



Roj: **STS 558/2021 - ECLI:ES:TS:2021:558**

Id Cendoj: **28079120012021100117**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **1783/2019**

Nº de Resolución: **138/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP SO 61/2019,**
STS 558/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 138/2021

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1783/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1783/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 138/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por **infracción** de ley e **infracción** de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la **ASOCIACIÓN SORIANA RECUERDO Y DIGNIDAD**, contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, que desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción de Almazán de fecha 10 de diciembre de 2018, en D. P. 332/2016, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Dña. Eloísa García Martín y bajo la dirección Letrada de D. Eliseo Lafuente Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Almazán incoó Diligencias Previas con el nº 332/2016, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, que con fecha 25 de marzo de 2019 dictó Auto que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

"PRIMERO.- En fecha de 16 de octubre de 2018, se dictó auto acordando el sobreseimiento de las actuaciones, y siendo recurrido en reforma, en fecha de 10 de diciembre de 2018, se dictó auto en el Juzgado de Instrucción de Almazán, en diligencias previas número 332/16, donde se desestimaba el recurso de reforma, y contra el cual se interpuso recurso de Apelación, por el Procurador Sr. Ángel Muñoz Muñoz, en nombre y representación de la Asociación Soriana Recuerdo y Dignidad, dándose vista de su contenido al Ministerio Fiscal, el cual, se opuso al recurso, remitiéndose los autos a este órgano colegiado, el cual acordó designar Magistrado Ponente y demás miembros de la Sala, fijando día para deliberación, votación y fallo, quedando pendiente de resolución desde entonces. Habiéndose observado, en la tramitación de este recurso, las prescripciones legales correspondientes".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Ángel Muñoz Muñoz en nombre y representación de la ASOCIACIÓN SORIANA RECUERDO Y DIGNIDAD, contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción de Almazán, de fecha de 10 de diciembre de 2018, en diligencias previas número 332/2016, seguidas en dicho órgano judicial, y en su **consecuencia**, debemos de confirmar y confirmamos, en su integridad, dicha resolución, como aquella de la que trae causa de fecha de 16 octubre de 2018, dictado en las mismas diligencias, con declaración de oficio de las costas de esta alzada. Contra esta resolución cabe recurso de casación, por las causas contempladas en la Lecrim, a interponer ante el Tribunal Supremo, mediante escrito presentado por letrado y Procurador, y en el término de CINCO días a contar desde la notificación de esta resolución".

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por **infracción** de ley e **infracción** de precepto constitucional, por la representación de la **Asociación Soriana Recuerdo y Dignidad**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la **ASOCIACIÓN SORIANA RECUERDO Y DIGNIDAD**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por **infracción** de preceptos constitucionales, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido en el Auto los derechos y garantías del artículo 24.1 de la Constitución Española, específicamente el derecho de mi representada a la tutela judicial efectiva, en relación con lo establecido en el artículo 96 y 10.2 del texto constitucional.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por aplicación indebida del artículo 130.6 y 131 del Código Penal. Como ya hemos expuesto anteriormente la Resolución recurrida en su fundamento de derecho segundo considera que los delitos objeto de denuncia al haberse cometido en 1936 estarían prescritos al haber transcurrido más de 80 años desde su comisión.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de febrero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha formalizado recurso de casación contra el auto dictado en apelación, con fecha 25 de marzo de 2019, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria, que confirmó el dictado por el Juzgado de Instrucción de Almazán, acordando el sobreseimiento libre por prescripción.

Como consta en los antecedentes del recurso por auto de 3 de noviembre de 2016 se incoaron las Diligencias Previas 332/2016 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almazán como **consecuencia** de denuncia presentada por la ASOCIACIÓN SORIANA RECUERDO Y DIGNIDAD por el descubrimiento de una fosa que albergaba los restos de seis personas desaparecidas durante la Guerra Civil española. Por tanto, se trata de un procedimiento incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la L.O. 41/2015.

Como hemos reiterado recientemente, de nuevo en sentencia del Tribunal Supremo 616/2019 de 11 Dic. 2019, Rec. 1844/2018 "Con el fin de unificar criterios y despejar dudas, el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 9 de febrero de 2005 estableció en orden a la recurribilidad en casación de los autos dictados por las Audiencias, que "los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1ª. Se trate de un auto de sobreseimiento libre.

2ª. Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables.

3ª. Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación".

Y esta línea interpretativa ha sido ahora acogida por el legislador en el actual artículo 848 LECRIM, a tenor del cual "podrán ser recurridos en casación, únicamente por **infracción** de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo **Penal** de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada", regulación que en la línea con la ampliación que de la casación ha propiciado la Ley 41/2015, extendiendo la misma a las sentencias dictadas en todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación.

La fiscalización a través del recurso de casación de los autos dictados por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo **Penal** de la Audiencia Nacional no solo queda supeditada a los que acuerdan el sobreseimiento libre, es necesario, además, requiere que se haya producido una imputación formal y fundada.

