

INCIDENCIA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL DE 2015 EN EL RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA AUTOS. AUTOS RECURRIBLES EN APELACIÓN Y CASACIÓN.

Antonio del Moral García
Magistrado del Tribunal Supremo
Fiscal en excedencia

Actividad: “La nueva regulación del recurso de apelación. La generalización de la segunda instancia. Recurso de Revisión”, 26 y 27 de abril de 2017.

Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

Se analiza la pantanosa materia de la recurribilidad de los autos en el proceso penal pero solo desde la perspectiva de la reforma procesal de 2015: se contemplan en exclusiva los puntos que han quedado afectados directa o indirectamente por esa honda modificación que está comenzando su andadura y por tanto en fase de rodaje. El régimen transitorio ha postergado en el tiempo la fecha en que han empezado a aplicarse las normas que afectan al régimen de recursos por lo que, de momento, cualquier estimación o aproximación ha de ser muy provisional: no existen criterios seguros o ya asentados y as cuestiones problemáticas o dudosas proliferan. Se trata de señalar tanto los puntos que aparecen con claridad en la ley, como aquéllos otros que pueden resultar controvertidos y en los que solo se apuntan vías y pautas de solución que quedarán sujetas a las precisiones que en cada caso pueda ir haciendo la jurisprudencia y la praxis judicial en general.

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN Y ACOTACIÓN TEMÁTICA**
- 2. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN**
- 3. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**
- 4. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**
- 5. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS: ¿CASACIÓN DIRECTA O APELACIÓN MÁS ULTERIOR CASACIÓN?**
- 6. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**
- 7. TRAMITACIÓN DE LOS RECURSOS CONTRA AUTOS DE ÓRGANOS COLEGIADOS**
- 8. ANEXO: ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES**

1. INTRODUCCIÓN Y ACOTACIÓN TEMÁTICA

El sistema de recurribilidad de resoluciones distintas de la sentencia es de las más complejas de todas las materias del proceso penal: está repleta de aristas y recovecos; de cuestiones controvertidas; de prácticas dispares; y de menciones legislativas oscuras. En estas líneas se va a encarar esa temática pero con una perspectiva muy limitada: la incidencia de las reformas de 2015 en el sistema de recursos contra Autos.

Ello supone dejar fuera del estudio todo lo referido a autos del Juez de Instrucción. Las modificaciones expresas de algunos preceptos atinentes a ello (v. gr., art. 507 LECrim) son anecdóticas y no sustanciales. Obedecen a la armonización de algunos cambios de nomenclatura (investigado en lugar de imputado) y no a temas sustanciales. Los arts. 217 –procedimiento ordinario- y 766 –procedimiento abreviado- LECrim, siguen constituyendo las referencias básicas que han de completarse con las previsiones bien conocidas y tampoco modificadas sobre los recursos de reforma y de queja excluidos también de este estudio y no afectados por la reforma.

Quizás solo cabría llamar la atención sobre la inclusión de un nuevo supuesto expreso de apelación contra un auto del Juez de Instrucción (y eventualmente de lo Penal, o de la Audiencia Provincial): el prevenido en el art. 803 ter a) LECrim frente a la decisión por la que se rechaza la intervención en el proceso de un tercero afectado por el decomiso. En el ámbito del procedimiento abreviado la previsión no añade nada a lo que se deduciría de la norma general contemplada en el art. 766 LECrim. En el procedimiento ordinario, sin embargo, sí adquiere trascendencia esa mención pues, de no existir, sería la queja la forma de impugnación apropiada.

Tampoco comporta la reforma repercusiones directas en el nada claro régimen de recursos contra las decisiones interlocutorias del Magistrado-Presidente en un procedimiento con jurado, aunque de forma indirecta, como veremos (art. 676 LECrim) alguna reflexión al respecto sale reforzada de la reforma de 2015; y se acrecientan las dudas ya existentes sobre la accesibilidad a casación –aunque previa apelación- de algunas de sus decisiones (precisamente las que recaen en artículos de previo pronunciamiento o cuestiones previas.

Se analizarán así pues en exclusiva recursos contra autos de órganos colegiados: Audiencias Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia.

Frente a ellos cabe en principio recurso de súplica (art. 236 LECrim), pero sólo cuando la ley no prevea otro tipo de recurso (art. 237). Ello significa que en todos los casos en que se admite bien recurso de apelación, bien recurso de casación, no es legalmente posible la súplica, en precisión muchas veces olvidada en la práctica. En rigor la interposición de una previa súplica en esos supuestos podría llegar a entenderse como una prolongación artificial del plazo y venir finalmente a provocar la inadmisión del posterior recurso de apelación o casación. No obstante el Tribunal Supremo es tremendamente indulgente con estos supuestos y no hace cuestión a la hora de admitir a trámite la casación de la previa tramitación improcedente de una súplica, singularmente cuando existió una errónea advertencia de los recursos al impugnante en el momento de la notificación. Sucede esto especialmente en los autos dictados para acumulación de condenas (art. 988 LECrim).

Las reformas, como las últimas, que no responden a una modificación global y sistemática del proceso penal, sino que llegan como por aluvión superponiéndose a otras muchas, provocan fácilmente problemas de descoordinación al incrustarse en un texto que se edifica sobre unos concretos principios, disposiciones que se han pensado para un proceso construido sobre otros principios. Así sucede también en el punto que vamos a analizar. La

LECrím se redactó pensando en un sistema de instancia única más un recurso de casación. Ahora se generaliza un sistema de doble instancia más casación (para los delitos menos graves con limitación de motivos: solo *error iuris*). En el interim la LECrím ha sufrido otros dos radicales cambios de perspectiva: el desgaje de los delitos menos graves del ámbito de competencias de las Audiencias estableciéndose un régimen de doble instancia sin casación; y luego la introducción de un procedimiento especial (el jurado) con una doble instancia solo aparente (la apelación del jurado no es tal; es más bien una *minicasación*) más casación. La convivencia de normas elaboradas en contextos sistémicos muy dispares, como se ve, y la incapacidad o falta de paciencia necesarias para coordinar y armonizar en sus últimos detalles todo el régimen genera distorsiones que han de salvarse interpretativamente en la medida en que lo permita el tenor de la ley.

A esos efectos conviene tener bien presentes en la labor exegética de estas normas cuáles son los principios generales que inspiran en esta materia al legislador de 2015, a saber: a) Un sistema de doble instancia en lo que son decisiones definitivas; b) una casación como recurso extraordinario pensada para pronunciamientos definitivos sobre el fondo y con motivos tasados cuando se trata de delitos graves y único (infracción de ley del art. 849.1º) cuando son delitos menos graves; c) no es conforme al sistema una doble apelación: contra la decisión resolviendo una apelación o cabrá casación o será irrecurrible.

Al tropezar con dudas interpretativas esas premisas pueden orientar.

Tampoco sobra constatar como algunas de las soluciones implantadas por el legislador no responden más que al deseo de convertir en norma legal lo que venía siendo interpretación jurisprudencial: también esta realidad puede aportar en algún punto un buen criterio hermenéutico.

2. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

Lo que se expondrá a continuación rige solo para los procedimientos incoados a partir del 6 de diciembre de 2015. En efecto, establecer la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, apartado 1: “*Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor*”.

Los intentos de anticipar las novedades con razones de diversa índole (aplicación de una ley más favorable; principio de igualdad...) han sido rechazados tajantemente por la jurisprudencia (entre muchos otros, AATS de 3 y 6 de mayo, 30 de junio o 7 y 14 de julio de 2016).

Todas esas resoluciones se refieren a recursos contra sentencias. Pero la regla rige igualmente para los recursos contra autos. De cualquier forma en este ámbito tendrá mucho menos juego el argumento –falaz en todo caso– de tratarse de normas más favorables. El principio de retroactividad en lo favorable solo rige en materia de derecho penal sustantivo y no procesal, amén de que en abstracto la ampliación de las resoluciones recurribles no tiene por qué ser más favorable al reo, pues siempre tiene un reverso: si se admite un tipo de recurso en manos del acusado, habrá que ponerlo también a disposición de las acusaciones. No cabría la aplicación retroactiva *solo* cuando el recurrente es la parte pasiva.

Como acabo de insinuar en todo caso en materia de autos es muy poco imaginable una situación en que las nuevas previsiones resulten favorables para el acusado: los autos contra los que se admiten recursos de apelación como consecuencia de la reforma suponen habitualmente la finalización del proceso por tratarse de una resolución definitiva de sobreseimiento o archivo. Por tanto interés en recurrir tendrán normalmente las acusaciones; y no el investigado.

Conviene en todo caso recordar que en una buena parte en esta materia la reforma lo que hace es incorporar al texto de la ley lo que venía afirmándose jurisprudencialmente (singularmente

en materia de recursos contra autos de sobreseimiento o de archivo por faltar de jurisdicción). Por tanto la solución a situaciones anteriores regidas por esas pautas jurisprudenciales puede coincidir con la que resultaría de aplicar la remodelada normativa.

3. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

El art. 236 LECrim establece que el recurso de apelación contra autos de los Tribunales de lo Penal solo es admisible en los casos expresamente previstos en la Ley. La generalización de la doble instancia que supone la apelabilidad de todas las sentencias debía por pura coherencia extender esa susceptibilidad de ser atacadas en apelación a las decisiones de fondo de la Audiencia Provincial que pusiesen fin el proceso. A esa elemental consecuencia responde el nuevo art. 846 ter LECrim que incluye entre las resoluciones apelables no solo las sentencias sino también ciertos autos definitivos. Dispone:

“1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia>>.”

Se abre así la posibilidad de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ de autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales (Sala de apelación de la Audiencia Nacional cuando se trate de autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

A esos dos tipos de autos hay que añadir ahora, en mi opinión, los dictados resolviendo los artículos de previo pronunciamiento de conformidad con lo establecido en el art. 676 LECrim que no ha sido afectado por la reforma, pero cuya interpretación –no me cabe duda- ha de ser variada a consecuencia de la misma.

No son susceptibles de apelación los restantes autos y en particular todos aquellos dictados por las Audiencias resolviendo una previa apelación. Es decir solo son apelables autos dictados en primera instancia por la Audiencia, no aquellos en que resuelve un recurso contra decisión del Juez de Instrucción o del Juzgado de lo Penal. En ese supuesto solo cabrá, en su caso, recurso de casación según veremos luego.

Examinemos cada uno de esos supuestos.

3.1 Autos de finalización del proceso por falta de jurisdicción

Aunque pudiera pensarse que en esta previsión quedan comprendidos los autos dictados al amparo del art. 9.6 LOPJ¹, lo que no es descartable, a lo que quiere aludir el legislador son a los autos de sobreseimiento o archivo por no existir competencia de la jurisdicción española al no apreciarse la concurrencia de ninguno de los supuestos del art. 23 LOPJ. Se lleva así a la Ley lo que la jurisprudencia había admitido: como veremos enseguida el TS había abierto las puertas de la casación a este tipo de resoluciones por razones de trascendencia. Ahora el legislador en trance de plasmar legislativamente esa innovación jurisprudencial correctamente entiende que en el caso de que la decisión provenga de una Audiencia lo lógico es establecer un sistema de recurribilidad

¹ <<Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente>>.”

semejante al de las sentencias dictadas por tal órgano: una apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y posterior casación.

3.2. Autos de sobreseimiento libre

El auto de sobreseimiento libre a tenor de la legalidad se asimila a una sentencia absolutoria, por su eficacia de cosa juzgada. De ahí que se admitiese en ciertos supuestos la casación frente a ellos (art. 848). La simetría del sistema exige que desde el momento en que se abre la doble instancia también esos autos dictados por la Audiencia tengan que ser sometidos primero al escrutinio del TSJ y solo después, en su caso, al del Tribunal Supremo mediante la casación: un régimen idéntico al que resultaría de haberse adoptado la decisión en la sentencia. Sólo pueden ser impugnados los autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias Provinciales (art. 637 LECrim), lo que excluye del ámbito de la apelación los autos de sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim).

A diferencia de lo dispuesto en el art. 848 LECrim para el recurso de casación, el art. 846 ter LECrim no limita la apelación al auto de sobreseimiento libre basado en el art. 637.2 (sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito), sino que alcanza a los tres casos de sobreseimiento libre. No es tampoco necesario para la admisión del recurso que alguien se hallare procesado como culpable de los hechos. Pero habitualmente será así en la medida en que cuando no hay procesamiento una acusación solo podrá pedir el procesamiento como paso previo a la acusación. Tratándose de un procedimiento abreviado competencia de la Audiencia no parece concebible un sobreseimiento libre dictado *ex novo* por ella. Por tanto de hecho solo cabrá apelación en los dos últimos casos del art. 637.

3.3. Autos resolviendo artículos de previo pronunciamiento.

El art. 846 ter LECrim se refiere expresamente a los autos de que supongan la finalización del proceso por sobreseimiento libre. Pues bien algunos de los artículos de previo pronunciamiento finalizan precisamente con un auto de sobreseimiento libre (art. 675 LECrim). Lógico es pues que frente a ellos se establezca el mismo régimen de recursos: apelación (y posterior casación). Eso es lo que dispone el art. 676 desde la LOTJ de 1995. Pues bien tal previsión adquiere ahora su sentido auténtico: hasta ahora había sido interpretada (¿interpretada?) por el TS²ⁱ en el sentido de que donde decía apelación debía entenderse casación. Esa relectura de la norma ha perdido ya todo sentido. Hay que leer lo que dice: apelación. Y apelación ante el Tribunal Superior de Justicia³.

² Acuerdo del Pleno de fecha 8-5-1998 (reflejado en STS de 6 de julio de 1998): “El actual artículo 676 LECrim. tras su modificación por LO 5/1995, de 22-5, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/1995 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de ese ámbito procesal, el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, a través de lo dispuesto en el art. 848 LECrim”.

³ En igual sentido ESCOBAR JIMÉNEZ (ob. cit en bibliografía): “Sin embargo, el cierre del círculo del sistema impugnativo contra resoluciones no interlocutorias que impone la reforma de la Ley 41/2015 en pro de la segunda instancia, provoca que se rehabilite, cobrando todo su sentido, el mencionado párrafo 3º del art. 676 LECrim. y quede sin aplicación práctica el citado Acuerdo del Pleno. Recordemos que el precepto establece: “Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2.º, 3.º y 4.º del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime no se da recurso alguno, salvo el que proceda contra la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678”. Y, de la misma manera que anteriormente se argumentó, el basamento de lo que se viene sosteniendo radica en la paradoja que supondría que quepa el recurso de apelación, ante el Tribunal Superior (o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional), contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Audiencia Provincial (o Sala de los Penal de la Audiencia Nacional) y, sin embargo, no fueran apelables ante aquel Órgano los autos definitivos dictados en primera instancia por las Audiencias declarando, por ejemplo, la prescripción del delito o

La apelación solo cabe cuando se resuelve en el sentido pretendido por quien promovió la cuestión (se admite la cosa juzgada, o la prescripción), pero no cuando se desestima., sin perjuicio de recurrir contra la sentencia. El caso de la declinatoria es peculiar: cabe recurrir tanto cuando se estima como cuando se desestima. Es lógico: el legislador quiere que el tema de la competencia llegue ya zanjado al acto del juicio oral para evitar indeseables nulidades por razón de falta de competencia territorial. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13 de diciembre de 2013 así lo estableció⁴. ¿Cabe luego casación contra las sentencias dictadas por el TSJ resolviendo la apelación? Lo veré luego. Adelanto que entiendo que sí en los casos de sobreseimiento libre sin duda alguna. Más dudosa puede aparecer la cuestión en el caso de la declinatoria de jurisdicción pero mi opinión también es favorable: es una sentencia del TSJ resolviendo la apelación contra auto de la Audiencia Provincial (art. 847 Alecrín). Este supuesto del art. 666.1 no tiene nada que ver pese al despiste que puede suscitar la parecida terminología, con la falta de jurisdicción internacional que es un tema no de derecho procesal, sino más bien de derecho sustantivo (aplicación de la ley penal en el espacio).

3.4 Otros autos.

La doble instancia ha sido implantada de esa forma para todas las decisiones de fondo que ponen fin al procedimiento dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia. Pero esa generalización de la apelación ¿es proyectable a otro tipo de resoluciones?

La respuesta inicial es negativa. La apelación ante el Tribunal Superior de Justicia procede en exclusiva contra las resoluciones dictadas en primera instancia que ponen fin a la causa (sentencias o autos de archivo) y con los condicionantes establecidos en cada caso. No existe un precepto paralelo al art. 766 LECrim que sienta la apelabilidad como principio general de todos los autos de las Audiencias Provinciales. Solo cabe cuando exista una previsión específica en la Ley conforme a lo establecido en el art. 236 LECrim.

Esto suscita tres tipos de interrogantes:

1. Cuándo un precepto de la LECrim prevé apelación contra algún tipo específico de resoluciones que pueden ser dictadas también por la Audiencia Provincial, ¿Basta eso para en combinación con el art. 73.3.c) LOPJ afirmar que si proviene en primera instancia será posible la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia? Un ejemplo paradigmático, aunque no es el único: los autos de prisión preventiva según prevé el art. 507 LECrim. Es verdad que la norma se remite al art. 766, pero también lo es que puede entenderse como una remisión a lo puramente procedimental. Prefiero entender que no cabe apelación pero reconozco que la cuestión es dudosa⁵. El art. 846 ter parece

la cosa juzgada (art. 666 LECrim.). Pero hay que ir por partes pues, como se ha dicho, en mi opinión, tras la reforma que llevó a cabo la Ley 41/2015, el Acuerdo del Pleno de fecha 8-5-1998 respecto del art. 676, párrafo 3º, LECrim. ya no tiene razón de ser. Conforme al art. 846 ter, por ser definitivos y recaer el sobreseimiento libre (véase art. 675 LECrim.), podrán ser recurridos en apelación los autos que resuelvan artículos de previo pronunciamiento de las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, declarando la cosa juzgada, la prescripción del delito y la amnistía o el indulto. La apelación será resuelta en sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 846 ter.1, in fine), y contra la misma cabrá recurso de casación vía art. 847.1.a).1º ó 2º, LECrim., (no art. 848 LECrim.), por la razones expuestas en anteriores epígrafes.

⁴ “Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión”.

⁵ El debate existente sobre la apelabilidad de los autos del Magistrado-Presidente sobre situación personal en el que había opiniones encontradas según los Tribunales (se admite en la actualidad en algunos territorios: Cataluña, Andalucía, La Rioja, Navarra, Baleares, Castilla y León y Asturias), se extiende ahora a esos mismos autos dictados

tener un carácter excluyente: solo los autos allí previstos son apelables. Sin embargo sí será admisible claramente en casos específicos como el antes aludido de la exclusión de un tercero afectado por el comiso del procedimiento.

2. Las decisiones tomadas por la Audiencia Provincial en primera instancia que podrían haber sido objeto de la sentencia, cuando se resuelven posteriormente, ¿son susceptibles de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia? Estoy pensando por ejemplo en los casos de fijación diferida del importe de la responsabilidad civil tras establecer las bases (art. 794 LECrim). Si se admite como se admite recurso de casación contra esos autos, debe admitirse también la previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Otros

por las Audiencias Provinciales. Los Tribunales Superiores de Justicia mantienen en el tema posturas no coincidentes. La dualidad de soluciones se perpetuará ahora en ámbitos más extensos y no solo en el limitado procedimiento de jurado. El TSJ de Madrid, por ejemplo rechazaba la recurribilidad de esos autos con argumentos que quedan reflejados en su Auto de 2 de febrero de 2016: “*La Disposición Final Primera de la LOTJ, en su nº 14, introdujo en la LECrim. un nuevo Título I, a su Libro V, (artículos 846 bis a) a 846 bis f) dedicado al recurso de apelación, proclamando así el principio de doble instancia frente a las sentencias, y determinados autos, dictados por el Magistrado/a Presidente/a del Tribunal del Jurado.*

Del apartado a) del citado artículo 846 bis, se desprende que sólo son susceptibles de recurso de apelación, las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente –tanto las condenatorias como las absolutorias-, y los siguientes autos:

1º Los autos que dicte el Magistrado Presidente resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la LOTJ, cuestiones previas que enumera y que podrán plantearse al momento de personarse las partes, tales como vulneración de un derecho fundamental, petición de ampliación o exclusión de hechos, impugnar medios de prueba propuestos por las partes o proponer nuevos medios de prueba, con respecto a éste último supuesto, medios de prueba nuevos, aunque la ley no establece salvedad alguna, la STS de 21 de febrero de 2001, señaló que cuando se trata de la proposición de nueva prueba no cabe recurso de apelación, en base al artículo 37 d) párrafo 2º de LOTJ “si se denegara la práctica de algún medio de prueba las partes podrán formular su oposición a efectos de ulterior recurso”(interpretación sistemática de los artículos 29, 36 y 45 LOTJ).

