



Roj: **STS 2937/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2937**

Id Cendoj: **28079120012022100692**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2022**

Nº de Recurso: **4752/2020**

Nº de Resolución: **705/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP GR 685/2020,**
STS 2937/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 705/2022

Fecha de sentencia: 11/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4752/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL GRANADA SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4752/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 705/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación con el nº 4752/2020 interpuesto por Jesús y la mercantil **AREMAT FORMACIÓN S.L.** representados por el procurador Sr. D. Miguel Ángel García de Gracia y bajo la dirección letrada de D. Jorge Carmelo Fernández Díaz, contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2020, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que acuerda el sobreseimiento libre al conocer en apelación del recurso contra el Auto de incoación de Procedimiento Abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Granada (PA 235/2019) seguido por delitos de prevaricación, asociación ilícita/organización criminal, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos y contra la ordenación del territorio. Han sido partes recurridas Lázaro representado por la procuradora Sra. D.ª Antonia María Cuesta Naranjo y bajo la dirección letrada de D. Enrique Molina Benito; Mariano, Martin, Eva y Melchor representados por la Procuradora Sra. D.ª Susana Camarero Prieto y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Osuna Martínez; Carlos Francisco representado por la Procuradora Sra. D.ª Encarnación de Miras López y bajo la dirección letrada de D. Pablo Luna Quesada. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada incoó Diligencias Previas nº 301/2016 en virtud de denuncia presentada en la Fiscalía Provincial de la citada Capital con fecha 8 de junio de 2015, contra **Eva y otros**. Con fecha 18 de diciembre de 2019 dictó Auto que, tras exponer extensamente los indicios que fundaban sus apreciaciones fácticas sobre las vicisitudes acaecidas en relación a las licencias urbanísticas vinculadas al edificio situado en la calle Tórtola 11 de Granada (expediente "Registrador"), acordaba dar traslado a las acusaciones a los fines previstos en el art. 779.1º.4º LECrim por estimar que los hechos podrían ser constitutivos de delitos de asociación ilícita/organización criminal, prevaricación (común y urbanística), tráfico de influencias, malversación de caudales públicos y contra la ordenación del territorio.

SEGUNDO.- El Auto contiene el siguiente pronunciamiento:

"SU SEÑORÍA, DISPONE:

ACORDAR el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL en relación a la pieza separada 301.23/16 de Nieves , Otilia y Pura .

Siguiendo las actuaciones por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO establecido en el Capítulo IV, Título II, Libro IV de la LECR respecto de los considerados responsables de los hechos descritos, a las siguientes personas: el Sr Carlos Francisco , como conocedor pleno de los hechos descritos, la Sra Eva , el Sr Melchor , el Sr Victoriano , el Sr Mariano , el Sr Martin junto con el Sr Lázaro , quienes presuntamente han actuado a sabiendas de la ilegalidad urbanística que con sus actuaciones, estaban permitiendo y consistiendo en los términos ya narrados. Debiéndoles imputar los delitos de: ASOCIACION ILICITA / ORGANIZACION CRIMINAL, PREVARICACION (COMUN Y URBANISTICA), TRAFICO DE INFLUENCIAS, MALVERSACION DE CAUDALES PÚBLICOS y CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO .

Regístrese y DESE TRASLADO de las presentes diligencias, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y, en su caso, SUCESIVAMENTE a las acusaciones personadas para que, en el plazo de DIEZ DIAS soliciten la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, sin perjuicio de que puedan solicitar excepcionalmente la práctica de las diligencias complementarias que consideren imprescindibles para formular la acusación .

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y personalmente a los investigados , haciéndose saber a todos ellos que la misma no es firme y contra ella y puede interponerse recurso de reforma ante este mismo Juzgado en el plazo de tres días".

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se interpuso Recurso de Apelación por Victoriano , remitiéndose las actuaciones a la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que dictó auto de fecha 17 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Se ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Ana María Espigares Huete en representación de Victoriano , contra el auto de fecha 18 de diciembre de 2.019, dictado por el Juzgado de Instrucción número Dos de Granada, en el referido procedimiento, resolución que se revoca y deja sin efecto, por los motivos contenidos en el presente. Se acuerda el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.



