

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO PARA CONOCER DE DELITOS EN CONCURSO REAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO: I. Un caso real.- II. La pretendida exclusión legal de la conexión por analogía: A) Fundamento; B) La teórica exclusión del concurso real de delitos; C) El concurso medial de delitos; D) La equivocación de la Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado.- III. Los casos de concurso real incluidos: A) La intencionalidad del autor; B) La posibilidad de considerar los hechos secuenciadamente en una unidad temporal o espacial de ejecución; C) Su aplicación al caso expuesto.- IV. Los casos de concurso real excluidos.- Bibliografía básica.

I. UN CASO REAL

El presente artículo pretende demostrar que, a pesar de que parezca que el legislador ha querido excluir de la competencia del TJ los delitos conexos análogos del art. 17-5º LECRIM, por mor del art. 5.2, I LJ, el TJ conoce sin embargo de casos de concurso real, que son los que se incardinan en aquel artículo y número de nuestro texto procesal penal básico.

Para ello, nada mejor que partir de un excelente caso que nos proporciona la vida real, en donde se contienen todos los elementos necesarios para adoptar una postura científica coherente.

En efecto, con fecha 28 de marzo de 1997 la central COS de la Comandancia de la Guardia Civil en Pontevedra recibe una llamada telefónica por la que se tiene conocimiento de que en A Grenla, término municipal de Ribadumia, había 3 personas, un hombre y dos

mujeres, heridas en la cabeza y tendidas en un camino asfaltado, presumiblemente como consecuencia de un tiroteo. Llegada la Policía Judicial al lugar de los hechos, las tres personas estaban muertas y así fue dictaminado por el Médico Forense. Existe un testigo presencial al que se toma declaración, el cual identifica a la persona que ha efectuado los disparos, que es detenida en una cafetería de Corbillón-Cambados, la cual a su vez acusa al testigo de complicidad, contra el que había disparado igualmente al huir del lugar de los hechos temiendo por su vida como consecuencia de la agresión de aquél, por lo que también es detenido. Otro testigo fue interrogado igualmente sobre los hechos. El primer detenido confiesa su participación en los asesinatos. Todo ello consta en el correspondiente atestado. El motivo de los asesinatos y demás delitos no está claro, pues no hubo robo, aunque el acusado se defendió en la instrucción alegando que fue un problema de impago de venta de cocaína. Las mujeres trabajaban en un club.

Se abrieron por estos hechos Diligencias Previas núm. 375/1997, de 28 de marzo de 1997 por el JPIeI núm. 2 de Cambados, transformadas en procedimiento ante el TJ por Auto de dicho Juzgado de 29 de marzo de 1997.

El Ministerio Fiscal, después de celebrada la comparecencia de imputación prevista en el art. 25 LJ el día 1 de abril de 1997, y sin cuestionar nada al respecto entonces, solicitó después mediante escrito de fecha 15 de abril de 1997, ante los hechos de tres delitos de asesinato y un delito conexo de tenencia ilícita de armas cometidos por el primer detenido, y otro delito de tentativa de homicidio del primer detenido contra el segundo, la transformación del procedimiento en sumario ordinario, amparándose en la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1995, porque “la presencia de un delito contra la vida en grado de tentativa hace que la causa deba apartarse del conocimiento por Jurado”, fundándolo en ser un supuesto expresamente excluido de la competencia del Jurado en el art. 5.2 LJ, en relación con el art. 17-5º LECRIM, y pidiendo que se mantuviera la conexión en el sumario a efectos de no romper la continencia de la causa. Las demás partes acusadoras personadas no dijeron nada al respecto y, por tanto, no se opusieron a esa petición del Ministerio Público.

Mediante Auto de 23 de mayo de 1997, el JPIeI núm.2 de Cambados atiende la petición del Ministerio Fiscal y transforma el procedimiento en sumario ordinario (núm. 1/1997), basándose en que uno de los delitos de asesinato no ha sido consumado, y en que, aunque no lo dice literalmente así pero se desprende inequívocamente de su texto, al estar el concurso real excluido de la competencia del Tribunal del Jurado, por ser un caso de conexión expresamente extraído de su competencia por el art. 5.2 LJ, decae la competencia del mismo. Esta decisión del instructor no fue impugnada por ninguna parte.

Con fecha 26 de enero de 1998 el JPIeI núm. 2 de Cambados declaró mediante Auto concluso el sumario, formulando el Ministerio Fiscal sus conclusiones provisionales con fecha 11 de junio de 1998, al igual que los demás acusadores particulares. El escrito de defensa fue presentado por el Abogado del principal acusado con fecha 20 de julio de 1998.

La Sección 1ª de la AP de Pontevedra (Ponente Ilmo. Sr. Magistrado D. Luciano VARELA CASTRO), mediante Auto núm. 78/1998, de 1 de septiembre, controló de oficio la competencia objetiva, por tanto, sin petición de ninguna parte personada interponiendo un artículo de previo pronunciamiento (art. 666-1ª LECRIM), acordando la transformación del procedimiento, ordenando el seguimiento del procedimiento previsto en la LO 5/1995 a partir del momento de convocatoria de la audiencia preliminar prevista en el art. 30 LJ, dejando subsistentes los escritos de calificación.

Hasta aquí los hechos y actos procesales más importantes a los efectos que nos interesan. Sobre la fundamentación y crítica a esta resolución v. infra. Veamos, pues, al hilo de este caso, el problema de la competencia del TJ para conocer o no de los delitos (y faltas) en concurso real, distinguiendo los diversos aspectos implicados en él.

II. LA PRETENDIDA EXCLUSIÓN LEGAL DE LA CONEXIÓN POR ANALOGÍA.

Como dijimos al principio, el TJ no conoce de aquellos delitos conexos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados, es decir, los contemplados en la llamada comisión análoga del art. 17-5º LECRIM, porque expresamente no se ha querido hacer ninguna referencia a ella en el art. 5.2.

A) Fundamento: Dos cuestiones hay que abordar aquí ineludiblemente con carácter previo. La primera hace referencia a intentar averiguar la razón de la exclusión. La segunda, mucho más complicada, estriba en determinar exactamente la extensión de la prohibición de conexión, pues en principio no todos los casos de concurso real, medial o ideal, ni de delito continuado o de masas (aunque a estos dos últimos no haremos referencia aquí), quedan ni deben quedar excluidos de la competencia del TJ, a pesar de la aparente fortaleza de la exclusión.

Antes de continuar, conviene decir que prácticamente la totalidad de la doctrina española que se ha ocupado del Jurado, citada en la bibliografía básica al final de este artículo, da por buena la exclusión de la conexión del art. 17-5º LECRIM fijada por el legislador, sin plantearse mayores cuestiones.

Dicho esto, entendemos que la primera pregunta puede ser fácilmente contestable. Se ha excluido la conexión por analogía para no sobrecargar al Tribunal del Jurado con demasiados supuestos, en primer lugar, y en segundo, y quizás más importante, para no obligar al conocimiento del TJ de delitos muy complicados, para los que inicialmente no está ni previsto, ni es deseable en la intención del legislador que lo estén.

Nada más por ahora, porque como se verá inmediatamente este deseo del legislador no se cumple siempre, ni se puede cumplir en la práctica, con lo cual tan sencilla explicación es, por de pronto, aunque aceptable, irreal.

B) La teórica exclusión del concurso real de delitos: La segunda pregunta es extraordinariamente difícil de responder y, además, pone en un saco común diversos temas. A primera vista, la lectura del art. 5.2, I LJ, en relación con el art. 17-5º LECRIM, parece que nos hace llegar a conclusiones fáciles, en las que han caído por lo visto en la práctica hasta ahora existente muchos Fiscales y Jueces Instructores: Dándose pluralidad de delitos cometidos por el mismo autor relacionados entre sí hay concurso real, pero si uno o algunos de los delitos son competencia del TJ, y otro u otros no (dados los términos de los arts. 1 y 5 LJ), por lo que en consecuencia, como estamos ante un caso de diversidad de delitos que se incardina en una causa de conexidad, al estar ésta excluida de la competencia del TJ, ninguno de los delitos imputados puede caer bajo su cognición y fallo, porque la excepción prima sobre la regla general, de manera que con sólo uno que no sea competencia del TJ en estos casos, basta para excluir totalmente su conocimiento, pasando todos ellos al órgano competente para el conocimiento del correspondiente proceso penal ordinario por delitos más graves o del proceso abreviado, pues la regla del art. 300 LECRIM sigue siendo válida. Dicho así, nada más falso, aunque obviamente la solución no depende exclusivamente de la literalidad del art. 5.2, I LJ, sino que hay que tener en cuenta también otras prescripciones legales.

