

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 263/2021**

Fecha de sentencia: 23/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3946/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2021

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

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 2

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

Transcrito por: IPR

Nota:

\*

RECURSO CASACION núm.: 3946/2019

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

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 263/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 23 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3946/2019 interpuesto por \_\_\_\_\_ en calidad de Acusación Particular, representados por la Procuradora Sra. D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y bajo la dirección letrada de D. \_\_\_\_\_ contra el *Auto nº 26/2019, de fecha 27 de junio de 2019 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*, en Rollo de Sala de Procedimiento Abreviado nº 16/2018, procedente de las Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado) nº 62/2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que acordó estimar la declinatoria de jurisdicción promovida, y acordar la inhibición a favor de la Audiencia Provincial de Barcelona. Han sido partes recurridas \_\_\_\_\_ representado por el procurador D. \_\_\_\_\_ y bajo la dirección letrada de \_\_\_\_\_; Jaime, Laureano y Sofía representados por el procurador Sr. D. \_\_\_\_\_ y bajo la dirección letrada de D. \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ representado por el procurador Sr. D. \_\_\_\_\_ y bajo la dirección letrada de D. \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ representado por la Procuradora Sra. D.<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ y bajo la dirección letrada de D. \_\_\_\_\_. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 5 instruyó Diligencias Previas nº 62/15 contra \_\_\_\_\_, DON \_\_\_\_\_, DON. \_\_\_\_\_. Una vez concluidas las remitió al Juzgado Central de lo Penal que, a su vez, y tras ciertas vicisitudes, lo llevó a la Sala de lo Penal de la *Audiencia Nacional (Sección Segunda) que en su Rollo (PA nº 2/19) dictó Auto de fecha 27 de junio de 2019* que contiene los siguientes **Hechos:**

"ÚNICO: Con fecha 10/06/19 se celebró vista de declinatoria de jurisdicción solicitada por las representaciones de \_\_\_\_\_, interesando la inhibición en favor de los Tribunales de Barcelona el enjuiciamiento de la causa, oponiéndose el Ministerio Público y \_\_\_\_\_, informando en apoyo de sus pretensiones".

**SEGUNDO.-** El citado Auto contiene el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- ESTIMAR la declinatoria de Jurisdicción solicitada por las representaciones de: \_\_\_\_\_, acordando la inhibición a favor de la Audiencia Provincial de Barcelona, por ser ésta la competente para el conocimiento de la presente causa, con declaración de Oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

**TERCERO.-** Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por la Acusación Particular que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose

el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos en nombre de \_\_\_\_\_.**

**Motivo primero** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del *art. 852 LECrim* y del *art. 5.4 LOPJ* , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1 CE* en su vertiente del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes. **Motivo segundo**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del *art. 852 LECrim* y del *art. 5.4 LOPJ* , por vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley del *art. 24.2 CE* . **Motivo tercero**.- Por infracción de ley, al amparo del *artículo 849.1º LECrim* , por indebida aplicación del *art. 14 LECrim* e inaplicación indebida del *art. 65.1 LOPJ* .

**CUARTO** .- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto **adhiriéndose al mismo y apoyándolo en su integridad** ; la representación legal de las partes recurridas \_\_\_\_\_, impugnaron todos los motivos del recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO**.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 17 de marzo de 2021.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Nos enfrentamos a una situación procesal que, no siendo frecuente, tampoco puede tacharse en absoluto de anómala. De cualquier forma, ese *salirse* de los *moldes* habituales, aconseja iniciar su abordaje dibujando el escenario procesal en que recae la resolución atacada. Algunos de los motivos de casación tienen un predominante componente procedimental.

La causa fue instruida por un Juzgado Central de Instrucción por tratarse de hechos cometidos en el extranjero, en concreto en Brasil: *art. 65.1.e) LOPJ* . Se ajusta su tramitación a la normativa del procedimiento abreviado. Se abrió el juicio oral contra diversas personas físicas y jurídicas -algunos nacionales, otros extranjeros-, ante el Juzgado Central de lo Penal, tal y como solicitó la acusación pública. La acusación particular, en cambio, conforme a la penalidad interesada ( *art. 74 CP* ), reclamó que el enjuiciamiento se llevase a cabo por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, petición a la que se acogería el Juzgado Central de lo Penal para sugerir a tal Sala que asumiese la competencia.