Las costas del recurso se declaran de oficio, al no apreciarse razones que justifiquen su imposición a alguna de las partes.

Previa notificación, hágase saber a las partes que contra este auto cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en el art. 848 en relación con el art. 847 de la LECr, en el plazo de cinco días”.

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los siguientes motivos:

Motivos alegados por Jesús y la mercantil Aremat Formación S.L.

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 882 LECrim. por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, y a la legalidad penal. **Motivo segundo.-** Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (falta de imparcialidad objetiva de dos de los magistrados que conformaron la Sala). **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 637 LECrim.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La representación legal de las partes recurridas personadas, impugnaron igualmente el recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un asunto seguido por delitos variados, el Juzgado de Instrucción dictó en una de sus piezas separadas el conocido como *auto de prosecución* (art. 779.1.4ª LECrim) contra varios de los investigados. Uno de ellos, ahora recurrido aunque no personado en esta sede, interpuso apelación que sería estimada por la Audiencia Provincial dejando sin efecto respecto de él y el resto de afectados (algunos se habían adherido al recurso) la decisión de la Instructora. En consecuencia, se acordaba el sobreseimiento libre (art. 637.2º LECrim: aunque no se consigna tal ordinal, es claro que la razón del sobreseimiento estriba en considerar que los hechos no son constitutivos de delito) Se proyectaba la eficacia de la decisión no solo a los formalmente adheridos sino también a los demás investigados en aplicación analógica del art. 903 LECrim (no es discutida la extensión del efecto extensivo -valga la redundancia- prevista para el recurso de casación al de apelación).

Ese es el auto atacado en casación.

SEGUNDO.- El Auto aludido es recurrible en casación. No cabe duda. Nadie lo ha cuestionado abiertamente: ni la Audiencia, ni el Fiscal, ni las demás partes recurridas. Solo una de ellas insinúa lo contrario en algún pasaje, aunque centrándose más en la compatibilidad de los motivos articulados con las especialidades de la casación frente a autos.

Es indiferente a los efectos de decidir sobre la impugnabilidad del auto la fecha de incoación de las diligencias previas originarias (no se puede deducir con seguridad de los antecedentes obrantes en casación, aunque alguna parte la fija en el 22 de enero de 2016, lo que nos situaría en el marco de la legislación procesal vigente en la actualidad). Pero, ya apliquemos el sistema que rigió hasta el 6 de diciembre de 2015; ya operemos con la legislación alumbrada por la amplia reforma procesal llevada a cabo en junio de ese año (que, en buena parte, venía a consagrar normativamente la interpretación jurisprudencial previgente), estamos ante una resolución fiscalizable en casación: auto de sobreseimiento libre dictado por una Audiencia Provincial; los hechos objeto del procedimiento escapan del haz de atribuciones enjuiciadoras de un Juzgado de lo Penal (lo que era exigible antes de la citada reforma que ha prescindido de ese requisito); y se constata la presencia de resoluciones judiciales de imputación formal (el propio auto de transformación). El art. 848 LECrim, tanto en su redacción vigente, como en la anterior (según fue interpretado por la jurisprudencia), no deja duda alguna: la casación es admisible. Y también, ya desde antes de la reforma, la jurisprudencia más actual no encontraba obstáculo para la admisibilidad de un recurso contra el auto que privaba de eficacia a la imputación formal (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 9 de marzo de 2015 y STS 553/2015, de 6 de octubre).

Por eso, como con razón ha señalado alguna de las partes recurridas, el largo discurso de los primeros folios del escrito de formalización, salpicado de referencias jurisprudenciales que evidencian un estudio detenido de la cuestión, destinado a justificar la admisibilidad de la casación, ha perdido su sentido. Podía estar justificado ese desarrollo en aquél momento procesal (formalización), en cuanto al ser cuestión en la que se han producido



vaivenes jurisprudenciales y modificaciones legislativas no era aventurado pronosticar, que alguna de las partes -o este Tribunal- pusiese en duda la impugnabilidad en casación de la resolución. No producida esa eventualidad, son innecesarias más disquisiciones. Podemos obviar esas enjundiosas consideraciones.

