal decisión de la Audiencia a un auto de sobreseimiento en la medida en que supondría rechazar, sin previo debate, la procedencia de la más grave de las acusaciones, debiendo atraerse así a esta incidencia el régimen de recurribilidad de los autos de sobreseimiento diseñado jurisprudencialmente para el procedimiento abreviado. El juicio sobre la razonabilidad de esa acusación ya lo hizo el Juzgado de Instrucción al abrir el juicio oral por esa pretensión soslayando la posibilidad de decretar un sobreseimiento parcial que marginase esa 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".

En otras (STS 286/2013, de 27 de marzo) se adiciona a mayor abundamiento, que "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".

Entre otras resoluciones con similar contenido, se cita la STS 235/2016, de 17 de marzo que cita 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.

En definitiva, la admisibilidad del recurso es procedente; si bien debemos precisar simultáneamente, que en autos, el Auto de la Audiencia, no es de aquellos cuyo contenido 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.



**SEGUNDO. Penalidad del concurso medial** .- La reforma de la LO 1/2015, determinó qué identidad punitiva que el Código Penal establecía entre el concurso ideal y el concurso medial, para, en novedosa e inexplicada fórmula dosimétrica, establecer que en el caso de que un delito sea medio necesario para cometer otro, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos . Y adicionaba, que dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 ; además de imponer como límite, en todo caso, el derivado de las reglas previstas en el art. 76.

La exposición de motivos no explica el fundamento de esta reforma; si bien, en la exposición de motivos del anteproyecto de 2012, se recogía: (...) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos. Esta misma regla de individualización de la pena resultará también aplicable a los concursos reales de carácter medial .

La reforma del delito continuado no prosperó, pero su supresión, "no llegó a alcanzar a la ruptura del régimen punitivo unitario en los supuestos de concurso ideal y medial"; y "desaparecida la reforma principal subsiste la que constituía un efecto colateral, pero carente ahora de justificación expresa en la EM al haberse suprimido el párrafo correspondiente" ( STS 863/2015, de 30 de diciembre ).

En aras de dotar alguna precisión a este singular "marco punitivo complejo que puede generar dudas relevantes en su aplicación", la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 863/2015, de 30 de diciembre ; 28/2016, de 28 de enero ; 34/2016, de 2 de febrero ; 95/2016, de 17 de febrero ; 444/2016, de 25 de mayo ; 688/2016, de 27 de julio ; 891/2016, de 25 de noviembre ; 993/2016, de 12 de enero de 2017 ; 519/2017, de 6 de julio ; 543/2017, de 12 de julio ), especificó:

- Suelo: El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día.

- Techo: El límite máximo de la pena procedente para el concurso no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima.

- Remisión a las reglas del art. 66: Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP , pero, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, en ese momento ya no debemos tener en cuenta las "reglas dosimétricas" del artículo 66 CP , porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el art. 67 CP . Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo.

**TERCERO. Normativa competencial** .- Viene establecida en el art. 14.3 LECr , en virtud de la cual, será competente para el conocimiento y fallo de las causas **por delitos** a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración **no superior a cinco años** o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el **Juez de lo Penal** .

Y en el art. 14.4 LECr , se indica que será competente para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial.

La magnitud de dichas penas, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, es la fijada en abstracto por el legislador; la prevista en el tipo conforme su redacción en la ley.

Así, la STS 355/2014, de 14 de abril , declara: la jurisprudencia ha precisado que para la determinación de la competencia objetiva de los juzgados y tribunales penales en función de la pena que corresponda al delito, habrá



de estarse a la pena prevista en abstracto por la ley para clase de delito y no a la concretamente solicitada por las acusaciones ( SSTS 9 de octubre , 10 de noviembre y 11 de diciembre de 1992 , de 4 de mayo y 11 de junio de 1993 , de 30 de abril de 1994 , de 8 de febrero y de 9 de junio de 1995 , de 14 de mayo , 8 de septiembre , 27 de noviembre y 21 de diciembre de 1998 ), pues si rigiera el criterio de la pena concreta se dejaría en manos de las acusaciones la determinación de la competencia objetiva de los órganos judiciales penales.

De igual modo, en la STS 97/2016 de 18 de febrero se recoge como doctrina reiterada que *la determinación de la competencia en cuanto al órgano de enjuiciamiento en el procedimiento abreviado ha de hacerse con arreglo al acta de acusación, y en caso de que sean varias las personadas en la causa, a la que contenga una calificación más grave, atendiendo a la pena señalada por la ley en abstracto al delito imputado, y, por tanto, teniendo en cuenta los subtipos agravados a que se refiera la más grave de las acusaciones* .

**CUARTO.** - *Competencia para enjuiciar el concurso medial* .- En esta sede, la solución viene dada lógicamente por la distribución competencial establecida entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, en el transcrito art. 14, apartados 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; donde el criterio distributivo no lo determina inexcusablemente la pena imponible, sino los delitos **por** delitos, a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración **no superior a cinco años** (o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años).

De manera que en los supuestos concursales, sea cualesquiera la regla de específica de aplicación de la pena, *la competencia la fija y determinala penalidad abstracta prevista para cada delito que integra el concurso* ; siendo la alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal, atender a la suma de la máxima prevista para cada infracción, un parámetro que no viene especificado ni en la norma sustantiva ni en la procesal.