Con carácter previo, ante el propio Juzgado Central, se promovió como incidente una *declinatoria de jurisdicción* (no analizamos ahora si era viable o no en ese momento ese debate que desborda lo que es una estricta cuestión de competencia -que es lo contemplado en el *art. 666.1- para sumergirse en problemas más sustantivos que procesales -aplicación de la Ley Penal* en el espacio-). Se pedía que se declarase la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de acusación sucedidos fuera del territorio nacional, por no concurrir ninguno de los supuestos que conforme al *art. 23 LOPJ* permiten la extraterritorialidad de la ley Penal nacional.

La desestimación de la cuestión por parte del Juzgado Central dio lugar a sendos recursos de apelación que serían desestimados por la Sección 4ª de la Sala de

lo Penal de la Audiencia Nacional (Autos 68/2019 y 69/2019, ambos de 1 de febrero), confirmando la respuesta negativa del juzgado en virtud de variados argumentos que no son del caso exponer con detalle. A los efectos que aquí interesan, solo es preciso destacar que el Auto entendía que algunos tramos o acciones determinantes de las tipicidades sostenidas por las acusaciones se habían llevado a cabo en territorio español. El principio de territorialidad se convertía así en el argumento clave, sin llegar a desprejiciarse los principios de personalidad o de justicia universal (*art. 23 LOPJ*). Importa subrayar que ese auto no fue impugnado en casación (recurso que no cabía) y que, obviamente, ni causa cosa juzgada, ni zanja definitivamente la cuestión solventada, en tanto no es propiamente un tema de competencia dentro de la jurisdicción nacional, única cuestión que, una vez decidida, no puede reproducirse en el plenario (*art. 678 LECrim*) y que, justamente por ello, permite un anticipado acceso a casación (*art. 676.3º*). *Sí que hubiera sido susceptible de casación una resolución acogiendo la excepción de falta de jurisdicción (actual art. 848 LECrim que convierte en criterio legal lo que venía admitiendo la jurisprudencia).*

Esta consideración sitúa esos dos autos en el lugar que les corresponde a la hora de resolver la cuestión de competencia interna que nos toca ahora abordar. Su papel aparece en cierta medida hiperbolizado o exacerbado en el argumentario de recurrente y recurridos; así como en el Auto que es sometido ahora a la censura casacional. Esas resoluciones rechazaron una excepción de forma preliminar y con un valor meramente provisorio. Sus menciones carecen de cualquier fuerza de cosa juzgada. No vinculan -tampoco al Tribunal de enjuiciamiento-; ni están las partes obligadas a atenerse a las consideraciones fácticas o jurídicas que llevaron a ese pronunciamiento con un valor relevante (permite entrar en el juicio oral), pero provisional (no excluye volver a discutir en el plenario sobre el tema dilucidado).

**SEGUNDO.-** Pues bien, tomando como punto de arranque lo decidido en tales Autos acerca del principio de territorialidad como elemento primario para afirmar la competencia de la jurisdicción española, las partes pasivas promovieron ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nueva declinatoria de jurisdicción con un contenido, esta vez, más ortodoxo: una cuestión de competencia interna. Si las infracciones objeto de acusación habían sido cometidas en parte en España, y en concreto en Barcelona, la competencia habría de diferirse a la Audiencia Provincial de tal Capital.

El alegato, sin duda, es muy poco coherente con lo que venían a sostener algunas defensas en el incidente previo (no podía afirmarse la competencia de los Tribunales españoles pues todo había sucedido en el extranjero). Pero es legítimo desde la perspectiva de una estrategia defensiva que puede utilizar argumentos encadenados de forma que unos solo se hacen valer si son desestimados los anteriores, con los que no guardan coherencia. No puede hablarse de mala fe procesal; y mucho menos activar el mecanismo con aire sancionador del *art. 11.2 LOPJ*. Acompaña toda la razón a la recurrente cuando señala esas contradicciones rescatando y resaltando algunos párrafos de escritos anteriores de las defensas. Ya lo hizo con encomiable dedicación en su muy documentado alegato oral en la vista del incidente. Son muy efectistas esas patentes incoherencias o abiertas contradicciones. Sirven como argumento dialéctico; pero no levantan un dique frente a la posibilidad de suscitar esta cuestión, una vez fue rechazada la que interesaron con carácter prioritario. Ni siquiera necesitaban aludir a esa nueva situación jurídica en que quieren encontrar una plataforma sobre la que levantar su nueva posición procesal.