Cabe casación: nadie lo discute abiertamente y no tiene sentido explayarse sobre algo no discutido.

TERCERO.- El primer motivo, sintetizando, vendría a sostener que la Audiencia se ha excedido de sus facultades revisoras al dictar un Auto de sobreseimiento libre, en contra del criterio del Instructor. Éste sería el llamado a realizar el juicio de acusación, lo que, además, vino a ser confirmado por las vicisitudes posteriores del procedimiento. Tras el traslado a las partes activas, dos acusaciones populares han solicitado la apertura del juicio oral que ha sido decretada por la Instructora. Solo entonces ha quedado paralizado el trámite.

La Audiencia habría desbordado sus atribuciones generando esas disfunciones. Acarrearía ello menoscabo de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la legalidad penal que, por virtud de lo establecido en el art. 852 LECrim, debiera ser corregido en casación.

Se identifican dos temáticas implicadas. Primeramente, si el art. 852 es invocable en esta modalidad de casación -contra autos-. A continuación, y en caso de respuesta afirmativa, verificar, si, en efecto, se identifica el exceso denunciado.

El primero de los interrogantes tiene todo su sentido. Varias partes recurridas advierten cómo el art. 848 LECrim se refiere en exclusiva a un motivo de casación: infracción de ley (el párrafo segundo del citado artículo antes de la reforma especificaba todavía más: no incide ello en este asunto). Por tanto, el art. 852 LECrim queda excluido en este contexto casacional. Si antes de la reforma de 2015 esa afirmación permitía matizaciones como las introducidas en la STS 665/2013, de 23 de julio, la nueva redacción, conformada cuando el legislador ya tenía a la vista el art. 852 LECrim (introducido en 2010), pone en entredicho la posibilidad de una exégesis ampliatoria de la norma.

Al no constar de forma fehaciente la fecha de incoación de la causa, y en virtud del principio del *favor actionis*, vamos a despejar ese obstáculo, sencillamente ignorándolo.

Ciertamente, la STS 665/2013, de 23 de julio -citada con toda pertinencia en el escrito de recurso- argumentaba cómo en determinadas circunstancias podía y debía admitirse un recurso contra un auto de sobreseimiento basado en el art. 852 LECrim, pese a la dicción del anterior art. 848 redactado en un momento en que no existía esa vía casacional por infracción de preceptos constitucionales. A la argumentación de esa sentencia, que ha perdido su sostén en la reforma de 2015, nos remitimos.

CUARTO.- Ahí acaba el paralelismo con el asunto resuelto en la STS 665/2013 que el recurrente pretende llevar más lejos. En ese precedente se estimaba el recurso por dictarse un sobreseimiento provisional (por insuficiencia de las pruebas) en un procedimiento ordinario, pese a existir una acusación y estar una persona procesada. Era patente que tal decisión se adoptaba en flagrante conculcación del art. 645 LECrim.

El escenario procesal de este asunto es radicalmente distinto: nos encontramos en un procedimiento abreviado cuya conformación de la fase intermedia constituye una de las más significativas diferencias frente al procedimiento ordinario. Si en éste el juicio de acusación aparece encapsulado en el auto de procesamiento; en el procedimiento abreviado se disgrega en dos momentos: el auto de prosecución y el auto de apertura del juicio oral.

Es principio estructural básico de nuestro sistema procesal que se dote a las partes pasivas de un medio de impugnación eficaz frente a la estimación de la razonabilidad de la pretensión de condena (juicio de acusación). En el procedimiento ordinario se consigue mediante el sistema de recursos contra el procesamiento (art. 384 LECrim). A través del mismo cabe fiscalizar tanto los aspectos fácticos (indicios) como los jurídicos (carácter delictivo de los hechos). Si subsiste el procesamiento -por no haber sido recurrido o por haber sido confirmado- al Tribunal de enjuiciamiento le resta únicamente la capacidad de sobreeser por razones jurídicas, es decir, por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 645).