2º Los autos que se dicten en los casos del art 676 de la LECrim., declinatoria, y admisión excepciones 2ª, 3ª y 4ª del 666, -cosa juzgada, prescripción y amnistía e indulto-, son susceptibles de recurso de apelación, y así se desprende del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 1998, en el que se acuerda que “El actual artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su modificación por Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO. 5/1995 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de ese ámbito procesal el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través de lo dispuesto en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

También cabe recurso de apelación contra los autos que se dicten en ejecución, que deba resolver en primera instancia el Magistrado Presidente, según Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, en el que en el asunto planteado sobre que órgano debe resolver incidencias que aparezcan en ejecución de sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, recurribilidad de los autos de liquidación y admisibilidad del recurso de casación, acordó lo siguiente “ Para la resolución de las incidencias en ejecución derivadas del Jurado es competente el Magistrado que presidió el Tribunal del Jurado o en su caso quien orgánicamente le sustituya. Las decisiones adoptadas en ejecución de sentencia por el Presidente del Tribunal del Jurado serán resueltas en apelación por el Tribunal Superior de Justicia.”.

De lo anterior se desprende que no cabe recurso de apelación contra los autos de prisión que dicte el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, tampoco está previsto el citado recurso en la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, pese a ser uno de los aspectos a destacar de la misma, el relativo a la definitiva implantación, en nuestro sistema procesal penal, de la doble instancia, -aunque, en todo caso, la misma no sería aplicable, ya que conforme a la Disposición Transitoria Única de la misma apartado 1, “Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”-; pues la Ley 41/2015 no modifica el artículo 846 bis, y tampoco se hace mención alguna en el nuevo artículo 846 ter a los autos de prisión dictados por la Audiencia Provincial, en procedimientos distintos a los del Tribunal del Jurado.

supuestos pueden suscitar más dudas como la decisión sobre suspensión de condena que puede aparecer en la sentencia o no (art. 82 CP). No tiene sentido que en un caso sea recurrible y en otro no. O se afirma la susceptibilidad de que esa decisión sea revisada en apelación se dicte cuando se dicte; o se niega. Algo semejante se plantea en materia de expulsión como sustitutivo (art. 89.3 CP). Cuando la alternativa era casación sí/casación no, era más fácil inclinarse por la negativa por los componentes de discrecionalidad que encierran esas decisiones, aunque también hay cuestiones regladas. Pero estando en la apelación se argumenta pierde mucho peso por el carácter ordinario de la apelación.

3. En los casos en que se admite el recurso de casación contra resoluciones dictadas en primera instancia por la Audiencia Provincial ¿será necesario acudir antes a la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia? Esta tercera cuestión merece abrir otro epígrafe, después de estudiar en qué casos cabe esa casación.

4. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Rige en este punto lo establecido en el art. 848 LECrim, también retocado en la reforma incorporando lo que era doctrina jurisprudencial. Reza así: *“Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada”*.

O sea que según el precepto será posible acudir en casación:

a) Cuando la Audiencia dicta en primera instancia un auto de sobreseimiento libre (art. 636 LECrim) o de archivo por falta de jurisdicción en la causa de la que viene conociendo, lo que puede hacer tratándose de un procedimiento ordinario en la fase intermedia cuando los hechos no son constitutivos de delito (art. 637.2) según se desprende del art. 645 LECrim. Si existe alguien procesado y una acusación dispuesta a sostener la pretensión no puede acordar ningún otro tipo de sobreseimiento. Sin embargo en este punto yerra la dicción del precepto: esos autos habrán de ser recurridos primeramente en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Solo si son confirmados en esa sede accederán a la casación. Así se desprende del art. 846 ter comentado. No cabe la casación directa⁶.

⁶ Así lo explica ESCOBAR JIMÉNEZ: *“Esta clase de autos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya aparecen expresamente incluidos en el art. 846 ter.1 como susceptibles de recurso de apelación a resolver por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. La regulación que propone el art. 848 LECrim, en este concreto extremo, es de todo punto contradictoria con el indicado art. 846 ter.1 y, además, incompatible con el sistema establecido en general por la Ley 41/2015 pues, de otro modo, resultaría contradictorio que quepa el recurso de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y, sin embargo, no se establezca ese mismo recurso cuando se trata de los citados autos definitivos pronunciados por dichos Órganos jurisdiccionales también en primera instancia. Recuérdese que la resolución que se recurre es la que resuelve el recurso, no la originariamente impugnada. La única solución posible es tener la indicación legal «en primera instancia» del art. 848 como inoperante o inexistente. Es más, según el art. 846 ter.1 in fine, el recurso de apelación contra aquellos autos lo resuelve el Tribunal ad quem por sentencia por lo que, de utilizarse el recurso de casación, la vía normativa no es el art. 848 sino el art. 847 LECrim.*

b) Cuando la Audiencia al resolver un recurso de apelación toma *ex novo*, estimando el recurso, una de esas decisiones (archivo por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre) o confirma, desestimando el recurso, el acuerdo de idéntico sentido que había adoptado el instructor. Esto puede suceder en procedimientos abreviados competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.

En este segundo aspecto se produce un ensanchamiento de las posibilidades de casación en cuanto la tesis jurisprudencial anterior era que solo se abrían las puertas de la casación cuando el procedimiento por el fondo era competencia de la Audiencia Provincial con el argumento de que no tendría sentido que lo menos (un auto de sobreseimiento libre) pudiese ser recurrido en casación y sin embargo se negase tal recurso para la sentencia a dictar en el mismo asunto. Sin embargo ahora el argumento no vale: también contra la sentencia cabrá recurso de casación aunque solo por la vía del art. 849.1º (*error iuris*). En estos supuestos formalmente no se establece tal limitación, pero es connatural al supuesto y aparece en definitiva consagrada en el art. 848. La infracción de ley basada en el art. 849.2º LECrim no es viable porque en rigor no se ha practicado prueba: son casos en que no ha existido juicio oral y por tanto no se ha desplegado actividad probatoria⁷. Ahora el último requisito está modulado: cabe también cuando se trate de procedimientos abreviados competencia del Juzgado de lo Penal.

Surge de todas formas una disfunción: para esos supuestos no vale la causa de inadmisión de falta de interés casacional del art. 889.2º LECrim. Siendo ello formalmente correcto, la flexibilidad de algunas de las causas ordinarias de inadmisión (art. 885.1º y 2º LECrim) conducirán a idénticos parámetros a la hora de admitir estos recursos de casación contra autos dictados por las Audiencias en apelación, aunque será necesario un auto, sin que paradójicamente baste con una providencia como sucedería si en lugar de un auto de la Audiencia Provincial fuese una sentencia del Tribunal Superior de Justicia o una sentencia de la Audiencia Provincial.

El sobreseimiento libre al que se refiere el art. 848 es el descrito en el ordinal 2º del art. 637 por no ser los hechos constitutivos de delito. ESCOBAR JIMÉNEZ amplía los casos al ordinal 3º (conurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal)⁸.

Y, teniendo dicha indicación por no puesta, cobra todo su sentido el otro supuesto que contiene el art. 848 LECrim. que permite la casación contra los «los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada”.

⁷ STS 665/2013, de 23 de julio: “...a) No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropiamente se habla de “prueba” antes de que comience el juicio oral, único escenario apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo cohonesta bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de delito, es decir que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim, lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim...”.

⁸ Evoca alguna jurisprudencia que así lo ha admitido STS 1172/2009, de 22 de octubre (<<En el presente caso se ha acordado el sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 LECrim., es decir, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores, y no por el número segundo, como solicitaba el Abogado del Estado, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, y el mencionado artículo 848.2 LECrim. limita el recurso de casación a este segundo caso, dado que es el único de los relacionados en el artículo 637 en el que el Tribunal, aunque se le solicite la apertura del juicio oral, puede no obstante acordar el sobreseimiento de la causa ex artículo 645 LECrim. Sin embargo, como señala la STS citada 1401/05, esta

En ambos supuestos estamos ante la cristalización legislativa de lo que era criterio jurisprudencial. En cuanto a los autos de sobreseimiento, el criterio fue formalmente consagrado en el Acuerdo no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005⁹ que se encontrará glosado en el ATS de 29 de abril de 2015 unido como anexo a esta ponencia. En él aparece reflejada la secuencia argumental e histórica de ese criterio y el debate sobre un concreto punto (vigencia de la imputación) resuelto por otro Acuerdo más reciente. A él me remito para no repetir ahora los rasgos de esa doctrina conocida algunos de cuyos problemas subsisten (singularmente la necesidad de establecer que ha de entenderse por imputación formal y si ha de estar vigente para que pueda ser viable el recurso: el ATS aludido va acompañado de un voto discrepante sobre ese punto).

En cuanto a los Autos que dan por finalizado el proceso por falta de jurisdicción, hay que recordar las SSTS 327/2003, de 25 de febrero -Guatemala-; 712/2003, de 20 de mayo -Perú- y 319/2004, de 8 de marzo -Chile-. Tal y como afirma ESCOBAR JIMÉNEZ el pronunciamiento que afirme la jurisdicción española, tras haber sido controvertida por alguna de las partes, dado que no se trata de un auto definitivo y que no supone la finalización del proceso, no debiera ser recurrible en casación con base en este art. 848 LECrim¹⁰.

5. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS: ¿CASACIÓN DIRECTA O APELACIÓN MÁS ULTERIOR CASACIÓN?

El art. 848 LECrim. Incluye dentro de la casación las demás resoluciones en las que esté previsto específicamente tal recurso. Paradigmático es el caso del art. 988 LECrim. sobre acumulación de condenas. Pero hay otros en los que pese a la imprevisión de la ley el TS ha admitido la casación, como los autos de fijación del importe de la responsabilidad civil en fase de ejecución. En esos casos, ¿hay que habilitar una apelación previa a la casación a partir de la reforma por razones intrasistemáticas?

a) Autos fijando en ejecución el importe de la responsabilidad civil.-

limitación de los autos recurribles a los de sobreseimiento del art. 637.2, no impide que también sean recurribles los del art. 637.3, cuando se hubiera aplicado indebidamente el nº 3 en vez del nº 2. En otras palabras, en los casos en los que la exención de responsabilidad criminal del procesado pudiera dar lugar a que se considerase que el hecho no es constitutivo de delito (por ejemplo, por aplicación de una causa de justificación: legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), debe concluirse que la resolución pudiera haber sido el nº 2 del art. 637 y en consecuencia, será recurrible. De manera que únicamente debe aplicarse el art. 637.3 en los supuestos de inimputabilidad y de inculpabilidad, en cuyo caso no será recurrible en casación (también STS 301/07). Por último, es importante subrayar en el caso que no se han solicitado nuevas diligencias de prueba por ninguna de las partes, lo que quiere decir que las mismas se atienen al material instructorio incorporado a la causa, y por ello se trata de resolver una cuestión de derecho a la luz de aquéllas relativa a la concurrencia o no de una causa de justificación, decisión que la Audiencia en estas condiciones está facultada para tomar, puesto que en principio los hechos no pueden variar a lo largo del juicio oral (ver también STS 301/07), y siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, será susceptible de recurso de casación ex artículo 848.2 LECrim. como ya hemos señalado anteriormente>>>.

⁹ “Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª). Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª). Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª). Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación”.

¹⁰ Véase sin embargo la STS 974/2016, de 23 de diciembre que admite también el recurso cuando se afirma la jurisdicción. Se incluye su texto en el anexo de jurisprudencia.

Cuando en la sentencia no se ha fijado el importe concreto de la indemnización sino que únicamente se han determinado las bases para su liquidación, en la fase de ejecución se podrá suscitar un incidente para concretar esa cuantía. Para estudiar la impugnabilidad de la resolución que resuelve ese eventual incidente hay que distinguir según el tipo de procedimiento en que nos encontremos y según el órgano judicial del que provenga la resolución. Tratándose de **procesos enjuiciados por la Audiencia Provincial** cabe también este incidente en fase de ejecución para la determinación cuantitativa de la indemnización. Lo admite expresamente el art. 794.1ª (que habla del "Juez o Tribunal") para el procedimiento abreviado. Y para el procedimiento ordinario lo ha admitido la jurisprudencia (sentencia 154/1993, de 16 de febrero -y antes las de 22 de mayo de 1984 y 25 de octubre de 1985- que rompen con una jurisprudencia clásica que negaba esa posibilidad: sentencias de 15 de noviembre de 1967, 12 de febrero de 1969 y 19 de junio de 1990, entre otras). El art. 115 del Código Penal 1995 ratificó sin lugar a dudas esa posibilidad para todo tipo de procedimientos: *"Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución"*.

En uno y otro caso -procedimiento ordinario o abreviado- el recurso procedente en principio no sería ya la apelación, ni la casación, sino la súplica. No obstante la jurisprudencia ha admitido la casación por tratarse de un pronunciamiento característico de la sentencia¹¹. A partir de ahora, ¿es necesario acudir a la apelación ante el TSJ con carácter previo? Mi respuesta sería afirmativa. Si cabe el recurso por ser pronunciamiento propio de la sentencia, desde el momento en que contra ésta cabe apelación y casación, igual debe proceder frente a este tipo de Autos.

b) Autos de acumulación de condenas

El párrafo 3º del art. 988 de la LECrim, procedente de la reforma que llevó a cabo la Ley de 8 de abril de 1967, dispone: *"Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del art. 76 del Código Penal. Para ello, reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y, previo dictamen del Ministerio fiscal, cuando no sea el solicitante, dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. **Contra tal auto podrán el Ministerio fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley"**.*

Se regula así un incidente en fase de ejecución que finaliza mediante auto frente al que se concede recurso de casación, aunque se limita la legitimación al condenado y al Ministerio Fiscal, excluyéndose por tanto a las posibles acusaciones. Cabe casación directa aunque el Auto provenga de un órgano unipersonal, normalmente un Juzgado de lo Penal.

Algunos autores han puesto en duda que frente a los autos del Juzgado de lo Penal fijando el límite máximo de cumplimiento quepa casación y se inclinan por reinterpretar la Ley sustituyendo la mención a la casación por la apelación cuando la resolución provenga de un órgano unipersonal. Pero no es esa la interpretación del Tribunal Supremo que admite la casación aunque se trate de una resolución de un Juez unipersonal dictada al amparo del art. 988 de la LECrim (entre muchas otras SSTS de 16 de diciembre de 1987, 1932/1994, de 2 de noviembre, 2206/1994, de 20 de

¹¹ STS 597/2016, de 6 de julio que se transcribe en lo que interesa en el anexo.

diciembre 2279/1994, de 27 de diciembre, 217/1995, de 20 de febrero y 264/1995, de 27 de febrero). Es congruente. No puede argüirse aquí, como han hecho algunos autores, que sea necesario reinterpretar la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la vista de la ulterior concesión de atribuciones enjuiciadoras a órganos unipersonales, por cuanto el precepto data de una fecha (1967) en que ya los Juzgados de Instrucción tenían facultades de enjuiciamiento para los delitos menos graves. Es más, el propio art. 988 habla de "el juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia". Y el establecimiento en ese caso de la casación frente a un auto del Juzgado de lo Penal tiene su lógica: la fijación del límite máximo de cumplimiento corresponde al órgano que dictó la última sentencia y por eso un Juzgado de lo Penal puede estar encargado de fijar ese límite agrupando penas impuestas por Audiencias Provinciales, en procesos en que el recurso precedente era la casación. El dato coyuntural de quién sea el último órgano enjuiciador no puede ser relevante a efectos de variar el régimen de recursos precedente.

Sentada la procedencia de la casación, la conclusión inmediata será la de excluir cualquier otro recurso. Procede la casación directa, sin necesidad de previa reforma. No obstante, dado el cierto confusionismo que rige en este punto, el Tribunal Supremo no es rigorista en este aspecto y admite también la casación contra el auto que resuelve el previo recurso de reforma (sentencia 2206/1994, de 20 de diciembre). ¿Será necesario ahora también aquí abrir una previa apelación ante el TSJ? Creo que sería en teoría congruente y factible, pero el hecho de que se hable expresamente de casación y que las resoluciones puedan provenir de órganos unipersonales hace más lógico atenerse a la literalidad de la norma y mantener que el recurso seguirá siendo única, directa y exclusivamente la casación¹².

c) Autos de revisión de los aspectos penales de una condena por aplicación del art. 2.2 del Código Penal

En rigor y por pura coherencia tales autos de revisión de una condena penal por la promulgación de una ley más favorable deben gozar del mismo régimen de recursos que la sentencia revisada. Ahora bien, aunque esa sea la solución más adecuada en modo alguno estorbaba una disposición transitoria que expresamente lo declarase así tal y como hacía la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal que establecía el recurso de casación o de apelación según el auto de revisión fuese dictado por una Audiencia o por un Juzgado, ciñendo la admisibilidad de la casación al motivo previsto en el párrafo 1º del art. 849 de la LECrim. Nótese que en ocasiones anteriores¹³ se han mantenido interpretaciones diversas y se ha hablado exclusivamente de recurso de súplica. Este ha sido el criterio asumido por la Fiscalía General del Estado y por la jurisprudencia (por todas, SSTS 626/1995, de 5 de mayo o 77/1995, de 25 de enero¹⁴).

¹² En idéntico sentido ESCOBAR JIMÉNEZ en el trabajo citado: "Como se adelantaba, puede reiterarse que el legislador del año 2015 no se percató de introducir una indicación que contemple un previo recurso de apelación contra ellos. Sin embargo, ha de apuntarse que hasta tanto no acaezca una posterior modificación legislativa expresa que en su caso disponga (o no) la interposición de recurso de apelación respetando (o no) la casación contra la resolución que lo resuelva, entiendo que procede mantener la previsión actual que prevé directamente el recurso de casación contra los indicados autos, pues son resoluciones dictadas en ejecución de sentencia donde, en rigor, ya no rige la doble instancia sino tan solo el derecho a que la cuestión la decida un tribunal superior. Y, en cualquier caso, únicamente está previsto por la Ley el recurso de casación".

¹³ Ver Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1925.

¹⁴ "Las rectificaciones que se pretenden con motivo de variaciones en la legislación aplicable, si fue más favorable al reo, a tenor del art. 24 CP, deben reservarse al Tribunal de instancia para que previa petición del acusado resuelva lo procedente, contra cuya decisión cabrán los oportunos recursos, pues en otro caso, se vedaría tal posibilidad, limitando el ámbito competencial de cada uno de los órganos jurisdiccionales a quienes afecte. Y en la sentencia de 19 de enero de 1993, se expresa que sin perjuicio de si ha lugar a ello pueda entrar esta Sala a conocer del tema vía del

La pregunta a formular es la misma: ¿hay que abrir paso a una apelación ante el TSJ antes de la casación? Creo que la respuesta ha de ser afirmativa: los mismos recursos que contra la sentencia que ahora son la apelación y la casación.

Es más si se trata de resoluciones de un Juzgado de lo Penal, ha de habilitarse la posibilidad de casación por virtud del art. 849.1º contra la decisión de la Audiencia resolviendo la apelación.

d) Resoluciones en materia de abono de prisión preventiva

El problema es similar aunque en este caso solo se presenta frente al abono en la misma causa (lo que puede no ser infrecuente desde que se ha admitido la abonabilidad de las presentaciones periódicas). Si se trata de abono en otra causa la competencia es del Juez de Vigilancia y hay que estar a lo dispuesto en la disposición adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformada por virtud de las Leyes Orgánicas 5/2003, de 27 de mayo y 7/2003, de 30 de junio), que establece una apelación de la que conocerá el Tribunal o Juez sentenciador y una casación solo para

Unificación de doctrina según previsión introducida en la reforma de mayo de 2003. Según dispone el núm. 7 de la citada disposición adicional 5ª, frente a los autos dictados por las Audiencias Provinciales o Audiencia Nacional resolviendo un recurso de apelación podrá interponerse casación para unificación de doctrina *cuando no quepa casación ordinaria*. Hasta octubre de 2004, nunca cabía casación ordinaria frente a esas decisiones, por lo que no se entendía ese inciso. A partir de esa fecha surgió la duda de si ha de admitirse la casación ordinaria en materia de abono de prisión preventiva.

