Roj: STS 6068/2011
Id Cendoj: 28079120012011100974
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 602/2011
Nº de Resolución: 964/2011
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Tarragona de 8-2-2011 **,** por el que declaraba su **falta de competencia objetiva** para el enjuiciamiento de la causa seguida con el nº PA63/2007 **,** Rollo 27/2009, así como remitir el procedimiento al Juzgado Decano para su reparto al Juzgado de lo Penal que correspondiera. Han sido parte el Ministerio **Fiscal como recurrente** , y como recurrido D. Pedro Miguel , representado por la Procuradora Dña. Teresa Puente Méndez .Y ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Monterde Ferrer**.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de febrero de 2001 fue notificado a las partes el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 8-2- 2011, por el que declaraba su falta de competencia objetiva para el enjuiciamiento de la causa seguida con el nº PA 63/2007 **,** Rollo 27/2009, así como remitir el procedimiento al Juzgado Decano para su reparto al Juzgado de lo Penal que correspondiera. Ante ello el Ministerio **Fiscal** acudió preparando en plazo contra dicha resolución recurso de **casación,** lo cual así se tuvo por preparado por auto de la Audiencia de 24-11-2011.

SEGUNDO.- Personada ante esta Sala la Procuradora Dña. Teresa Puente Méndez en nombre del recurrido D. Pedro Miguel , y presentado en 31-3-2011 el escrito de formalización del recurso por el Ministerio Fiscal, por proveído de 7-4-2011 se tuvo por personada la mencionada Procuradora, concediéndole plazo para instrucción, y por formalizado el recurso por el Ministerio Fiscal. Y habiéndose reiterado por proveído de 7-4-2011 el requerimiento para que la Procuradora Sra. Puente Méndez, en la representación dicha, contestara al recurso del Ministerio Fiscal, se la tuvo por decaída en su derecho por providencia de 27-5-2011.

TERCERO.- Basa su recurso el Ministerio Fiscal en los siguientes motivos de casación:

Único.- Infracción de ley, al amparo del *art. 849.1º de la LECr* , por aplicación indebida de la *regla del art. 14.3* , e inaplicación del *art. 14.4, de aquélla Ley* , en relación con el *art. 24.2 CE* , que reconoce el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

CUARTO .- Admitido a trámite y declarado concluso el recurso, por proveído de 14-7-2011, se constituyó la Sala para conocer del recurso, y se señaló para su deliberación y fallo el día **20-9-2011** , en el que tuvo lugar, bajo ponencia del Excmo. Sr. D. **Francisco Monterde Ferrer**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Ministerio Fiscal interpone su recurso formulando, como único motivo, el de infracción de ley, al amparo del *art. 849.1º de la LECrim* ., por aplicación indebida de la *regla del art. 14.3* , e inaplicación del *art. 14.4, de aquélla Ley* , en relación con el *art. 24.2 CE* , que reconoce el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

De los testimonios remitidos se deduce que los antecedentes de hecho precisos para resolver la cuestión suscitada son los siguientes: El 30 de noviembre de 2007, el Banco Santander Central Hispano S.A. procedió a formular acusación contra Pedro Miguel , por la comisión de un delito de *estafa* en el que concurría la *circunstancia prevista en el apartado 3º, del artículo 250 del CP* ., de realizar el hecho "mediante

cheque pagaré, letra de cambio en blanco o negocio jurídico ficticio". Dicho tipo penal establece un marco de imposición de pena de *un año a seis años de prisión.* Dicha acusación solicitó como órgano de enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal. Recibida las actuaciones por el Juzgado de lo Penal de Tortosa, por auto de fecha 19 de junio de 2009 , acordó la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción nº 2 de Tortosa, al no ser competente en atención a que las penas atribuidas al delito objeto de acusación determinaban la competencia de la *Audiencia Provincial* de Tarragona.

La Fiscalía de Tarragona, en las presentes actuaciones, mantiene pretensión *absolutoria.*

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Tortosa en resolución de fecha 21 de agosto de 2009 acordó la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Tarragona para su enjuiciamiento.

La Audiencia Provincial el 5 de octubre de 2009 acordó la incoación de rollo y la designación de ponente. El 15 de octubre de 2009 dictó auto acordando la admisión de las pruebas solicitadas por las partes. El 11 de enero de 2011 dictó providencia acordando dar traslado a las partes a efectos de informe sobre la posible competencia del Juzgado de lo Penal para conocer de la presente causa en atención a la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 05/2010* .

El 2 de febrero de 2011, la Fiscalía Provincial de Tarragona informó negativamente a la atribución al Juzgado de lo Penal de la competencia para el enjuiciamiento de la presente causa.

El 8 de febrero de 2011 se dictó *auto* acordando declarar la falta de competencia objetiva de la *Audiencia Provincial* para el conocimiento de la causa que nos ocupa, y remitir la misma al Juzgado Decano para su remisión al Juzgado de lo Penal que por turno corresponda, contra el cual la Fiscalía interpuso recurso de casación.

SEGUNDO.- El Tribunal provincial *a quo* se basa, para entender que carece de competencia para conocer de la causa, teniéndola el Juzgado de lo Penal, conforme al *art. 14.3 LECr, esencialmente, en que la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio* ha suprimido el *párrafo tercero del art. 250 CP* ,esto es, la figura de la estafa agravada consistente en la utilización de cheque, castigada con anterioridad a dicha reforma ,con la pena de prisión de 1 a 6 años, con lo que ello sitúa ante dos tipos penales (falsedad y tipo básico de la estafa, previsto en los *arts 248 y 249 CP*) cuya pena en abstracto no supera los 5 años de prisión, estando situada entre los 6 meses y los 3 años de prisión.