Tras la celebración de una vista (se supone que con la base del *art. 673*

*LECrim* ) la Audiencia ha dictado *Auto fechado el veintisiete de junio de 2019 declinando la competencia en favor de la Audiencia Provincial de Barcelona* . Entiende que ese es el Tribunal competente para juzgar de los hechos.

Es esta la resolución contra la que se dirige el recurso de casación que, interpuesto por la acusación particular, ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal articulando de ese modo una pretensión impugnatoria adhesiva que guarda armonía con su posición en la instancia.

**TERCERO.-** Pueden ser discutibles algunos de los trámites seguidos que se acaban de describir en trazos gruesos. Pero no se aprecia ninguna deficiencia procesal de fuste.

En el procedimiento abreviado se puede debatir sobre la competencia como cuestión previa en la audiencia preliminar incrustada al comienzo del plenario (*art. 786 LECrim*). Si bien el momento procesal adecuado es el inicio de las sesiones del juicio oral, razones de operatividad, que, por otra parte, vendrían autorizadas por el *art. 45 LECrim* (*Las declinatorias se sustanciarán como artículos de previo pronunciamiento*), pueden aconsejar anticipar el momento de planteamiento y resolución sin esperar al inicio del juicio y dotándolo de alguna autonomía, especialmente cuando presenta una cierta complejidad que exige estudio y que, en su caso, puede abortar la continuación del juicio. Las limitaciones temporales del *art. 19.6º LECrim* no parecen proyectables al procedimiento abreviado.

Además, con independencia de ello, si el Tribunal puede plantear de oficio cuestiones de competencia (*art. 24 LECrim*), las debe poder promover también a sugerencia de alguna de las partes (*STC 206/1991, de 30 de octubre*). La *STS de 17 de febrero de 1995* , por su parte, no vacila al afirmar que la cuestión de competencia, por inhibitoria o declinatoria, puede proponerla cualquier parte, ya en la instrucción, ya en fase de juicio oral.

La doctrina estima que el planteamiento de cuestiones de competencia en los procedimientos por delito distintos del ordinario no debe entenderse ineludiblemente constreñido a los momentos especialmente previstos al efecto en tales procesos. Admitido ésto, si se trata de una declinatoria, su tramitación vendrá condicionada por la remisión contenida en el *art. 45 LECrim* . Algún precedente es más estricto en cuanto al momento (*vid. STS de 17 de febrero de 1995*: en el procedimiento abreviado la declinatoria ha de plantearse como artículo de previo pronunciamiento pero en el turno de intervenciones al inicio del juicio oral; o *ATC de 29 de abril de 1997*). Pero en todo caso eso no tendría repercusión en este asunto más que en temas periféricos.

**CUARTO.-** En cuanto al recurso procedente, aún no siendo tema claro en la legislación precedente a la reforma de 2015 (que es la aplicable aquí a la vista de la fecha en que se incoó la causa) -*vid. art. 676* y su retorcida exégesis jurisprudencial- resulta hoy indiscutible que la decisión es impugnabile en apelación y casación. En la legislación previgente era la casación el recurso procedente (en concreto y para el procedimiento abreviado, *STS de 6 de julio de 1998*, al menos y sin duda, si la cuestión suscitada acababa con un auto de inhibición).

La *STS de 22 de julio de 1993* advierte, que la competencia territorial ha de llegar resuelta al juicio oral. En ese momento ha de considerarse precluida la posibilidad de impugnar la competencia. No es acertada tal indicación, si la

entendemos sin modulación alguna, proyectada al procedimiento abreviado. Cosa distinta es que, como apunta el *ATS de 15 de noviembre de 1990*, por razones elementales sea muy conveniente plantear y resolver la competencia antes del juicio. Y que la legislación contemple un momento preclusivo para las partes; pero no para el Tribunal (*art. 19.3º LECrim*).