En efecto, los autos de liquidación de condena, en los aspectos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado, se consideraban susceptibles de casación en nuestro ordenamiento. Así lo declaraba una añeja y oculta disposición: el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva. Dispone tal precepto:

"Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

El párrafo 6º del art. 849 mencionado en la disposición equivale a su actual párrafo 1º: el *error iuris* como primer motivo de casación por infracción de ley.

La Real Orden de 29 de enero de 1901 insistió en la procedencia de casación, concretando que el abono de la prisión preventiva realizado en la fase de ejecución y, por tanto, con posterioridad a la sentencia, debe revestir la forma de auto.

La mencionada Ley y la Real Orden dictada en desarrollo de la misma, deben considerarse derogadas casi en su totalidad por el Código Penal que incorporó la mayor parte de su contenido. Sin embargo, en los aspectos procesales y en particular en lo relativo al establecimiento de esa posibilidad de casación, la Ley está vigente al no haber sido afectada por las ulteriores reformas sustantivas. Tampoco la última reforma del régimen de prisión provisional (Ley Orgánica 13/2003) ha reparado en esa disposición. Esa vigencia está asumida por una reiterada y pacífica jurisprudencia que no ha vacilado en admitir recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal contra autos dictados en fase de ejecución por las Audiencias Provinciales declarando abonables determinados períodos de prisión preventiva. Sirvan como botón de muestra las SSTS

recurso de casación`. Por tanto, si en virtud de una ley más favorable, se revisa la sentencia del Tribunal de instancia, el auto de revisión dictado por el propio Tribunal no tiene entidad propia e independiente pues la sentencia se integra en un segundo momento, produciéndose un complemento de la sentencia anterior, quedando sometido a los mismos recursos que la sentencia modificada y, en consecuencia, cualquiera de las partes acusadora y acusada y no sólo esta última, cual mantiene el condenado, puede entablar el oportuno recurso de casación".

1449/1998, de 27 de noviembre, 926/1999, de 4 de junio o 501/2001, de 22 de marzo entre muchas otras que acogen esa interpretación.

El escollo exegético que surgía consistía en precisar si tratándose de resoluciones de órganos unipersonales podía admitirse la de casación. En mi opinión no pues no concurren las razones que abonan la casación frente a resoluciones de Juzgados de lo Penal en el supuesto del art. 988 LECrim. El art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 ha de entenderse referido exclusivamente a los autos dictados por las Audiencias Provinciales, pues proviene de una época en que sólo las Audiencias Provinciales dictaban sentencias en procesos por delitos. Se imponía una labor integradora para acomodar el precepto al vigente sistema procesal que confirió facultades de enjuiciamiento, primero a los Juzgados de Instrucción y posteriormente a los Juzgados de lo Penal. No sería coherente negar la casación frente a la sentencia y admitirla frente al auto declarando abonable o no la prisión preventiva. Por tanto cuando el auto declarando abonable o no la prisión preventiva provenga de un órgano unipersonal el recurso procedente no será la casación, sino la reforma y la apelación por aplicación del art. 766 LECrim.

Pues bien, ese esquema que es el vigente en la actualidad, ha de permanecer en relación al abono de prisión preventiva sufrida en la misma causa, pues esa competencia sigue residenciada en los órganos sentenciadores. El traspaso a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria de las cuestiones relativas al abono de prisión preventiva en causas diferentes introdujo cierto confusionismo que tras vacilaciones se ha resuelto en el sentido de mantener el régimen especial del recurso de casación solo cuando se trata de abono en la misma causa. En los supuestos resueltos por el Juez de Vigilancia originariamente es ley especial la disposición adicional quinta LOPJ. Las disposiciones de esa vieja normativa han de jugar a partir de octubre de 2004 para los acuerdos que sobre abono de prisión preventiva adopten los jueces o tribunales sentenciadores. Pero cuando la decisión provenga de un Juzgado de Vigilancia –por tratarse de abono a una causa distinta- es la disposición adicional quinta la que marcará los recursos procedentes, en concreto, reforma; posterior apelación ante el Juez o Tribunal sentenciador; y, finalmente, casación para unificación doctrina solo cuando es un órgano colegiado quien ha resuelto la apelación y con todas las peculiaridades de ese recurso¹⁵

¹⁵ Se pronunció a favor del mantenimiento de la casación ordinaria en la sentencia 1606/2007, de 31 de enero: “...el apartado 8 de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, tras la reforma introducida en ella por la L.O. 5/2003, dispone que “contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el Letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ..” Se trata, pues, de abrir este novedoso recurso a las resoluciones que las Audiencias dicten sobre esta materia que no sean susceptibles de casación ordinaria. Por tanto, como, según el art. 4º, párrafo segundo, de la Ley de 17 de enero de 1901 (vigente en sus aspectos procesales y que simplemente habla de “infracciones de esta ley”), cabe el recurso de casación ordinario contra los autos que sobre la materia dicten las Audiencias (v. SS TS de 27 de noviembre de 1998 y de 22 de marzo de 2001), no puede prosperar la tesis defendida por la representación del penado. La doctrina jurisprudencial citada, por lo demás, puede defenderse, desde el punto de vista de una interpretación sistemática de la norma, en cuanto el art. 988 de la LECrim. admite expresamente el recurso de casación contra las resoluciones judiciales sobre acumulación de condenas, y, en este sentido, es conforme también con el principio “por actione” (art. 24.1 C.E) al tratarse de una materia extraordinariamente sensible como, sin duda, lo es cuanto afecta al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Sin embargo el ATS de 12 de febrero de 2007 mantuvo la tesis contraria que es la que ha prevalecido: “Como recuerda el Ministerio Fiscal en su dictamen, esta Sala ha confirmado la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la Ley 17.01.1901, sobre abono de prisión preventiva en causas criminales (STS 1449/1998, 27 de noviembre; 808/2000 de 11 de mayo; 1194/99 de 14 de julio; 926/1999 de 4 de junio; 1021/2005 de 20 de septiembre y 2394/2001 de 18 de diciembre entre otras), la jurisprudencia citada se pronunció a favor de la existencia del recurso de casación al tratarse de resoluciones dictadas en ejecutorias de las que conocía la Audiencia Provincial, es decir, se trata de impugnación de autos emanados de la Audiencia Provincial y como tales definitivos, que no es el supuesto planteado de autos dictados en Apelación; no obstante a partir de octubre de 2004, la LO 15/2003 de 25 de noviembre atribuye la competencia para el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (art. 58.2 del Código Penal),

Así las cosas, en materia de Vigilancia Penitenciaria el nuevo recurso para unificación de doctrina, deja sin efecto la casación ordinaria que aquella ley autorizaba para hacer valer el desacuerdo con la resolución que deniega el abono de prisión preventiva contra los autos definitivos de las Audiencias, supuestos no posibles, al conferir a los Jueces de Vigilancia la competencia en esta materia y a las Audiencias la apelación contra sus resoluciones”.

Por tanto de momento no podemos saber si frente a esas decisiones cabrá solo recurso para unificación de doctrina o casación ordinaria. Porque lo que sí está claro es que no existe un recurso para unificar la doctrina del Tribunal Supremo, lo que a veces sí se echa en falta. Aunque para repartir con equidad las responsabilidades también debo volver la vista a mi propia casa: el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal tampoco sale muy bien parado de la comparación de esas dos resoluciones contradictorias del Tribunal Supremo. Este órgano en ambas vino a hacer suyos los criterios opuestos que una misma Fiscalía había defendido en uno y otro asunto.

Cuando se trata de decisión de la propia Audiencia en la causa de la que conoció resolviendo sobre un tema de abonabilidad de medidas cautelares la casación en mi opinión ha de venir precedida a partir de la reforma de 2015 de una apelación ante el TSJ.

e) Decisiones de las Audiencias Provinciales declinando su competencia frente a un órgano unipersonal.

En principio no son recurribles: art. 52 LOPJ. Sin embargo el TS ha abierto en contradicción abierta con la ley una posibilidad de casación por razones que se entienden pero que no casan ni bien ni mal con la literalidad del precepto. En anexo se recoge una de las últimas resoluciones que recuerda esta toma de posición vieja, que es cuestionada en un voto particular.

Dando por sentada la vigencia de esa doctrina ¿es necesaria una apelación previa ante el TSJ?

Teniendo en cuenta que se trata de una doctrina cuya única base está en la jurisprudencia, solo esta puede aclararlo. En principio habrá que estar al criterio tradicional: cabe casación directa.

6. RECURSOS DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

Cuando la decisión proviene de un Tribunal Superior de Justicia hay que proyectar el esquema anterior pero con las salvedades de que nos encontramos en un escalón superior. Eso significa:

- a) Que ya solo podemos pensar en un recurso de casación; no en un recurso de apelación. No cabe apelación contra los Autos dictados por el Tribunal Superior de Justicia. Si no cabe casación, solo será procedente, en su caso, la súplica.

es a partir de aquí, cuando cabe preguntarse si contra los autos dictados por las Audiencia Provinciales en apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cabe tal recurso de casación ordinaria; con la entrada en vigor de la Disposición 5ª de la LOPJ apartado 7, de la LO 5/2003, de 27 de mayo, se establece que contra los autos de las Audiencia Provinciales y en su caso de la Audiencia Nacional , resolviendo recursos de apelación que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrá interponer el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo previsto en la LECrim. para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven.

- b) Que la casación procederá normalmente contra la decisión que el Tribunal Superior de Justicia haya adoptado resolviendo en apelación, que revestirá la forma de sentencia por lo que el precepto a aplicar será el art. 847 LECrim. Esto es, que la decisión originaria provendrá de la Audiencia Provincial. Difícilmente encontraremos un auto del TSJ resolviendo una apelación que sea recurrible en casación (salvo el caso de las decisiones adoptadas por el Magistrado Presidente y según interpretemos esto: incido en breve en ese punto).
- c) Que una casación contra autos del TSJ se producirá casi exclusivamente cuando esté actuando en primera instancia en un procedimiento contra aforados. Pese a la desafortunada desaparición de la mención que a los Autos del TSJ se contenía en el art. 848 LECrim creo que ha de mantenerse esa posibilidad: en el procedimiento de aforados hay que proyectar las previsiones generales y entre ellas está la posibilidad de casación contra determinados autos de sobreseimiento o finalización del proceso. En los procedimientos contra aforados ante tales tribunales autonómicos no cabe apelación frente a decisiones de la Sala con forma de auto (aunque sí las internas dentro del propio Tribunal frente a las resoluciones del Instructor). Pero cabrá casación contra Autos cuando venga tal tipo de recurso autorizado por la Ley (art. 848) ¹⁶.
- d) Complicaciones presenta el tema de las resoluciones del TSJ resolviendo la apelación contra Autos dictados por el Magistrado Presidente en un proceso con jurado. El no modificado art. 846 bis a) LECrim tras afirmar la apelabilidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, prescribe en su párrafo 2º: "*Serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley*". Las cuestiones previas en el proceso con jurado han de plantearse al tiempo de personarse las partes ante la Audiencia Provincial tras el emplazamiento por parte del Instructor y su tramitación se ajusta a lo previsto en la LECr para los artículos de previo pronunciamiento: arts. 667 y siguientes. Las cuestiones previas que pueden alegarse están contempladas con una extremada generosidad: todas las prevista en el art. 666 LECrim, la solicitud de "ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura del Juez de Instrucción" y la impugnación de los medios de prueba propuestos por las demás partes así como la proposición de nuevos medios de prueba. Estas dos últimas cuestiones previas no debieran ser apelables y así han venido entendiéndolo algunos Tribunales Superiores. Y, si se admite la apelación, desde luego no debiera abrirse la casación. En las restantes sí parece que la lógica debe llevarnos a la posibilidad de casación por paralelismo con las decisiones de la Audiencia Provincial de idéntica factura. Pues bien la admisibilidad no de la casación dependerá de como tramitemos la apelación. Si optamos por los trámites del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado o de la apelación contra autos de la Audiencia, la apelación se

¹⁶ Llama la atención sobre esa cuestión LÓPEZ LÓPEZ: la falta de una previsión expresa excluye esos autos recaídos en procedimientos contra aforados autonómicos. Creo que el desaguado legislativo es susceptible de ser corregido por vía interpretativa.

resolverá con una sentencia frente a la que cabrá casación (art. 847 LECrim). Sin embargo si optamos por aplicar supletoriamente las normas de la apelación contra autos del Juez de Instrucción o Juzgado de lo Penal (art. 766 LECrim) o de la apelación contra Autos en el procedimiento ordinario (arts. 217 y 223 LECrim), la decisión adoptará la forma de auto no accesible a la casación. El tema era muy discutible antes de la reforma. Ahora creo que por lógica y coherencia hay que subsanar la laguna acudiendo por analogía al art. 846 ter lo que nos llevará a que el TSJ dicte una sentencia resolviendo la apelación con posibilidad e ulterior casación. Eso es acertado respecto de los autos resolviendo artículos de previo pronunciamiento. Pero genera muchas disfunciones en las cuestiones previas previstas en las letras b), c), d) y e) del art. 36.1 LOTJ.

7. TRAMITACIÓN DE LOS RECURSOS DE CONTRA AUTOS PROCEDENTES DE ÓRGANOS COLEGIADOS

La tramitación de la apelación contra Autos de las Audiencias Provinciales o Audiencia Nacional se asimila a la prevista para la apelación de sentencias en el procedimiento abreviado: art. 846 ter 3 que reenvía a los arts. 790 a 792 LECrim. La remisión ha de ser modulada en el caso de recurso de apelación contra autos: algunas de las previsiones (como la práctica de prueba, la reproducción de la grabación o las peculiaridades de la apelación de sentencias absolutorias por razones de prueba).

La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional –órganos competentes para resolverlos en sus respectivos ámbitos- se constituyen con tres magistrados según establece el art. 846 ter.2 LECrim.

Según dispone el art. 846 ter.1, inciso final, el órgano *ad quem* «resolverá las apelaciones en sentencia». La indicación, como observa ESCOBAR JIMÉNEZ reviste trascendencia en lo que respecta a la resolución del recurso de apelación interpuesto contra los autos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre, “*pues el precepto a tener en cuenta para interponer el eventual recurso de casación contra «la sentencia» del Tribunal Superior que resuelve el recurso de apelación (o la de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) no será el art. 848 LECrim., que únicamente prevé dicho recurso cuando se trata de autos, sino el art. 847.1.a).1º LECrim (sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia), o 847.1.a).2º LECrim. (sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional)”. Y es que el citado art. 847.1.a) LECrim. autoriza el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma. Pero es obvio que tratándose de asuntos que se han resuelto mediante un auto lo ordinario será que el recurso se canalice por infracción de ley del art. 849.1º. Los restantes motivos de casación (con excepción del art. 852) vienen referidos a sentencias. Pero en cualquier caso la observación tiene interés pues abre las puertas a recursos basados en el art. 852 LECrim, lo que no cabe en materia de casación contra autos.*

Muy atinada la observación. Yo introduciría una matización: habrá de tratarse de infracciones constitucionales achacables a la sentencia del TSJ y no al auto de la AP. Así se deduce del art. 848 y de la jurisprudencia.

En lo que respecta al recurso de casación contra los autos procedentes de la Audiencia Provincial o de un Tribunal Superior de Justicia ninguna peculiaridad cabe destacar.

8. ANEXO. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

ATS de 29 de abril de 2015: **recurso de casación contra autos de sobreseimiento libre. La cuestión de la necesidad de subsistencia de la imputación en el momento de recurrir.**

“El Tribunal Superior de Justicia decidió el sobreseimiento de la causa e inadmitió el recurso de casación intentado preparado contra tal decisión por la acusación no pública. El recurrente en queja denuncia esa inadmisión

Nos encontramos ante una resolución caracterizada por:

- a) *Ha sido dictada por un Tribunal Superior de Justicia*
- b) *Resolviendo una apelación formulada contra la decisión de uno de sus componentes, que instruí la causa contra un aforado*
- c) *Por los trámites del procedimiento abreviado*
- d) *En el cual el instructor había decidido: 1º: **continuar la preparación del juicio oral contra persona determinada** y 2º: **no hacerlo por otros delitos** objeto de imputación.*
- e) *El TSJ por medio de la Sala de lo Civil y Penal decidió **resolviendo sendas apelaciones formuladas por acusación e imputado, confirmar** el segundo de los pronunciamientos y **revocar** el primero; **ordenado**, en consecuencia, el **sobreseimiento libre** de la causa.*

SEGUNDO: Fundamentos de la queja.

Precisa que, además de ser recurrible el auto del TSJ en casación por haber ordenado ex novo el sobreseimiento de la causa en cuanto a un delito respecto del que el Instructor había mantenido la imputación del querellado, también lo es la parte de la resolución del TSJ que ratifica la decisión de sobreseimiento dictada por dicho Instructor en relación a otros delitos que se le atribuían en la querrella. En particular, en este segundo caso, cuando los fundamentos de la ratificación por el TSJ disienten de los considerados por el Instructor, ya que de esa suerte deriva indefensión para el acusador que no habría tenido opción a alegar respecto de esos nuevos fundamentos.

Invoca lo acordado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en 9 de febrero de 2005, al que no cabría oponer, por aislada, la resolución de la Sala Segunda en 26 de octubre de 2012.

*La parte que se queja invoca también el **derecho al recurso**. La inadmisión a trámite de la casación vulneraría, en su parecer, el **artículo 848** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

TERCERO.- Sistema de recursos en las causas contra aforados.

La exigencia de preservar el contenido de la garantía constitucional del juez imparcial, supuso la introducción de la previsión específica, en cuanto a la determinación de la figura del instructor de dichas causas, establecida en los artículos 53.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas) y 73.4 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial (Para la instrucción de las causas a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas) según el aforado lo sea al Tribunal Supremo o a un Tribunal Superior de Justicia.

*En lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones recaídas en las respectivas causas, **en defecto de norma específica**, debe partirse de las disposiciones que regulan los respectivos procedimientos ordinario, abreviado o el específico para las causas ante el Tribunal del Jurado. Así, contra las decisiones del Instructor, designado conforme a las normas antes citadas, de entre los Magistrados del Tribunal competente, procederán respectivamente **los mismos recursos que proceden en los respectivos tipos de procedimiento contra las decisiones del Juez de Instrucción** que tramita el sumario, las diligencias previas, la fase de preparación del juicio oral o la fase previa a la remisión de la causa a la Audiencia para el juicio ante Tribunal del Jurado.*

Y, por otro lado, contra las decisiones del Tribunal que enjuicia al aforado, procederán también **los mismos recursos que proceden en los respectivos tipos de procedimiento contra las decisiones de la Audiencia, Juez de lo Penal o Tribunal del Jurado**. En este último caso, cuando se trate de resoluciones del Magistrado del Tribunal del aforamiento, en el desempeño de la función de Magistrado Presidente, procederán los mismos recursos que contra el Magistrado-Presidente en causas contra no aforados, debiendo los recursos devolutivos entenderse admitidos, no para ante la Audiencia, sino para ante el Tribunal del juicio del aforado. Y cuando la resolución se adopte contra la decisión del Tribunal del Jurado, si el recurso, previsto de manera común en dichos procedimientos, es devolutivo, en el caso del aforado ante el Tribunal Superior de Justicia, el competente para resolver será, en su caso, el Tribunal Supremo.

Conforme a este criterio, y teniendo en cuenta el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda invocado por el recurrente en queja, debemos examinar si existe norma específica autorizante de la casación o ha de estarse a la analogía que dejamos expuesta.

CUARTO.- Norma reguladora de la admisión de recurso de casación contra la decisión en apelación ordenando el sobreseimiento de la causa.

Es necesaria una advertencia previa: en el marco de un procedimiento ordinario no cabe el supuesto de decisión de sobreseimiento **al resolver la apelación**. En dicho procedimiento el sobreseimiento siempre y sólo lo puede ordenar el Tribunal del juicio. Pero no con ocasión de una apelación. Aunque, por estimación de ésta, puede dejar sin efecto un procesamiento. Pero la decisión de sobreseer será siempre de su exclusiva competencia. Y ello precisamente durante la tramitación de la denominada fase intermedia.

Cuando el trámite seguido es el propio del denominado procedimiento abreviado, la decisión puede adoptarse ya inicialmente por el Juez de Instrucción o y también por la Audiencia (sea o no ésta la competente para el juicio), en vía de recurso, ya sea, en este caso, confirmando el sobreseimiento previamente acordado por el Juez de Instrucción, lo adopte éste en el trámite de conclusión de diligencias previas o lo adopte al denegar la apertura del juicio, ya sea, en otro caso, revocando la decisión al respecto de aquél por la que ordena seguir el procedimiento a la fase preparatoria del juicio oral.