Es decir, por tanto, el tema gira básicamente en torno a si el art. 17-5º contempla el concurso real de delitos y si, previniéndolo, en todo caso el concurso real de delitos queda excluido de la competencia del TJ, aun siendo uno de ellos de su competencia objetiva.

Es preciso consecuentemente entrar, para abordar con corrección este tema, en una consideración material del concurso real, a los efectos de perfilar con exactitud su inclusión en la conexidad por comisión análoga y, de ser la respuesta positiva, con qué extensión.

El concurso real de delitos es la comisión por una misma persona de varios hechos que constituyen cada uno de ellos un delito distinto. Hay por tanto, pluralidad de hechos y pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto. No se regula como tal en el CP de 1995, pero se desprende de sus arts. 73, 75 y 76. Por razones penales, particularmente derivadas de las reglas de la determinación de la pena (principio de acumulación jurídica), que es donde se regula en el CP, y por razones procesales, con base en la conveniencia del enjuiciamiento común de todos esos hechos punibles (conexión), no hay ninguna duda en afirmar que el concurso real de delitos constituye la razón fundamental de la causa 5ª del art. 17 LECRIM, siempre que esos delitos tengan relación o analogía entre sí, lo cual no es fácil de distinguir, si bien no entramos tampoco en esta cuestión.

Ahora bien, la figura del concurso real de delitos plantea desde el punto de vista sustantivo problemas de importancia, fundamentalmente los que se derivan del término

“hecho”, pues aquí se encuentra la frontera entre el concurso real y el concurso ideal de delitos, y, por ende, que puedan no ser o que efectivamente sean competencia del TJ.

En efecto, la doctrina dominante en España durante mucho tiempo ha entendido que hecho y acción eran equivalentes. De esta manera, quien coloca una bomba y mata a 18 personas (lo que sucedió en Hipercor, por ejemplo), realiza un solo hecho calificativo de un concurso ideal. Obsérvese que esta interpretación conlleva en la práctica que muy pocas acciones (hechos) puedan estimarse como concurso real.

Sin embargo, doctrina muy solvente, tanto nacional como extranjera, entiende que el concepto de hecho no puede identificarse con el de acción, sino que hay que retomar el concepto “unidad de hecho”, relacionándolo con su valoración jurídica, en función del bien jurídico protegido, de manera que sólo habrá un hecho cuando el sustrato de la valoración sea uno sólo, considerando la acción, el curso causal y el resultado. Entonces estaremos ante el concurso ideal.

Pero, por contra, si sólo hay identidad parcial de la acción, el sustrato de la valoración nunca podrá ser único, no existirá jamás la unidad del hecho, sino que estaremos ante varios hechos, ante varias acciones, con lo cual el caso será de concurso real. Por eso quien entra en un bar, dispara seis veces y hiere a seis personas, comete seis delitos en concurso real, porque los hechos, en los que únicamente hay identidad parcial de ejecución, son exactamente seis (caso Amedo, S TS de 12 de marzo de 1992, RA 2442).

Otra cosa distinta es que la Jurisprudencia opte por el concurso real o el ideal en función de las penas esperadas, como ocurre en la práctica española (v. últimamente la S TS de 11 de junio de 1997, RA 4677), procurando siempre acogerse al resultado más benigno en función del principio de Justicia material. Pero la naturaleza de la institución no cambia por la aplicación de criterios pro reo.

Consúltense SANZ MORAN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad, Valladolid 1986, págs. 159 y ss.; y GARCIA ALBERO, R., “Non bis in idem” material y concurso de Leyes penales, Ed. Cedecs, Barcelona 1995, págs. 185 y ss.; GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTON, T.S. (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, vol. I, págs. 430 y ss.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos*, *Revista del Poder Judicial* 1998, núm. 49, págs. 271 y ss.

Téngase en cuenta, como apunte incidental, que la conexión del art. 17-5º LECRIM no ha sido objetada por el Tribunal Constitucional, en las escasísimas ocasiones que ha tenido que referirse a este tema obiter dicta (v., por ejemplo, la S TC 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 2º, III), sin duda, aunque no se diga expresamente, por el criterio de Justicia que obliga a favorecer en todo caso el derecho constitucional a la defensa técnica que tiene todo imputado y acusado conforme al art. 24.2 CE.

Pues bien, a la vista de ello, llegamos a la conclusión provisional que el concurso real se recoge en la causa de conexión del art. 17-5º LECRIM, porque para este precepto hay conexión cuando se imputen a una misma persona varios delitos, y que por la omisión de referencia expresa en el art. 5.2, I, el concurso real de delitos no es competencia del TJ. Pero veremos pronto que esto ni es exactamente así, ni debe serlo.

De entrada, hemos de pensar si esa exclusión de la conexión por analogía del art. 17-5º LECRIM es automática, sin excepción, o es una norma que, complementariamente con otras, tiene un sentido individualizado. En nuestra opinión, la exclusión no puede ser automática, a no ser que reconozcamos todos un error palmario del legislador. Si la LJ determina la competencia del TJ para determinados delitos (art. 1.2), y luego establece específicamente la competencia del TJ además y también para conocer de los delitos conexos (art. 5.2, I), previendo las excepciones de los delitos de prevaricación y de aquéllos cuyo enjuiciamiento pueda realizarse por separado sin romper la continencia de la causa (art. 5.2, II), reafirmando específicamente la competencia del TJ en tres casos que procesalmente tienen el tratamiento de delitos conexos, a saber, el concurso medial (art. 5.2, c), en relación con el art. 17-3º LECRIM), el concurso ideal (art. 5.3, I, en relación con el art. 17-5º LECRIM), y el delito continuado (art. 5.3, II, que puede ponerse en relación tanto con el art. 17-4º LECRIM como con el núm. 5º de ese mismo precepto), estos dos últimos bajo el amparo general del art. 17-5º LECRIM, no puede deducirse luego sin más que todos los casos de conexión por analogía están excluidos, porque el legislador ha contemplado precisamente casos de conexión por analogía competencia del TJ. De manera que una interpretación coherente no puede llevarnos a la exclusión automática, sino a la matizada.

Pero antes de formular una propuesta de solución del problema, debemos considerar la institución del concurso real en su entera globalidad.

C) El concurso medial de delitos: En efecto, la doctrina y la Jurisprudencia entienden que el art. 77.1 CP de 1995 regula no sólo el concurso ideal de delitos, sino también el concurso medial, con fundamento en la frase final de ese apartado que se refiere a cuando una de las infracciones que engloba el concurso ideal “sea medio necesario para cometer la otra”.

Pero para la doctrina penalista más solvente y mayoritaria, el concurso medial es una especie de concurso real, porque hay pluralidad de infracciones cometidas por el mismo autor, aunque a efectos penológicos el CP considere el hecho unitariamente, es decir, equipare su tratamiento al del concurso ideal, pero nada más.

Para detalles, v. orientativamente GUINARTE CABADA, G., El concurso medial de delitos, Estudios Penales y Criminológicos 1990, t. XIII, págs. 160 y ss.

Si no existiera el art. 17-3º LECRIM, la importancia procesal de esta distinción sería mínima, pues el régimen jurídico del concurso medial habría de equipararse al tratamiento

del concurso real, por lo que estaríamos ante un caso claro de conexión del art. 17-5º LECRIM, en donde la analogía o la relación entre los delitos no sólo sería palmaria, sino que vendría desde el punto de vista legal forzosamente exigida, al ser medial. Por tanto, tendríamos que llegar, considerando idénticos problemas (los que plantea el art. 5.2, I), a las mismas soluciones que veremos al tratar esta cuestión en el concurso real.

Pero existe el art. 17-3º LECRIM, en donde expresamente se reconoce que el concurso medial es un caso de conexión, y existe el art. 52, I, en cuya letra c), se indica expresamente la competencia del TJ para conocer de estos delitos.

Con lo cual empezamos a dejar de concluir provisionalmente. Si antes decíamos, por las razones jurídicas apuntadas, que en principio, por así afirmarlo el legislador, el concurso real está excluido de la competencia del TJ, lo que insistimos no es del todo cierto como veremos, ahora tenemos que expresar, sin duda alguna, que el concurso medial, que es una especie de concurso real, sí es en cambio competencia del TJ. En otras palabras, que lo especial es competencia del TJ, y lo general no. Esto es absurdo, y va a ser un argumento muy importante para entender que el concurso real también es competencia del TJ si, al menos, uno de los delitos cae bajo la esfera de su cognición y fallo, dados además otros requisitos que expondremos oportunamente.