La interpretación elástica se ha extendido en la jurisprudencia al resto de partes. La *STS de 28 de junio de 1991* indica en este sentido: "Es cierto que aún cuando la LECrim establezca restricciones en el tiempo para promover cuestiones de competencia, con excepción hecha del Ministerio Fiscal, en cuanto defensor constitucional de la legalidad (cfr. *art. 124 CE*), los interesados pueden poner de manifiesto tanto al órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto como al que se considere competente o al propio Ministerio Fiscal las razones que a juicio de esa parte existan para entender que la competencia está mal asumida por uno y otro órgano y, qué duda cabe, que, entendiéndolo así, el Tribunal habrá de proveer lo necesario para que se restablezca el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, puesto que se está en presencia de una cuestión de orden público procesal. La diferencia radica en que, propuesta en tiempo y forma la cuestión de competencia por la parte, es obligado actuar como establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras en los demás casos se trata de un supuesto que puede, si el órgano judicial lo estima procedente, dar lugar a actuar de forma tal que conduzca, como ya se dijo, a un conocimiento por parte del juez que conforme a la ley haya de ser competente".

**QUINTO.-** Tras este acercamiento puramente preliminar, pasamos a examinar los motivos articulados en el recurso de casación. Primeramente se invoca el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*). Se dice que existen siete resoluciones judiciales, ya firmes, que afirmaron la competencia de la Audiencia Nacional. Se van enumerando una a una, desde al Auto de admisión de la querrela inicial, hasta los Autos de la Sección 4ª antes mencionados.

Hay resoluciones judiciales que, por definición, son variables, pese a haber alcanzado firmeza. Un auto de prisión no impide, una vez pasado el plazo para recurrir, una solicitud interesando su modificación. Sería extravagante contestar esa petición con una lección sobre el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales y la seguridad jurídica. Algunas disposiciones de la Ley establecen esa naturaleza esencialmente cambiante de determinadas resoluciones judiciales.

Aunque el ejemplo expuesto es muy caracterizado y visible, no otra cosa cabe predicar de las resoluciones sobre competencia (*vid. art. 15 último LECrim*) siempre obviamente con un límite temporal. Basta asomarse a los centenares de autos resolviendo competencias que dicta esta Sala cada año, para comprobar como muchos recaen en causas en que un juzgado ha venido sosteniendo su competencia, hasta que en virtud de nuevos datos, o por simple advertencia -un *caer en la cuenta*-, o por indicación de una parte, acaba por inhibirse, sin que obste a ello que anteriormente hubiese afirmado su propia competencia. Y es que, como proclama enfáticamente el *art. 8 LECrim*, *la jurisdicción criminal es siempre improrrogable*. Tal precepto, aunque hable impropriamente de la jurisdicción, se refiere más bien a la competencia según suelen convenir los comentaristas, a diferencia del *art. 9.6 LOPJ* que sí contempla en rigor la jurisdicción: juez o tribunal competente en materia penal es siempre el que la ley señala para cada causa concreta. No se admite pacto alguno entre las partes ni acto judicial del género que sea, que pueda modificar el criterio legal. Ni siquiera es factible una renuncia al fuero personal (*ATS 13 de abril de 1999*

).

La improrrogabilidad de la jurisdicción penal supone la inderogabilidad de las normas sobre competencia en materia penal y su consideración como *ius cogens*. Comporta no solo la exclusión del instituto de la sumisión, sino también la obligación del órgano judicial en cualquier estado de la causa de examinar su propia competencia, tanto objetiva, como funcional y territorial. Que las defensas en escritos anteriores hayan venido a sostener que los delitos se cometieron fuera de España, no les cierra el paso a defender ahora -y mucho menos al órgano jurisdiccional- que la competencia es de la Audiencia de Barcelona. Lo que, por otra parte, podría afirmar la Audiencia Nacional aunque no contase con el respaldo de ninguna de las partes.

El *art. 25 LECrim* constituye un desarrollo de ese principio general:

*"El Juez o Tribunal que se considere competente deberá promover la competencia.*

*También acordará la inhibición a favor del Juez o Tribunal competente cuando considere que el conocimiento de la causa no le corresponde, aunque sobre ello no haya precedido reclamación de los interesados ni del Ministerio Fiscal.*

*Los autos que los Jueces municipales o de instrucción dicten inhibiéndose a favor de otro Juez o jurisdicción, serán apelables, observándose en este caso lo dispuesto en el último párrafo del art. 12. Contra los de las Audiencias podrá interponerse el recurso de casación".*

Tal prescripción es secuela del principio de improrrogabilidad de la competencia en materia penal, lo que comporta la obligación del Juez o Tribunal de plantearse de oficio la propia competencia -incluida la territorial-, sin necesidad de previa reclamación de parte y, en su caso, adoptar las resoluciones que sean procedentes en ese orden. Ahí se funda la posibilidad de casación contra esos autos también en el ámbito del procedimiento abreviado. Frente a los Autos de las Audiencias Provinciales en ese procedimiento acordando la inhibición debe admitirse la casación por aplicación del *art. 25 LECrim*. También cuando esa resolución - inhibición- se adopta al resolver una cuestión previa planteada al inicio del juicio oral por una de las partes (art. 786.2).