Conforme a la **analogía** entre procedimientos contra aforados y los demás, las resoluciones de la **Audiencia** en procedimientos contra no aforados deben equipararse a las del **Tribunal Superior de Justicia** competente para el juicio en las causas contra aforados.

Por otra parte ha de partirse de que el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras su reforma por la LOTJ), establece que: *Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:*
a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia.

Y el artículo 848 (tras su reforma por la LOTJ), añade: *Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso.*

A los fines de este recurso, los autos de **sobreseimiento** se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere **libre** el acordado, por entenderse que los **hechos** sumariales **no** son constitutivos de **delito** y **alguien** se hallare **procesado** como culpable de los mismos.

Los artículos de previo pronunciamiento –artículos 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– pueden culminar en decisión de sobreseimiento –artículo 675 de la misma ley– a dictar por las Audiencias, en el marco del procedimiento ordinario. Tales resoluciones son recurribles en apelación, en caso de que mande seguir la causa, como reza literalmente el artículo 676 de aquella ley procesal. La apelación solamente puede competir al Tribunal Superior de Justicia. Y la decisión de esta apelación es susceptible de casación, si el Tribunal Superior de Justicia, estimando que no procede seguir la causa, ordena el sobreseimiento libre y se encontrare procesado algún imputado (artículo 848).

Y lo mismo cabe decir si quien ordena seguir la causa es el Magistrado- Presidente, en causa contra aforado, y, conforme al artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su decisión es recurrida en apelación ante el Tribunal

Superior de Justicia. Si éste revoca la decisión del Instructor y ordena el sobreseimiento libre de la causa, respecto de aquél contra el que se ordenó la apertura del juicio oral, su decisión es recurrible en casación, de conformidad con el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 36.1 y 36.2 de la LOTJ).

Así pues, análogamente, los **requisitos para admitir la casación contra decisiones del Tribunal Superior de Justicia**, en supuestos como el que dio lugar a la queja que ahora examinamos, en los que se sigue **procedimiento abreviado contra aforado**, serán:

- a) Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia.
- b) En procedimiento que sigue los trámites del abreviado.
- c) La resolución recae al resolver la apelación.
- d) Imponiendo el sobreseimiento libre.
- e) Preexistencia de una decisión del Magistrado que instruya en la que ordenaba la continuación a la fase de preparación de juicio oral y se indicaban hechos, delito y persona a la que se atribuían, es decir, equivalente al procesamiento.

Por lo que se refiere a la existencia de norma legal autorizante de la casación, en causas acomodadas al trámite del abreviado, ha de estarse al acuerdo del **Pleno de esta Sala de 9 de febrero de 2005**.

En él acordamos:

Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

Se trata de un auto de sobreseimiento libre.

Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Estas tres condiciones concurren en el presente caso:

a) El Tribunal Superior de Justicia ordenó, al resolver la apelación, el sobreseimiento libre por auto de 18 de junio de 2014.

b) En la causa seguida contra D. Manuel Jaén Vallejo y respecto del cual el Magistrado que desempeñaba las funciones de Instructor ordenó seguir la fase preparatoria de juicio oral por auto de fecha 13 de mayo de 2014.

c) El delito que se le imputaba por el Instructor era el previsto en el art. 536 del Código Penal consistente en atentado contra la intimidad.

d) La sentencia que habría de poner fin a la causa, en cuanto dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al tratarse de aforado, sería recurrible en casación, conforme al artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El debate se puede suscitar si se entiende que, al dictar el sobreseimiento el órgano de la apelación, previamente decide dejar sin efecto la resolución del Juez Instructor que, al modo del procesamiento, mandaba seguir contra el imputado a la fase de preparación del juicio oral. Tal secuencia en la conformación de la decisión, implicaría que, cuando se pasa a ordenar el sobreseimiento, **ya ha decaído la imputación formal** ínsita en el auto de transformación o en el que ordena el pase a la fase de preparación del juicio oral. Por tanto el sobreseimiento se ordena cuando ya no existe persona imputada al modo equivalente al procesamiento.

Tal secuencia, sin embargo, no es específica de las causas contra aforados. La situación es idéntica a la que se produce cuando la Audiencia, en caso de apelación dentro del procedimiento abreviado, revoca la decisión del Instructor, por la que ordenaba seguir a la fase de preparación del juicio oral y, como consecuencia, decide el sobreseimiento.

Ni en uno ni en otro caso existe una doble decisión al resolver la apelación. Existe **solamente una decisión**: la que se funda en la inexistencia de razones para seguir causa contra persona determinada.

De ahí la falacia de construir una solución de continuidad en el procedimiento, escindiendo la única decisión \neg no seguir causa contra un imputado \neg para considerar lo que son solamente sus efectos \neg sobreseimiento \neg como otra decisión separada de aquélla y posterior.

QUINTO: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Este Tribunal Supremo, conforme a su previa decisión por el Pleno, ha admitido el recurso de casación cuando la Audiencia revoca la imputación ínsita en el auto de transformación e impone el sobreseimiento al resolver en apelación.

No acepta la más o menos ingeniosa tesis de que, al revocar el auto de transformación de Previas y, a continuación, sobreseer, esto último ocurre sin que subsista ya, y por eso, la imputación formal.

En la STS núm. 613/2013 de 8 julio se admitió la casación instada por la acusación particular, y se entró en el fondo (desestimando el recurso), pese a que el sobreseimiento se titulaba provisional, por entender que era en realidad libre. La Audiencia había revocado la imputación de unos querellados al estimar la apelación de éstos, ordenando el sobreseimiento respecto de los mismos.

En la Sentencia Tribunal Supremo núm. 405/2009 de 13 abril la Audiencia había estimado íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción y, en consecuencia, revocó íntegramente dicha resolución y acordó el sobreseimiento libre y archivo del proceso. Se dijo entonces, examinado la evolución de la doctrina jurisprudencial que la posibilidad de recurrir en casación una resolución jurisdiccional de cierre -sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito, art. 637.2 LECrim -, dictada en el ámbito del procedimiento abreviado, ha sido abordada en numerosas ocasiones por esta Sala. La admisibilidad del recurso de casación no ha sido siempre cuestión pacífica. El art. 848 de la LECrim prescribe que contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. Añade el párrafo segundo del mismo precepto que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

La jurisprudencia de la Sala Segunda ha negado, en no pocas resoluciones, la viabilidad procesal del recurso de casación contra el auto de archivo dictado en Diligencias Previas (cfr., entre otros, AATS [27.12.99](#), [14.10.99](#), [20.7.99](#), [8.6.99](#), [25.3.99](#), [22.3.99](#), [8.2.99](#), y [5.2.99](#)). En otros supuestos, poniendo el acento en el significado jurídico del principio pro actione, como expresión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ha propugnado un criterio flexible en la interpretación del art. 848 de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#), abriendo la puerta al recurso más allá de las exigencias que parecen desprenderse de la literalidad de aquel precepto (cfr. AATS 2.3.89 ó [17.5.99](#)).

Un criterio intermedio es el acogido por el auto de [5 de abril de 1999](#), conforme al cual y pese a que la literalidad del art. 848 de la LECrim parece limitar su posible apreciación al ámbito del sumario ordinario, admite la transposición a sus equivalencias en el procedimiento abreviado a través de dos exigencias básicas: a) que incoado ya tal procedimiento abreviado conforme al artículo 789.5º exista escrito de acusación de alguna de las partes actoras, lo que equivaldría al requisito del auto de procesamiento a estos efectos del párrafo segundo del artículo 848 (SSTS [424/1997, 5 de mayo](#) y [1206/1993, 21 de mayo](#), y las que en ésta se mencionan); b) Que el sobreseimiento recaiga en un procedimiento abreviado del que en su caso hubiera de conocer la Audiencia por sistema de juicio oral y en única instancia según las reglas de competencia objetiva del artículo 14.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ([STS 1437/1998, 18 de noviembre](#)), pues carecería de sentido admitir casación contra un sobreseimiento libre en procesos donde no cabe casación contra la sentencia absolutoria dictada, como ocurre con las de las Audiencias Provinciales dictadas en apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Penal.

El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día [9 de febrero de 2005](#), ha confirmado la línea interpretativa propugnada, entre otras, por la resolución antes transcrita. Conforme a esta idea, los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: a) que se trate de un auto de sobreseimiento libre; b) que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; c) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Esta idea ha sido reiterada en una línea jurisprudencial que puede considerarse plenamente consolidada y de la que las SSTS [836/2008, 11 de diciembre](#), [705/2008, 4 de noviembre](#), y [612/2007, 1 de junio](#), son fieles exponentes.

Quando se trata de aforados, como veremos en el fundamento siguiente, el régimen no varía. Y se ha **inadmitido** la casación cuando es el Tribunal Superior de Justicia el que decide el sobreseimiento **pero solamente** porque **confirma idéntica previa decisión del instructor**. Así en el caso de la Sentencia Tribunal Supremo núm. 129/2010 de 19 febrero.

Pero, incluso antes del acuerdo Plenario de esta Sala Segunda de 2005, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 605/2004 de 7 mayo (Sr. Andrés Ibáñez), examina el caso en el que el Auto de magistrado **instructor** del TSJ (Magistrado de éste) **acordó seguir** las actuaciones por procedimiento **abreviado** contra la imputada, dejándose sin efecto por la **Sala de lo Penal de TSJ** por Auto de 04-12-2002, que decretó el **archivo** de las actuaciones. Contra esta última resolución recurrió en casación la acusación particular.

Pues bien ya entonces éste Tribunal Supremo **declara haber lugar al recurso**, y acuerda la nulidad del citado Auto del Tribunal Superior de Justicia y manda **continuar las actuaciones por el procedimiento abreviado**.

También antes de nuestro acuerdo plenario, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1097/1999 de 1 septiembre examinó un caso en el que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior acordó la aceptación de la inhibición y la incoación de diligencias previas, y nombró de entre sus miembros un Instructor, el cual acordó seguir la tramitación prevenida en el Capítulo I del Título III del Libro IV de la LECrim y tras la práctica de varias diligencias, dictó Auto por el que desestimaba la denuncia sustantiva.

Interpuso recurso de apelación el acusador particular ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia que por Auto de 30 de enero de 1998 desestimó el recurso y ratificó el recurrido y acordó el archivo de las diligencias previas 12/1997, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por el acusador particular.

Ciertamente el recurso se declaró inadmisibile, pero no porque el procedimiento fuera el abreviado, sino porque **no concurrió el requisito de que hubiese habido una imputación formal o una acusación contra los denunciados** no habiéndose adoptado algunas de las medidas cautelares previstas en los apartados a) y b) de la regla octava del art. 785 de la LECrim, ni el auto de pase a la fase preparatoria del juicio.

La STS nº 815/2012 de 26 de octubre abandona el paralelismo, establecido por la jurisprudencia constante y uniforme, entre las decisiones de los órganos intervinientes en los procedimientos, con independencia de que se sigan o no contra aforados, que equiparaba a la Audiencia con el Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia, y al Juez de Instrucción con el Magistrado del Tribunal Superior de Justicia designado para instruir. Adopta otro criterio comparativo basado en la naturaleza de sumario ordinario o procedimiento abreviado. Y advierte que en el ordinario la decisión de la Audiencia que decide en apelación dejar sin efecto el procesamiento \rightarrow con la consecuencia posterior de abocar en la fase intermedia al sobreseimiento \rightarrow no es recurrible en casación. Para concluir que no es **coherente** abrir en el abreviado una vía casacional vetada en el ordinario.

Lo que, no resiste el canon de la Lógica es comparar realidades ontológicamente diversas. La diversidad de esas dos hipótesis, confundidas en esa singular resolución, no estriba solamente en la cesura cronológica que, en el procedimiento ordinario, existe entre el decaimiento del procesamiento y el posterior sobreseimiento. Lo esencial es tras aquél decaimiento, el sobreseimiento es una eventualidad que puede acaecer, o no. Basta recordar que tras la exitosa apelación, la instrucción del sumario puede continuar y dar lugar a nuevas decisiones, incluso de reiteración del procesamiento, pues la decisión, que dejó sin efecto el anterior, en modo alguno determina necesariamente el sobreseimiento respecto del inicialmente procesado. Es decir que revocar el procesamiento y sobreseer son **dos decisiones autónomas** y separadas en el **tiempo** e incluso, potencialmente, diferenciadas en su **fundamento**.

En el procedimiento abreviado, si, al decidir la apelación contra la decisión del instructor pasando a la fase de preparación de juicio contra el imputado, se resuelve en una única decisión y con el mismo fundamento, **no cabe decir que se dictan dos resoluciones autónomas**. Ni separadas en tiempo ni de diverso fundamento.

De querer inspirarse en una respuesta legal más afín a la estructura del abreviado, cabe acudir a la ya indiada de la resolución del artículo de previo pronunciamiento antes referida: decisión en instancia de continuación de causa contra procesado y revocación, seguida de orden de sobreseimiento en apelación, a que se refiere el artículo 676. Resulta indudable que en tal caso es admisible a trámite la casación.

No se trata, en fin, de mayor generosidad, en la apertura de vía de recurso, según el canon expresado en dicha resolución. Se trata, eludiendo confundir lo disímil con lo análogo, de la **interpretación más favorable al derecho al recurso**. Como manifestación de la **garantía constitucional** de tutela judicial, que incluye aquel derecho, que no gratuita liberalidad, si existe la previsión legal.

En Pleno no jurisdiccional del pasado día 4 del presente mes de marzo se adoptó, con un solo voto en contra, el siguiente acuerdo: En interpretación del Acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2005 "es decir no como doctrina nueva" contra la decisión en apelación que revoca el Auto del Instructor transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y ordena el sobreseimiento, cabe casación.

Por ello la queja, en este caso, debe ser estimada.

SEXTO.- Inadmisibilidad de la casación si la resolución recurrida fue dictada en apelación y confirma la decisión del Instructor de no mantener imputación formal.

En supuesto de causa contra aforados así lo entendió este Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 129/2010 de 19 febrero.

"El Magistrado Instructor acuerda el sobreseimiento libre y, en apelación, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia acuerda desestimar el recurso de apelación".

Dijimos entonces que el sentido y la letra de la ley, tanto en el art. 848, como en tal interpretación, es que se haya producido en algún momento un acto judicial de imputación, y sin embargo, con posterioridad, se haya dictado una resolución judicial de sobreseimiento libre. El diseño del legislador podría haber sido otro desde luego, y no condicionar la recurribilidad en casación a la previa condición de que alguien se hallare procesado como culpable de un delito. Es decir, el legislador podría haber abierto la posibilidad, en cualquier caso en que se hubiera dictado un auto de sobreseimiento libre de la causa, de acceso a la casación, para que este Tribunal Supremo, por la vía autorizada en la infracción de ley, se pronunciara al respecto. No ha sido así, y aunque las razones no se han aclarado suficientemente, hay que entenderlas en el sentido de que la ley posibilita la intervención de esta Sala Casacional, concediendo este recurso, únicamente **cuando exista alguna discrepancia judicial** sobre la inexistencia de delito, pero no -desde luego- cuando sobre esta cuestión **no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales** que hayan podido entender sobre tal problemática. Dicho de otra manera: si todos los órganos judiciales no han tenido duda acerca de que los hechos investigados (hechos sumariales, dice concretamente la ley) no son constitutivos de delito, no puede acceder al Tribunal Supremo mediante un recurso extraordinario de casación. En suma, la condición legal fijada es bien clara: que alguien se hallare procesado como culpable de un delito (art. 848), pues en caso contrario, no es posible el recurso. Y para determinar si alguien "se hallare procesado" en el procedimiento abreviado, esta Sala ha declarado que debe haber "recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal, la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables". Obsérvese que el Acuerdo es coincidente al contenido del art. 779.1.4ª de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), es decir, que una resolución que ordena impulsar el procedimiento mediante la apertura de la fase intermedia, o lo que es lo mismo, seguir con los trámites ordenados en el capítulo IV del Libro IV, tomando en consideración que esta decisión ha de contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan. En modo alguno se ha dictado una resolución judicial similar en estos autos. No basta, como parece alegar el recurrente, que se haya llevado "a cabo una investigación judicial", y se haya acordado después "tal sobreseimiento", sino que tiene que existir una resolución judicial equivalente a un procesamiento o acto de inculpación, cuyo fundamento de tal requisito no puede encontrarse más que en lo ya dicho más arriba, como medida de superación de una discrepancia judicial en la instancia acerca de la concurrencia de la causa de sobreseimiento libre, que este Tribunal Supremo dirimiría, porque, en caso contrario, no tendría sentido tal condición.

Pero, de todos modos, lo que no parece tolerable en esta interpretación es que el régimen de acceso a la casación fuese más flexible o permisivo en el procedimiento abreviado que en el ordinario, lo que ocurriría si dulcificamos el requisito del procesamiento en el abreviado, de modo que bastaría para su concurrencia una simple investigación judicial.

De esta forma, el acceso al recurso extraordinario de casación en el procedimiento abreviado podría tenerse como automático, y sin embargo, en el procedimiento ordinario, exigir la concurrencia, para el acceso, de tal auto de

procesamiento, lo que perturbaría de tal modo el sistema jurídico que el sobreseimiento de los delitos menores tendría (más) abierto el recurso de casación, que el mismo sobreseimiento en el procedimiento ordinario (delitos graves), pues en éste se exigiría un previo acto de inculpación judicial. Como tal resultado interpretativo es perverso (y absurdo, dicho sea de paso), lo más seguro es continuar con nuestra interpretación histórica, que ha cristalizado en dicho Acuerdo Plenario, y al no haberse producido en momento alguno en esta causa un acto similar de inculpación, no se ha cumplido con el requisito exigido en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia, el recurso de casación no debió ser admitido a trámite, por no tratarse de una resolución judicial susceptible del mismo, lo que aquí se traduce en desestimación, que igualmente se vislumbra sobre el fondo de la cuestión ante nosotros sometida a revisión casacional.

También en los procedimientos que no se siguen contra aforados hemos mantenido ese criterio. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 515/2012 de 21 junio en la que se recuerda que el Acuerdo del Pleno de 2005, no hace más que confirmar una reiterada doctrina de esta Sala en el mismo sentido: cuando ya se ha producido un doble examen de la cuestión por dos órganos jurisdiccionales distintos, coincidiendo, tanto el Instructor en la instancia como la Audiencia al resolver el recurso de apelación, en acordar el sobreseimiento, el recurrente no puede pretender una tercera revisión por el Tribunal Supremo porque esta vía extraordinaria no está legalmente autorizada cuando el archivo se ha acordado sin que hubiese precedido auto de procesamiento ni resolución similar por parte del Instructor.

La "ratio legis" del párrafo segundo del art 848 de la Lecrim es la de permitir el acceso a la casación en aquellos supuestos en los que el auto de sobreseimiento de la Audiencia cierra a las acusaciones la vía del enjuiciamiento pese a que el Instructor ha apreciado indicios racionales de criminalidad contra el imputado, siempre que, de haberse dictado sentencia absolutoria, ésta fuese recurrible en casación. Por ello se exige el procesamiento, para el procedimiento ordinario, o el auto de transformación del procedimiento, o resolución asimilada, para el abreviado.

El auto de transformación del procedimiento, como señala el [Auto de esta Sala de 30 de Junio del 2003 \(JUR 2006, 139772\)](#), habilita para la admisión del recurso porque el procesamiento exigido por el art 848 2º constituye un acto de imputación formal de un presunto delito a una determinada persona y puede estimarse que existe una resolución equivalente en el Procedimiento Abreviado cuando se ha acordado seguir los trámites de dicho Procedimiento como se autoriza en el número cuarto del apartado primero del [artículo 779](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), ya que ello implica, a tenor de lo dispuesto en el párrafo inicial de ese mismo apartado, que los hechos pueden ser constitutivos de delito y que hay una persona identificada a que se le imputan formalmente. Pero en el caso actual no se ha dictado dicha resolución, ni ninguna otra de la que pueda deducirse que el Juez Instructor considera delictivos los hechos e imputa los mismos a una persona identificada, por lo que la improcedencia de aplicar el cauce prevenido en el art 848 2º, aún por vía analógica, es manifiesta.