D) La equivocación de la Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado: La práctica de la Fiscalía hasta la fecha, sancionada normalmente por el órgano jurisdiccional, estriba en sacar de la competencia del TJ los delitos conexos que tengan su razón de ser en el art. 17-5º LECRIM, por la exclusión operada por el art. 5.2, I.

Ello se fundamenta en la Circular FGE núm. 3/1995, cit., págs. 673 a 675, que afirma rotundamente que, “en trance de optar por los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el establecido en la Ley del Jurado, habrá que decantarse por aquéllos, tramitándose la causa por las normas del procedimiento ordinario o del abreviado, según corresponda, dada la imposibilidad del enjuiciamiento por jurado”.

Para realizar esta tajante afirmación, se apoya, según dice textualmente, en vieja Jurisprudencia al amparo de la LJ de 1888, que no cita, y parte del ejemplo de que una misma persona comete dos homicidios relacionados entre sí, uno de los cuales queda en grado de frustración. Con base en la fundamentación legal que conocemos, concluye:

1º) Uno de los delitos no es competencia del TJ (en el ejemplo puesto hoy sería la tentativa de homicidio), ya que no está expresamente consignado en el art. 1.2.

2º) No se puede romper la continencia de la causa, por lo que el enjuiciamiento de ambos delitos (insistimos, en el ejemplo que pone la propia Circular cit.) debe ser conjunto si están íntimamente relacionados entre sí, como es el caso recogido.

3º) Como el art. 5.2, I excluye el art. 17-5º LECRIM, ese enjuiciamiento no se puede producir ante el TJ.

4º) Como el enjuiciamiento debe producirse en todo caso, hay que acudir a las normas sobre procesos ordinarios de la LECRIM, y por tanto ser competencia de Jueces técnicos exclusivamente, dado el carácter supletorio de ésta.

Esta interpretación es, con todos los respetos, equivocada, y pensamos con toda modestia que es inadmisibile. En el fondo parte de un error de cálculo y de un olvido jurídico, de los que no se ha percatado la Fiscalía, que la hace llegar a posiciones que no pueden sostenerse: La Circular admite la conexión para extraer los delitos de la competencia del TJ en función de su calificación en todo caso de concurso real, con base en el art. 5.2, I, y, una vez fuera de su ámbito, vuelve a admitir la conexión para su enjuiciamiento conjunto en el proceso ordinario que corresponda, aplicando el art. 17-5º LECRIM, en relación con su art. 300, porque estamos ante un concurso real. No discute en absoluto que exista o no conexión, la hay indubitadamente. Lo que ocurre es que olvida que las normas especiales se aplican primero precisamente porque son especiales, con carácter preferente a las generales por tanto, pues en caso contrario carecerían de sentido.

De hecho, no todos los Fiscales han seguido este criterio. Por ejemplo, en la causa TJ AP Alicante núm. 1/96 (diligencias previas 1155/1996 del JI núm. 4 de Elche), cit., el Magistrado-Presidente decretó de oficio su incompetencia, mediante Auto de fecha 6 de noviembre de 1996, para conocer de los delitos conexos de allanamiento de morada y robo con violencia, más una falta de lesiones), recurriendo en apelación el Ministerio Fiscal, entre otros motivos, por entender que sí eran todos competencia del TJ al enjuiciarse el delito de allanamiento de morada, y ganando, pues fue estimado el recurso por el TSJ Comunidad Valenciana (por motivos materiales y de conexión procesal), en su Auto núm. 6/1997, de 11 de marzo (Rollo Apelación TJ núm. 2/1997).

Si el proceso ante el Tribunal del Jurado es un proceso penal especial (nos remitimos a los comentarios al art. 24), y el legislador establece para ese Tribunal una competencia objetiva precisa, que es especial respecto a la general de la AP, del TSJ o del TS, órganos en los que está incardinado, la norma procesal especial debe prevalecer sobre la general. Ello ocurre también en el ámbito del Derecho Penal, por aplicación del llamado principio de especialidad en el concurso de normas (art. 8-1º CP de 1995), por el que, por ejemplo, si un mismo hecho puede ser homicidio o asesinato, la calificación jurídica debe ser de asesinato, sin olvidar que las propias normas de concurso son especiales por sí mismas y así se reconoce en la denominación de la Sección 2ª del Capítulo II del Título III del CP de 1995.

Pues bien, aunque no esté en la LJ expresamente dicho, no nos cabe ninguna duda que existe un principio que podríamos llamar pro Jurado, sin el cual la propia esencia de la institución estaría en peligro. Por ello, en caso de duda, la solución del problema debe ser

siempre a favor del Tribunal (especial) del Jurado, y del proceso penal (especial) que la Ley le ha atribuído como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a los Tribunales ordinarios (los de la LOPJ) y los procesos ordinarios previstos en la LECRIM.

Ante la duda de si, siendo los hechos punibles conexos, deben ser competencia del órgano ordinario o del especial, la solución debe ser siempre a favor del especial, es decir, del TJ.

Olvida además que el concurso medial, en tanto que real, sí es competencia del TJ, como sabemos, y que la propia LJ no hace ascos a otro tipo de concursos y los atribuye igualmente a la competencia del TJ, cuya fundamentación no explica.

Por tanto, la conexión debe resolverse en nuestra opinión en estos casos a favor del Jurado, cuando uno de los delitos al menos sea de su competencia.

Pero aún así, la Fiscalía o cualquiera que defienda sus posiciones siempre podría preguntarse por qué, admitiendo nuestra postura, se ha omitido entonces la referencia al art. 17-5º LECRIM en el art. 5.2, I, y en consecuencia qué sentido tiene la exclusión. Porque es evidente que no puede llegarse a la solución absolutamente contraria, sin más, es decir, afirmar que en todo caso la conexión del art. 17-5º LECRIM es competencia del TJ y que por tanto sea cual fuere el tipo de concurso daría igual, pues todos ellos caerían bajo su conocimiento. Sería de una ligereza imperdonable sustentar sin tapujos un argumento contra legem. A intentar resolver esta cuestión dedicamos los puntos siguientes.

III. LOS CASOS DE CONCURSO REAL INCLUIDOS.

¿Dónde está por tanto la clave de la exclusión de la conexión análoga en casos de concurso real, qué supuestos de conexión análoga (de concurso real) son, no obstante la omisión literal del art. 5.2, I LJ en relación con el art. 17-5º LECRIM, y precisamente por existir analogía o relación, competencia del TJ?

De momento, partimos de una conclusión importantísima: El legislador no ha querido excluir todos los casos de concurso de delitos de la competencia del TJ, ni siquiera todas las modalidades de concurso real. Como hemos visto, el concurso medial (por el art. 5.2, I, c), en relación con el art. 17-3º LECRIM), que es un supuesto especial de concurso real, y el concurso ideal (art. 5.3), caen bajo su órbita competencial.

Pues bien, para nosotros la solución debe depender de la concurrencia de estas dos circunstancias: De la intencionalidad del autor respecto al delito competencia del TJ, y de si es posible procesalmente contemplar en la ejecución de los diversos delitos conexos entre sí una secuencia ordenada que permita considerarlos todos juntos. Ello con el fin de que el principio de especialidad, como manifestación concreta del que antes hemos denominado

principio pro Jurado, tenga pleno sentido y no se vulnere el espíritu de la LJ. Veamos detenidamente estas dos condiciones:

A) La intencionalidad del autor: La intencionalidad del autor del hecho punible debe ser el primer elemento clave, pues no olvidemos que partimos de que todos los delitos previstos en el art. 1.2 exigen el dolo para su atribución al Jurado. Por tanto, la primera solución para atribuir al TJ la competencia de delitos conexos, exige como medida inicial aislar el delito principal y el grado de intencionalidad del autor respecto a él, siendo el móvil coincidente en mayor o menor medida.

En este sentido la respuesta debe ser la siguiente: Si el autor quiso cometer un delito que cae bajo la competencia del Jurado, todos los demás conexos a él lo serán también, con las excepciones del delito de prevaricación y de ser posible dividir la continencia de la causa. Aquí se entenderá que no juega la omisión del art. 5.2, I, en relación con el art. 17-5º LECRIM, porque el delito principal es competencia del TJ, y los demás, aunque conexos, en realidad son o accidentales o no queridos por el autor. Caso típico: El autor quiere matar y mata a su vecino, pero el modus operandi implica accidentalmente las heridas del cónyuge.