En la fijación de la pena, sin embargo, la pena conminada en abstracto para cada delito, como determinante del tramo punitivo del concurso, sólo sirve en alejada referencia, por ser límite no traspasable en la inicial determinación de las penas concretas; como igualmente se establecen los límites del triplo o de los veinte años (ó 25, 30 ó 40 en su caso) en virtud de la remisión al art. 76 del inciso final; pero la suma de las abstractas, ni en su umbral mínimo ni en su umbral máximo resulta operativa, ni se establecen como límite del suelo o del techo del marco punitivo.

Techo y suelo, por decirlo en expresión contenida en la Circular FGE 4/2015, también utilizada en la resolución recurrida, lo determina una *pena híbrida* , que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, umbral que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Operaciones de concreción, antes glosadas con la jurisprudencia de esta Sala.

Ese mínimo y máximo configuran el marco de esa pena híbrida, que en aras de posibilitar una adecuada defensa, también deberían constar en el escrito de conclusiones de las acusaciones, al solicitar una pena concreta.

Pues se desconoce en otro caso cual es el techo y suelo resultante de la aplicación de esta peculiar formulación dosimétrica, la mayoría de los casos, conforme la experiencia y estadística enseñan, alejada de la posibilidad máxima y cercana a la mínima. Tanto más, cuando en esa tarea de concreción, si uno de los delitos fuere continuado, probablemente sea la infracción más grave, aún cuando en el artículo de la parte especial que lo conmina, la pena prevista sea inferir a la prevista para el otro delito del concurso. Determinación de la infracción más grave, donde igualmente habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación ( arts. 62 y 63 CP ), en cuanto constituyen -según cualificada doctrina- formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas, así como las eximentes incompletas ( art. 68 CP ), y el error de prohibición vencible ( art. 14.3 CP ), en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal aplicable al delito.

**QUINTO.** *Clarificación de la atribución competencial definida* .- En definitiva, la atribución competencial, no viene determinada por las penas a imponer, sino por razón de los delitos a enjuiciar, que ahora sí, se concretan por la previsión abstracta de la pena fijada en el tipo.

Como veremos no se trata de hueco o artificial distinguo; el legislador, rompió la atribución de la competencia del Juez de lo Penal por referencia a los delitos menos graves, con la Ley 36/1998, de 10 de noviembre (lo que dificulta el entendimiento de una cierta jurisprudencia y doctrina que arrastra citas con fecha anterior a esta modificación); nueva redacción que también le otorga competencia, que persiste en la actualidad, para enjuiciar delitos sancionados con pena de inhabilitación especial por tiempo superior de cinco años (hasta diez) que por ende integran delitos graves (art. 33).



E inclusive respecto de las penas de prisión, el Juez de lo Penal, aunque sólo conozca de delitos castigados con pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años, no es infrecuente que imponga penas superiores, en supuestos de concurso real, pudiendo llegar a fijar un límite de cumplimiento (ex art. 76) de quince años de prisión (como consecuencia del tripló de la más grave).

Dicho de otro modo, la competencia deferida al Juez Penal, no imposibilita la imposición de penas superior a cinco años, sino enjuiciar delitos (no concursos) cuya pena abstracta de prisión, exceda de cinco años.

**SEXTO. Adecuación material de la atribución competencial definida.**- La solución adoptada es plenamente armónica con la propia gravedad escalonada de los concursos delictivos, donde la doctrina y ahora la reforma normativa, otorga al concurso ideal un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal pero no tan riguroso como el del concurso real, de modo que resulta contradictorio que dos infracciones que concursan en forma ideal o en forma real, la atribución competencial, cuando la penalidad de cada una de ellas no sea superior a cinco años de prisión, corresponda al Juez de lo Penal, pero si concursan en forma medial, más grave que la modalidad ideal, pero menos que la real, salgan de su competencia.

Especialmente, cuando la fórmula dosimétrica legalmente establecida, pese a la obvia voluntad del legislador en contra, en la práctica de Juzgados y Tribunales, más que exasperación de la prevista para el concurso ideal, pues conduce con cierta frecuencia a que sea menor que la mitad superior de la infracción más grave, viene a operar como minoración del concurso real, que le sirve de límite o techo.

Por último, el texto del art. 788.5 LECr, cuando expresa que el Juez de lo Penal, *en ningún caso podrá imponer una pena superior a la correspondiente a su competencia*, no es óbice a la conclusión aquí establecida, pues no hace sino remitirse al art. 14 LECr.

**SÉPTIMO. Acuerdo de Pleno.**- Esta solución es concorde con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, adoptado el pasado 12 de diciembre:

*En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no supere los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal.*

De modo que nada obsta a que como consecuencia de un concreto medial, la pena de prisión que imponga el Juez de lo Penal, sea superior a cinco años, sea siete, ocho o cualesquiera cifra hasta diez años.

**OCTAVO. Transitoriedad.**- Además en el concreto caso de autos, como indica el propio Ministerio Fiscal, se enjuician hechos acaecidos en 2010; y ello supone que en ningún caso la pena podría ser superior a la resultante de la redacción del art. 77.3 CP, anterior a la reforma de la LO 1/2015; es decir, en ningún caso podría superar los cinco años de prisión, pero con la tesis ahora desestimada, se abocaría a la paradójica solución de que debería entender del enjuiciamiento la Audiencia, por si el nuevo texto le fuera más favorable.

## FALLO

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

**Desestimar** el recurso de casación formulado por el **Ministerio Fiscal** contra el Auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo de Sala Procedimiento Abreviado núm. 35/2016, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Vigo (Diligencias Previas P.A. núm. 187/16), con fecha 3 de abril de 2016.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García