En ningún caso es admisible el recurso de casación para que la acusación pueda insistir, por tercera vez y a través de esta vía extraordinaria, en la persecución de un ciudadano por un hecho delictivo que solo la acusación atisba, y que dos órganos jurisdiccionales distintos, en instancia y en apelación, consideran inexistente.

Doctrina reiterada entre otras muchas en la Sentencia Tribunal Supremo núm. 830/2009 de 16 julio (hubo voto particular por razones ajenas a las aquí objeto estudio).

Se interpuso en ese caso la casación contra el Auto dictado por la Audiencia provincial de Lérida que **confirma** otro del Juzgado de instrucción de la misma ciudad en el que se acuerda el **sobreseimiento** libre de las diligencias previas seguidas por homicidio y en el que el juez de instrucción declaró concurrente la eximente de legítima defensa. Por lo tanto, dos instancias han coincidido en el pronunciamiento cuya revisión se pretende en casación.

Esa decisión de sobreseimiento, sin imputación previa ha sido dictada con observancia del principio de defensa y contradicción por lo que **aunque adoptadas en un procedimiento inadecuado**, no ha causado efectiva indefensión por lo que no procede declarar su nulidad.

Por ello, en este segundo pedimento, la queja debe ser desestimada.

Voto particular

I.

Expongo las razones que me llevaron a discrepar del criterio mayoritario de mis colegas; y no meramente mayoritario en la Sala de Justicia que dicta este auto: vino precedido de un acuerdo casi unánime –una única opinión disidente- de un pleno no jurisdiccional celebrado al amparo de lo establecido en el art. 264 LOPJ el 4 de marzo último.

Me parece innecesario, por evidente, recalcar, como hace con toda corrección e insistencia el recurrente, el valor de esos acuerdos plenarios. Más allá del debate doctrinal que pueda existir sobre su naturaleza, y más allá incluso del propio acuerdo plenario de 18 de julio de 2006 –y aunque no existiese éste-, estoy convencido de que en la función jurisdiccional, singularmente en un órgano llamado a desempeñar una labor unificadora que aporte seguridad jurídica como es un Tribunal de casación, no es dable, al margen de disquisiciones técnico-jurídicas, apartarnos de esos criterios, incluso aunque alguno de sus componentes haya defendido una opinión distinta que en su caso podrá aflorar como voto particular aunque jamás, con pretensión de desviar la decisión del caso singular del criterio plasmado en un acuerdo. Esta consideración es extensible –estoy persuadido de ello- a lo que se convierte en jurisprudencia consolidada de la Sala, sin perjuicio de su capacidad de evolución o adaptación a veces a impulsos de otras instancias –criterios de otros órganos: Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos; o incluso de aquéllos situados en otros escalones de la misma jurisdicción ordinaria que a través de sus sentencias pueden desencadenar dinámicas de revisión de la doctrina jurisprudencial-; de reformas legales; o de la propia reflexión colectiva generada en las deliberaciones.

En una materia como la que aborda ese acuerdo plenario ese sometimiento a lo decidido es, si cabe, más exigible. No se trata de un simple criterio interpretativo de una ley que opta por alguna de las alternativas que ofrece su lectura. Estamos ante jurisprudencia más “creativa” (aunque toda interpretación tiene algo de creativo, en algunos casos eso es más patente) en la medida en que ante una laguna legal -o al menos interpretando como tal laguna, la dicción del art. 848 LECrim que solo piensa en el procedimiento ordinario por el olvido del legislador de 1988 de prever algo similar para el procedimiento abreviado- la Sala de casación suple la omisión modelando un sistema de recurribilidad inspirado en la aplicación analógica del citado art. 848 matizado por unas pautas que tratan de reconducir a términos coherentes y razonables esa exégesis, más creadora que recreadora. No solo es perfectamente legítimo, sino en muchos casos exigencia del ordenamiento globalmente contemplado como algo que es más que una suma de normas particulares.

Eso hizo el Acuerdo plenario de 9 de febrero de 2005 homogeneizando una jurisprudencia un tanto zigzagueante que se había sucedido hasta ese momento, aunque ya tendía a decantarse por las líneas que ese acuerdo catalizó.

Ahora se completa y concreta aquel acuerdo ante una cuestión que, a mi juicio (acepto que esto pueda ser discutido), no estaba expresa o claramente resuelta en aquél ni en la jurisprudencia que lo desarrollaba. También esos acuerdos –al igual que las leyes- no siempre contemplan todos los matices o todas las vicisitudes imaginables o riqueza de aspectos que la praxis ofrece luego.

II.

El criterio emanado del acuerdo plenario de 4 de marzo de 2015 -que es recogido en el auto- es más que razonable. Seguramente mucho más que el que yo defendí: los respaldos recabados son elocuente muestra de ello. A él hay que atenerse.

Ahora me interesa subrayar que las dos alternativas interpretativas opuestas vienen consentidas por la ley. La razonablemente descartada cuenta con argumentos que quieren sintonizar con la filosofía inspiradora del acuerdo de 9 de febrero de 2005 –no contradiciéndolo, sino concretándolo-, y que han motivado algunas resoluciones de esta Sala Segunda que la han asumido.

Siendo con toda seguridad más fundada la tesis del auto mayoritario (no necesariamente más legal: se trata de suplir una laguna legal), y guardando más fidelidad a la literalidad estricta del acuerdo precedente de 2005, ¿por qué un voto particular?

Además, un voto para expresar una opinión diferente sobre una materia cuyo recorrido se intuye muy escaso. En efecto es previsible -aunque incierto- que llegue pronto a encontrar un hueco en las páginas del BOE, un nuevo art. 848 incorporado uno de los proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que penden de tramitación en el Congreso de los Diputados. La redacción proyectada del art. 848.2 regula este tema expresamente. Se introduce asimismo una norma que generaliza la doble instancia (art. 846 ter) abriendo de par en par las puertas de la apelación

ante el TSJ a este tipo de autos de sobreseimiento libre sin exigencia adicional alguna (lo que suscita algún problema de armonización con el proyectado art. 848). Los términos legales de la cuestión que ahora se analiza van a ser probablemente sustancialmente variados en pocos meses lo que debilita aún más la oportunidad de enzarzarse en el estudio de un problema interpretativo no solo zanjado por un acuerdo de Sala, sino llamado a desaparecer.

No se trata de un mero prurito personal -al menos no quiero que lo sea-. Pero creo que merece una explicación no tanto el ahora recurrente -que verá satisfecha su pretensión en virtud de su muy consistente alegato demostrativo de sólidos conocimientos y certera capacidad de argumentación-, o las otras partes del proceso que han sostenido una posición en sintonía con la que se defenderá en esta opinión disidente, o el propio Tribunal de instancia que puede sentir una lógica perplejidad al ver contradichos sucesivamente sus criterios que variaron intentando seguir la doctrina jurisprudencial; como, sobre todo, quienes venían sosteniendo la acusación en asuntos precedentes y que recibieron la respuesta opuesta viendo rechazadas así sus demandas -recursos de queja o de apelación- en supuestos cuya arquitectura procesal es idéntica a la que se contempla en este asunto. A la vista de este criterio podrían albergar un más que disculpable sentimiento de decepción o engaño: ¿acaso la respuesta que se les dio fue fruto de unas decisiones caprichosas o voluntaristas, carentes de argumentos solventes, que, además, se apartaban deliberadamente, de manera rebelde o insumisa, de lo que era un criterio oficial consolidado?

Pienso que esa percepción que podría venir alentada -o, al menos, no desmentida- por la lectura de la resolución mayoritaria, no se correspondería con la realidad: eran resoluciones meditadas y reflexivas, estudiadas, que querían ofrecer la respuesta que se pensaba más ajustada a una ley más que insuficiente, inexistente, cuyo vacío trataba de suplir aquél acuerdo de 2005 a cuyos principios informadores quería acoplarse también ese grupo de resoluciones, todas recientes, que acogieron un criterio diferente.

Justificar esta aseveración exponiendo la otra alternativa interpretativa y sus razones es el objetivo de estas líneas.

III.

No es el planteado un problema de procesos contra aforados, sino general del procedimiento abreviado. Comparto íntegramente lo que se dice al respecto en el auto que suscribe la mayoría. No presenta la cuestión perfiles distintos en un proceso con aforados seguido ante un Tribunal Superior de Justicia (si es ante el Tribunal Supremo obviamente no habrá casación) que en un proceso común. La solución será idéntica. La única especialidad del proceso contra aforados a estos efectos es que no existirá límite de impugnabilidad derivado de la gravedad del delito: el enjuiciamiento corresponde siempre al Tribunal Superior de Justicia cuyas sentencias son recurribles en casación. En este punto no puedo sino suscribir el sólido razonamiento del auto (incluso, con algún matiz, la reiterada y razonable crítica, velada pero inequívoca, resaltada mediante subrayado que incidentalmente se dirige contra el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 8 de mayo de 1998 que reinterpretaba el art. 676 LECrim modificado por la LOTJ).

El proceso contra aforados nos suministra un ejemplo muy visible de la base que sustenta la interpretación alternativa: si en esta misma causa el delito estuviese sancionado con pena superior a nueve años (art. 757 LECrim) la decisión de la Audiencia no podría ser fiscalizada en casación: lo que significa que a mayor penalidad, menores posibilidades de acceso a la casación. Incluso en este mismo asunto si al aforado se le imputase además del delito objeto de la causa, otro de mayor gravedad que determinase la tramitación a través del procedimiento en teoría más revestido de garantías -el mal llamado ordinario- no podría debatirse necesariamente en casación la cuestión suscitada por el impugnante, en la medida en que más que presumiblemente el criterio del Tribunal Superior de Justicia se habría adelantado al conocer de la impugnación contra el procesamiento. Al momento de decretar el sobreseimiento careceríamos de persona alguna procesada (art. 848 LECrim).

IV.

Ejemplos similares pueden encontrarse en los procedimientos contra no aforados. Para evitar la paradoja de ese doble nivel de recurribilidad, inferior en el procedimiento ordinario, se podría, cerrando el círculo y en curioso escorzo, aplicar por analogía el régimen de casación en el procedimiento abreviado jurisprudencialmente diseñado, al procedimiento ordinario. De esa forma tendríamos un paradójico y llamativo camino de ida y vuelta en que se regresa con más provisiones de aquéllas con las que se partía:

- a) En el procedimiento ordinario el régimen legal de casación contra autos es A (art. 848).

b) Como en el procedimiento abreviado no hay previsión legal declaramos que también será aplicable por analogía A.

c) Pero en la implementación de ese criterio acabamos conviniendo que no debe ser A, sino A + b (siendo b los autos que dejan sin efecto lo equivalente al “procesamiento”).

d) A continuación, al percatarnos de que el régimen de casación contra autos de la ley (art. 848) es inferior en el procedimiento ordinario (A) al que rige en el procedimiento abreviado (A + b), aplicamos analógicamente al procedimiento ordinario el régimen del abreviado derogando de esa forma parcialmente un requisito explícito de la ley (que esté vigente un auto de procesamiento), o extendiendo la posibilidad de casación a los autos dictados en apelación que dejan sin efecto un procesamiento por no ser los hechos constitutivos de delito. Solo de esa forma recuperamos la simetría que se buscaba en el paso b).

Este último paso no se ha dado pues no se puede dar sin traicionar la letra de la ley pero parecería la consecuencia final natural del itinerario emprendido.

Esa es la incoherencia que creía detectar la STS 815/2012, de 26 de octubre. No se dirigía el reproche de cierta incongruencia ni al acuerdo de 9 de febrero de 2005, ni a la jurisprudencia previa de esta Sala donde esa concreta cuestión no se había suscitado abiertamente, ni por tanto analizado y resuelto. Las disimilitudes de tramitación entre el procedimiento abreviado y el ordinario dificultan el paralelismo, como también pone de manifiesto el auto mayoritario, lo que seguramente explica que no hubiese aparecido de forma expresa (y no meramente inercial) ese tema. En aquella sentencia se buscaba –con mayor o menor acierto– una comparación basada más en los conceptos y naturaleza de cada institución procesal; en el auto se atiende más a los trámites procesales.

La STS 815/2012 solo quería interpretar el tan citado acuerdo en lo que pretendía ser un desarrollo de sus principios. No se renegaba de aquel acuerdo expresamente invocado y glosado como fundamento de la decisión. Esa misma aplicación, no estricta sino recreadora del acuerdo, se ha hecho otras veces negando la casación cuando hay coincidencia entre la decisión del instructor y la de la Audiencia en el sobreseimiento (vid. implícitamente ATS de 8 de julio de 2008). Pese a que en su literalidad el supuesto encaja en los casos que el acuerdo considera habilitados para llegar a la casación, en ocasiones se ha negado la recurribilidad con el argumento razonable y más teleológico (y desde esa perspectiva conforme con el espíritu del acuerdo de febrero de 2005) de que en los casos de coincidencia entre Instructor y Audiencia en el sobreseimiento, pese a que existiese previamente una decisión equivalente al procesamiento (auto de transformación: idealmente puede pensarse en otras como un auto de prisión u otro tipo de medida cautelar luego revocados) el derecho a la doble instancia quedaba ya satisfecho con dos criterios jurisdiccionales coincidentes.

No creo que esa línea jurisprudencial sea contradictoria con el Acuerdo de 2005.

La STS 815/2012 – asumiendo si se quiere un criterio errado o menos razonable– fue expresamente refrendada por quienes componían la Sala, en aquella ocasión citándose el acuerdo de 9 de febrero de 2005 con cuyo espíritu se quería sintonizar y sin conciencia de apartamiento de aquel criterio. Es una obviedad decir que fue precedida de una deliberación no superficial, más sabiendo que se trataba de interpretar tal acuerdo en un punto novedoso por no analizado antes. No fue una decisión ligera, precipitada, no meditada o rebelde frente a un mayoritario criterio expreso. Que algunos de los integrantes de aquella Sala de justicia ante argumentos de peso, hayan podido variar su criterio es no solo legítimo y no reprochable, sino, antes bien, saludable muestra de que los debates y deliberaciones son reales y fructíferos y que razones expuestas de forma solvente –notas que caracterizan el argumentario del impugnante– pueden convencer y convencen motivando un justificado cambio de opinión que tampoco es algo insólito como demuestra cualquier repertorio sin necesidad de remontarse demasiado en el tiempo.

V.

En los supuestos mencionados lo que se intenta en mi opinión es interpretar uno de los requisitos exigidos por el Acuerdo de 2005: que exista una resolución equivalente a lo que representa el procesamiento en un procedimiento ordinario (seguramente uno de los puntos de más difícil aplicación práctica del acuerdo dada la diversidad procedimental). Y se hace entendiendo ese requisito en sintonía con el art. 848 LECrim en el sentido de que la resolución equiparable tiene que estar vigente, viva, en el momento en que se quiere acceder al recurso. O, visto desde otra perspectiva, que no haya sido privada de efecto en el primer momento en que el órgano superior ha podido conocer de ella (en paralelismo con el procedimiento ordinario donde siempre existe una inicial posibilidad de revisión por la Audiencia mediante el régimen de apelación que se concede frente al procesamiento).

Creo que aunque aparentemente eso sea contrario a la estricta literalidad del acuerdo de 2005 (que solo requiere que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables) ha de seguir sosteniéndose precisamente por fidelidad al espíritu que anima ese acuerdo, que no cabrá casación cuando esa resolución homologable a un procesamiento haya sido dejada sin efecto previamente. El auto fundado de prisión -o de medidas cautelares reales u otras personales- revocado tiempo antes (incluso aunque fuese revocado por la Audiencia estimando un recurso de apelación) no habilita para que acceda a casación el sobreseimiento libre ulterior dictado al amparo del art. 779.1.1ª LECrim por el Instructor y confirmado por la Audiencia. Esta interpretación no traiciona el acuerdo de 2005. Es más se me antoja la más fiel al mismo. Por las mismas razones que en un procedimiento ordinario en que en su día se hubiese dictado un auto de prisión no quedarán expeditas las puertas de la casación a un ulterior sobreseimiento libre si en el momento en que se acuerda no queda nadie procesado (por las razones que sean): art. 848 LECrim.

Admito sin vacilación alguna (sería una temeridad sostener lo contrario) que no son idénticas las cosas cuando estamos ante la decisión de la Audiencia que ex novo y admitiendo la apelación contra el auto de transformación (el equivalente al procesamiento, en la medida en que pueden hacerse esas equiparaciones, al menos desde la reforma de 2002). El habitual (que no procesalmente fatal) maridaje entre tal decisión y la consiguiente de decretar el sobreseimiento (libre o provisional) característico del procedimiento abreviado introduce un matiz diferencial nada despreciable como se encarga de destacar el auto mayoritario. Ahora bien, al menos no puede desdeñarse la razonabilidad de la interpretación contraria.

VI.

Retomo la idea nuclear: **la exégesis según la cual no debe admitirse la casación cuando la resolución equivalente al procesamiento ha sido dejada sin efecto de una forma conceptualmente autónoma y diferenciable del sobreseimiento no pretendía ni pretende corregir ni enmendar el criterio del Pleno no Jurisdiccional de 9 de febrero de 2005, sino aclararlo o desarrollarlo o completarlo.**

Abonan esa idea tres perspectivas:

a) No parece totalmente exacto decir que la interpretación contraria haya sido la asumida generalmente por la Sala 2ª. Lo ha sido de facto pero no de forma reflexiva: la cuestión expresamente aflorada no se había suscitado así, crudamente. No es que se haya resuelto razonándose en sentido contrario y desactivando esos argumentos, sino sencillamente se ha dado por supuesta la recurribilidad. En lo que alcanzo a conocer no existe ningún precedente repeliendo de manera razonada y expresa esos argumentos que propugnan una interpretación restrictiva del acuerdo de 2005 para esos casos; aunque es patente que hay precedentes mayoritario (el auto da buena cuenta de ello) en que se admite la casación en supuestos materialmente idénticos.

b) Tampoco sería exacto hablar de una única resolución aislada en sentido contrario. En esta temática son muchos más abundantes los autos que las sentencias por obvias razones procesales. Lo más habitual cuando se llega a sentencia es que el tema previo de la impugnabilidad ya haya quedado dilucidado bien resolviéndose una queja previa, bien decretándose la inadmisibilidad del recurso. El criterio de la STS 815/2012 ha sido expresa o implícitamente asumido por un grupo de autos que sin ser abundantes, pueden ser significativos en la medida en que son variados y diferentes los ponentes y componentes de la Sala en cada caso y ninguno va acompañado de opinión discrepante (tampoco esto es especialmente relevante: no es frecuente que resoluciones resolviendo un recurso de queja cuenten con un voto particular). No se encuentran por el contrario (salvo error u omisión) otros autos que de forma explícita, como hace el presente, rechacen ese tipo de discurso. El ATS de 5 de noviembre de 2013 reiterará el criterio. El ATS de 24 de junio de 2014 cita el anterior recogiendo literalmente uno de sus pasajes, y se remite explícitamente a la STS 815/2012. En igual sentido el ATS de 12 de noviembre de 2014, que también se remite expresamente a la doctrina tanto del auto de 5 de noviembre de 2013 como la de la STS 815/2012, aunque se detecte una errata en la mención del año.

O los AATS de 24 de octubre de 2014, de 25 de junio de 2014 ó de 27 de noviembre de 2014. Este último, al igual que el de 13 de octubre de 2014, aunque no deciden en razón a ese criterio contienen como glosa del Acuerdo de 2005 una referencia al régimen de recursos contra el procesamiento en el procedimiento ordinario que no se entendería sino desde la perspectiva interpretativa que se viene exponiendo.

a) Esa interpretación es cohonestable con el acuerdo de 9 de febrero de 2005. Seguro que no es la más acertada, pero el grupo no escaso de resoluciones citadas no tenían -estoy persuadido de ello- vocación de contradecir tal acuerdo, sino de complementarlo en el sentido de entender que la resolución

equivalente al procesamiento ha de tener vigencia en el momento del sobreseimiento (¿lo sería un auto de prisión previo revocado en apelación?); y cómo ha de concebirse, en su caso, esa necesidad de vigencia (que es el punto clave del tema debatido). De hecho tanto en la STS 815/2012, (luego aludida en varios de los Autos que se acaban de recoger) como en el resto de resoluciones citadas se vierten estas ideas no de espaldas al referido acuerdo y con ignorancia o desprecio del mismo sino precisamente glosándolo y tratando de extraer el contenido de cada uno de sus puntos.

VI.

Abordo a continuación muy sintéticamente el fondo del asunto. La construcción a través de la cual se ha permitido el acceso a casación de autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias toma como base la analogía con el procedimiento ordinario.

