



Roj: **STS 2364/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2364**

Id Cendoj: **28079120012020100402**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2020**

Nº de Recurso: **4213/2018**

Nº de Resolución: **410/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 410/2020**

Fecha de sentencia: 20/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4213/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 5ª AP Barcelona

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4213/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 410/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 20 de julio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Donato** contra Auto de fecha 13 de noviembre de 2018 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictado en el Rollo de Sala PA núm. 116/2017 dimanante de las Diligencias Previas núm. 449/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona, y que declaró la incompetencia de dicha Sala para el enjuiciamiento y fallo del procedimiento, estimando la competencia del Juzgado de lo Penal. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal; como recurrente el acusado DON Donato representado por el Procurador de los Tribunales Don Aníbal Bordallo Huidobro y defendido por el Letrado Don W. Tarragó; y como recurrido el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo de Sala núm. PA núm. 116/2017, dimanante de las Diligencias Previas núm. 449/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona seguidas por delito contra la Hacienda pública contra **DON Donato**, dictó Auto de fecha 13 de noviembre de 2018 cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

"LA SALA ACUERDA:

DECLARAMOS que esta Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona no es competente para el enjuiciamiento y fallo de la presente causa, debiéndose devolver la misma al Juzgado de lo Penal de los de Barcelona, que por turno corresponda que la deberá enjuiciar y fallar.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio, Fiscal y a las partes, y remítanse las diligencias al Juzgado de lo Penal que por turno corresponda a los efectos legales oportunos.

Contra este Auto cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días desde la última notificación".

**SEGUNDO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se **preparó** frente a la misma recurso de casación por infracción de precepto constitucional por la representación legal del acusado **DON Donato**, que se tuvo 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.

**TERCERO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Donato, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

**Motivo único.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el punto 4 del artículo 5 de la LOPJ, en relación con el art. 852 de la LECr., señalando como infringido el art. 24 de la Constitución Española en cuanto al derecho a ser juzgado por un juez ordinario predeterminado por la Ley, circunscrito este motivo al delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el art. 305 del Código Penal.

**CUARTO.-** Es **recurrido** en la presente causa el **ABOGADO DEL ESTADO** en representación de la Hacienda Pública, que se da por instruido del recurso por escrito de fecha 7 de febrero de 2019.

**QUINTO.-** Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y apoyó el mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 5 de marzo de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de junio de 2020 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 8 de julio de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Auto declarándose incompetente para el enjuiciamiento y fallo de la causa por delito fiscal, debiéndose devolver la misma al Juzgado de lo Penal de los de Barcelona.

Frente a tal decisión recurre uno de los acusados, concretamente Donato, con un motivo único de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando como infringido el art. 24 de la Constitución Española en cuanto al derecho a ser juzgado por un juez ordinario



predeterminado por la Ley, circunscrito este motivo al delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el art. 305 del Código Penal, solicita la revocación de tal Auto y que se declare la competencia objetiva de la Audiencia "a quo".

**SEGUNDO** .- La cuestión que se plantea es la determinación de la competencia objetiva de los respectivos órganos judiciales: el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial.

En el caso, se trata de un delito fiscal, tipificado en el art. 305 del Código Penal, en la redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio. En el recurso se baraja la posibilidad de su incardinación en el art. 305 bis, en la resultante de la modificación operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, con entrada en vigor a partir de del 17 de enero de 2013, por tratarse la cuota defraudada, en la petición solicitada por las acusaciones, de más de 600.000 euros.

En el caso, no le afecta la LO 1/2019, de 20 de febrero.

Por ello, con la legislación anterior, y atendiendo a la especial trascendencia y gravedad de la defraudación, resultaba obligada la aplicación de la pena del tipo en su mitad superior; esto es, el recorrido de la pena de prisión sería de los 3 años y un día a los 5 años.

Tras la modificación del art. 305 del Código Penal conforme LO 7/2012, se introdujo el apartado "bis" del mismo artículo 305, estableciendo en su apartado 1 que "el delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.

En tesis de la parte recurrente, como la pena mínima del actual 305 bis (2 años de prisión) es más favorable que la mínima del anterior 305.1 (3 años y un día de prisión), se considera que a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia para el enjuiciamiento y fallo del caso que nos ocupa, corresponde a la Audiencia Provincial de Barcelona, pues la pena en abstracto de la infracción supera los cinco años de prisión.