Si el autor del hecho punible, al contrario, quiso cometer un delito que no es competencia del Jurado, conocerán los Tribunales ordinarios, por el proceso ordinario que corresponda, aunque esté conexo a él un delito competencia del TJ, o varios. Por tanto, en este caso, la prohibición de la competencia para conocer de la conexión análoga (concurso real) de los arts. 5.2, I y 17-5º LECRIM tendrá pleno sentido. Caso típico: El autor sólo quiere advertir a su vecino que deje a su esposa dándole una paliza que le causa lesiones graves, pero el modus operandi implica accidentalmente la muerte de un hijo presente en la pelea.

El concepto de delito principal que utilizamos no atiende a ningún criterio temporal (ser en el tiempo el primero de los cometidos), o de gravedad (ser el más penado), porque ninguno de ellos está en el art. 17 LECRIM explicado como tal, si bien sí en el art. 18 LECRIM para decidir la competencia territorial, que es cosa distinta, sino exclusivamente a la intencionalidad del autor. Si el autor quiso cometer un delito, y éste es competencia del TJ, todos los demás son conexos a él. Si quiso cometer un delito que no es competencia del TJ, todos los demás conexos a él tampoco serán competencia del TJ, aunque alguno de ellos sí entra en el listado del art. 1.2.

Por ello, quien dispara a varias personas con ánimo de matar y causa la muerte de unas y hiere a otras, comete como delito principal uno o varios homicidios o asesinatos. Por tanto, todos los demás delitos serán conexos a éstos, lo que debe implicar la competencia del TJ para conocer de todos ellos. O más real y actual, quien quiere cometer y comete cinco asesinatos, basados todos ellos en el mismo móvil sexual, debe ser sometido a Jurado por todos ellos (caso Sonia Rubio et als., en estos momentos sub iudice en fase de instrucción, aunque plantea otros problemas a los que ahora no podemos hacer referencia).

Sin embargo, quien entra en una casa sólo con intención de robar, hiriendo a su propietario a quien creía ausente que acaba falleciendo por la gravedad de las lesiones, sólo comete como delito principal el robo, siendo conexo el homicidio a él, delito que es competencia del TJ, pero que sin embargo no debe tener atribuído el conocimiento de ninguno de ellos.

Estas consideraciones tienen que ser decisivas desde los momentos iniciales del proceso y oportunidades da la LJ para ello: Transformación de la causa en proceso penal especial ante el TJ cuando el hecho punible presente verosimilitud del dolo del imputado (art. 24.1), y comparecencia de imputación para concretarla en esos términos (art. 25). Y, al contrario, en caso de que las investigaciones demuestren que no hubo dolo en el delito principal, o que éste no es competencia del TJ, auto transformando el procedimiento (arts. 26.1, 28 y 29.5).

Privar de la competencia del TJ un delito de asesinato, cuando el TJ está previsto específicamente para conocer de él, por el hecho de que además se causaron lesiones a otra persona, sería un fraude de Ley.

Finalmente, por lo que afecta a algunos casos de Derecho transitorio con los que todavía nos podemos encontrar en el momento de redactar este texto, si el delito principal doloso competencia del TJ, en el sentido aquí expresado, se cometió antes de la entrada en vigor de la LJ, y los conexos después, en nuestra opinión la competencia del TJ debe estar excluída en todo caso, para no infringir los criterios de vigencia de las Leyes fijados en el art. 2.1 CC.

B) La posibilidad de considerar los hechos secuenciadamente en una unidad temporal o espacial de ejecución: La segunda clave estriba en considerar si el autor de los delitos conexos, teniendo en cuenta que para el principal hubo intencionalidad, realizó las diversas conductas típicas en una unidad espacial y temporal que permitan contemplarlas procesalmente sin romper la continencia de la causa, por tanto, en una secuencia ordenada de ejecución de las mismas englobadas en la misma temporalidad y espacio.

Es decir, si queriendo matar y habiendo matado, además de lesionado a otra persona, por ejemplo, todos los actos de ejecución los realizó sin solución de continuidad temporal (al mismo tiempo, la misma mañana, el mismo día, con escaso intervalo de horas, etc.), ni espacial (en el mismo lugar o muy próximo a él, o en distintos lugares relacionados entre sí por ser por ejemplo las distintas viviendas de todos los que se quiso matar). Si hay unidad temporal y espacial, además de ser el delito principal competencia del TJ, la atribución objetiva de esos delitos a éste debe quedar asegurada.

Este requisito no es alternativo al anterior, de manera que la intencionalidad del autor y la consideración de una secuencia temporal y espacial de ejecución deben concurrir forzosamente los dos, para que se pueda considerar la competencia del TJ.

Este criterio de la secuencia temporal y espacial es estrictamente procesal, y debe quedar perfectamente deslindado del concepto jurídico-penal de unidad de hecho, porque en nuestra opinión no tiene importancia para decidir qué casos de concurso real sí son competencia del TJ. La unidad que interesa aquí es la espacial y temporal en sentido procesal penal, y no la de hecho material.

La propia práctica es la que está marcando la virtualidad de este segundo requisito, totalmente ausente de la letra de la LJ. De ella constatamos, primero la existencia real del problema, lo que no es poco, y segundo, la veracidad de la afirmación de que no todos los casos del art. 17-5º LECRIM están fuera de la competencia del TJ por mor del art. 5.2, I. El caso real que hemos relatado al principio de este escrito es la mejor prueba de ello.

Pero es imprescindible también abordar dogmáticamente el problema para hallar la solución más adecuada a la intención del legislador, que por lo dicho hasta ahora y contundentemente, insistimos, no quiso excluir de la competencia del TJ todos los casos que bajo el art. 17-5º LECRIM podían caber.

Científicamente, la clave tiene que residir en si los hechos punibles cometidos constituyen unas acciones que se pueden reducir a la unidad de realización considerada procesalmente, de manera tal que la causa sea indivisible, o en si, al contrario, son separables en varias unidades de realización desde el punto de vista procesal, principalmente, y no en último lugar si, como consecuencia del desarrollo total de la acción delictiva, la intencionalidad primigenia del autor demuestra que quiso cometer y cometió un delito que es competencia del TJ, es decir y dicho con otras palabras, si el hecho principal cae bajo la cognición del TJ, que es el primer requisito que hemos estableciendo anteriormente, íntimamente unido a éste.

Obsérvese que en caso de ser posible la separación de delitos (la causa es divisible, no se rompe su continencia), el problema quedaría extraordinariamente relativizado, pues se aplicaría el art. 5.2, II in fine, y unos hechos punibles serían competencia del TJ (los que cayeran en alguno o algunos de los apartados del art. 1.2), independientemente de si son considerados el delito principal o no, y los demás no.

No olvidemos tampoco que la Ciencia del Derecho Procesal está por fortuna mucho más desarrollada en 1998 que en 1882, y no digamos nada de la Ciencia del Derecho Penal, por lo que el art. 17-5º LECRIM debe interpretarse de acuerdo con parámetros científicos actuales, de cuyas consecuencias extraemos que procesalmente no se regulan todos los casos de conexión posible, y que la finalidad principal es reunir todos los hechos punibles en un único enjuiciamiento (art. 300 LECRIM), básicamente por mor del principio de economía procesal, pero no sólo.

En este sentido, cuando la continencia de la causa no pueda romperse, ¿cómo quedará mejor cumplido el principio pro Jurado?, ¿cómo hemos de dar más satisfacción al principio

de la economía procesal y al deseo del legislador de evitar decisiones contradictorias?, ¿cómo, finalmente, plasmaremos más adecuadamente la intención de la Jurisprudencia de favorecer al acusado?, ¿extrayendo todos los delitos imputados a una persona que tengan analogía o relación entre sí a juicio del órgano jurisdiccional, siempre que no hayan sido sentenciados ya, de la competencia del TJ, sacando sólo unos cuantos, o haciendo al TJ competente para todos ellos? Por otra parte, ¿se vulnera la mens legislatoris si el delito conexo tiene el gravísimo efecto de impedir la competencia del TJ para el delito principal, de acuerdo con las previsiones legales, simplemente porque no se ha previsto en general la conexión?

La clave, decíamos, reside en distinguir. Si hay una secuencia temporal y espacial de ejecución reconducible a la unidad, son competencia todos los delitos del TJ, aunque lleguemos a la conclusión de que estamos ante un caso de conexión por analogía del art. 17-5º LECRIM; si no hay unidad de secuenciación, no se rompe la continencia de la causa y, por tanto, unos delitos conforme al art. 1.2 serán competencia del TJ y otros no, los no previstos en ese precepto.