Es lógico en el procedimiento ordinario que se exija para el recurso de casación frente a un sobreseimiento la vigencia de un auto de procesamiento: solo de esa forma hay unos hechos indiciariamente fijados sobre los que proyectar el derecho y realizar una fiscalización casacional que obedezca fielmente a la naturaleza del art. 849.1º: la pregunta que ha de hacerse el TS en esos casos es: de resultar hipotéticamente acreditados esos hechos que se recogen en el procesamiento ¿estaríamos ante un hecho constitutivo de delito?

El esquema en el procedimiento ordinario es claro. La apertura del juicio oral exige a) un juicio de razonabilidad (juicio de acusación que viene representado por el procesamiento) con una doble vertiente (fáctica – indicios racionales- y jurídica –de criminalidad-; b) alguien distinto del Juzgador dispuesto a sostener la acusación (la concurrencia de este presupuesto se comprobará en la fase intermedia); y c) unos hechos que objetivamente puedan ser encuadrados en un tipo penal (por eso se permite al Tribunal rechazar la apertura del juicio oral pese a existir procesamiento y acusación si considera que se está en el caso del nº 2 del art. 637 LECrim. Frente a ese auto cabe casación pero solo si hay un procesado).

*El procesamiento representa una llave indispensable para abrir el juicio oral. Sin un procesamiento es inviable. La importancia de esa resolución llevó tras años de rodaje de la Ley a regular la recurribilidad de esa resolución (art. 384). Cabe la apelación a través de la cual la Audiencia puede dejar sin efecto el procesamiento tanto por considerar insuficientes los indicios como por estimar que los hechos no son constitutivos de delito. Frente a la decisión dejando sin efecto el procesamiento, sea cual sea la razón, no cabe recurso de casación. Tan solo cabrá reproducir la petición en el trámite del art. 627 LECrim. Rechazada queda excluida la casación al no hallarse alguien procesado como culpable de los hechos que se reputan no constitutivos de delito (art. 848.2 LECrim). El art. 848 exige que alguien esté procesado (obviamente en el momento previo al dictado del sobreseimiento libre: dictado éste ya no hay nadie procesado). **No basta que alguien haya estado procesado.***

El procesamiento que en la mente del legislador se conceptuaba como una de las habitualmente -cuando hay autor conocido- más tempranas resoluciones del sumario (desde que resultare algún indicio racional de criminalidad: art. 384), degeneró en la práctica convirtiéndose casi en la resolución previa a la conclusión. Por eso no era nada infrecuente (ahora lo es menos por el limitadísimo ámbito del sumario) que la decisión sobre la revocación o no del procesamiento (al conocerse de la apelación) llegase ya concluido el sumario y por tanto en la situación de impasse prevista en el art. 622, párrafo final. La revocación del procesamiento por estimación de la apelación implícitamente supone parejamente el anuncio de que el procedimiento está abocado al sobreseimiento libre (si el procesamiento se revocaba por cuestiones jurídicas sustantivas) o provisional (si era un problema de suficiencia de los indicios). Es un final anunciado aunque el trámite procedimental determine dos momentos distintos un tanto artificiales. Revocado por la Audiencia un procesamiento por no ser los hechos constitutivos de delito está ya "cantado" el final del procedimiento en ese punto: sobreseimiento libre. Serán dos decisiones temporalmente separadas por exigencias de la tramitación pero una es secuela insoslayable de la otra, está anticipada por ella. A la acusación solo le queda tratar de modificar el criterio del Tribunal reiterando la petición de procesamiento en el trámite del art. 627, o pedir nuevas diligencias (por definición impertinentes si lo que ha llevado a la Audiencia a revocar el procesamiento era su estimación de que los hechos carecen de entidad delictiva). Y si no alcanza su objetivo deviene inevitable el sobreseimiento libre (en el caso de que esa fuese la causa de revocación del procesamiento); o provisional. Es imposible procesalmente fiscalizar en casación la decisión de la Audiencia considerando que los hechos del procesamiento no son constitutivos de delito salvo que solo se plantee esa cuestión con el sumario ya concluido y con el procesamiento vigente.

El recurso de casación queda así constreñido en el procedimiento ordinario a los casos en que la Audiencia acuerda el sobreseimiento libre en un momento (art. 627) en que todavía subsiste un procesamiento. Contra la estimación del recurso de apelación frente a un auto de procesamiento, aunque sea por razones estrictamente jurídicas,

no cabe recurso de casación, como tampoco lo cabe contra la decisión de la Audiencia Provincial denegando la reiteración de esa petición en el trámite del art. 627 LECrim.

VII.

Las normas hasta ahora sintetizadas son las que han de aplicarse analógicamente al procedimiento abreviado para indagar cuándo debiera admitirse la casación. Es criterio expresamente inspirador del acuerdo de 9 de febrero de 2005, lo que por otra parte es de pura lógica, que los autos de sobreseimiento dictados en un procedimiento abreviado no pueden ser ni menos recurribles que los dictados en un procedimiento ordinario **ni tampoco más**. Por otra parte, los autos dictados en el procedimiento abreviado tampoco pueden ser más recurribles que las sentencias recaídas en ese procedimiento.

De ahí que tal acuerdo exigiese que haya recaído (y que **subsista**, hay que apostillar) una resolución equivalente al procesamiento. Es pacífico entender, especialmente a partir de la reforma de 2002 que acentuó esa significación (exigiendo fijación de hechos y personas), que lo es el auto llamado de transformación potenciado tras esa modificación que superó definitivamente su conceptualización de mera ordenación procedimental (el TC llegaba a admitir con anterioridad que no había inconveniente en que adoptase la forma de providencia, lo que era coherente con su posición previa –STC 175/1990- que le había llevado a desplazar a la toma de declaración como imputado –una especie de imputación implícita- algunas de las funciones desempeñadas por el procesamiento en el procedimiento ordinario).

Cuando se decreta el sobreseimiento libre del art. 637.2 LECrim después de los escritos de acusación (art. 783 LECrim) cabe apelación y posterior casación de conformidad con el criterio sentado en el Acuerdo glosado si se trata de delito atribuido a la competencia de la Audiencia. Es este el supuesto exactamente paralelo a la previsión del art. 848.2 en relación con los arts. 636 y 645 LECrim

Sin embargo cuando el imputado recurre el auto de transformación estamos ante un supuesto asimilable en alguna medida (afirmación que ha de hacerse con cautelas) al recurso de apelación contra el procesamiento. Precisamente ese recurso, ya explícito en la ley de 2002, tiene su origen en la habilitación de un recurso de queja según indicaba el TC en sus interpretaciones iniciales del procedimiento abreviado que buscaba salvar la constitucionalidad de la nueva regulación que se enfrentaba a la doctrina sentada en la conocida STC de 17 de abril de 1989 a partir de la cual se abrió el trámite del art. 627 a las defensas (incorporado ya a la Ley en la última reforma).

Cuando la Audiencia resuelve la apelación contra ese auto de transformación está cumpliendo la misma función que tiene en el procedimiento ordinario al resolver la apelación contra el procesamiento: se dota al imputado de un medio eficaz se combatir su imputación formal: antes normalmente no ha existido resolución de imputación mínimamente perfilada que pueda ser recurrida.

Esa asimilación queda clara si se hace el experimento de proyectar la secuencia a un procedimiento ordinario: habría apelación frente al procesamiento. Si se estimase el recurso, será imposible traer a casación el posterior sobreseimiento. Si se da otra respuesta la conclusión es que la aplicación analógica de las normas del procedimiento ordinario lleva a que los autos de sobreseimiento en el procedimiento abreviado tengan más fácil el acceso a la casación que en el ordinario.

No se trata de una ingeniosa o habilidosa diferenciación artificiosa desdoblando una sola resolución en dos diferentes y suponiendo que la “desimputación” es paso previo pero diferenciado del “sobreseimiento libre” (diferencia y autonomía formal que sí aparece en el procedimiento ordinario, aunque materialmente como se ha dicho sea muy relativizable). Se trata sencillamente de buscar la analogía conceptual con el procedimiento ordinario y constatar que esa “desimputación” en ese momento guarda equivalencia no con el sobreseimiento libre que se dicta en el abreviado existiendo un procesamiento que ya cuenta con todas las bendiciones (bien por no haber sido recurrido bien por haber sido confirmado), sino con la decisión de la Audiencia revocando un procesamiento por razones jurídico-penales al conocer de la apelación formulada frente a él. Si ésta no es recurrible en casación, tampoco aquélla debiera serlo.

Las diferencias entre los dos supuestos no son ontológicas, sino más de trámite. En el procedimiento ordinario están separados ambos pasos: se conoce de los recursos; luego de la decisión de apertura del juicio oral; luego en un tercer momento de los escritos de calificación. En el procedimiento abreviado se refunden trámites y se agrupan pero ello no puede enturbiar la distinción conceptual.

Si en el procedimiento ordinario, aunque ya esté concluido el sumario y esté la tramitación a expensas de resolver la apelación contra el procesamiento (art. 622 final) la estimación de la misma no comporta un simultáneo sobreseimiento libre (o provisional) no es porque no esté eso ya decidido (que lo está, salvo que la Audiencia revise su propio criterio: la reanudación del trámite va a llevar inexorablemente a eso), sino porque la ley prevé momentos preclusivos y sucesivos.

Y en el procedimiento abreviado conceptualmente también es posible que la estimación del recurso de apelación contra el auto de transformación no vaya inexorablemente anudada a un auto de sobreseimiento (porque una de las acusaciones había pedido nuevas diligencias, v.gr o porque la Audiencia sencillamente constate la ausencia de base para la imputación pero no se encuentra en condiciones de adoptar todavía una decisión de fondo como en el sobreseimiento libre, dejando la cuestión en manos del Instructor). Sería absurdo que cupiese la casación cuando las diligencias están agotadas ya; y sin embargo se cerrase al paso a la misma en casos como el apuntado (que no por infrecuente debe ser obviado a efectos del razonamiento), o en otros en que la Audiencia haya tenido por vicisitudes puramente procesales, oportunidad de pronunciarse antes sobre el carácter no delictivo de los hechos (se revocó por eso el auto de prisión u otras medidas cautelares adoptadas).

Pensemos en ese mismo supuesto de revocación para práctica de nuevas diligencias. Aunque existe un auto de transformación si finalmente el Instructor acaba decretando el sobreseimiento después de las nuevas diligencias, tampoco cabrá casación aunque hubiese un auto de transformación previo, sencillamente porque el mismo fue dejado sin efecto.

La exigencia de que exista una resolución equivalente al procesamiento para la impugnabilidad en casación de los autos de sobreseimiento libre dictados en un procedimiento abreviado exige que la misma no haya sido revocada, presupuestos que no se da cuando la Audiencia Provincial estima la apelación contra el auto de transformación. Esa es la técnica que sostuve infructuosamente y que creo que inspiraba a las resoluciones que se han citado, que desde luego ni generaban una expectativa jurídicamente relevante en la persona afectada en la causa en que recae este auto que acoge un criterio diferente, pero bien armado y fundado; ni le habilitan para invocar el principio de igualdad en relación a los afectados favorablemente por esas resoluciones (es un apartamiento de ese precedente más que motivado).

Merecían también a mi juicio una explicación suficiente quienes de haber visto proyectada la doctrina de este auto a sus asuntos ya resueltos habrían visto acogida la petición que formulaban de una revisión de fondo en casación.

STS 974/2016, de 23 de diciembre Casación contra auto dictado por la Audiencia rechazando el archivo por falta de jurisdicción

“Frente al criterio de la parte recurrente, el Ministerio Fiscal, sin extender su dictamen a la cuestión suscitada por el recurrente, estima que el auto cuestionado no es susceptible de recurso de casación. Y lo hace con el siguiente argumento: “...por lo expuesto, no cabe casación por falta de previsión legal que la autorice (art. 848 de la LECrim) (ver auto de 11.12.07, cuestión de competencia 20452/07, entre otros) al estar excluida la cuestión planteada del art. 666 de la LECrim, ya que se plantea un conflicto de jurisdicción de carácter internacional” (sic). Tal conclusión se apoya en la sentencia de esta Sala 18 de julio de 2007, recaída en el recurso de casación núm. 329/07 y en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1988.

Entiende la Sala, sin embargo, que la solución a la controversia suscitada no puede ser resuelta a partir de ese enfoque, ni con la fundamentación jurídica que pretende servirle de cobertura. El problema suscitado en el presente recurso no guarda relación con un supuesto conflicto de jurisdicción de carácter internacional. En el caso que centra nuestra atención, nada dice la resolución recurrida de cesión de jurisdicción a otro Estado.

El auto invocado por el Fiscal como precedente de referencia para defender su tesis de la inimpugnabilidad se refiere a un recurso de casación interpuesto frente al pronunciamiento de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, que había estimado la declinatoria de jurisdicción a favor de la República Argentina. Entonces advertíamos –STS 705/2007, 18 de julio- del inadecuado planteamiento procesal que representa ensanchar artificialmente la vía del artículo 666 de la LECrim a un supuesto «conflicto de jurisdicción» de carácter internacional. La resolución que ahora es objeto de recurso lo que proclama es justo lo contrario. Afirma la jurisdicción de los tribunales españoles y la competencia de la Audiencia Nacional para la investigación y enjuiciamiento de los hechos que fueron objeto de querrela por el Ministerio Fiscal.

Es cierto que el auto 365/2016, suscrito por los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, puede suscitar dudas acerca de la posibilidad de su impugnación casacional, pero éstas no pueden ser resueltas, como pretende el Fiscal, trayendo a colación la doctrina sentada por esta Sala para resolver supuestos que no guardan relación con el que ahora nos ocupa. El tema ofrece otros matices que no pueden ser obviados cuando se analizan los límites de la jurisdicción española, sobre todo, a raíz de las reformas operadas por la LO 2/2015, 30 de marzo –que ha dado nueva redacción al art. 23 de la LOPJ- y por la Ley 41/2015, 5 de octubre – que ha modificado la redacción tradicional del art. 848 de la LECrim.

3.- Conviene tener presente que el recurso de casación promovido por la representación legal de Manuel Vidal Pego no se acoge a la cobertura formal que ofrece el art. 666 de la LECrim. Se trata de la impugnación de una resolución interlocutoria dictada en respuesta a un escrito en el que se interesaba la declaración de falta de jurisdicción de la Audiencia Nacional para la investigación de los hechos imputados.

Tres precedentes de esta Sala son de obligada cita. Se trata de las SSTs 327/2003, 25 de febrero – Guatemala-; 712/2003, 20 de mayo –Perú- y 319/2004, 8 de marzo –Chile-. La primera de estas resoluciones – luego limitada en su alcance por la STC 237/2005, 26 de septiembre- abrió el camino para la impugnación de las decisiones que ponen término al proceso por falta de jurisdicción. La sentencia aborda, con carácter previo, los términos del recurso promovido por las acusaciones particulares, el contenido del dictamen del Fiscal, contrario a la viabilidad del recurso, y el fundamento de la resolución cuestionada. Decíamos entonces que “...con carácter previo debemos responder a la alegación inicial del Ministerio Fiscal, que sostiene que contra la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no cabe recurso de casación. El examen de los antecedentes permite comprobar que, presentada la denuncia inicial e incoadas Diligencias Previas, el Juzgado de instrucción confirió traslado al Ministerio Fiscal para que dictaminara sobre la competencia. El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe y sostuvo la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos denunciados, ocurridos fuera del territorio nacional, por las razones que en el citado escrito se adujeron, y el Juzgado resolvió a favor de la existencia de jurisdicción. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma, que fue desestimado, interponiendo entonces recurso de apelación, que fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sentido de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles, al no cumplirse, en este momento, los requisitos que entendió exigibles. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación”.

Como puede apreciarse, la resolución entonces combatida –a diferencia de la que constituye el objeto del presente recurso- negaba la existencia de jurisdicción para el conocimiento de los hechos acaecidos con ocasión del Genocidio de Guatemala. Y para respaldar la decisión final favorable a la capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles, razonábamos así: “...la jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al *ius puniendi* que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 Mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel”.

La dimensión constitucional de la capacidad de jurisdicción de los tribunales españoles hace explicable que todo debate acerca de su afirmación o negación se solucione mediante normas que sitúan la decisión en órganos de primer orden en la estructura del Estado. Este dato, fácilmente constatable, permitió a la Sala Segunda concluir la necesidad de una interpretación integradora que confiera al Tribunal Supremo la oportunidad de pronunciarse. El principio *pro actione* respaldó entonces un desenlace favorable a la viabilidad del recurso de casación, haciendo posible una interpretación integradora que abriera una vía excepcional frente al silencio del art 848 de la LECrim.

La transcripción literal de algunos de los pasajes de la repetida STS 327/2003, 25 de febrero, favorece el entendimiento de la solución finalmente proclamada: “el problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio Fiscal y de las partes, dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala núm. 260/1998, de 21 Ene., hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse. De esta manera, ante la negativa del Auto que se recurre a estimar la jurisdicción de los Tribunales españoles no puede esperarse el planteamiento de un conflicto negativo con otro Tribunal, por lo que la resolución adoptada resolvería definitivamente la cuestión”.

Añade la sentencia que estamos glosando:

“Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible el planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción.

El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que sólo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se dispone que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación. La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

Sin embargo, podemos decir que en tanto que se trata de la posición de un Tribunal de instancia que resuelve definitivamente apreciando la falta de jurisdicción, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una decisión definitiva por otro órgano superior, la decisión adoptada es equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que esta Sala ha interpretado desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 Mayo. 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 Jul. 1998, en el sentido de estimar procedente el recurso de casación salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”.

4.- Nota común a esos pronunciamientos estaba constituida por el hecho de que la resolución de la Audiencia Nacional que era objeto de impugnación negaba la capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles. Se trataba, por tanto, de recursos que aspiraban a extender los límites jurisdiccionales más allá de lo que inicialmente había declarado la Audiencia Nacional. Pues bien, esta idea de impugnación de las resoluciones de cierre está presente en el nuevo art. 848 de la LECrim, redactado conforme a la Ley 41/2015, 5 de octubre. Ahora su contenido literal es del siguiente tenor: “podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción...”.

Fijar el alcance de este renovado precepto no resulta ahora necesario. Su entrada en vigor el día 6 de diciembre de 2015 es posterior a la fecha de los hechos que ahora analizamos y que fueron objeto de querrela por el Ministerio Fiscal. Apuntemos tan solo el valor interpretativo del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013. En él se decidió que “los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión”.

Para concluir la viabilidad del recurso de casación formalizado por la defensa de Manuel Vidal nuestra argumentación ha de enlazarse, no con el nuevo precepto -que, como hemos apuntado, habrá de ser objeto de

interpretación cuando se suscite su aplicación efectiva- sino con los precedentes jurisprudenciales citados supra. En ellos hemos entendido que la discusión sobre la concurrencia de jurisdicción, como presupuesto de legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, ha de ser resuelta por el órgano superior en todos los órdenes, en el que culmina la organización judicial española (art. 123 CE).

Voto particular

Tres elementos integran mi discrepancia: **a)** la cuestión de la impugnabilidad en casación de la resolución de la Audiencia Nacional; **b)** la interpretación que se confiere al principio de personalidad en la aplicación de la ley penal en el espacio; y **c)** el silencio sobre el delito de falsedad, infracción que queda olvidada tras la apabullante argumentación -que comparto- sobre el convenio relativo a la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos y sobre los delitos de blanqueo de capitales y, por extensión, los de organización o grupo criminal.

La resolución combatida no tiene acceso a la casación. Ni después de la reforma procesal de 2015 que entró en vigor hace un año; ni, mucho menos, antes de esa modificación legal. Esa es mi tesis.

Situémonos: estamos ante un auto dictado por la Instructora en la fase de diligencias previas de un procedimiento abreviado que rechaza la petición de la defensa para que se archive la causa y se clausure la investigación en virtud de la aducida falta de jurisdicción de nuestros Tribunales (art. 23 LOPJ). Tras la denegación de la reforma, se accede a la apelación (art. 766 LECrim) que es desestimada por Auto dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el que se hace constar, a mi juicio con toda la razón, que no cabe recurso ulterior alguno.