En el procedimiento abreviado el esquema básico es el mismo; su articulación procesal, diferente. La necesidad de mantener las garantías defensivas (capacidad de oponerse eficazmente a la apertura del juicio oral) llevó primero al Tribunal Constitucional, en los años noventa, y luego al legislador, a principios de este siglo, a resignificar la función del auto de prosecución, para enfatizar su carácter de imputación formal que vendría a asumir algunas de las funciones que en el procedimiento ordinario se asocian al procesamiento. Correlativamente se subrayaba la importancia de la impugnabilidad de ese auto, para compensar la irrecurribilidad del auto de apertura del juicio oral.

QUINTO.- La tesis de los recurrentes a tenor de la cual el Tribunal habría de ser extremadamente deferente con la decisión del Instructor, rebajaría a términos intolerables, por vía de principio, una de las piezas básicas



del juego de equilibrios y garantías en el proceso penal: depositar en la defensa una herramienta eficaz que le permita oponerse a la apertura de un juicio oral sin fundamento; bien por la falta de calidad de los indicios (en decisión de sobreseimiento que no podrá llegar a casación: art. 641 o 637.1º LECrim), bien por carecer de carácter delictivo los hechos.

a) El primer filtro (constatar la ausencia de *indicios racionales de criminalidad*) ha de operar con menor holgura. En ese momento no juega -perdónese la simplificación- el *in dubio pro reo*. Más bien el principio inverso: si hay un fundamento indiciario suficiente que hace no ya muy probable, sino racionalmente posible una condena, aunque no segura, es prematuro abortar el procedimiento (*in dubio pro iudicio*). Se impone entrar en el plenario para permitir a la acusación que luche por disipar todo atisbo de duda y hacer triunfar su pretensión acusatoria si consigue provocar en el Tribunal esa *certeza más allá de toda duda razonable* que, según la tradicional fórmula cuasi sacramental, abre el paso a una condena.

Para desactivar el juicio de acusación, en cambio, lo que se precisa es, y, de nuevo discúlpese lo mucho de simplificación que encierra esta equivalencia, un pronóstico, cercano a la certeza, de que la base indiciaria es tan frágil que no se podrá demostrar la comisión del delito. Solo en ese caso será viable dejar ya cerrado el proceso mediante un sobreseimiento basado en temas probatorios.

b) Pero cuando nos enfrentamos al filtro de carácter jurídico -constatar que los hechos objeto de acusación encajan en un tipo penal- cambian las tornas. Aquí el principio *in dubio pro iudicio* (que sería el rector a la hora de decidir sobre la base probatoria necesaria para abrir el juicio oral) queda sustituido por el principio -en ingeniosa reformulación de un clásico- *in dubio, pro studio*. Las cuestiones de naturaleza penal estrictamente sustantiva no precisan del juicio oral para ser decididas. Si, aún probándose los hechos objeto de imputación, la sentencia habría de ser absolutoria por falta de tipicidad, es absurdo prolongar el proceso en perjuicio de todos (las acusaciones que verán incrementados sus gastos procesales y desplegarán un esfuerzo que ya se sabe condenado al fracaso; las partes pasivas, obligadas a soportar los aditamentos perjudiciales anudados a su condición de acusados, entre los que se cuentan también algunos perjuicios estrictamente económicos; la administración de justicia abocada a invertir parte de sus precarios medios personales y materiales y tiempos en la celebración de un plenario en que, cualquiera que sea el resultado de la prueba, se puede anticipar por razones estrictamente jurídicas el signo del veredicto; y testigos y demás colaboradores de la justicia en tanto su colaboración estará al servicio de la nada). Por eso la Ley procesal otorga en ese caso total holgura a la Audiencia para cercenar el proceso (art. 645). Y, por eso, no puede encogerse el nivel de la fiscalización jurídico-penal del juicio de acusación como propugna implícita y expresamente el escrito de recurso. Las dudas jurídicas sobre la tipicidad se resuelven estudiando y razonando, no con actividad probatoria, sino con estudio teórico y reflexión discursiva. Precisamente por ello, los casos de sobreseimiento libre -que constituyen una absolución anticipada por razones jurídicas; con eficacia de cosa juzgada- tienen abiertas las puertas de la casación, para que sea el Tribunal Supremo quien tenga la última palabra, como si se tratase de una sentencia absolutoria por motivaciones jurídico-penales.

En materia de indicios o pruebas, en el momento de dictar sentencia, *in dubio pro reo*; en el momento de decidir anticipadamente (juicio de acusación), *in dubio, pro iudicio*. En cambio, en materia de valoración jurídico-penal, sea cual sea el momento, *in dubio pro studio*, sin estándares variables según la fase: la querrela que recoge hechos no constitutivos de delito (aunque sea complejo el razonamiento dogmático para alcanzar esa conclusión) ha de ser inadmitida sin contemplaciones, sin perjuicio del posible recurso.

No puede, así pues, admitirse por vía de principio que la Audiencia haya ido más allá de sus capacidades revisoras. Menguarlas en la forma que propugna el recurrente sería reducir a límites no coherentes con las garantías del derecho de defensa la facultad de revisión del aspecto jurídico del juicio de acusación; y convertir el recurso contra el auto de prosecución, en una burla a la defensa: puede recurrir, sí; pero sin que el Tribunal fiscalizador puede resolver de forma plena.

SIXTO.- Conecta lo anterior con otro argumento utilizado por los recurrentes: tras la interposición del recurso de apelación, el procedimiento siguió su curso. Se han evacuado los escritos de acusación y se ha decretado la apertura del juicio oral.

No es incorrecta esa secuencia procesal. El recurso de apelación carece de efectos suspensivos en este caso (art. 766.1 LECrim), a semejanza de lo que sucede en el procedimiento ordinario (el recurso contra el procesamiento tampoco comporta eficacia suspensiva).

En el procedimiento abreviado no existe, sin embargo, una disposición equivalente a la sabia previsión del párrafo final del art. 622 LECrim que la mejor doctrina, a la que ha secundado una práctica implantada en muchos juzgados, considera aplicable a esta situación. Obligaría, acabada la investigación, a suspender el trámite en tanto se solventan las apelaciones pendientes con una obvia finalidad: evitar avanzar con la *espada de Damocles* de unos recursos sin resolver cuya estimación podría determinar la ineficacia de todo lo que se



realice. Acierta el Fiscal al apuntar también esa solución procesal que basa en el régimen de supletoriedad implantado en el procedimiento abreviado.

Sea cual sea la pauta seguida (no se puede tildar de incorrecta la prosecución de la tramitación; como tampoco lo es que, en un momento dado, según se deduce de alguno de los escritos presentados, se haya optado finalmente por paralizar provisionalmente el trámite), el resultado del recurso de apelación o de la posterior casación no puede verse condicionado por esa tramitación (*sensu contrario*, del art. 235 LECrim puede extraerse ese axioma que, por lo demás, parece poco discutible: otro entendimiento significaría *de facto* expropiar a la parte, a través del manejo de los tiempos, de un recurso que la ley le concede).

Por tanto, nada relevante introducen esas actuaciones procesales posteriores.

SÉPTIMO.- El motivo segundo del recurso en realidad se funda en el art. 851.6º LECrim. Su compatibilidad con la casación contra un Auto es insostenible; ni siquiera camuflándolo a través del art. 852 en relación con el art. 24.1 CE.