La solución se basa en buena parte en la evolución del Derecho Procesal, que se manifiesta mucho más abierta y comprensiva en la regulación de la conexión para el proceso abreviado, establecida por nuestro Ordenamiento Jurídico en 1988, pues en estos casos se establece, sencillamente, que “cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios”, la separación de la causa es posible formándose las correspondientes piezas separadas (art. 784-7ª LECRIM).

Pues bien, si relacionamos el concepto de consideración unitaria de la realización de los hechos punibles con la conexión, resulta indiscutible que para la conexión, que el autor realice sus varios crímenes secuenciadamente, con mínima separación temporal y espacial entre ellos, y con la misma finalidad, no es principalmente un problema de exclusión de la conexión si el o los delitos principales son competencia del TJ, en el sentido anteriormente reflejado, sino en realidad de reafirmación de su competencia. De otra manera, no tendría sentido el art. 5 en su globalidad.

Piénsese en la persona que, por un despecho pasional, causa intencionadamente daños en un piso porque desea matar a su compañero/a, que afectan además a la estructura del edificio ocasionando su derrumbre, con el resultado de muerte de 10 personas, edificio totalmente destruido, y destroce de los 14 coches que en esos momentos estaban estacionados en el aparcamiento del mismo. Si el art. 5.3 LJ no hubiera previsto la acumulación de delitos por concurso ideal, tendríamos que haber llegado a idéntica conclusión simplemente aplicando el párrafo II del art. 5.2, I, porque hay secuenciación temporal y de ejecución en los actos que permiten considerarlos unitariamente y, además, el delito o delitos principales son competencia del TJ.

C) Su aplicación al caso expuesto: Pues bien, en el caso real reflejado al principio de este artículo, la AP Pontevedra llegó a esta misma conclusión, pero por otra vía, al considerar que

en los varios delitos cometidos había existido en sentido material unidad de acto. Esto es problemático, porque la doctrina penal afirma sin duda alguna que en el concurso real hay pluralidad de actos, es decir, varios hechos, y no uno sólo, según sabemos ya.

La decisión la AP de Pontevedra, valiente (por actuar de oficio) y certera (por fijar la competencia del TJ para todos los delitos), buscó sin embargo otro camino distinto al que defendemos en estas páginas para llegar a la misma conclusión, consistente, como hemos dicho, en interpretar lo sucedido fundamentalmente como unidad de hecho en sentido material. Recordemos que los hechos fueron calificados como tres delitos de asesinato consumados, un delito de asesinato en grado de tentativa y un delito de tenencia ilícita de armas.

En este sentido, el Auto 78/1998 cit., parte de las siguientes premisas (en cursiva el texto que en el original viene en **negrita**):

1ª) Hay que distinguir los supuestos de unidad de hecho de los de conexión: Siendo los hechos descritos delitos conexos, lo cierto es que el legislador no prescinde de la conexión en concurso real para negar en todo caso la competencia del TJ, sino que toma en consideración hechos conexos en algunos supuestos precisamente para atribuírsela, ello en función de si los hechos se pueden considerar unitariamente (unidad de hecho) o no (FD 3º).

2ª) El concepto “unidad de hecho” no es únicamente el que toma en consideración el Derecho Penal para definir el concurso ideal, expresándose en la resolución que en determinados casos de concurso real, “pese a la posición generalizada en la doctrina de afirmar que ocurre una pluralidad de hechos, la literatura del precepto legislativo se refiere a tales hipótesis como si se tratase de un único hecho...” Lo contrario nos llevaría a una posición reduccionista no autorizada, porque “... cuando se trate de concursos reales que no se benefician de la regla prevista para el delito continuado, pero en los que concurren todos los requisitos de éste, salvo el carácter eminentemente personal de los bienes ofendidos por el delito cabe hablar por el legislador orgánico y procesal de un único hecho..., como lo hace el legislador penal” (FD 3º).

3ª) Tales supuestos son considerados por el art. 5.3 como supuestos “de un solo hecho que puede constituir dos o más delitos. Con la consecuencia competencial de atribuir su conocimiento al Tribunal del Jurado si alguno de esos delitos fuere de los que le están atribuidos” (FD 3º).

En nuestra opinión, el principal problema que presenta esta argumentación es que difícilmente va a ser admitida por la Doctrina penal, por las razones que ya conocemos. De ahí que sea más útil, sin tocar un ápice el Derecho sustantivo, reconducir y sistematizar la argumentación al ámbito estrictamente procesal: Sí a la competencia del TJ para conocer del concurso real de delitos cuando el delito principal (intencionalidad básica) del autor sea de su competencia, y se puedan reducir a una secuencia temporal y espacial de ejecución,

fácilmente identificable de modo unitario, los diferentes actos en que se descompone la acción típica. Y estos dos requisitos se dieron en el presente supuesto.

4ª) La LJ no impide en ningún caso que el TJ pueda conocer de delitos de homicidio o asesinato en grado de tentativa. Lo que excluye la LJ es la tentativa de esos delitos siempre que sean el único delito cometido y enjuiciado. Pero no cuando exista una conexión basada en la unidad de hecho antes mencionada, “en el que la indivisibilidad del supuesto fáctico aloja en la irrazonabilidad la escisión del conocimiento jurisdiccional...” (FJ 4º).

Totalmente de acuerdo con esta opinión, salvo en el concepto “unidad de hecho”. Como la propia resolución reconoce, no hay además una norma excluyente expresa, como para la prevaricación, aunque la prohibición de la tentativa en el homicidio y el asesinato sea tajante, pero para cuando es delito único.

5ª) Que el art. 300 LECRIM imponga la unidad de procedimiento, no implica en absoluto que en todo caso ello signifique la pérdida de competencia del TJ (v. S TS de 24 de enero de 1994, RA 591). Esta conclusión solamente opera con relación a la Audiencia Nacional (FJ 6º). Opinión que compartimos plenamente.

6ª) Finalmente, el Auto 78/1998 llega a nuestra misma conclusión, estableciendo la competencia del TJ para conocer de esos delitos, afirmando antes algo en lo que nos hemos apoyado decisivamente a la hora de intentar resolver estas cuestiones, pero en sentido contrario a nuestra propuesta: “... incluso cuando el delito no competencia de Jurado es conexo a otro que sí es competencia de éste, también ha de atribuirse el conocimiento de ambos al Jurado, por la especialidad de la norma, aunque el competencia de Jurado sea menos grave. Esa especialidad es la que explica la regulación del art. 5.3 de la LOTJ o que la regulación del art. 5.2 no establezca excepción alguna, para la extensión por conexión, si el delito conexo no competencia del Jurado está más gravemente penado que el que sí es competencia del Jurado” (FJ 6º).

Pero esta conclusión, insistimos en el reconocimiento expreso de la especialidad de la norma, también podría vulnerar el espíritu de la LJ, pues sería capaz de llevarnos a una extensión desmesurada de la competencia del TJ, que el legislador no quiso (art. 1.2), por lo que nos reafirmamos en el criterio de la intencionalidad antes manifestado. Si el autor deseó cometer un delito que no es competencia del TJ, los conexos a él deben caer fuera de su ámbito objetivo, aunque alguno de ellos esté en el listado del art. 1.2. Con ello, la argumentación, tanto a favor como en contra, es absolutamente coherente.

Se han producido otros casos también de cierta relevancia, como la causa 1/1996 TJ AP Alicante, por delitos de allanamiento de morada y robo con violencia, más una falta de lesiones, que dio lugar al Auto 6/1997, de 11 de marzo del TSJ Comunidad Valenciana resolviendo la apelación por tema de discusión de la conexión; o el más importante aún, el supuesto del sumario 1/1997 del JI núm. 3 de Vinaroz (Castellón), rollo Sección 2ª AP

Castellón núm. 52/1997, debido a unos hechos producidos el día 8 de enero de 1997, con resultado de un homicidio consumado, dos tentativas de homicidio y una tenencia ilícita de armas, que se tramitó por sumario ordinario, increíblemente pues el autor quiso matar a varias personas, aunque no lo consiguió en todos los casos.

Ni que decir tiene que igualmente quedan incluidos en la competencia del TJ los casos de concurso real en los que la totalidad de los delitos cometidos por una misma persona, sean todos ellos competencia del TJ, por ejemplo cinco asesinatos.