Que la competencia se haya afirmado antes no impide su replanteamiento en tanto no exista una resolución que provenga de órgano cuyo criterio sea legalmente vinculante (Tribunal Supremo: *STS 413/2008, de 30 de junio* que se invoca en el recurso, pero que, por ese preciso dato no resulta de aplicación aquí pues no existía previa resolución de este Tribunal sobre la competencia). En ese caso, incluso quedaría abierta la posibilidad de nuevas variaciones o acomodaciones de la competencia si obedecen a la aparición de nuevos elementos o hechos que cambian las bases sobre las que se decidió (en hipótesis que, desde luego, será insólita).

Aquí, aunque no existiesen esos Autos de la Sala de lo Penal analizando la competencia de la jurisdicción española e insinuando la comisión de los delitos en España (en afirmación que tampoco vincula: es provisional, según se ha dicho ya), era procesalmente factible el planteamiento de la cuestión (la defensa no está legitimada para plantearla mas que llegada la fase intermedia) y su resolución en sentido diverso al que venía siendo afirmada.

La falta de competencia territorial debe hacerse valer en el momento procesal

de las cuestiones previas, como indica la *STS 395/2002, de 7 de marzo* :

"La parte recurrente, que ahora invoca la falta de competencia territorial de la Sala sentenciadora, no utilizó mecanismo alguno, suscitando cuestión de competencia durante la instrucción, de conformidad con lo dispuesto en los *arts. 19 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , o por medio de remisión a lo prevenido en el art. 782 para el procedimiento penal abreviado, ni lo llevó tampoco como cuestión previa al acto del juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 45 y 793.2 [actual art. 786.2] de la Ley adjetiva penal, aun cuando este último precepto dispone de forma literal que, en un turno de intervenciones, las partes pueden exponer lo que estimen oportuno acerca de, entre otros extremos, "la competencia del órgano judicial". Nada de ello hizo el ahora recurrente, no formulando alegación alguna en dicho trámite, ni anteriormente.

Como hemos dicho en nuestra *STS de 29 de diciembre de 2000* , una vez comenzado el juicio oral, ya no es posible la inhibición por declinatoria, únicamente prevista para la competencia objetiva en el *art. 793.8 [actual art. 788.5] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .".

Se reconoce expresamente dicha posibilidad en la *STS 459/2001 de 26 de marzo* : "es posible plantear en el trámite de las cuestiones preliminares a que se refiere el *art. 793.2 [actual art. 786.2] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* la discrepancia con la competencia territorial del órgano judicial que va a conocer del enjuiciamiento, ya que suprimido en este procedimiento el trámite autónomo de los artículos de previo pronunciamiento previsto para el procedimiento ordinario, la parte no ha dispuesto de otro momento procesal específico para plantear la declinatoria de jurisdicción".

### **El motivo es inacogible.**

**SEXTO.-** El motivo segundo se ampara en la *perpetuatio iurisdictionis* con argumentación estrechamente ligada a la del motivo anterior. Abierto el juicio oral, no sería posible variar la competencia.

Innecesario resultaría ahora, remitir a las bases de datos jurisprudenciales para comprobar como en procedimientos abreviados es relativamente frecuente que se produzcan variaciones en la decisión sobre competencia ya abierto el juicio oral: asuntos que pasan del Juzgado de lo Penal a la Audiencia Provincial, y viceversa; sin excluir casos en que es la competencia territorial u objetiva lo que se discute. Aquí mismo, y en virtud de la posición de la acusación particular ahora recurrente, la competencia fijada en el auto de apertura del Juicio oral en el Juzgado Central de lo Penal se ha traspasado a la Sala de lo Penal, sin que el mentado principio haya supuesto obstáculo para ello.