Se aduce que dos de los magistrados firmantes del Auto habrían participado en el enjuiciamiento previo de varios de los investigados en este asunto, que culminó con una sentencia absolutoria para dos de ellos (y condenatoria para otros dos). Esa previa resolución les *contaminaría* para resolver sobre esta apelación, en tanto estarían *predispuestos* a la exculpación (no se entiende muy bien por qué no se les considera inclinados al mismo tiempo a la inculpación de los dos condenados, también aquí investigados)

La remisión a la STS 583/2017, de 19 de julio, nos disculpa de desarrollar a fondo los tres tipos de razones que determinan el fracaso del motivo. Valga esa remisión para limitarnos ahora a una síntesis de esos argumentos:

a) Los requisitos del art. 851.6º LECrim no pueden ser sorteados a través de un instrumentalizado uso del art. 852 LECrim. No es factible guardar un silencio estratégico sobre una posible causa de recusación, para hacerla valer solo en el caso de que la resolución resulte desfavorable (art. 11 LOPJ y art. 884.5º LECrim).

b) Una decisión basada en argumentos de naturaleza estrictamente jurídico-penal, puramente sustantivos, difícilmente puede venir *contaminada* por haber presenciado una prueba desarrollada con todas las garantías en un juicio oral, o por haber decidido en él mismo sobre una determinada figura penal (precisamente una prevaricación que se reputó efectivamente cometida: los hechos allí enjuiciados fueron considerados típicos). Si extremásemos el argumento del recurrente, haberse pronunciado sobre supuestos de prevaricación semejantes a éste, inhabilitaría a este Tribunal para ventilar este asunto en que se debate solo sobre temas jurídicos. O, en sentido inverso, para resolver el recurso de casación que, al parecer, pende contra aquella sentencia "contaminante". En argumentos de ese tenor insiste la STS 583/2017 citada y acertadamente traída a colación por alguno de los recurridos. Además, tratándose de una parte acusadora es más difícil que el previo enjuiciamiento por un asunto distinto, aunque relacionado, pueda contaminar a un Tribunal.

c) Por mucha holgura que demos al art. 848, no estamos ante un motivo de casación que pueda admitirse en un recurso contra un auto.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- El tercer y último motivo se basa -ya sí- en el art. 849.1º LECrim: infracción de ley; errónea interpretación o inaplicación indebida de un precepto penal. Es, en rigor, el único motivo admisible en recursos contra autos de sobreseimiento lo que resulta congruente con la previsión de que solo los autos de sobreseimiento libre acceden a la casación: la decisión jurídica de fondo ha de poder ser supervisada por la Sala de casación; como lo sería si se hubiese llegado a una sentencia.

Para la labor que nos encomienda el art. 848 en relación con el art. 849.1º hemos de estar no a los hechos probados (que solo pueden existir tras el juicio oral: solo en ese acto se desarrolla prueba en sentido estricto, lo que es indispensable para hablar con rigor de hechos *probados*); sino a los hechos avalados por indicios que han de quedar reflejados en el auto de transformación (art. 779.1.4ª: *determinación de los hechos punibles*). Sobre ellos ha de proyectarse la valoración jurídica para dilucidar si son o no *constitutivos de delito*.

El recurrente yerra al señalar como precepto infringido el art. 637 LECrim. No es norma de naturaleza sustantiva. Lo que ha de discutir es si la Sala de instancia se equivoca al interpretar los tipos penales y estimar que no son susceptibles de ser encajados en ellos los hechos que fija el auto de prosecución.

La forma en que se ha construido el auto de prosecución suscita alguna dificultad en este punto. No discrimina entre la exposición de los indicios y la fijación de los hechos avalados por aquéllos indicios. Pese a esas dificultades la Sala acota de forma adecuada los hechos que se desprenden de ese auto y razona por qué no integran las tipicidades que se apuntan.



Primeramente, subraya -y hay que tenerlo en cuenta- que la pieza se limita al denominado " *expediente registrador*". No es discutido. Se ciñe a las actuaciones desenvueltas alrededor de un expediente urbanístico del que se da cumplida cuenta en el auto inicial y en el de apelación. De hecho, en el recurso no se razona para nada sobre el resto de supuestas figuras penales aludidas en el auto de transformación (asociación ilícita u organización criminal, que más que probablemente son objeto de investigación en otras piezas separadas y que, desde luego, se quedan sin sostén si se concluye que en el expediente objeto de este proceso no se detectan los elementos que permiten discriminar un delito de prevaricación de una contravención del orden administrativo urbanístico; tráfico de influencias, ayuno de un mínimo relato fáctico y que solo se podría construir sobre sospechas o especulaciones meramente insinuadas o sugeridas; malversación de caudales públicos, que se ignora a qué suceso se refiere; delito contra la ordenación del territorio, de cuya tipicidad faltan elementos esenciales). La Sala de apelación, en todo caso, excluye correctamente su viabilidad (fundamento de derecho octavo), antes de analizar la supuesta prevaricación.