Finalmente, debemos hacer una referencia práctica a cómo se ve la conexión desde el punto de vista del CGPJ y de la FGE, francamente discordantes al respecto. En efecto, para el CGPJ, la conexión no está planteando ningún problema, mientras que para la FGE, el art. 5 es una fuente de complejidades inagotable.

En efecto, el CGPJ, en su Informe de 12 de enero de 1998 sobre la experiencia práctica de la Ley, en el que estudió las primeras 76 causas ante TJ, indica que en 8 de ellas hubo conexión (amenazas y simulación de delito, homicidio y delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, cohecho y delito contra la seguridad del tráfico, omisión de socorro y simulación de delito, y homicidio y robo), aunque el Jurado sólo conoció de 2 efectivamente (la de los delitos de homicidio y contra la libertad y seguridad en el trabajo, y otra en que se acumuló una falta incidental de daños), pues en las 6 restantes se produjo conformidad (págs. 17 y 20, y Anexo II). Por ello afirma que en la práctica “no parecen haberse planteado demasiados problemas, aunque sí algunas dudas...” (pág. 36), concluyendo, sorprendentemente a nuestro juicio, “que en la práctica no se han planteado problemas interpretativos o aplicativos al respecto...” (págs. 36 y 37), aunque en la nota 18 de esta última página ya hay una referencia a complejidades técnicas que se están planteando, como no podía ser de otra manera añadimos nosotros.

En cambio, el Informe de la FGE de 24 de julio de 1997, también sobre la experiencia práctica de la LJ, es mucho más crítico a la hora de analizar el tema de la conexidad, llegando justo a la conclusión contraria que el CGPJ, siendo de fecha anterior, pues afirma de entrada que el art. 5 LJ “tiene una redacción alambicada y está siendo fuente de problemas e interpretaciones dispares que están plenamente justificadas...”, añadiendo que “el precepto, aparte de dejar sin solución expresa algunos de los casos más frecuentes (conexidad del art. 17.5º con posible ruptura de la continuidad de la causa), utiliza una técnica sinuosa a base de excepciones, contraexcepciones y matizaciones” (pág. 11). Por ello, siguiendo la línea de la Circular FGE 3/1995, cit., y después de considerar diversos ejemplos reales, propone que todos los delitos conexos sean competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios, aunque alguno o algunos de ellos vengán atribuidos al TJ, optando por una nueva redacción del art. 5 que nos lleve a la regla inversa de la vigente en la actualidad (págs. 12 a 14).

Nuestra opinión, ya la hemos manifestado: Seguir esta idea implica actuar contra el Jurado y el espíritu de la Ley. Por tanto, nos reafirmamos en la necesidad de que concurran

los dos requisitos anteriormente reflejados: Intencionalidad y secuenciación temporal y espacial.

IV. LOS CASOS DE CONCURSO REAL EXCLUÍDOS.

Todas estas disquisiciones no deben sin embargo eludir la crítica al legislador por no haber previsto exactamente las consecuencias de su bien intencionada evitación de complejidades al TJ y, de paso, de sobrecarga, al pretender excluir la conexión por analogía en la competencia del mismo en el art. 5.2, I, sin conseguirlo del todo, como hemos visto. Si se ha de reformar la LJ, éste es uno de los aspectos a considerar especialmente, incluyendo al conexasidad del art. 17-5º LECRIM claramente, por lo que nos manifestamos expresamente, o negándola en todo caso.

Tal vez si se hubiera limitado a una declaración similar al art. 7, II de la LJ de 1888 (“también conocerá con la misma extensión [la fijada en el párrafo anterior en relación con los arts. 4 y 5] de los delitos conexos con los anteriores, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”), habría sido más que suficiente, y no nos encontraríamos ahora con todos los problemas interpretativos del art. 5.

Claro es que, según narra GOMEZ ORBANEJA, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Bosch, Barcelona 1947, t. I, págs. 457 y 458, la Jurisprudencia matizó que el TJ no debía conocer del delito conexo si éste estaba expresamente excluido de su conocimiento (con cita de sentencias del TS de finales del siglo XIX y principios del XX). El considerado mejor comentarista de nuestra primera LJ, PACHECO, F. de A., La Ley del Jurado comentada, P. Revista de Legislación, Madrid 1888, págs. 265 a 267, quien por cierto se olvida de transcribir precisamente el párrafo II del art. 7 relativo a la conexión (v. pág. 254), no aporta ninguna luz interpretativa al respecto.

Pero tampoco fue entonces una solución clara, ni lo sería hoy. Y mucho menos la contraria, a saber, la de excluir en todo caso la conexión si el art. 1.2 no comprende el delito entre los atribuidos a la competencia del TJ, pues siempre quedaría la duda ante la posibilidad de romper la continencia de la causa, separando el enjuiciamiento del delito competencia del TJ, de aquél que iría al JPe o a la AP, lo cual nos llevaría a situaciones realmente injustas también indubitadamente.

Pues bien, a la vista de lo expuesto hasta ahora, y teniendo claro que el concurso medial, como variante específica del concurso real de delitos, siempre está incluido expresamente por el art. 5.2, I, c), en relación con el art. 17-3º LECRIM, deben quedar excluidos en nuestra opinión de la competencia del TJ todos los casos de concurso real de delitos en los que se dé alguna o estas dos circunstancias:

a) Ser la intencionalidad del autor cometer un delito, el principal, que no es competencia del TJ.

b) No permitir la secuenciación temporal y de ejecución de los hechos producidos una consideración conjunta desde el punto de vista procesal, sino aislada.

En todos los demás casos, dándose esos requisitos en sentido contrario, la competencia del TJ debe quedar asegurada por las razones expuestas.

BIBLIOGRAFIA BASICA:

ARNALDO ALCUBILLA / CONDE PUMPIDO / GUTIÉRREZ CARBONELL / LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ / MARCHENA GÓMEZ / MARTÍN PALLÍN / NARVÁEZ RODRÍGUEZ / PICATOSTE BOVILLO / URQUÍA GÓMEZ / VARELA CASTRO, Manual del Jurado, Ed. Abella, Madrid 1996, págs. 68 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., El Proyecto de Ley del Jurado, de 1994, y la estructura del proceso penal, Revista de Derecho Procesal 1994, núm. 3, págs. 771 y s.; DE URBANO CASTRILLO, E., El Jurado y el delito conexo, La Ley 1997, t. I, págs. 2030 y ss.; FAIREN GUILLEN, V., El Jurado, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, págs. 127 y ss.; GANZENMÜLLER / FRIGOLA / ESCUDERO, Guía práctica de la Ley del Jurado. Comentarios y esquemas, Ed. Bosch, Barcelona 1996, págs. 95 y ss.; GIMENO JUBERO, M.A., Ambito objetivo del proceso del Tribunal del Jurado, en “El Tribunal del Jurado”, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, págs. 129 y ss.; GIMENO SENDRA / GARBERÍ LLOBREGAT, J., Ley del Jurado, Ed. Colex, Madrid 1997, págs. 80 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 31 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO, F., El proceso penal ante el Tribunal del Jurado, Ed. Forum, Oviedo 1995, págs. 49 y ss.; GRANADOS CALERO, F., El Jurado en España, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, págs. 94 y ss.; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., Competencia y composición del Jurado, en varios autores, “El Tribunal del Jurado. Estudio sobre la L.O. 5/1995”, Ed. Gobierno de Canarias y Universidad Alfonso X El Sabio, Las Palmas de Gran Canaria 1996, págs. 185 y ss.; LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G., Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, Ed. Dykinson, Madrid 1995, págs. 59 y s.; LORCA NAVARRETE, A. M., Manual del Tribunal del Jurado (3ª ed.), Ed. Dykinson, 3ª ed, Madrid 1997, págs. 178 y ss.; MARÉS ROGER / MORA ALARCÓN, Comentarios a la Ley del Jurado, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 87 y ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., El Jurado en España. Notas a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Ed. Comares, Granada 1995, págs. 13 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., La competencia del Tribunal del Jurado, Revista del Poder Judicial 1998, núm. 49, págs. 565 y ss.; Idem, La competencia del Tribunal del Jurado (arts. 1 y 5 LOTJ), en PÉREZ-CRUZ MARTÍN / MÉNDEZ LÓPEZ / LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ / DEL MORAL GARCÍA / SERRANO BUTRAGUEÑO / MARCHENA

GÓMEZ / DÍAZ DÍEZ / BUJOSA BADELL, “Comentarios a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva”, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 13 y ss.; TOMÉ GARCÍA, J. A., El Tribunal del Jurado: Competencia, composición y procedimiento, Edersa, Madrid 1996, pág. 40 y ss.