Pues bien frente a la cristalina, según mi criterio, evidencia de tal aseveración, asumida también por el Fiscal del Tribunal Supremo, la sentencia mayoritaria abre paso a la casación a través de un triple salto mortal interpretativo, tan audaz como habilidoso y exitoso, contando con la red de una analogía más aparente que real. El iter argumental que recorre acaba con una insólita resolución que rompe las costuras del sistema legal de recursos frente a resoluciones interlocutorias. Se alumbra una decisión que, en lo que alcanzo a conocer, carece de cualquier precedente. Es no solo insólita, sino inédita: el Tribunal Supremo resolviendo una casación decreta ex novo (es decir no por la vía de confirmar una resolución precedente) el sobreseimiento libre de unas diligencias previas en tramitación.

Por más lecturas que hagamos de los preceptos que disciplinan el recurso de casación o el régimen de impugnabilidad de autos; y más vueltas que le demos a la imaginación rebuscando algún supuesto, no encontraremos (al menos yo he sido incapaz de hacerlo) ningún caso en que como consecuencia de la estimación de un recurso de casación se decrete un sobreseimiento no acordado en anteriores instancias.

Tres piruetas exegéticas permiten derrumbar la aparente infranqueabilidad de ese muro diseñado por unas normas legales, tozudas, pero que resultan ser muy moldeables y nada resistentes frente a las herramientas exegéticas utilizadas:

- a)** Primeramente se lee casación donde el legislador de forma deliberada escribió apelación (art. 676.3º LECrim) (el contexto –un voto particular- autoriza esta consideración que incide en el criterio oficial de esta Sala –que acato y aplico: acuerdo de 18 de julio de 2006- emanado del Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1999).
- b)** En un segundo paso se adelanta a fase de instrucción lo que la ley prevé en exclusiva para la fase intermedia: arts. 666 y ss y en especial art. 676 LECrim.
- c)** Por fin, y en un último dribbling argumental, se asimilan las decisiones denegatorias a las que aceptan una pretensión basada en la falta de jurisdicción, torciendo el axioma de que a la casación solo acceden las resoluciones **definitivas**, es decir aquellas que ponen fin al proceso (art. 848 LECrim), principio que solo cede ante previsiones expresas y, por lo demás excepcionales, de la ley.

La concepción del legislador está imbuida de una lógica aplastante. La casación sirve para corregir la interpretación de la ley realizada por los tribunales inferiores. Al igual que el recurso de amparo y aunque no se cuente con formulación legal expresa, las puertas de la casación han de abrirse solo cuando ya los tribunales inferiores han dicho su última palabra, es decir, cuando se pone fin al proceso en la instancia previa. A ese criterio general obedece el actual art. 847.2. LECrim. Mientras tanto, se impide entorpecer la marcha de la investigación o del proceso incrustando continuas posibilidades de casación. Si alguien es imputado, procesado o acusado por hechos que se discute si son constitutivos de delito, la ley quiere que resuelva el Tribunal de instancia. Solo si aborta el procedimiento anticipadamente será posible en determinadas condiciones acceder a la casación. En otro caso será preciso esperar su pronunciamiento definitivo para debatir la cuestión en esta sede.

Comparto la consideración efectuada por la mayoría enlazando con otros precedentes: las cuestiones sobre jurisdicción tienen la suficiente importancia como para que sea el Tribunal Supremo quien fije el criterio. Pero ese criterio ha de establecerlo en el momento procesal adecuado según la legitimación. No a destiempo.

El argumento que utilizan los impugnantes para justificar la posibilidad de casación consistente en que no tendría sentido aguardar a la sentencia, dilapidando esfuerzos procesales, para corregir el supuesto error, es efectista pero infundado. Si se le da pábulo habría que admitir el recurso de casación contra el auto de admisión de querrela, contra el auto de imputación, contra el auto de apertura del juicio oral etc,... por virtud de igual discurso: ¿por qué postergar el pronunciamiento del Tribunal Supremo a un momento ulterior cuando en aras de la economía procesal podría dejarse ya zanjada la cuestión evitando investigación, recursos incidentales, trámites y hasta el mismo juicio oral? Cualquier cuestión jurídica que pudiera determinar el archivo de la causa debería poder traerse a casación en cualquier momento.

No se adapta esa consideración al orden procedimental establecido en nuestra legislación. Es patente. El recurso de casación se pospone al momento en que se adopta una resolución que pone fin al procedimiento exteriorizando el criterio definitivo del Tribunal de instancia. No se permite al Tribunal de casación irrumpir abruptamente en una investigación en marcha cerrándola sin más.

En los casos excepcionales en que se habilita una casación frente a resoluciones interlocutorias que no ponen fin al proceso son otras las razones que justifican la previsión legislativa: evitar nulidades que supondrían la necesidad de **repetir** costosos actos procesales. Eso es lo que explica la previsión del art. 676.3 LECrim. Se admite casación, sea cual sea el sentido de la decisión del artículo de previo pronunciamiento, cuando está en juego la competencia. Se quiere ahuyentar el fantasma de un juicio oral celebrado ante un tribunal incompetente que luego habría de repetirse ante el competente (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de diciembre de 2013 y STS 604/2014, de 30 de septiembre citada por el recurrente). El legislador quiere que el tema de la competencia -no el de la jurisdicción- llegue definitivamente resuelto al juicio oral. No sucede así con el resto de cuestiones previas que solo acceden a casación cuando implican la terminación del proceso. En los demás casos hay que esperar a la sentencia para replantearlas en casación. Es más, en el procedimiento abreviado (y en esa modalidad procesal nos encontramos) el art. 786.2 LECrim permite cuestionar incluso que quepa casación previa contra la decisión desestimatoria de la declinatoria.

Aquí se invocaba por los recurrentes ese argumento de supuesta analogía con el art. 676.3 para admitir la casación, razonamiento que ha convencido a la mayoría. No se repara en una diferencia trascendental que priva de base a la analogía pues no se detecta identidad de razón. Pese a la similitud terminológica que en ocasiones puede producir equívocos, entre las cuestiones de competencia interna (qué juez o Tribunal de los que integran la jurisdicción española está llamado a conocer de un asunto) y los temas de aplicación de la ley penal en el espacio hay pocas semejanzas. En un caso estamos ante una cuestión de derecho procesal estricto: siempre hay un juez competente, pero se discute cuál. En el otro, el derecho procesal -jurisdicción- se ve desbordado y sobrepasado por el mismo derecho penal sustantivo: conectamos con el principio de legalidad penal pues se trata de dilucidar cuál es el ámbito espacial de aplicación de la ley penal (un tema clásico y obligado en cualquier tratado del derecho penal). No estamos decidiendo qué jurisdicción es la competente -una u otra-, sino ventilando si una ley penal estatal obliga a una persona que no se encontraba en territorio nacional. La decisión no consistirá en atribuir la competencia a uno u otro órgano (art. 666.1 LECrim), sino en dilucidar si procede o no el sobreseimiento. Esto no guarda analogía con una decisión sobre competencia. En cambio sí es resolución estrechamente emparentada con las que decretan un sobreseimiento libre.

Recordemos los requisitos para que una decisión de sobreseimiento sea controlada en casación: solo si se acuerda el sobreseimiento -no cuando lo deniega-, solo si hay procesados; y solo si es libre. Aquí se prescinde de todos esos condicionantes. La analogía con estos supuestos es lo que ha permitido a esta Sala Segunda conocer de recursos de casación interpuestos contra decisiones que declaraban la falta de jurisdicción de nuestros tribunales lo que es asimilable a un sobreseimiento (además de las citadas en la sentencia mayoritaria, SSTs 345/2005, de 18 de marzo, 645/2006, de 20 de junio ó 1240/2006, de 11 de diciembre). Pero nunca cuando la decisión interlocutoria era la contraria (se afirmaba la jurisdicción). En esos casos se hace preciso esperar a la sentencia para debatir en casación (no pocas muestras de esta situación encontramos en los repertorios de jurisprudencia: por todas, SSTs 1362/2004, de 15 de noviembre ó 1387/2011, de 12 de diciembre). De hecho, el legislador de 2015 lo que ha querido hacer -y ha hecho- es llevar a la ley esa interpretación jurisprudencial: cabe casación contra los autos definitivos **cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción** (nuevo art. 848 LECrim). Ese recurso no es reversible. Solo cabe cuando se declara la falta de jurisdicción, no cuando se afirma (procederá en su caso contra la sentencia). Lo mismo que solo cabe la casación contra los autos de sobreseimiento; no contra los autos de no sobreseimiento.

STS 597/2016, de 6 de julio: recurribilidad en casación de autos dictados por las Audiencias en fase de ejecución fijando el importe de la responsabilidad civil.

“A) Con carácter previo resulta conveniente hacer una breve referencia a una cuestión no suscitada por las partes ni mencionada por el Ministerio Fiscal, referida a la recurribilidad de la resolución –en el presente caso, en forma de sentencia- que integra el objeto de este recurso.

Como es sabido, el art. 115 del CP dio formato legal a una práctica histórica en la jurisdicción penal, conforme a la cual en aquellas ocasiones en que la respuesta al ejercicio de la acción civil, por una u otra circunstancia, no pudiera determinarse en el fallo, su cuantificación podía ser aplazada a la fase de ejecución de sentencia. Establece este precepto que “los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de la ejecución”.

Un acreditado sector doctrinal niega la viabilidad del recurso de casación en esta materia, al constatar la ausencia de una previsión legal al respecto (art. 848 LECrim). A la objeción de que si se cuantifica la responsabilidad civil en la sentencia podría discutirse en casación su importe, lo que no sucedería si se difiriera a la fase de ejecución, se responde que no existe tal incongruencia. La jurisprudencia de esta Sala –aducen los partidarios de la inviabilidad - excluye precisamente de la casación el alcance cuantitativo de la indemnización fijada. De ahí que, ya sea en el fallo de la sentencia dictada en la instancia, ya en la resolución que ponga término al incidente de ejecución, lo cierto es que ese importe no será nunca recurrible. Con ello queda plenamente salvada, en opinión de quienes sostienen tal criterio, la coherencia del sistema.

No ha sido esta la tesis –pese al aval que le confiere la autoridad dogmática de sus defensores- que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala. Ejemplo reciente de una solución favorable a la admisibilidad del recurso es la STS 436/2009, 30 de abril, que tuvo como objeto la fiscalización casacional de las bases y ulterior liquidación de la cuantía de lo adeudado, fijadas mediante incidente de ejecución de sentencia.

Y no faltan otros precedentes en los que se impone la misma solución favorable a la admisibilidad del recurso, pese a la ausencia de previsión específica sobre su viabilidad. Son los casos, por ejemplo, de resoluciones que sólo tienen sentido como un complemento de la sentencia. Así, la STS 1012/2007, 4 de diciembre, consideró recurrible el auto por el que el órgano a quo declaraba la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus justos términos, en lo que a la responsabilidad civil se refería, así como sustituir la ejecución in natura por una indemnización. Razonaba la Sala en los siguientes términos: “la primera cuestión que se suscita es de procedibilidad, es decir, si el Auto de la Audiencia Provincial que se impugna es recurrible en casación. [...] El Ministerio Fiscal sostiene que dicha resolución no es susceptible de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 848 LECr., ya que no existe norma alguna que autorice de modo expreso el recurso en este supuesto, ni, por otra parte, la norma que se dice infringida tiene la consideración de precepto penal de carácter sustantivo o naturaleza jurídica similar. [...] Este problema ha sido objeto de controversia jurisprudencial, pero así como existen resoluciones de esta Sala que declaraban inadmisibile el recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias en ejecución de sentencias firmes, como las de 13 de febrero de 1958 y 23 de diciembre de 1.992, en la actualidad se viene admitiendo, como lo hace la STS, más reciente, de 22 de julio de 1.996, que citan los recurrentes, en la que se considera el Auto controvertido <como un complemento de la sentencia y, por tanto, como susceptible de casación en los mismos términos que si de una sentencia se tratara, salvo que la cuestión suscitada pudiera resolverse por la vía recurso de aclaración. En conclusión, entendemos que contra el auto aquí recurrido cabe recurso de casación como si fuera una sentencia penal>”.

También ha admitido esta Sala la posibilidad de recurrir en casación cuando la resolución cuestionada concreta un punto que forma parte necesariamente del fallo de la sentencia que le sirve de presupuesto, según autoriza el art. 142 de la LECrim. Así lo expresa la STS 545/1996, 22 de julio: “la admisión del recurso, sin embargo, no puede ser puesta en duda, toda vez que la decisión contenida en el auto recurrido no es sino una concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del fallo de la sentencia, según lo establece el art. 142 LECr. En la medida en la que dicho fallo es recurrible, toda decisión que, en buena técnica, hubiera debido ser motivo de éste, debe ser susceptible de los recursos que la ley prevé contra el fallo, en particular, en el presente caso, el recurso de casación. De lo contrario, la postergación, técnicamente difícil de justificar, de una decisión propia de la sentencia, quedaría arbitrariamente privada del recurso, con lo que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva”.

Por último, hemos declarado recurrible el auto que contiene un pronunciamiento de fondo relativo al alcance de la obligación de indemnizar, en aquellos supuestos en los que esa cuestión pudo haber sido resuelta en sentencia si las partes lo hubieran planteado en la instancia en sus correspondientes calificaciones. Es el caso, por ejemplo, de la STS 368/1995, 14 de marzo, que estima recurrible el auto que resuelve el incidente de liquidación de intereses o la STS 234/2008, 30 de abril, que proclama la recurribilidad del auto que fija en fase de ejecución las bases conforme a las

que debe calcularse la indemnización: “...se impugna la admisión del recurso por estimar que es inadmisibile contra los autos dictados en ejecución de sentencia. (...) La regulación específica del procedimiento abreviado y en el de faltas que autorizaba la concreción de la responsabilidad civil en la fase de ejecución de la sentencia penal, fue generalizada por el Código Penal de 1995 al establecer en el nuevo art. 115 que la cuantía de la indemnización civil se determine en la fase de ejecución. Ciertamente tal doble posibilidad de ubicación de la decisión no debe alterar el régimen de recursos contra ésta, dejándolo condicionado al evento de la elección de la sentencia sobre el momento de la fijación de la cuantía.

[...] Y así lo ha venido entendiendo este Tribunal en supuestos similares.

Como en el caso de la Sentencia de esta Sala núm. 368/1995, de 14 marzo en la que dijimos: <...entendemos que la materia aquí resuelta en ejecución de sentencia es una cuestión que, caso de que hubiera sido propuesta por las partes en momento procesal oportuno, tendría que haber sido resuelta en sentencia. Se trata de un pronunciamiento de fondo relativo al alcance de la obligación de indemnizar que, aunque referido a un tema accesorio como lo es siempre el pago de intereses respecto del principal relativo a la obligación de indemnizar, sin embargo pudo haber sido resuelto en sentencia si las partes lo hubieran planteado en la instancia en sus correspondientes calificaciones. Si así no se hizo y, por ello, fue preciso resolverlo en trámite de ejecución de sentencia, entendemos que, a los efectos aquí examinados, es decir, para ver si cabe o no recurso de casación, el auto correspondiente ha de considerarse como un complemento de la sentencia y, por tanto, como susceptible de casación en los mismos términos que si de una sentencia se tratara>

Y lo reiteramos en nuestra Sentencia núm. 545/1996, de 22 julio en que dijimos: <...la admisión del recurso, sin embargo, no puede ser puesta en duda, toda vez que la decisión contenida en el auto recurrido no es sino una concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del fallo de la sentencia, según lo establece el art. 142 LECrim. En la medida en la que dicho fallo es recurrible, toda decisión que, en buena técnica, hubiera debido ser motivo de éste, debe ser susceptible de los recursos que la ley prevé contra el fallo, en particular, en el presente caso, el recurso de casación. De lo contrario, la postergación, técnicamente difícil de justificar, de una decisión propia de la sentencia, quedaría arbitrariamente privada del recurso, con lo que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva>”

STS 282/2016 de 6 de abril: Casación contra autos de la Audiencia Provincial rechazando la competencia en favor de un Juzgado de lo Penal

PRIMERO.- Es preciso plantearse de manera preliminar la accesibilidad a este Tribunal de la impugnación en casación de una resolución de la Audiencia Provincial como la aquí cuestionada por el Ministerio Fiscal.

El art. 52 LOPJ parecería vedar su fiscalización: es una decisión de la Audiencia rechazando la asunción de la competencia sugerida mediante exposición por el Juzgado de lo Penal. Reforzaría esa idea el art. 759 LECrim. De hecho el Tribunal a quo en la resolución por la que admite a trámite el recurso deja entrever que reputa dudosa la recurribilidad en casación de tal auto, aunque con buen criterio (y con mención del art. 43 LECrim, uno de los variados preceptos que disciplinan de forma harto confusa el régimen de impugnación en el proceso penal de las decisiones sobre competencia), entiende preferible dar cauce al recurso, sin perjuicio de lo que pueda resolver esta Sala al conocer del mismo.

SEGUNDO.- El escenario en que ha de resolverse esa cuestión ha de ser absolutamente independiente del fondo del asunto. La recurribilidad o no de una determinada resolución no depende de su mayor o menor acierto. Una decisión impecable jurídica y formalmente será recurrible si así lo permite la ley; y debe inadmitirse todo recurso frente a un auto o sentencia aunque pueda resultar, quizás patentemente, equivocado, cuando la ley no lo autoriza por emanar del órgano a quien atribuye en sede jurisdiccional la última palabra. Han de deslindarse ambos planos, aunque sería ingenuo no constatar como en ocasiones se producen interferencias que han llevado a la jurisprudencia a forzar la interpretación de la legalidad procesal. En materia de regulación tan poco clara en la ley (por falta de adaptaciones entre otras cosas) como es el régimen de casación frente a autos florece un campo propicio para interpretaciones que complementan la legalidad (ejemplo paradigmático es la doctrina de esta Sala sobre la casación contra autos de sobreseimiento en el procedimiento abreviado: vid. por más reciente, Auto de 29 de abril de 2015). La penumbra llega a niveles casi de oscuridad si dirigimos la mirada a las decisiones sobre competencia –tanto interna como internacional- y su doble regulación –procedimiento ordinario y abreviado (arts. 25, 23, 25, 27, 31, 35, 43, 676, 759 LECrim)-. El marasmo legislativo y las modificaciones sucesivas como por aluvión sin llegar a sedimentar han alimentado exégesis muy abiertas e incluso, si se quiere, demasiado creativas de esta Sala (llegando a leer casación

donde la ley dice apelación: acuerdo de 8 de mayo de 1998 adoptado al amparo del art. 264 LOPJ) pero siempre alentadas por el principio del favor actionis, lo que en un terreno procesal no es censurable: forma parte de la labor de la jurisprudencia como complementadora del ordenamiento jurídico.

TERCERO.- No se oculta -basta saber leer- que la literalidad del art. 52 LOPJ invita vehementemente a una respuesta negativa al interrogante de si el auto ahora contemplado (la Audiencia rehúsa asumir su competencia objetiva tras la exposición recibida desde un Juzgado de lo Penal) es susceptible de casación. **Fijará su competencia sin ulterior recurso** dice la norma de forma contundente. Acto seguido disipa cualquier duda sobre las resoluciones en que está pensando: tanto las que fijan su propia competencia como las que la asignan a un órgano inferior.

Pese a ello, como se verá, la jurisprudencia ha sentado la impugnabilidad en casación de esas resoluciones en una doctrina no pétrea -cuenta con algunas fisuras- pero sí abrumadoramente mayoritaria.

A veces se ha discriminado según se trate de una decisión adoptada de propia iniciativa por la Audiencia, o venga precedida de una indicación del Juzgado de lo Penal, (nunca será propiamente una cuestión de competencia que no cabe plantear; sino una exposición). Otras veces se excluye la casación pero por haber existido apelación. Por fin en ocasiones, las menos, se ha rechazado la recurribilidad en casación (aunque frecuentemente se completa ese argumento procedimental con un examen y rechazo del fondo del recurso alentándose la idea de que, en otro, caso quizás se admitiría el recurso). En esos supuestos el impugnante queda emplazado para suscitar la cuestión de nuevo en la audiencia preliminar del juicio oral. Quizás no se llega a advertir que finalmente el Juzgado de lo Penal tendrá que decidir de forma ineludible (art. 788.5 LECrim) sin que, salvo que entremos en un bucle sin salida, pueda negarse la impugnabilidad de una eventual decisión de la Audiencia rechazando el conocimiento de la causa que le eleva el Juzgado de lo Penal en ese momento más avanzado (lo que, sin ser concluyente, aporta un argumento de racionalidad procesal: la ley como principio general opta por entrar al juicio oral con los temas competenciales ya resueltos; es ilógico diferir esa decisión el momento en que ya se ha celebrado todo el juicio, cuando podía resolverse antes sin esa dilapidación de esfuerzos procesales; como es absurdo pensar que en este caso el juzgado de lo penal podría resolver en idéntico sentido en la audiencia preliminar del juicio, es decir, con testigos y acusados citados inútilmente para una vista que el juez ya sabe que va a suspender por no reputarse competente).