TERCERO .-Se trata de un auto el recurrido de la Audiencia provincial que defiere la competencia para enjuiciamiento en favor del Juzgado de lo Penal.

El *artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , 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 la 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 *artículo 52 de la Ley Orgánica* se refiere a los recursos ordinarios. Y con base en una interpretación *sistemática del artículo 25 in fine, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , que autoriza el recurso de casación contra los autos de las Audiencia resolutorios 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 S.S.T.S. de 12 de junio y 3 de julio de 1993 ; de 10 de julio , 23 de octubre y 24 de noviembre de 1997 ; de 8 de septiembre de 1998 ; de 21 de febrero de 2007 , y de 28 de enero de 2008 .

CUARTO.- Por lo tanto, considerando *recurrible* la resolución impugnada, la cuestión planteada por la Audiencia Provincial nos remite a determinar si las modificaciones legislativas que se puedan producir en el Código Penal *cuando un asunto se encuentra pendiente de señalamiento* , o, ya determinada la fecha del juicio y antes de su celebración, puede alterar la competencia para enjuiciar asuntos de carácter penal, debiendo partirse de la premisa de que tal competencia para enjuiciar *ya ha sido aceptada* por dichos órganos, en atención a las normas legales imperantes en el momento de recibir las acusaciones.

El *artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , aplicable con carácter supletorio, por prescripción del *artículo 4 de la misma Ley* , dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones de legales de derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales *vigentes, que nunca serán retroactivas.*

Y sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencia de la Sala 2º 149/1995 de 16 de octubre , y Sentencia de la Sala 1º 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que "El fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo a autoriza, es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculpado *(art. 25.1 CE y 24* C.P) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho *(art. 9.3 CE*). *Las leyes procesales* pertenecen al primer grupo de los tres enumerados más arriba y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente como ocurrió con la Ley constitutiva de la Audiencia Nacional (RDL 1/77 de 4 de enero) o en la más reciente de Procedimiento Laboral, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no por fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional. En el caso de silencio de la nueva *Ley, rige el principio aceptado por el RD 3 de febrero de 1881* , que promulgó la de Enjuiciamiento Civil, cuyo *art. 3* establece: << Los pleitos pendientes en la actualidad continuaran sustanciándose en la instancia en que se hallen con arreglo a la Ley hoy vigente>>.

Es el fenómeno que doctrinal y Jurisprudencialmente se ha bautizado con la expresión latina muy conocida de la *perpetuatio iurisdictionis ,* aplicado por ejemplo (en la transformación) sustantiva y jurisdiccional del régimen jurídico del contrabando por obra de la LO 7/82 de 13 de julio, según ha reconocido el TS en numerosas sentencias (6 de octubre y 20 de noviembre 1986 ; 11 de febrero , 24 de marzo , 14 y 28 de mayo , 4 de julio , 22 de octubre y 30 de noviembre 1987 , así como la de 20 de febrero de 1998)".

Además, la Ley 36/98 de noviembre, que modificó el *artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , para ampliar la competencia objetiva de los Jugados de lo Penal, contiene una disposición transitoria única, que establece el carácter retroactivo de la ley, en cuanto dispone que "aplicará a las causas que se encuentren pendientes en el momento de su entrada en vigor, siempre que en dicho momento, no se haya dictado todavía auto de apertura del juicio oral". *Así pues* , parece indudable que, en el ámbito procesal penal, rige la *"perpetuatio iurisdictionis"* , al menos, tras el auto de apertura del juicio oral que, en el procedimiento abreviado, determina formalmente el órgano que competente para el enjuiciamiento. El mismo criterio inspira el *artículo 788.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , y el *artículo 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado* que dispone que "Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del tribunal Jurado, éste continuará conociendo".

Además este criterio parece ser el mas respetuoso con el derecho al *Juez ordinario predeterminado por la Ley* y con el principio de seguridad jurídica. Debemos recordar la doctrina del Tribunal Constitucional según la que el respeto al Juez ordinario "exige, por un lado, la preexistencia de unas *pautas generales* de atribución de la competencia, que permitan determinar, en cada supuesto, cual es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio", y, "de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de u n caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación" (STC 156/2007 de la Sala Primera, de 2 de julio).

QUINTO.- Ciertamente, en relación con las ***inhibiciones tardías*** , esta Sala se ha pronunciado en numerosas resoluciones (Cfr. ATS de 11-12-03 , ATS de 18-5-07 ATS de 2-7-010; ATS 24-5-011, ó STS nº 413/2008, de 30 de junio ; STS nº 854/08, de 4 de diciembre), señalando que cuando el procedimiento ha superado la fase de instrucción, y ya se ha procedido a la apertura del juicio oral, hay que acudir a la ***perpetuatio jurisdictionis*** , en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez ***abierto el juicio oral*** , incluso en casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución competencial.

SEXTO .- Por tanto, entendiéndose que la cuestión ha de ser resuelta a favor de la competencia de la Audiencia Provincial Tarragona para el enjuiciamiento del supuesto de autos, el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha de ser estimado, casándose y dejándose sin efecto el auto recurrido, y declarándose de oficio las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 901 de la LECr* .

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de fecha 8-11-2011, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona , en causa PA 63/200, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Tortosa, Rollo 27/2009, casando y anulando la mentada resolución, procediéndose a la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquélla, debiendo continuarse el proceso por la Audiencia Provincial hasta su conclusión con arreglo a Derecho. Se declaran las costas del recurso de oficio.

Y comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. **Francisco Monterde Ferrer** **D. Manuel Marchena Gomez D. Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **Francisco Monterde Ferrer** , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.