ANEXO

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN PRIMERA PONTEVEDRA

Rollo : 0006/97
Sumario : 0001/97
Procedencia : Juzgado Instrucción Cambados-2

A U T O N° 78

Ilmos.Sres.

D. Jaime Carrera Ibarzabal

D. Luciano Varela Castro

D. Julio Cesar Picatoste Bobillo

Pontevedra, uno de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.: En marzo de 1997 el Juzgado de Instrucción de Cambados incoó Diligencias Previas para la investigación de los hechos relacionados con la muerte de varias personas, transformando el procedimiento por resolución de 29 de marzo en la que mandó seguir la tramitación de las causas para ante el Tribunal de Jurado.

SEGUNDO.: Celebrada la preceptiva comparecencia con intervención del Ministerio fiscal, no cuestionó éste la pertinencia de dicho procedimiento no obstante imputar al ahora acusado los hechos que posteriormente hizo objeto de acusación: tres delitos de homicidio consumado y otro en grado de tentativa.

TERCERO.: Sorprendentemente el MF interesó la transformación al procedimiento ordinario en fecha 15/4/97 que fue ordenada por el instructor en auto de fecha 23/5/97.

CUARTO.: Dictado auto de procesamiento y remitida la causa a este Tribunal, se decretó la apertura de juicio oral antes de que las partes formalizaran su escrito de calificación en

los que, en definitiva el MF imputa, junto a un delito de tenencia de armas, tres delitos de asesinato consumado y otro en grado de tentativa. La defensa en su calificación no plantea cuestión o artículo de previo pronunciamiento sobre competencia o procedimiento.

Siendo Ponente el Magistrado Don **LUCIANO VARELA CASTRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.: Control de oficio de la competencia.

La coherente y conjunta aplicación de los arts. 8, 19 y 25 LECrim obliga a los Tribunales a una constante apreciación de oficio de su competencia, incluso cuando las partes se muestren al respecto inactivas o complacientes con la actuación de los órganos jurisdiccionales que carecen de ella.

De ahí que, no obstante la falta de planteamiento de artículos de previo pronunciamiento, nada impide que, fijado el objeto procesal tras la formulación de todos los escritos de calificación, debe el Tribunal, que estima que carece de competencia, declararlo así.

SEGUNDO.: La determinación de la competencia objetiva.

Establece el art. 14 LECrim que, no obstante la atribución a las Audiencias Provinciales de la competencia para conocer y fallar de las causas por delito que no sean menos graves, tal conocimiento y fallo corresponderá al Tribunal de Jurado si le fuere atribuido por la ley.

En concordancia el art. 1.2 LOTJ realiza tal atribución a éste de los delitos de homicidio previstos en el art. 139 CP. Si bien en el art. 5.1 LOTJ precisa que sólo será competente en tales casos si el delito fuere competente.

Surge así la cuestión de determinar la competencia cuando al autor se le imputa, además de uno o más delitos consumados de tal tipicidad, otro de la misma pero en grado de tentativa.

Tal ocurre en el presente caso. El Juez de Instrucción, asumiendo la tesis del MF, transformó el procedimiento de las causas para ante el Tribunal de Jurado, ordenando seguir el ordinario, y estimó que era competente esta AP con exclusión del Jurado. La calificación del MF, aunque no las demás acusaciones, afirma que el acusado ha cometido tres delitos de asesinato (sic) consumados y otro en grado de tentativa. Además de otro de tenencia ilícita de armas. Con tales premisas afirmó en la instrucción que la competencia no era la del Tribunal del Jurado.

La tesis que excluía la competencia del Tribunal de Jurado pasa por las siguientes afirmaciones: a) se trata de delitos que son conexos conforme al nº 5 del art. 17 LECrim, b) uno de los conexos resulta “no puede”, ser atribuido al conocimiento del Jurado, conforme al art. 51.1 LOTJ y c) resulta ineludible el conocimiento conjunto en unidad de procedimiento conforme al art. 300 LECrim, por lo que resulta obligado acudir al procedimiento ordinario, con la derivada competencia de la Audiencia sin intervención del Jurado.

Bien puede decirse que ninguno de los tres argumentos es de recibo.

TERCERO.: Necesidad de distinguir los supuestos de unidad de hecho de los de conexión.

La LOTJ excluyó de la **extensión** de su competencia, por razón de conexión, aquellos

casos de la denominada conexión mixta del nº 5 del art. 17.

No es difícil entender que las razones que avalan tal decisión legislativa no han de ser ajenas al fundamento utilitarista del nº 5 del art. 17 LECrim y a la conveniencia de que claudicase ante el objetivo de simplificar el objeto de conocimiento en un juicio por el Jurado ahorrándole los supuestos no ineludibles de complejidad en el objeto.

Pero, cualquiera que sea el fundamento de la norma, lo obvio es que el legislador no quiso prescindir de otros supuestos, a los que denominó unidad de hecho, en los que mantuvo la atribución de conocimiento por el Jurado aunque los **delitos** imputados al acusado fueran varios y no fuera posible encuadrar el supuesto en ninguno de los cuatros de conexión subsistentes en la LOTJ.

Nada autoriza a afirmar que tal unidad de hecho es una hipótesis que en el lenguaje del legislador haya de reducirse a la hipótesis conocida por el Derecho Penal como concurso ideal. Ni aun reconociendo el paralelismo de la expresión del art. 5.3 LOTJ y art. 77.1 CP.

En determinados supuestos de **concurso real** de delitos, pese a la posición generalizada en la doctrina de afirmar que ocurre una pluralidad de hechos, la literatura del precepto legislativo se refiere a tales hipótesis como si se tratase de un **único hecho**. Precisamente, **cuan-do excluye** la regla especial de aplicación de la pena para delitos en principio considerables como **delito continuado**, cual ocurre en el ap. 3 del art. 74, pese a que por tal exclusión impone el régimen del concurso real, se refiere a la “naturaleza del hecho”, sic, en singular, aun cuando en los apartados anteriores del precepto, a los que remite ese ap. 3, hable de “pluralidad de acciones” y pluralidad de sujetos pasivos. Y en el ap. 2 del mismo precepto, pese a iguales pluralidades, se refiere a la “notoria gravedad del hecho”, sic, en singular.

En consecuencia nada autoriza la interpretación reduccionista antes indicada mantenida por el Instructor a instancia del MF. Porque, **cuan-do se trate de concursos reales que no se benefician de la regla prevista para el delito continuado, pero en los que concurren todos los requisitos de éste, salvo el carácter eminentemente personal de los bienes ofendidos por el delito** cabe hablar por el legislador orgánico y procesal de **un único hecho** sic en singular, como lo hace el legislador penal.

Porque si el delito continuado, pese a la pluralidad de resultados, es considerado jurisprudencialmente como supuesto de unidad de acción o de hecho, (STS 23/4/92) mal puede decirse que la naturaleza del bien jurídico trascienda a la consideración de unidad o pluralidad del supuesto fáctico, por más que, por razones de política legislativa, pueda traducirse en la consideración de concurso real de delitos, sin el beneficio de la penalidad propia del delito continuado.

Y tal es precisamente el supuesto de que un solo acusado, con inmediatez temporal y espacial consuma e intenta varios homicidios. Como en el hecho que fue origen de este sumario. O como lo sería, con más evidencia si cabe, si el autor produjera varias muertes y lesiones con la única acción de la explosión de una bomba por él arrojada con voluntad homicida referida a plurales sujetos.

Tales supuestos son regulados por el ap. 3 del art. 5 LOTJ como supuestos de **un solo hecho que puede constituir dos o más delitos**. Con la consecuencia competencial de atribuir su conocimiento al Tribunal de Jurado si **alguno de esos delitos** fuere de los que le

están atribuidos.

Yello sin acudir a la consideración de tal supuesto como de unidad natural de acción, perspectiva propia del Derecho Penal que no interesa necesariamente a la procesal que aquí nos ocupa. Así aquel concepto conviene al supuesto de precisar si son o no aplicables las reglas del concurso ideal o real, como en el caso de la STS 11/10/90.

CUARTO.: La LOTJ no impide que el Tribunal de Jurado llegue a conocer de delitos de homicidio en grado de tentativa.

El art. 5 LOTJ enuncia reglas sobre cómo determinar la competencia del Jurado. En lo que a la competencia objetiva se refiere reduce el alcance de la regla general del art. 1. Así viene a afirmar que el hecho homicida sólo tendrá **aptitud atributiva de competencia** si es consumado.