El principio de la *perpetuatio iurisdictionis* incide en situaciones diferentes: cambios objetivos sobrevenidos tardíamente, que podrían incidir en la competencia objetiva. Así, pérdida de la condición de aforado (no, en cambio, la situación inversa: Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014, que estimó que el efecto de la *perpetuatio iurisdictionis* en favor del Tribunal concernido queda definitivamente fijado cuando concluida la instrucción, el Juez Instructor acuerda la apertura del Juicio Oral: la *STS 869/2014* desarrolla los argumentos que permiten llegar a esta conclusión); modificación de conclusiones tras la práctica de la prueba en el juicio oral; variaciones legales de la penalidad o de las normas de competencia... no



necesariamente afectarán a la competencia ya fijada cuando está abierto el juicio oral en virtud precisamente de tal principio. Pero lo que no permite sostener tal principio procesal (cuya aplicación, en rigor, precisa de una previsión legal específica) es que, abierto el juicio oral, queda prohibido dudar de la competencia. Eso sería tanto como privar de todo contenido a la previsión del *art. 786.2 LECrim* que permite suscitar como cuestión previa en el procedimiento abreviado una cuestión de competencia.

Buena parte de los precedentes que invoca en su apoyo el recurso contemplan situaciones de las que se acaban de enumerar y que son radicalmente distintas de la que ahora se analiza.

A estos efectos, y siempre que no existe una decisión del Tribunal Supremo, es indiferente que la competencia se hubiese afirmado una o varias veces. El número de ocasiones no refuerza procesalmente una decisión.

**SÉPTIMO.-** No es posible, por fin, entender violado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. No toda cuestión de competencia tiene relevancia constitucional: si fuese así, el TC se convertiría en el órgano llamado a resolver todos los conflictos de competencia. Lo explicó muy bien en la vista del incidente la dirección letrada de la Acusación Particular, cuando esa misma invocación del *art. 24.2 CE* en auxilio de la propia posición procesal apareció en boca de las defensas (que ahora, en casación, vuelven a la postura ortodoxa). Eso sería tanto como entender que cualquier problema de interpretación de un tipo penal se convierte en un problema constitucional vinculado al principio de legalidad del *art. 25 CE* y por tanto llamado a ser resuelto por el TC.

La tesis que conecta todo problema de competencia con el *art. 24 CE* está desacreditada por la jurisprudencia. Una discrepancia sobre el órgano jurisdiccional que ha de enjuiciar el asunto es un problema de legalidad. No es apto para provocar una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Las *SSTS 664/2017, de 11 de octubre*, y *389/2018, de 25 de julio*, lo indican claramente, previendo una sola excepción: cuando el cambio de órgano judicial se realiza arbitrariamente: La *STS 664/2017* dice en su FJ 1º: "según constante doctrina de esta Sala de casación y también del Tribunal Constitucional, la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Y dicho derecho no resulta vulnerado cuando se trate de un mero deslinde y amojonamiento de distintos y colindantes ámbitos de actuación en hipótesis polémicas o en situaciones problemáticas, no suponiendo por tanto la ruptura deliberada del esquema competencial ( *STC 35/2000*, *93/1998*, *ATC 262/1994, de 3 de octubre*, *STS de 15-3-2003, núm. 370/2003* e igualmente podemos añadir en consonancia con la *STS. 25.2.2010* ) que las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al juez predeterminado por la Ley. (...) El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al Órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la *Sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero* ". La *STS 389/2018*, en su FJ 1º reitera idénticos argumentos citando, además, la *STC 191/2012, de 12 de diciembre* .

**OCTAVO.-** Queda por abordar el tercero y último motivo que aterriza de

forma específica en el problema de legalidad que se ventila: ¿a quién corresponde la competencia para conocer de los hechos? ¿Prima la competencia objetiva de la Audiencia Nacional o la territorial que nos lleva a la Audiencia de Barcelona?

Nótese que son dos órganos jurisdiccionales en plano de horizontalidad. No hay primacía de ninguno de ellos; pese a que la competencia de uno se fija por criterios objetivos (Audiencia Nacional) y la del otro en clave de territorialidad (Audiencia Provincial). Todo cambiaría si estuviese implicado un fuero personal (criterio de personalidad) que desplaza de la atribución de competencia tanto a la Audiencia Nacional como a la Provincial, otorgando siempre prevalencia al fuero.