NOVENO.- El discurso impugnatorio se limita a esa tipicidad -prevaricación-. Pero se hilvana a base de reiterar indicios o de estimar mal aplicado un precepto -el art. 637- de una ley procesal; pese a que lo que se espera encontrar en él son razonamientos jurídicos que contrarresten el determinante del sobreseimiento libre decretado por la Audiencia. El escrito de recurso parece discurrir en paralelo al Auto impugnado. No ataca sus motivaciones, sino que insiste en repetir las consideraciones del auto de transformación en cuanto a los indicios, sin detenerse en lo que es la *ratio* de la decisión del Tribunal *a quo*: que, aún aceptando los hechos, el núcleo de la decisión que se tacha de prevaricadora (licencia de utilización) versa sobre temas controvertidos y susceptibles de interpretaciones diversas, como se deriva inequívocamente del informe de los Técnicos del servicio de Inspección de Ordenación del Territorio de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía fechado el 15 de septiembre de 2017 -folios 14.408 y siguientes de la causa-, informe que es parcialmente transcrito -en sus fundamentos más relevantes- tanto por el auto revocado, como por el auto ahora impugnado y por el escrito de recurso. El informe limita la irregularidad *poco discutible* a una cuestión menor (lo relativo a la escalera cuya exclusión del concepto de "construcción" y consideración como elemento mobiliario o "instalación" argumentada en el informe tachado de prevaricador es rebatida). Además, entiende que es susceptible de convalidación, aunque con una omitida indemnización sustitutoria por el exceso de aprovechamiento, al tratarse de un desajuste *no sustancial*.

Cuando los informantes son requeridos para contestar a las aclaraciones solicitadas por la parte ahora recurrente (informe de 20 de diciembre de 2018), lo que se resalta en el escrito de recurso (aunque arguyendo erróneamente que la Audiencia Provincial no alude a él), no varían esas conclusiones, pese a su lógica insistencia, acompañada de una elogiada demostración de manejo del derecho urbanístico, por la acusación.

Esa valoración lleva con razón a la Audiencia a negar el carácter *flagrante, notorio y patente* de la infracción de la legalidad urbanística que reclama el delito de prevaricación según reiterada jurisprudencia de esta Sala que es recordada por el auto y que es básica para discriminar entre lo que es una conducta delictiva y lo que son irregularidades administrativas, más o menos claras, pero que versan sobre cuestiones interpretables, que habrán de ser corregidas, en su caso, por la jurisdicción contenciosa.

Sobre este punto, nada específico razona el recurrente. Y es esa la clave de la decisión impugnada, una clave que, en efecto, no puede ser ignorada y que, conforme entiende también el Fiscal, aleja los hechos del ámbito penal.

Si los hechos carecen de relieve penal, no tiene sentido adentrarse en un juicio para probar lo que, de por sí, es atípico. Es lógico anticipar esa decisión para evitar un juicio inútil que nada podrá añadir, sin perjuicio obviamente del control casacional que queda satisfecho con la resolución de este recurso.

DÉCIMO.- El recurso ha de ser desestimado con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida en su caso del depósito legalmente constituido.

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Jesús y la mercantil **AREMAT FORMACIÓN S.L.** contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2020, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que acuerda el sobreseimiento libre al conocer en apelación del Auto de incoación de Procedimiento Abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Granada en el Procedimiento Abreviado 235/2019

2.- Imponer a Jesús y la mercantil Aremat Formación S.L. el pago de las costas de este recurso, así como la pérdida del importe del depósito legalmente constituido.



Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