Nada menos razonable que extender el alcance de la norma, más allá de esa función, con la artificiosa ecuación entre ese predicado de aptitud atributiva de competencia y el de exclusión de tal hecho homicida inconcluso respecto del ámbito de lo que el Jurado puede llegar a conocer. Porque una cosa es decir que el hecho homicida no consumado **no baste por sí solo** para determinar la competencia del Jurado y otra que aquel hecho **no pueda ser** conocido por el Jurado porque éste no pueda **extender** dicha competencia al homicidio intentado, cuando concurren los presupuestos normativos de tal extensión. Como sería el caso del homicidio intentado en relación medial con otro consumado.

Y, por supuesto, con mayor razón cuando no se trata de mera conexión, sino cuando se trata de la unidad de hecho en el que la indivisibilidad del supuesto fáctico aloja en la irrazonabilidad la escisión del conocimiento jurisdiccional.

Piénsese que respecto del homicidio intentado la LOTJ ni siquiera ha introducido una norma expresa de alcance excluyente, como la que establece para la prevaricación, respecto de cuyo delito obsta el conocimiento por Jurado, incluso en caso de conexión.

QUINTO.: La unidad de procedimiento no es imprescindible en casos de concurso de delitos con unidad de autor y mera relación o analogía entre aquellos.

Tal es el supuesto de conexión regulado en el art. 17.50 LECrim. Y a él se refiere el art. 300 de la misma. Pero eso no impide recordar dos obviedades.

La primera que ese supuesto no siempre fue tenido por conexión en la norma procesal penal, pues, además de que estaba ausente en la LECrim 1872, en la actual la conexión no se tomaba en consideración en la circunstancia aleatoria de que respecto de los delitos que ya habían determinado al incoación de procedimiento. Fue bien tarde -1967- cuando se estableció el momento del fallo como preclusivo de la consideración de los delitos como conexos. Lo cual pone de manifiesto la **accidentalidad** de tal “consideración como conexos” de los citados supuestos. Es tan sólo un criterio de política legislativa y no una exigencia conceptual.

Piénsese que en la norma procesal francesa no se incluye tal supuesto como de conexión. Y que los casos como el enjuiciado en esta causa constituyen en realidad un supuesto bien diverso de la conexión: son casos de “indivisibilidad” y su conjunto enjuiciamien-

to fue consolidado por vía jurisprudencial y no legislativa.

El TS ha tenido ocasión de advertir la diferencia entre conexidad e indivisibilidad. Así en la sentencia de 5 de marzo de 1993: **“La conexidad ... no implica - a diferencia de cuando se trata de un hecho único - la necesidad de esa indivisibilidad (de procedimientos)..”**.

Y aun añade: “... En los casos de coetaneidad de ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas ...”.

La segunda obviedad deriva de la propia LOTJ: Su art. 50.2 par. segundo, excluye la trascendencia de la conexión en cuanto a modificar la competencia cuando, **no obstante la conexión quepa enjuiciar separadamente**. Lo que implica que los delitos conexos que no sean competencia de Jurado “enjuiciables separadamente” permanecen bajo su competencia ordinaria y son vistos en procedimiento diverso. Y eso en cualquier caso de conexión. Más aun cuando la tal conexión es la utilitaria y coyuntural -en lo que a política legislativa se refiere- tipificada en el art. 17-5º LECrim.

SEXTO.: La eventual unidad procedimental no determina inexorablemente la pérdida de competencia por el Tribunal de Jurado.

Cuando el art. 14 LECrim establece en su último párrafo que en el ámbito competencial de la Audiencia los delitos atribuidos al Jurado serán conocidos por éste, coloca dicha atribución bajo la prescripción taxativa con que comienza dicho art. 14: “Fuera de los casos que **expresa y limitativamente..** la Constitución y las leyes atribuyan a Jueces y Tribunales determinados ... serán competentes ...”.

Caso específico de derogación de la competencia inicialmente atribuible al Jurado lo es el de los delitos que sean de la competencia de la Audiencia Nacional, conforme al art. 1 in fine de la LOTJ.

Respecto a la eventual colisión entre una norma competencial, que compromete el derecho fundamental al juez ordinario, y las normas procedimentales, ya tuvo ocasión de pronunciarse nuestro TS. Disponiendo, en relación a la competencia para las causas por delito de calumnia o injuria, que, bajo la excusa de normas procedimentales, no parece jurídicamente correcto alterar las reglas de competencia. (STS 24/1/94).

Pero aun admitiendo que exista un conflicto, derivado de doble y diversa atribución competencial, no cabe sostener que la competencia para el único procedimiento haya de implicar la privación de conocimiento al Tribunal de Jurado ante la ausencia de la cobertura de la norma que declare su competencia por razón de conexión more nº 5º del art. 17 LECrim.

Ciertamente la Jurisprudencia bajo la anterior ley del Jurado de 1888 excluyó en algún caso la aplicación del criterio del art. 18 con argumentos que algún autor como Orbaneja consideró “asaz oscuro”. En todo caso resulta relevante a este efecto recordar que la norma reguladora de la competencia y organización de la jurisdicción militar no incluye tampoco el supuesto del art. 17-5º LECrim como uno de los supuestos de conexión procesal que regula en su específico art. 15. Pues bien, en el trance de dilucidar la jurisdicción competente, cuando se da conexión de delitos atribuidos a esa y a la ordinaria, con conexión que

deriva del nº 5 del art. 17 LECrim, pero que no es tenida por tal por la legislación penal militar en el art. 15 de la LO 4/87, es el criterio de la gravedad el determinante. Así en la S. de la Sala especial de conflictos de 17/12/97 y 12/3/91.

Y es que nada permite reducir el alcance del criterio regulador del art. 18 -decidir la competencia por **la gravedad del hecho delictivo objeto del proceso**- a las cuestiones suscitadas en el ámbito de la competencia objetiva. Basta pensar en el caso de conexión entre delitos atribuidos uno a la Audiencia y otro al Juzgado de lo Penal.

Desbaratada la afirmación de que el Jurado tenga “vetado” en todo caso conocer de los delitos de homicidio en grado de tentativa, es claro que cuando tal delito “pueda” atribuirse al jurado por razón de conexión o unidad de hecho, “debe” atribuirsele si el otro delito, competencia del Jurado es, además, castigado con pena más grave.

Pero, incluso cuando el delito no competencia de Jurado es conexo a otro que sí es competencia de éste, también ha de atribuirse el conocimiento de ambos al Jurado por la especialidad de la norma, aunque el competencia de Jurado sea menos grave. Esa especialidad es la que explica la regulación del art. 5.3 LOTJ o que la regulación del art. 5.2 no establezca excepción alguna, para la extensión por conexión, si el delito conexo no competencia del Jurado está más gravemente penado que el que sí es competencia del Jurado.

SEPTIMO.: Conclusión.

En el presente caso resulta indudable la unidad de hecho, por más que se trate de un concurso real de delitos que, por ello, determina la inescindibilidad del único procedimiento. No resulta pues necesario invocar el art. 300 LECrim so pretexto de la conexión existente entre los diversos delitos constituidos por aquel hecho, procesalmente único, por más que penalmente no merezca la aplicación de las específicas reglas de determinación de la pena propias del delito continuado o del concurso ideal.

La competencia para dicho procedimiento corresponde al Tribunal de Jurado. Porque éste lo es para al menos uno de los diversos delitos del citado único supuesto fáctico, bien porque lo es para el más grave de los diversos delitos en concurso, bien porque la conexión de un delito con otro competencia del Tribunal de Jurado, es de competencia de éste, si aquella específica relación hace inescindible el conocimiento, a salvo de reglas expresas, cual ocurre con los delitos competencia de la AN. No constituye tal excepción excluyente el delito de homicidio en grado de tentativa, pese a que éste, por si solo, carezca de aptitud atributiva de competencia a favor del Jurado.

Siendo improrrogable la competencia penal, en cuanto presupuesto de orden público apreciable de oficio, es debido ordenar lo pertinente para adecuar el procedimiento.

DECIDIMOS.: Que procede declarar competente para conocer de la presente causa al Tribunal de Jurado y seguir el procedimiento al específico previsto en la LO 5/95, repitiendo a tal efecto las actuaciones al momento de convocatoria de la audiencia preliminar prevista en el art. 30 de dicha ley, dejando subsistentes los escritos de calificación, de los que se deducirá testimonio para remisión al instructor, con certificación de esta resolución, una vez firme, y del sumario y piezas, debiendo el Instructor resolver con libertad de criterio en lo demás.