La fijación de la competencia exige conocer qué delito se atribuye, qué delito es objeto de investigación y/o enjuiciamiento (en el caso de los aforados, contra qué personas se dirige la investigación). En muchos supuestos la cuestión es fácil de delimitar. Aparecen con claridad desde el inicio del proceso el tipo de delito y los eventuales responsables. En otros, la cuestión se presenta de manera turbia lo que exige aportar unos criterios de decisión. Y el tema se puede complicar si se advierte que la delimitación del objeto del proceso se realiza progresivamente y de manera evolutiva. La visión jurídica del objeto del proceso -un hecho con apariencia delictiva- se puede ir modificando o perfilando a medida que avanza la investigación e incluso en los tramos finales del proceso (piénsese en la modificación de conclusiones).

Una premisa clara es que el objeto del proceso penal no viene constituido por los hechos realmente sucedidos, respecto de los cuales no va a existir certeza jurídica hasta la firmeza de la sentencia; sino por los hechos que las acusaciones sostienen que han sucedido, siempre que su pretensión supere el filtro de una valoración indiciaria jurisdiccional (apertura del juicio oral). A ellos hay que atenerse para decidir la competencia condicionada por la naturaleza de las pretensiones deducidas por las partes ( *SS TS de 24 de marzo de 1992, 1382/1999, de 29 de septiembre, 1931/2000, de 7 de diciembre, 2220/2001, de 26 de noviembre o 976/2002, de 24 de mayo* ). Hay que estar al contenido de los escritos de calificación provisional. Como explica la *STS de 12 de diciembre de 1969 "para resolver la cuestión sobre la competencia del Tribunal que deba conocer del hecho enjuiciado, procede determinar cual sea este hecho enjuiciado y la calificación jurídica que merezca a las acusaciones, dado el principio acusatorio de nuestra ordenación procesal"* . Por eso, sigue razonando esa sentencia, no es correcto invocar la competencia de otro tribunal o juzgado sobre la base de trasladar la tipicidad jurídica a un área distinta de la formulada por las acusaciones. Esa razón llevará a la *sentencia de 22 de octubre de 1965* a atribuir la competencia al lugar de comisión de la falsedad que recogía en su calificación una parte acusadora, por más que ese delito no fuese considerado por el Fiscal: en la medida en que era el delito más grave de todos los que eran objeto de acusación había que estar a su lugar de comisión, no siendo factible adelantar a través de una cuestión de competencia el tema de si efectivamente se había cometido o no, lo que constituye precisamente lo que ha de dilucidarse tras el juicio.

Lo importante a efectos de decidir sobre la competencia es la pretensión penal tal y como viene articulada por las acusaciones y ha traspasado el auto de apertura del juicio oral. Sobre esos hechos (con independencia de que luego puedan probarse o no, o puedan surgir cuestiones diferentes) hay que proyectar las normas de competencia. Aquí están delimitados en los dos escritos de acusación (con algunas variaciones entre ellos) y en el auto de apertura del juicio oral.

Se acusa por dos delitos. Se han considerado conexos. Ambos vienen

integrados por diversas conductas encadenadas. La acusación Particular acude a la continuidad delictiva. Uno, un delito de corrupción entre particulares. El otro, un delito de estafa impropia por otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de tercero.

Para los delitos conexos cuyo enjuiciamiento conjunto es insoslayable (y así lo entienden aquí las acusaciones con el refrendo, de decisiones judiciales), el *art. 18 LECrim* establece criterios competenciales. Pero cuando uno de los órganos con competencia concurrente es la Audiencia Nacional hay una regla especial. La Audiencia Nacional atrae para sí la competencia para conocer del resto de infracciones conexas por disponerlo así el *art. 65.1º, párrafo último de la LOPJ*, que prevalece sobre los criterios del *art. 18 LECrim*.

A partir de 2005 para dilucidar la competencia interna se ha acogido el principio de ubicuidad (que desde siempre vino imperando en los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio). Juega ante la pluralidad de fueros comisivos territoriales. No es este el caso. El conflicto es entre un fuero territorial y otro de índole objetiva (aunque se base también en el lugar de comisión: el extranjero).

La Audiencia Nacional es competente para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles (*art. 65.1º e) en relación con el art. 23 LOPJ*).