**TERCERO** .- Ahora bien, una cosa es el plano procesal y otro el plano sustantivo. Solamente en este último es donde opera la aplicación de la ley penal más favorable. En efecto, no hay duda sobre la aplicabilidad retroactiva de la norma ante una nueva ley penal más favorable (disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal). El principio general -aplicación de la Ley vigente en el momento de los hechos- cede cuando la norma posterior resulte más beneficiosa (disposición transitoria 2ª y art. 2.2 CP).

En el caso que nos ocupa, los hechos a enjuiciar, fueron objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado por delito contra la Hacienda Pública, previsto y penado en el artículo 305 párrafo segundo del Código Penal en su redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, solicitando para el recurrente la pena de tres años de prisión, multa de 3.000.000,00 € con seis meses de RPS y Responsabilidad Civil de 1.262.443,14 €.

La penalidad en abstracto del delito imputado, tiene un recorrido punitivo de prisión de un año a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la suma de 120.000 euros establecida como básica para la determinación del delito.

No obstante ello, las penas señaladas anteriormente se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Pues bien, atendiendo al tenor literal del precepto por el que se formuló acusación y la cuantía defraudada, resulta obligada la aplicación de la pena del tipo en su mitad superior. Por ello el recorrido de la pena de prisión sería de los 3 años (y un día) a los 5 años. Ésta sería la pena legalmente aplicable, a tenor del precepto anterior a la modificación del mismo operada en la LO 7/2012 de 27 de diciembre.

Luego en la fecha de la comisión de los hechos, el órgano judicial competente era el Juzgado de lo Penal. En consecuencia, tiene razón la Audiencia.

Hemos dicho que ha de distinguirse el aspecto procesal del aspecto sustantivo. En este sentido, y tras la modificación del art. 305 del Código Penal conforme LO 7/2012, se introdujo el apartado "bis" del mismo artículo 305, estableciendo en su punto 1 que "el delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de 2 a 6 años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere



concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.

**CUARTO.** - El Auto de la Audiencia dice que es competente el Juzgado de lo Penal puesto que las penas de la primitiva redacción, la vigente el tiempo de los hechos son de menor extensión y no excede la pena de prisión de cinco años y que en caso de ser aplicable la nueva legislación el juzgado de lo Penal nunca podría imponer pena superior, y en el caso de querer aplicar la nueva legislación por considerarla más favorable podría imponer la del nuevo Código en su mínima extensión que es de dos años en lugar de los tres años que corresponderían con la agravación por la cuantía que contiene la regulación de 1995.

Tiene, pues, razón la Audiencia Provincial. Una vez que por la fecha de los hechos el delito es competencia del Juzgado de lo Penal, tal órgano judicial puede llevar a efecto otra operación, que es la determinación de la pena más favorable.

Y esta pena más favorable, en cuanto al mínimo, lo es indudablemente aplicando, si fuera el caso, el nuevo art. 305 bis del Código Penal, que permite imponer una pena mínima inferior (en cuantía de dos años de prisión). Pero así como la Audiencia Provincial nunca podría imponer una pena en la franja de cinco a seis años de prisión, por aplicación de mencionado art. 305 bis del Código Penal, el Juzgado de lo Penal, tampoco. Obsérvese que ni uno ni otro órgano judicial puede aplicar una norma sustantiva posterior en lo que resulte desfavorable para el reo, pero sí en lo que le sea favorable.

Es por ello que son distintos los planos procesales y sustantivos. Y en consecuencia, no puede concederse competencia objetiva a la Audiencia por una franja punitiva que nunca podría ser aplicada por tal órgano judicial, por ser norma desfavorable para el reo.

De manera que, como razonan los jueces de la Audiencia, el Juzgado de lo Penal podrá aplicar tal mínimo por ser norma favorable, pero nunca una pena superior a la prevista en la fecha de la comisión de los hechos. Correlativamente, las acusaciones tampoco pueden solicitar una pena que no estaba prevista para el tipo penal en el momento de la comisión delictiva, pues de trataría de una pena desfavorable para el reo.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo.

**QUINTO.** - Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales al recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## FALLO

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

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Donato** contra Auto de fecha 13 de noviembre de 2018 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**2º.- CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

**3º.- COMUNICAR** la presente resolución a la audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

**Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García**

**Pablo Llarena Conde Susana Polo García**