CUARTO.- Sea como sea, y poniendo el acento en unas u otras cuestiones, 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 impugnabilidad en casación de la decisión de la Audiencia Provincial.

La STS de 12 de junio de 1993 es la primera de una larga lista que llega hasta la STS 235/2016, de 8 de marzo.

A veces se arguye que la mención del 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 LECrim; 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.

QUINTO.- Sean cuales sean los argumentos a los que se dé prevalencia, ante el panorama que evidencia los repertorios jurisprudenciales no se estima que concurren razones para variar ahora y al amparo de este asunto esa asentada doctrina jurisprudencial que la Sala de instancia demuestra conocer (como acredita su ponderada decisión de dar curso a la casación).

La posibilidad de encontrarnos en idéntica situación (un recurso de casación sobre ese justo punto) dentro de varios meses y después de ciertos dispendios procesales (mantenimiento de conclusiones en el juicio oral y decisión del Juzgado de lo Penal de reenvío de las actuaciones a la Audiencia por virtud de lo dispuesto en el art. 788.5 LECrim) robustece las razones para esa opción con fuerte anclaje jurisprudencial. No se entendería muy bien por qué en este momento procesal el Juez de lo Penal no podría, detectada su falta de competencia para resolver sobre una de las pretensiones acusatorias, sugerir la asunción de tal competencia a la Audiencia, y sin embargo sí que podría hacerlo en la audiencia inicial; o en todo caso en el momento de las conclusiones definitivas. Ni, por qué la consiguiente resolución de la Audiencia en esos casos sí que sería recurrible en casación (¿o no?) y, sin embargo, no lo sea en este momento, cuando eventualmente lo único novedoso puede ser el transcurso de unas semanas.

SEXTO.- Hagámonos eco, en su caso textualmente, de algunas de las consideraciones que en apoyo de la viabilidad de un recurso de casación contra ese tipo de resoluciones se recogen en recientes pronunciamientos. 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 a través del recurso de casación diga 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.

Son muy abundantes las sentencias y autos de esta Sala. Dice uno de los pronunciamientos más próximos en el tiempo, 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 constituye otro botón de muestra de esa exégesis:

“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".

Muy recientemente 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, 502/2015, de 28 de julio).

Ha de considerarse recurrible el auto.

SEXTO.- Al comienzo de esta resolución señalábamos la necesidad de distinguir entre la recurribilidad de una resolución y su acierto de fondo; ahora, en el momento de dilucidar qué órgano ha de reputarse competente --Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial--, hemos de estar de modo paralelo estrictamente a la naturaleza 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 esa pretensión a los únicos efectos de afirmar una u otra competencia. Si la pretensión 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 pretensión así dibujada). Pero no es posible examinar anticipadamente el fondo de la pretensión que ha merecido homologación por el Instructor, a los únicos efectos de ventilar la competencia objetiva descartando su viabilidad de fondo mediante una especie de absolución anticipada sin juicio.

En ese punto hay que discrepar de la resolución de instancia que, no sin fundamento (alude a cuestiones de relevancia, como la holgura del posterior recurso: la competencia objetiva vaciará el régimen de recurribilidad aunque no es diáfano si es más favorable y para quién la alternativa entre una apelación o la posibilidad de acceder al Tribunal Supremo), se siente autorizada a efectuar cierto control no solo sobre los aspectos externos de la pretensión (delito por el que se acusa, y pena solicitada) sino también sobre su fundabilidad. Este aspecto queda reservado en esta fase al Instructor (sin perjuicio del eventual recurso) a través del auto de transformación y del auto de apertura del juicio oral (momentos en que puede expulsar razonadamente las valoraciones infundadas) y en alguna medida (enormemente mitigada tras la reforma de 2002) a través de la decisión fijando el órgano competente para el enjuiciamiento. 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 apartarse de las coordenadas básicas de las pretensiones acusatorias: sólo si, al menos, una de ellas se mueve en su ámbito competencial podrá mantener su competencia. Es una herramienta que se pone en manos del juez para eludir extemporáneas pretensiones acusatorias novedosas o agravadas patentemente improcedentes y articuladas en momentos finales del juicio con fines que pueden ser estratégicos o espurios.

Aquí, a la vista de que la acusación del Ministerio Fiscal no rebasa la competencia del Juzgado de lo Penal éste podría mantener su competencia (argumento ex art. 788.5 LECrim que en todo caso, en este momento procesal es dudoso); pero está indudablemente autorizado a declinarla (sin plantear competencia sino mediante exposición) en favor de la Audiencia ante la constatación de que 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, aunque lo sea por una equivocación: el error en la petición de pena condiciona al Tribunal a la hora de imponer la penalidad, pero no en trance de decidir sobre el órgano competente). Ha optado por esta segunda vía fundadamente el juzgado de lo penal. Hay una acusación que invoca el art. 250 y está abierto el juicio oral respecto de tal subtipo agravado.

La Audiencia, constatada la presencia de una pretensión acusatoria que objetivamente le está atribuida, no está facultada para realizar un juicio de fondo sobre su procedencia. Ella es la competente para conocer de la misma y en su caso absolver de ese delito. No cabe una absolución "por falta de competencia objetiva" mediante un auto que es lo que viene a representar la resolución impugnada. Por eso ahora no es debatible si la calificación es correcta o no o si el Instructor debió haber rechazado esa acusación: 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, ha movido al Juzgado de lo Penal a elevar el conocimiento a la Audiencia. No puede controlarse la corrección de la acusación. Por eso podemos prescindir del examen de los escritos de calificación que inicialmente se habían recabado para decidir el recurso. Basta con comprobar que el juicio oral se abre por un delito penado en el art. 250 CP.

Esa pretensión acusatoria, habiendo superado los filtros procesales, 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 es una de las muchas que abonan 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 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".

Consideraciones similares podemos leer en 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).

Voto particular.

1.- La actuación procesal que determina nuestra intervención viene constituida por la siguiente secuencia:

a) El Juzgado de instrucción, en el marco del procedimiento abreviado, abrió juicio oral considerando los hechos constitutivos de un delito de estafa y declarando competente para el enjuiciamiento al juzgado de lo penal;

b) el Juzgado de lo penal emplazó a las partes a clarificar su calificación y la acusación particular advirtió de que el delito que imputaba era el del tipo agravado del artículo 250.1 del Código Penal por gravedad del perjuicio, pero sin modificar el hecho atribuido, que cuantificaba aquel perjuicio en poco más de 14.000 euros;

c) entonces el Juzgado de lo penal decide **exponer** a la Audiencia que, dado el tipo erigido en título de condena considere si es ella la que debe enjuiciar y

d) la Audiencia provincial resuelve **no aceptar la sugerencia** del Juzgado de lo penal, considerando que éste no debe rectificar la decisión del Juzgado de instrucción sobre competencia, **dado el hecho atribuido** y no obstante la errónea calificación del mismo como tipo agravado de estafa.

2.- Es esta resolución de la Audiencia la que es traída ante nosotros como objeto de recurso de casación. Y en mi opinión, **el recurso no debió admitirse por no ser recurrible en casación.**

Estimo que la inadmisión respondería a las siguientes consideraciones.

a) El recurso de casación, como recurso extraordinario, **solamente** es admisible en los **casos expresamente previstos** en la ley. Así deriva del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable por razón del tiempo, y conforme al cual **solamente** cabe recurso contra los autos de las Audiencias por infracción de ley cuando sean definitivos. Son definitivos los de sobreseimiento libre por no ser el hecho constitutivo de delito. Lo que, en tal particular, no varía conforme a la redacción actual del precepto.

(Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada).

Ciertamente es doctrina constitucional pacífica que, cuando está previsto un determinado recurso, la interpretación de los supuestos de su admisión sea la más favorable a la acomodación del caso a la hipótesis legal que lo establece, pero no que deba ampliarse también el censo de dichos casos.

b) En relación al procedimiento abreviado el Pleno de esta Sala segunda adoptó el acuerdo de 9 de febrero de 2005, en el que estableció que eran recurribles en casación: Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1) Se trata de un auto de sobreseimiento LIBRE. 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. 3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Obviamente la hipótesis que dio lugar a ese acuerdo es ajena a la que nos ocupa.

c) Ciertamente, además de aquella genérica previsión de la ley de enjuiciar, existen en la misma otras **normas específicas para determinadas incidencias referidas a la competencia**. Pero **ninguna de ellas es aplicable** a la premisa procesal antecedente de la decisión ante nosotros ahora recurrida en la que ni está ni puede estar empeñada disputa entre órganos jurisdiccionales.

c´).- El artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el supuesto de una resolución de inhibición que, conforme al párrafo segundo de ese artículo. Es una de las formas de **promover competencia** para lo que la legitima el artículo 19 de la misma. No tiene ahí encaje la resolución objeto de recurso ya que la Audiencia ni pretendió, ni le incumbía, promover competencia, según deriva del artículo 52 de la ley orgánica del Poder Judicial.

c´´) En otros casos se prevé la casación contra la decisión del superior común que resuelve una cuestión efectivamente sostenida entre diversos órganos. Son los casos de los artículos 31, 32 y 43.

c´´´) En otros se declara recurrible en casación si uno de los órganos, entre los que se suscita o se pretende que se suscite cuestión, hace dejación de la pretensión de asumir la competencia: artículos 35, 37 y 40.

En todos esos casos se trata de **cuestiones planteadas o que se pretenden plantear**. Pero la cuestión ni siquiera puede suscitarse cuando se trata de dilucidar si la competencia se atribuye a uno u otro órgano entre los que existe jerarquía. Prevalece la decisión del superior. Por ello, no existe analogía alguna entre las hipótesis de los citados artículos y el supuesto que nos ocupa que sí se refiere a una decisión de atribución competencial a un órgano subordinado, con el que quien dicta la resolución recurrida, ni plantean ni podría plantear cuestión de competencia.

d).- El artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco del procedimiento abreviado, regula la posibilidad de que un Juzgado de lo penal remita una exposición por la que le someta a las Audiencias la eventual asunción por ésta del enjuiciamiento de una causa y que **no podrán considerarse cuestiones de competencia**. Así dice: 2.ª Ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal por plazo de un día, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

El Secretario judicial dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo de dos días y, luego de oídos todos, el Tribunal, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juez que la haya expuesto para su cumplimiento.

Contra dicha resolución **no cabe recurso devolutivo alguno**. Desde luego no está prevista la posibilidad de la casación. Se trata de una resolución interlocutoria, no definitiva.

e) Cuando se suscitan **cuestiones previas**, entre ellas la de competencia del que está conociendo del juicio al comienzo de las sesiones del juicio oral, su resolución **no admite recurso alguno** (artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

f) Cuando en conclusiones definitivas, **durante las sesiones del juicio oral** por procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo penal, las acusaciones califiquen los hechos como delito con pena que exceda de la competencia de éste, procederá el mismo a declararse incompetente y se remitirán las actuaciones a la Audiencia. Artículo 788.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Audiencia habrá de concluir el juicio necesariamente por sentencia. Aunque sea discrepando de la decisión del Juzgado de lo penal. Sin perjuicio, claro del recurso de casación que sí sea admisible contra la sentencia, que si podrá calificar el hecho como no constitutivo de un delito considerado por el juzgado de lo penal.

g) No cabe, en general, recurso ordinario alguno contra las resoluciones de la Audiencia, resolviendo un recurso devolutivo contra la decisión del Juzgado, ni siquiera cuando la de éste es sentencia y la de aquélla se dicta en apelación. El de casación, en la redacción ahora vigente, cabe solamente en los casos del artículo 847, según se establece en su artículo 792 la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambos en su actual redacción. En la redacción anterior, aplicable al caso, ni siquiera éste. Respecto de los autos, ya dijimos, cabía en los casos del acuerdo plenario del Tribunal Supremo antes citado.

h) El artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena muy nítidamente que cuando un órgano determina que otro que le está subordinado debe conocer de un asunto, contra tal decisión del superior **no cabe recurso alguno**.

i) Como alguna STS ha dicho, el auto de la Audiencia puede considerarse que, más que decidir sobre la competencia, tiene como efecto añadido inescindible una especie de sobreseimiento parcial, en cuanto al delito considerado para remitirle a aquélla el conocimiento de la causa. Éste se circunscribiría al título de la imputación de menor entidad. Pero eso ocurre siempre que los órganos jurisdiccionales decidan en el mismo sentido rechazando una acusación más grave que la aceptada como objeto del juicio. Y, obviamente, nunca se ha postulado que, por ello, deba abrirse el cauce de la casación contra la decisión al respecto de los tribunales de la instancia.

3.- Ciertamente en la Jurisprudencia de esta Sala cabe distinguir dos hipótesis:

a) En los casos en los que la Audiencia había sido declarada competente por el Juzgado de Instrucción al abrir el juicio oral, ha venido manteniendo una interpretación que declaraba admisible la casación cuando, sin previa intervención del Juzgado de lo penal al respecto, la Audiencia decidía **de propia iniciativa** dejar sin efecto la decisión del Juzgado de instrucción remitiéndole la Audiencia al Juzgado de lo penal las actuaciones para que procediera a conocer de su enjuiciamiento (vid SSTS nº 235/2016 de 17 de marzo, 502/2015 de 28 de julio; 286/2013 de 27 de marzo y 995/2013 de 2 de diciembre).

No es este el caso que ahora decidimos en el recurso en el que emito este voto, en el que no se expone criterio en relación a tales supuestos.

b) Los casos en que el auto de apertura de juicio oral declara competente al juzgado de lo penal. La devolución del asunto por la Audiencia al Juzgado de lo penal no es ya por propia iniciativa de ésta, sino **como respuesta** cuando el juzgado de lo penal se la remite anteriormente, pese a haberle declarado competente el juzgado de instrucción al abrir el juicio oral.

Estas hipótesis, se postule o no diversidad de respuesta, no son asimilables. Porque en aquellos casos del grupo a) la Audiencia, con poco comprensible actitud, entra a revisar la decisión del único órgano competente para determinar el objeto del proceso en el enjuiciamiento que la propia ley declara irrecurrible y que, por ello, es ab initio firme. Tal competencia, se comparta o no la decisión del legislador, en el procedimiento abreviado viene conferida al juez de instrucción. En el caso a que se refiere el grupo b), como en el que nos ocupa, lo que la Audiencia revisa es precisamente una resolución que también se adopta por un órgano que no corresponde —como es el Juzgado de lo penal— y que incurre en el mismo defecto a que se refieren los casos de grupo a). De ahí que, como veremos, la inadmisibilidad del acceso a la casación, por lo que tiene de decisión meramente interlocutoria, en esta segunda clase de decisiones de la Audiencia parece, si cabe, más indiscutible.

Sin embargo, alguna añeja sentencia de esta Sala, como la de 11 de diciembre de 1993, resolviendo un recurso de queja, recondujo la naturaleza de esta cuestión al contenido del derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley. En aquel entonces no se había consolidado todavía la doctrina constitucional que distingue nítidamente entre las cuestiones de competencia y la de vulneración de ese derecho fundamental.

Parece oportuno dejar establecido que no es doctrina constitucional, que deba admitirse como pacífica, el pretendidamente conocido como **principio general en favor de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales**, que también sirvió de anclaje a aquella pretensión del Tribunal Supremo de 1993 para incidir en la dirimencia de tales problemas a medio del recurso de casación.

Menos, si cabe, cuando la norma que regula la admisibilidad de la casación establece el principio general, ahí sí de manera expresa, de no admisibilidad fuera de los específicos casos que la ley expresamente lo prevea.

Pues bien, aunque las particularidades de los casos de las citadas sentencias del Tribunal Supremo pueden hacer discutible, pero admisible, la solución en el caso concreto, estimo más adecuado afirmar con carácter general la inexistencia de tal impugnabilidad general, de la casación que no puede entenderse como excusa para asumir competencia casacional allí donde el legislador decidió excluirla. Más, si cabe, cuando lo hace de manera expresa, como ocurre en los casos del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al que tanto se adecua el que nos ocupa.

Entre las resoluciones del Tribunal Supremo más recientes, referidas a estas segundas hipótesis, en la misma línea, pero con matices de los antecedentes del caso, podría citarse la STS nº 673/2013 de 17 de septiembre. Así en ésta concurre la singularidad de que la decisión recurrida en casación contravenía otra previa decisión de la misma Audiencia (aunque de otra sección) aceptando la competencia una vez que le fuera remitida la causa por el juzgado de lo penal.

En ese caso, que recayó en el recurso nº 242/2013, la Audiencia asumió inicialmente la competencia de la que hizo posterior dejación. Una vez decretada la apertura del juicio oral por varios delitos y contra varias personas, se remitió la causa al Juzgado de lo Penal, planteándose por las defensas, como cuestión previa al comienzo de las sesiones de la vista, la falta de competencia del Juzgado para el enjuiciamiento de los hechos quien la declinó a favor de la Audiencia. Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera, que dictó resolución aceptando la competencia. No obstante, posteriormente, por la Sala se suspendió el juicio y se dictó auto acordando remitir nuevamente las actuaciones al Juzgado de lo Penal para que proceda a enjuiciar "exclusivamente" los hechos recogidos en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

Ciertamente en ese caso se reconoce como norma que la impugnación casacional de un auto está condicionada por el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a que exista una previsión legal que autorice el recurso. Pero se entendió que el párrafo 4º del artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habilita la interposición del recurso de casación contra los autos de las Audiencias fijando la competencia. Y se proclama el principio general a favor de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales, por lo que las afirmaciones de irrecurribilidad que pudieran expresarse en la Ley han de ser interpretadas con carácter restrictivo. Lo que, como antes expuse, no estimo acertado.

En el caso de la STS nº 594/2013 de 4 julio, cuyo objeto era un supuesto del grupo b) que ahora examinamos, la iniciativa del Tribunal partía de la tutela del derecho de defensa que estimó dañado a la vista del contenido del auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado y posterior escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal en el que se comprenden hechos que no se recogieron en aquel auto y que serían los determinantes de la competencia objetiva de esta Sala. Por más que se añadió doctrina sobre el alcance del artículo 52 a favor de la admisibilidad del recurso según doctrina jurisprudencial previa.

Entre las más recientes cabe citar también la 235/2016 de 8 de marzo, que argumenta que 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.

4.- *Por la necesidad de acudir, cuando menos, a la matización de ambas hipótesis, estimo oportuno que debería haberse rechazado la admisión del recurso. Incluso, de mantenerse que existen demasiadas sentencias admitiendo la casación, también en casos plenamente comparables al ahora objeto de nuestra decisión.*

*Estima la mayoría que ante el panorama que evidencia los repertorios jurisprudenciales **no se estima que concurren razones para variar ahora y al amparo de este asunto esa asentada doctrina jurisprudencial** que la Sala de instancia demuestra conocer (como acredita su ponderada decisión de dar curso a la casación).*

*En efecto, pese a la opinión de la mayoría en este asunto, considero que nunca es inoportuno rectificar una doctrina, quienquiera sea su valedor, reponiéndola a la adecuada observancia del **principio de legalidad**. Siquiera por la relevancia general que supone en relación a **vigencia y efectividad de valores propios de un estado democrático**, que impide que los diversos poderes extravasen el ámbito de la función y potestad que les corresponde. Y es que se pudiera correr el riesgo de esa extravasación si la interpretación de un conjunto normativo abandona el estrecho ámbito cognitivo que le es propio para insinuare ya dentro del que tiene naturaleza más bien volitiva.*

Por ello, no habiendo decidido, cuando menos, someter la cuestión para su debate en Pleno por esta Sala, me veo obligado a dejar expuesto como voto particular lo que es mi parecer al respecto: que, sin perjuicio del acierto o desacierto de la Audiencia en cuanto al fondo (en lo que concuerdo con mis compañeros en este caso), no debió admitirse a casación su revisión.



BIBLIOGRAFÍA

ESCOBAR JIMENEZ, R., *Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la ley 41/2015, de 5 de octubre*, en “Revista del Ministerio Fiscal”, nº 2, 2016, págs. 38 y ss.

GRANADOS PÉREZ, C. “*Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia*”, editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 216.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia*, en Revista “La Ley”, nº 8907, de 24 de enero de 2017.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, editorial Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, págs. 550 y siguientes.