Para afirmar esa competencia objetiva es necesario que el delito se cometa en su integridad en el extranjero. Los delitos de tracto continuado o los permanentes o complejos o continuados que, en parte, han sido cometidos en España y en parte en el extranjero, deberán ser enjuiciados por el órgano del territorio español en que, aunque no totalmente, hayan sido perpetrados (*STS de 21 de febrero de 1997*: delito de detención ilegal practicada en Barcelona, continuada en Montpellier y finalizada en Barcelona, jurisdicción a la que se atribuye la competencia en razón del carácter continuo de la detención y el carácter residual y subsidiario de las competencias de la Audiencia Nacional). Esta es la forma habitual de operar. Pensemos en delitos de tráfico de drogas que comienzan en el extranjero (vuelos transoceánicos o arribada a las costas del sur de la península de embarcaciones con estupefacientes siendo desde ese momento perseguibles en España por virtud del principio de justicia universal) y que acaban en territorio español (detención al aterrizar o desembarcar o, todavía, en mar territorial). Nunca se plantea atribuir la competencia a la Audiencia Nacional aunque el delito se haya cometido *también* en el extranjero.

La clave para resolver este asunto será comprobar si según las acusaciones alguno de los dos delitos imputados se ha desarrollado íntegramente en territorio extranjero. Un delito cometido fuera del territorio nacional a los efectos del *art. 65.1º e) LOPJ* hay que entenderlo de esa forma.

Si es así, la Audiencia Nacional atraerá la competencia para conocer de él y su conexo. Si, sin embargo, pueden identificarse acciones en ambas infracciones - elementos de la tipicidad y no meros actos preparatorios (decisiones, acuerdos, planificación) o de agotamiento (lugar donde van a desplegar sus efectos los contratos)- realizados en España, entonces la Audiencia Nacional no será competente. Lo será la Audiencia del territorio español donde se hayan llevado a cabo esas acciones integrantes de una tipicidad, de una actividad delictiva, que, por no ser puntual, se ha desarrollado en lugares diferentes.

En cuanto al delito de corrupción de particulares nadie cuestiona que uno de los contratos en los que se basa tal acusación se realizó en Barcelona (el conocido como contrato de *préstamo*).

Y en cuanto a los contratos simulados, no solo es que algún anexo aparezca confeccionado en Barcelona, sino que algunos de ellos tienen un doble lugar de realización (Barcelona/Sao Paulo, Santos/Barcelona), lo que aparece previsto en los propios contratos. Alguna cláusula prevé la firma por separado, así como el envío por fax o e-mail y la validez de tales medios sin perjuicio de la obligación de remitir luego un duplicado del original. ("El presente contrato podrá ser firmado por separado, intercambiándose los correspondientes originales por fax o correo electrónico. Las copias y firmas comunicadas por fax o e-mail serán válidas y tendrán la consideración de originales"; o "La firma del presente contrato a través de telefax o envío de la firma escaneada por email se considera válida y eficaz para producción de todos los efectos legales y vinculantes. En tal caso y a los únicos efectos de ratificación y archivo, las partes se comprometen a proporcionar los originales firmados dentro de 10 días a partir de la fecha en que se firma el presente instrumento").

Se identifican, así pues, acciones radicadas en Barcelona que pueden ser tachadas de típicas: si la tipicidad consiste en el otorgamiento de un contrato simulado, se puede decir que algunos de esos contratos fueron otorgados en dos lugares distantes; uno de ellos, territorio español.

Por tanto no existiendo ningún delito que pueda afirmarse que ha sido cometido íntegramente en el extranjero a la Audiencia de Barcelona corresponderá la competencia

**NOVENO.-** La desestimación del recurso comporta la imposición de las costas a la recurrente ( *art. 901 LECrim* ).

## F A L L O

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

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por \_\_\_\_\_ en calidad de Acusación Particular contra el *Auto nº 26/2019, de fecha 27 de junio de 2019 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional* , en Rollo de Sala (Procedimiento Abreviado nº 16/2018); procedente de Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado) nº 62/2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que acordó estimar la declinatoria de jurisdicción solicitada, y acordar la inhibición a favor de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**2.-** Imponer a \_\_\_\_\_ en calidad de Acusación Particular el pago de las costas ocasionadas en este recurso, así como la pérdida del depósito legalmente establecido si éste se hubiese constituido.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura