



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Apelación Penal núm. 28/2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda

AUTO NÚM. 7

Excmo. Sr. Presidente: D. Lorenzo del Río Fernández Ilmos. Sres. Magistrados: D. Jerónimo Garvín Ojeda D. Miguel Pasquau Liaño	Granada, veinticinco de enero de dos mil once.
---	---

Dada cuenta;

ANTECEDENTES

Primero.- Tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Sevilla por las normas de la Ley del Jurado la causa 1/2009, por supuestos delitos de asesinato, agresiones sexuales y otros, se acordó la apertura del juicio oral y se elevó el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Primera incoó el Rollo nº 2684/10.

Segundo.- Personadas las partes ante el Tribunal del Jurado, por la representación procesal de los acusados se plantearon diversas cuestiones previas, respecto de las que, sin ser tramitadas conforme a las previsiones legales, se dictó por el Magistrado Presidente auto desestimatorio de las mismas con fecha 13 de agosto de 2010. Contra dicho auto se interpusieron por las acusaciones sendos recursos de apelación, que fueron impugnados por algunos de los acusados que, además, formularon recursos supeditados.

Tercero.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, se incoó el presente rollo, designándose como Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado Don Jerónimo Garvín Ojeda, y, personadas las partes que fueron debidamente emplazadas, se les dio el correspondiente traslado para instrucción, y se señaló para la vista de apelación el día 19 de enero de 2011.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Sobre la delimitación del objeto de los recursos de apelación interpuestos.

Tanto la representación procesal de la acusación particular como el Ministerio Fiscal se alzan contra el auto dictado, en fecha 13 de agosto de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Sevilla -Rollo núm. 2684/2010-, que declaró que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos objeto de esta causa corresponde a la Audiencia Provincial a través de una de sus Secciones, debiendo adecuarse su tramitación a las normas del proceso ordinario por delito.

Por su parte, formulan recurso de apelación supeditado los acusados Miguel Carcaño Delgado, Francisco Javier Delgado Moreno y María García Mendaro, que se oponen a las tesis de los apelantes principales, lo que en modo alguno resulta anómalo, pues, como hemos reiterado en numerosas ocasiones, el contenido del recurso supeditado puede ir más allá de la mera adhesión al tratarse de un recurso distinto del principal, si bien sin vida independiente de éste, de modo que decaerá cuando el principal decaiga.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SEGUNDO.- Sobre los quebrantamientos de forma y defectos procesales denunciados respecto de la resolución apelada.

La representación procesal de la acusación particular denuncia, como primer motivo de impugnación, que la resolución recurrida se ha dictado sin la previa tramitación de las cuestiones previas, prevista en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ).

Parece conveniente recordar que, con base en el artículo 36.1.a) LOTJ, las direcciones técnicas de los acusados Miguel Carcaño Delgado, Francisco Javier Delgado Moreno y María García Mendaro, al personarse ante el Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Sevilla, plantearon diversas cuestiones previas, entre otras, la inadecuación del procedimiento, por entender que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular corresponde a un Tribunal colegiado de la Audiencia Provincial.

Pues bien, por lo que se refiere, en primer lugar, al planteamiento de la cuestión que se suscita, si bien es cierto que la Audiencia Provincial de Sevilla se había pronunciado con anterioridad sobre el procedimiento a seguir, al resolver los recursos de apelación que se plantearon contra resoluciones dictadas por el Instructor, no es posible obviar que el precepto citado determina como momento idóneo para el planteamiento de cuestiones previas el de la personación de las partes ante el Tribunal del Jurado.

Desde otra perspectiva, el referido artículo 36.1.a), "in fine", de la LOTJ permite la alegación, como cuestión previa, de la competencia o inadecuación de procedimiento. Las dudas que pudieran plantearse acerca de si el legislador identifica la cuestión de la competencia con la de inadecuación del procedimiento o, por el contrario, las contempla como supuestos distintos, fueron resueltas por la STS. de 15 de noviembre de 2001, distinguiendo entre una y otra, pues, mientras que *"la cuestión de competencia habrá de entenderse en el sentido de impugnar la concreta competencia territorial (variante de la declinatoria), o bien la condición de aforado de alguno de los encausados, que determine el conocimiento por la Sala de*

lo Civil y Penal de la correspondiente Comunidad Autónoma (...), la inadecuación del procedimiento ha de referirse a la viabilidad procesal del proceso que instaura la LOTJ (...), ligada a la falta de vinculación de los hechos enjuiciados con el catálogo que se dispone en el art. 1 de la LOTJ, no siendo constitutivo de ninguno de ellos (...)". Por consiguiente, en el auto apelado no se plantea ninguna cuestión de competencia -proscrita para el Magistrado Presidente respecto a la Audiencia Provincial de la que forma parte, como órgano jerárquico superior-, sino la viabilidad del proceso ante el Tribunal del Jurado.

Llegados a este punto, esta Sala no puede compartir ninguno de los argumentos que se plasman en la resolución recurrida para justificar la omisión del trámite procesal previsto para las cuestiones previas en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Las anfibológicas circunstancias (orgánicas, procesales y extraprocesales) que se esgrimen en el auto apelado no son suficientes para justificar la inobservancia de ninguna de las llamadas garantías procedimentales.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en los artículos 240 y 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), la declaración de nulidad de los actos procesales requiere que los defectos de forma en que se haya incurrido impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión. En este sentido hemos de resaltar que la omisión del trámite procesal previsto para las cuestiones previas no ha impedido que el auto objeto de la pretensión impugnatoria alcance el fin determinado en la ley y, mucho menos, ha causado la indefensión que exige el primero de los preceptos citados, por cuanto todas las partes procesales han dispuesto de la oportunidad de conocer y pronunciarse sobre la cuestión planteada, sobre todo a través del recurso de apelación que ahora se resuelve, es decir, *"por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate"*, tal y como ordena el artículo 241 LOPJ. Como con todo acierto, aunque no exento de voluntarismo, se afirma en el auto recurrido, *"todas las partes dispondrán de la posibilidad de recurrir esta decisión... ante el Tribunal Superior de Justicia al amparo del artículo 846 bis) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*, como efectivamente ha sucedido.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

El motivo, pues, ha de ser desestimado.

TERCERO.- Sobre la competencia del Tribunal del Jurado para el conocimiento total o parcial de esta causa.

1. Tanto la representación procesal de la acusación particular como el Ministerio Fiscal denuncian, en términos y con argumentación sustancialmente idénticos, la infracción, en la resolución apelada, del artículo 5.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, por considerar que la vinculación existente entre los diferentes delitos objeto de acusación (asesinato, agresiones sexuales, encubrimiento...) determina la competencia del Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento.

2. No es novedosa la cuestión relativa a la determinación del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de varios hechos delictivos cuando uno o varios de ellos son competencia del Tribunal del Jurado, pues desde la entrada en vigor de la LOTJ se han planteado serias dudas en esta materia, habiendo fluctuado la jurisprudencia emanada al respecto.

El artículo 5.2 LOTG dispone que *"la competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión... aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa"*.

De la dicción del precepto transcrito es fácil inferir que la regla general es el enjuiciamiento por separado, salvo que lo impida la continencia de la causa, como ocurre en el presente caso, no sólo por razones de justicia material, sino porque, habiéndose formulado acusación por delito de encubrimiento del artículo 451.2 CP, dicho delito une los delitos de asesinato y de agresiones sexuales. A ello

debemos añadir la conveniencia de no fragmentar excesivamente, por razones estrictamente procesales, pero en detrimento de una adecuada comprensión de lo realmente sucedido, la compleja realidad que está en la base de los homicidios o asesinatos que vienen precedidos de una agresión sexual.

Ya hemos visto como el artículo 5.2 LOTJ, extiende ("*se extenderá*") la competencia del Tribunal del Jurado al enjuiciamiento de los delitos conexos en los tres supuestos de conexión que relaciona. Por lo que aquí interesa, esa conexión determinante de la extensión de la competencia del Tribunal del Jurado abarca el caso de la comisión de más de un delito (unos relacionados en el artículo 1.2 LOTJ y otros no) "cuando *"alguno de ellos"* se haya cometido para *"procurar la impunidad"* de otro u otros.

Sin embargo, los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de enero y 23 de febrero de 2010, llevan a cabo una interpretación *correctora* del artículo 5 de la LOTJ que, pese al autoproclamado carácter *vinculante* de los acuerdos de Pleno no jurisdiccional, no podría vincular a esta Sala más que como compendio de una doctrina jurisprudencial, según el sistema de fuentes establecido que no puede obviamente ser alterado por un acuerdo no jurisdiccional. Esa doctrina jurisprudencial se está viendo consolidada en resoluciones posteriores de carácter netamente *jurisdiccional* (SSTS. de 8 de marzo, 8 de junio y 5 de noviembre de 2010, a modo de ejemplo), que naturalmente ha de ser considerada por todos los órganos jurisdiccionales.

3) De cualquier modo, la competencia viene determinada por las pretensiones deducidas por las partes acusadoras en los escritos de calificación. Así, el punto 3 del Acuerdo de Sala General, de 23 de febrero de 2010, insiste en que *"la aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura. Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un*

delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente. Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados”.

Partiendo de los criterios precedentes, hemos de resaltar ahora que, en el magnífico y encomiable auto de apertura del juicio oral, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, se contiene una descripción de los hechos que no puede ser tomada en consideración por esta Sala, al verse obligada a formar su convicción sobre la base de la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en las imputaciones, teniendo en cuenta que, en la calificación formulada por el Ministerio Fiscal, en fecha 29 de enero de 2010, se imputan los siguientes delitos: un delito de asesinato, tipificado en el artículo 138 CP, en relación con el artículo 139.1 CP; dos delitos de agresión sexual, previstos en los artículos 178, 179 y 180.1, circunstancias 2ª y 5ª, todos del CP; un delito de encubrimiento, previsto y penado en el artículo 451.2 CP; un delito de amenazas condicionales, tipificado en el artículo 169.1, inciso 1, CP; y un delito contra la integridad moral, previsto y penado en el artículo 173.1 CP. Por su parte, la acusación particular, en su escrito de fecha 26 de enero de 2010, acusó a los imputados de los siguientes delitos: un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1 CP; dos delitos de agresión sexual (violación), tipificados en los artículos 179 y 180.1.1º, 2º y 3º CP; un delito de encubrimiento, previsto en el artículo 451 CP; un delito de profanación de cadáveres, tipificado en el artículo 526 CP, en relación de concurso ideal del artículo 77 1 CP; y un delito de amenazas condicionales del artículo 169 1 CP.

4) La cuestión que hemos de resolver ahora, a la luz de las calificaciones provisionales que han quedado reseñadas, no es otra que la de determinar la conexidad y relación intencional (funcional) entre el delito de asesinato y los dos delitos de agresión sexual que ambas acusaciones imputan a los acusados, de

modo que si el delito de asesinato era el objetivo principal de los que lo perpetraron la competencia del Tribunal del Jurado se extenderá también al enjuiciamiento de aquel o aquellos cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura; si, por el contrario, el objetivo perseguido fue cometer un delito (agresiones sexuales) que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitarlo o lograr su impunidad es alguno de los incluidos en el artículo 1.2 LOTJ, la competencia recaerá en la Audiencia Provincial.

Un examen minucioso y detenido de los escritos de calificaciones provisionales de las acusaciones, pública y particular, partiendo siempre del mandato contenido en el artículo 650 LECrim -que obliga a limitar el escrito de calificación, en primer lugar, en conclusiones precisas y numeradas, a los hechos punibles que resulten del sumario-, permite afirmar que, como con acierto se afirma en el auto impugnado, el Ministerio Fiscal no se pronuncia expresamente respecto de la relación entre las previas agresiones sexuales a la menor y el posterior asesinato de la misma, a diferencia de la acusación particular que, en su relato fáctico, afirma rotundamente que los acusados dieron muerte a la víctima *"para impedir que pudieran ser descubiertos los hechos que acababan de llevar a cabo"*, esto es, las agresiones sexuales.

Por muchas disquisiciones que quieran hacerse, las secuencias que se concretan en los escritos de calificación revelan una actividad de ocultación de los delitos de agresiones sexuales. En la calificación provisional de la Acusación particular se describe que *"...el menor y Miguel consumieron varias bebidas alcohólicas... surgiendo en ambos la idea de mantener relaciones sexuales con Marta. Así Miguel propuso a Marta que se acostara con él, negándose ésta tajantemente. Frustrado Miguel ante la negativa de Marta, de forma repentina e inopinada, comenzó a golpearla con los puños en el rostro, sumándose a la agresión el menor..."* y *"sin solución de continuidad"* se mata para *"seguidamente... comenzar a limpiar sangre y demás vestigios que allí habían quedado"*, sangre de la víctima que provenía no de la muerte violenta (murió por asfixia), sino de las previas agresiones sexuales.

La descripción precedente no es incompatible en modo alguno con la que efectúa el Ministerio Fiscal, sino todo lo contrario: "...tras y haber tomado alguna bebida alcohólica y haber fumado algún cigarrillo de hachís, que les provocaron euforia y cierta desinhibición, pero no impedían que tuvieran un pleno control de sus actos, por razones no determinadas, comenzaron a agredir con golpes, puñetazos y patadas a quien era su amiga Marta del Castillo, que había llegado hasta allí con el acusado MCD y se vio sorprendida, atrapada e indefensa, confiada en su previa relación de amistad con ambos. Seguidamente y siempre actuando conjuntamente, el acusado MCD y el menor, ayudándose mutuamente, la condujeron por la fuerza a la cama sita en la habitación de la casa habitualmente utilizada por el acusado, en donde la amordazaron para ahogar sus gritos, persistiendo en sus golpes y procediendo a desnudarla parcialmente y como continuación de la agresión que habían iniciado con el propósito de obtener satisfacción sexual contra la voluntad de aquella, sujetándola entre ambos y esgrimiendo una navaja tipo mariposa, para amedrentarla, la penetraron vaginalmente, primero uno, y luego el otro. Continuando su actuación criminal conjunta, inmediatamente después la tiraron al suelo y con el propósito común de matarla para impedir que pudieran ser descubiertos los hechos que acababan de llevar a cabo, mientras el acusado la sujetaba, el menor le rodeó el cuello con un cable de un alargador, apretando hasta asfixiarla, y comprobar ambos que dejaba de moverse y que había perdido la vida..."

Es verdad que la descripción del Ministerio Fiscal no es tan clara como la de la Acusación particular, pero analizados conjuntamente, uniendo uno a otro, los escritos de calificación de ambas partes no resultan incompatibles y conducen a la misma conclusión: el delito fin o el objetivo perseguido fueron las agresiones sexuales. Es más, el propio Ministerio Público, en el mismo escrito de conclusiones provisionales, imputa a los acusados dos delitos de violación, previstos y penados en los artículos 178, 179 y 180.1, circunstancias 2ª y 5ª, siendo así que esta última circunstancia solo es aplicable "cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas", lo que, sea cual fuere el acierto de esta imputación, está denotando la convicción del Ministerio Fiscal de que

el impulso agresor inicial perseguía, como objetivo principal, la violación. Y ya hemos reiterado hasta la saciedad que la competencia viene determinada por las pretensiones deducidas por las partes acusadoras en los escritos de calificación. Por cierto que, al hilo de lo expuesto, procede aclarar que, cuando el punto 3 del Acuerdo de Sala General, de 23 de febrero de 2010 hace mención de la posible existencia de dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor o autores de los hechos, se está refiriendo a las dudas que surjan de los propios escritos de calificación y no de las actuaciones practicadas.

Corolario de cuanto antecede es la inadecuación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado y, en consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Consecuencias de la inadecuación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

Declarada la inadecuación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado y no concurriendo ninguna circunstancia que permita el enjuiciamiento separado de los delitos de agresión sexual y del delito de asesinato, habrá de seguirse el llamado proceso ordinario por delitos graves, correspondiendo la competencia para su enjuiciamiento a la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla. Por consiguiente, la causa deberá ser devuelta al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor para que proceda a la transformación y adecuación procedimental a las normas del sumario ordinario, dejando subsistentes aquellas actuaciones que fueron independientes o cuyo contenido hubiera permanecido invariable, practicadas desde que se ordenó seguir los trámites previstos en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo..

QUINTO.- Por todo lo expuesto, procede la desestimación íntegra de los recursos de apelación interpuestos, sin que se aprecien méritos suficientes para un especial pronunciamiento en materia de costas procesales originadas en esta alzada.

El pronunciamiento que precede obliga a precisar que aunque la norma general consagrada en el artículo 236 LECrim, aplicable a todo tipo de procedimientos y, por tanto, también al previsto en la Ley del Jurado, establece que contra los autos de los Tribunales de lo criminal procederá el recurso de súplica, tal



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

recurso no puede estimarse de aplicación en el caso que se resuelve, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional -SSTC. 203/1989, de 14 de diciembre y 212/1991, de 11 de noviembre-, *"la interpretación y aplicación que del artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace una constante línea jurisprudencial de los Tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra los autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, en modo alguno puede calificarse de irrazonable o infundada, pues, de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace del recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada"*.

Si la procedencia del recurso de súplica ha de ser inmediatamente descartada, la misma solución ha de adoptarse respecto del recurso de casación, ya que el párrafo primero del artículo 848 LECrim, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/1.995, dispone claramente que, contra los autos dictados en apelación por las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo procederá el recurso de casación en los casos en que la Ley lo autorice de modo expreso, autorización que en modo alguno está prevista para el auto dictado en apelación contra el del Magistrado Presidente resolviendo cuestiones previas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal,

DISPONE

Que desestimando como desestima íntegramente los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de la Acusación particular, contra el auto dictado, en fecha 13 de agosto de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Sevilla -Rollo núm. 2684/2010-, debe confirmar y confirma la referida resolución, declarando de oficio las costas causadas en esta apelación.

Remítase al indicado Magistrado Presidente testimonio de la presente resolución y el correspondiente oficio, para ejecución y cumplimiento de lo acordado, por lo que deberá remitir la causa al Magistrado Instructor para que

proceda a la transformación y adecuación procedimental a las normas del sumario ordinario, dejando subsistentes aquellas actuaciones que fueron independientes o cuyo contenido hubiera permanecido invariable, practicadas desde que se ordenó seguir los trámites previstos en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo.

Así, por este Auto, contra el que no cabe recurso alguno, lo acordaron, mandaron y firmaron el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al inicio, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.