No cabe duda que, cuando del procedimiento ordinario se trata, se considera como tal la que se concreta en el auto de procesamiento, resolución a cuya existencia condicionaba la procedencia del recurso contra autos al artículo 848 LECRIM en su anterior redacción. Ahora bien, la cuestión estriba en determinar qué resolución o resoluciones de las que se adoptan en el ámbito del procedimiento abreviado son parangonables al auto de procesamiento del sumario ordinario.

El tradicional auto de procesamiento de nuestro sistema procesal clásico constituye el equivalente al juicio de acusación. Solo la decisión de un Juez estimando que existen indicios bastantes para sostener la acusación por unos hechos, permite entrar en el acto del juicio oral. En un momento posterior el Tribunal de enjuiciamiento habrá de controlar que exista parte dispuesta a mantener la acusación o que los hechos indiciariamente determinados por el auto de procesamiento revistan caracteres de delito, presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Pero es el Instructor al decretar el procesamiento quien sienta la suficiencia de la base indiciaria sobre la que se ha de basar la acusación que sin aquél no puede plantearse.

Los contornos que para avalar la constitucionalidad del procedimiento abreviado marcó la STC 186/1990 de 15 de noviembre, al reclamar una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral que el imputado pudiese combatir eficazmente mediante un recurso, quedaron concretados desde la reforma del año 2002 en la decisión del artículo 779.1.4ª LECRIM (asimilable a la prevista en el anterior art. 790). A partir de ese momento quedó consolidado ese auto de transformación como equivalente para el procedimiento abreviado al auto de procesamiento en el ordinario. A él corresponde delimitar los hechos punibles y posibles partícipes, es decir, el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y se encuentra sometido a un amplio régimen de revisión a través del recurso de apelación (entre otras SSTS 473/2006 de 17 de abril; 608/2006 de 11 de mayo; 977/2007 de 22 de noviembre; 129/2010 de 19 de febrero; 63/2011 de 4 de febrero de 2011; 872/2015 de 17 de diciembre; 790/2017 de 7 de diciembre, o 94/2019 de 20 de febrero, entre otras)."

En este supuesto no concurre la exigencia de que haya recaído imputación judicial equivalente al procesamiento contra persona o personas determinadas, y, por ello, la falta de concurrencia de los requisitos



necesarios para recurrir la citada resolución en casación impide entrar al estudio y análisis de las alegaciones concretas formuladas por la parte recurrente. Y así ha ocurrido en este caso, por lo que el motivo se desestima en su integridad y con él, el recurso.

En cualquier caso, tratándose de un tema de prescripción habría que entrar sobre la materia, a fin de evaluar, si, en efecto, es viable o admisible la declaración de lo reclamado en cuanto al contenido del motivo.

Por ello, además, en cualquier caso, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 101/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 20048/2009 ya señaló en caso relacionado con el presente alegato de la no prescripción de los hechos que constaban en la denuncia antes expuestos al citar que:

"Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias **penales** se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código **Penal**.

Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad **penal**, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado.

El sistema español diseñado en la Ley procesal **penal** se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades **penales** con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las **consecuencias** jurídicas previstas en el Código **Penal**, dentro del marco de garantías propias del sistema **penal** en un Estado democrático. Ese objeto del proceso **penal** se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 ley procesal **penal**).

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades **penales** exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal **penal**).

Sin embargo, desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso **penal** dirigido a depurar responsabilidad **penal** contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Mas bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema **penal**, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones.

Como hemos señalado, el proceso **penal** tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso **penal** y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc., como notas características del sistema **penal** de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso **penal**, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas



que rigen el proceso **penal** y el derecho **penal** sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas **consecuencias** con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración **penal** de una responsabilidad exigida desde una acusación."

Pero a mayor abundamiento se añade que: "En nuestro sistema de enjuiciamiento **penal** es preciso tener en consideración las causas de extinción de la responsabilidad **penal**. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, la responsabilidad **penal** no puede ser declarada. Son los previstos en el art. 130 del Código **penal**, esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código **penal** de 1973. Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad **penal**."

Es por ello, por lo que no tiene recorrido el recurso articulado en tanto en cuanto no puede prosperar la vía casacional en base al Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 9 de febrero de 2005 antes citado, pero tampoco en base a la argumentación ya expuesta por esta Sala en la sentencia antes citada ante términos y hechos semejantes a los ahora analizados, por lo que se desestima el recurso deducido.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, la parte recurrente habrá de soportar las costas de esta instancia.

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la **ASOCIACIÓN SORIANA RECUERDO Y DIGNIDAD**, contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, de fecha 25 de marzo de 2019, que desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción de Almazán de fecha 10 de diciembre de 2018, en D. P. 332/2016. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de las costas que en su día remitió.

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 Vicente Magro Servet

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura