



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 897/2016, de 30 de noviembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1124/2016

SUMARIO:

Derecho fundamental al juez imparcial. Imparcialidad objetiva: alcance. Derecho al Juez imparcial y su relación con el órgano judicial que controla la instrucción, resolviendo los recursos devolutivos respecto de la investigación preliminar que dirige el juez de instrucción. La previa intervención resolviendo recursos contra decisiones del juez instructor, no siempre determina una afectación negativa de la imparcialidad salvo que la misma, pueda verse comprometida cuando adopta decisiones que suponen una valoración provisional de la culpabilidad que no ha sido previamente adoptada por el juez instructor. Ordenar la ampliación del procesamiento en los extremos expresados por la Audiencia, sin duda supone tomar contacto con la instrucción y comprometerse con ella. Es irrelevante que se declare que lo resuelto lo es a los meros efectos de resolver la interlocutoria, si en realidad se está expresando un criterio sobre el fondo de la cuestión debatida. La vulneración legal se produce porque la Sala de la Audiencia Provincial toma contacto con la instrucción, pues, al ordenar la ampliación de la investigación a hechos sobre la exhibición de material pornográfico, permite que el Ministerio Fiscal acuse por ese delito o por esos hechos nuevos a investigar, que no vienen de la natural e imparcial misión investigadora del juez de instrucción, sino de la intromisión de la Audiencia.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.2.

LO 10/1995 (CP), art. 186.

LO 6/1985 (LOPJ), art. 61.

Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882, arts. 851.6º y 852.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.1.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 10.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

Magistrados:

Don JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Don JUAN SAAVEDRA RUIZ

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don LUCIANO VARELA CASTRO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal del procesado Jose Ángel , contra Sentencia núm. 218/16, de 4 de mayo de 2016 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictada en el Rollo de Sala núm. 651/12 dimanante del Sumario núm. 2/12 del Juzgado Mixto num. 1 de Peñarroya-Pueblonuevo, seguido por delito de agresión sexual, contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por el Letrado Don José Antonio Prieto Palazón.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Mixto núm. 1 de Peñarroya-Pueblonuevo instruyó Sumario núm. 2/12 por delitos de agresión sexual contra Jose Ángel , y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba que con fecha 4 de mayo de 2016 dictó Sentencia num. 218/16 , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"1) En el verano del año 2009, el procesado, Jose Ángel , que está casado con una prima hermana de la madre de Estibaliz , que en esos momentos tenía 14 años de edad, se personó en la mañana de un sábado en la vivienda familiar de ésta sita en el nº NUM000 de la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000 , momento en que la menor se encontraba sola, circunstancia que era conocida por Jose Ángel pues sabía que todos los sábados los padres de Estibaliz iban de compra al supermercado.

Aprovechando esa relación familiar con la familia de Estibaliz , y que la misma se encontraba en esos momentos sola en la vivienda, el acusado se acercó a la misma y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, comenzó a darle masajes en la espalda y a tocarle los pechos, sin que Estibaliz pudiera reaccionar al quedar paralizada o bloqueada pues no podía entender lo que estaba pasando; a continuación, el procesado le quitó la ropa, sin que conste que Estibaliz se opusiera a ello debido al estado en que se encontraba, tumbándola en el sofá, y en esa situación procedió a introducirle un dedo en la vagina, momento en que el acusado sacó su pene y comenzó a masturbarse hasta eyacular. Una vez terminado, conminó a Estibaliz para que no contara a nadie lo sucedido.

Estibaliz no relató a nadie lo sucedido, si bien cuando sus padres regresaron a la casa, les dijo que no volvieran a dejarla más sola.

2) No vuelve a ocurrir ningún episodio similar hasta la primavera del año siguiente, 2010 (entre marzo y mayo). Entonces, el acusado, que se encontraba en DIRECCION000 , fue a buscar a Estibaliz al salir de las clases particulares, insistiéndole en que se subiera al coche porque tenía que hablar con su padre. Estibaliz accedió a ello debido a la relación familiar existente, pero en lugar de llevarla a su casa, la llevó a una casa que el procesado tiene en la CALLE001 de esa misma localidad. Una vez allí, y tras cerrar la cancela de la casa con llave, el acusado le dijo que se sentara en el sofá y le puso una película cuyo concreto contenido no ha quedado acreditado, y unos minutos después condujo a Estibaliz del brazo de forma violenta hasta el dormitorio, donde le quitó por la fuerza la ropa, oponiendo Estibaliz resistencia física,



www.civil-mercantil.com

gritando y llegando incluso a arañarle en el forcejeo para que el procesado no consiguiera su propósito de satisfacer sus deseos sexuales. A pesar de ello, el procesado consigue separarle las piernas e introducirle la lengua en la vagina, y también un dedo, intentando a continuación introducirle el pene, lo que no pudo conseguir debido a la oposición y a los gritos de Estibaliz, tras lo cual paró, se levantó y se marchó de la casa, no sin antes dejarle las llaves de la casa, 70 euros, películas pornográficas y unos preservativos.

Tampoco en esta ocasión Estibaliz contó inmediatamente nada de lo sucedido a sus padres. Pero días después se lo dijo a varias compañeras de clase, que la animaron para que contara lo sucedido, pero Estibaliz se negaba porque no quería que hubiese problemas en la familia, llegando incluso a contárselo a una profesora del colegio. Finalmente, entre todas ellas la convencieron para que se lo contara a su madre, para lo cual una amiga le escribió una carta con lo que Estibaliz le decía, cuya carta dejó depositada debajo de la almohada de la cama en el lugar donde duerme su madre. Ésta al acostarse detectó la carta y la leyó, ante lo cual procedió a denunciar los hechos a la Guardia Civil, lo que tuvo lugar unos 20 días después de ocurridos.

Estibaliz mostró a la Guardia Civil los hematomas que aún tenía, provocados por su resistencia y forcejeo con el procesado, tomando los agentes fotografías que están unidas a las actuaciones."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y **CONDENAMOS** a Jose Ángel como autor criminalmente responsable de un **DELITO DE ABUSOS SEXUALES** y de otro delito de **AGRESIÓN SEXUAL**, infracciones ya calificadas, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas siguientes:

1.- Por el delito de abusos sexuales la pena de **OCHO AÑOS, SEIS MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Por el delito de agresión sexual, la pena de **TRECE AÑOS, SEIS MESES Y 1 DÍA DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.- Igualmente, se le impone la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de a persona o el domicilio o lugar de trabajo de Jose Ángel, ni de comunicar con a misma por cualquier medio, durante 10 años por el primer delito y 15 años por el segundo.

4.- Asimismo, debemos absolver y **ABSOLVEMOS** al referido procesado del delito de **EXHIBICIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO** del que ha sido acusado por la acusación particular.

5.- Se condena al referido Jose Ángel a que indemnice a Estibaliz en la cantidad, **POR CADA DELITO**, de 6.000 euros por el daño moral causado, que devengará el interés legal, y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

El tiempo durante el que el condenado ha estado privado preventivamente de libertad por esta causa le será abonado para el cumplimiento de las responsabilidades penales derivadas de la misma.

Conclúyase con arreglo a Derecho la pieza de responsabilidades pecuniarias.



www.civil-mercantil.com

Contra la presente sentencia puede interponerse recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del procesado Jose Ángel , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Jose Ángel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . y art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho constitucional y mas concretamente del art. 24.1 y 2 de la CE , en cuanto establecen que todas las personas tienen derecho a un proceso publico con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión.

2º. - POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. Al amparo del art. 851-6º de la LECrim . El art. 851-6º de la LECrim , expone: Podrá también interponerse el recurso de casación por quebrantamiento de forma, "Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado".

3º.- Al amparo del art. 89-1 º y 2º de la LECrim . El presente motivo casacional estima esta parte, con el debido respeto es por infracción de los arts. 181 en relación con el art. 180 del C. Penal así como los arts. 178 , 179 , y 180 todos ellos del C. Penal , que refieren al delito de abuso sexual y de agresión sexual.

Quinto.

Se personan como recurridas en el presente recurso de casación por escrito de fecha 6 de junio de 2016, DOÑA Amanda y DOÑA Estibaliz .

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto impugnó su admisión, interesando con carácter subsidiario su desestimación, por las consideraciones dadas en su informe de fecha 6 de septiembre de 2016; la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de octubre de 2016 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de noviembre de 2016; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba condenó a Jose Ángel como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales y otro de agresión sexual, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

Comenzaremos dando respuesta casacional al motivo segundo de su recurso, que al amparo de lo autorizado en el art. 851-6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la falta de imparcialidad objetiva de los magistrados que juzgaron esta causa, aspecto este que se impugna también como vulneración constitucional (art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en el motivo primero, invocando como infringido el derecho a un proceso con todas las garantías.

La recusación de los magistrados fue intentada en tiempo y forma, y se da respuesta a esta cuestión en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, desestimándose tanto por cuestiones de extemporaneidad, como de fondo, ya que se descarta que el Tribunal se haya podido formar una convicción sobre los hechos, pues en los dos autos que son el soporte de la recusación, dicen, en uno de ellos, se limitaron a revocar la conclusión del sumario para la práctica de las diligencias solicitadas por las partes, y en el segundo, «para que se ampliase el auto de procesamiento en los términos interesados» por el Ministerio Fiscal. En suma, se niega que ninguna valoración han llevado a cabo «que haya motivado ninguna formación de convicción sobre la realidad de los hechos acontecidos».

Tercero.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a un juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución.

Hemos dicho reiteradamente, que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad de quien juzga. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio. Es por eso que el juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack ; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt).

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3 ; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2 ; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4 ; 11/2000, de 17 de enero, F. 4 ; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3 ; 154/2001, de 2 de julio, F. 3 , y 155/2002, de 22 de julio , F. 2). La necesidad de que el juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes «supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra» (STC 38/2003, de 27 de febrero).

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas (STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía ; en la STEDH de 25 julio 2002, Caso Perote Pellón contra España , y en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero contra España).

La misma línea ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo , con cita de otras muchas resoluciones, decía lo siguiente: «Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

Dice en su STC núm. 149/2013, de 9 de septiembre de 2013 que: "dentro del concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él" (por todas STC 47/2011, de 12 de abril , FJ 9). Con tal condición se "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso" (STC 313/2005, de 12 de diciembre , FJ 2). Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor" (STC 11/2000, de 17 de enero , FJ 4).

El mecanismo de la abstención permite que se aparte del conocimiento de un asunto el juez que pueda resultar mediatizado por convicciones previas y el de recusación confiere a la parte la posibilidad de instar tal apartamiento si estima que el juzgador ya tiene formado un previo juicio sobre la culpabilidad del acusado.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

- Veamos ahora la relación existente entre el órgano judicial que controla la instrucción, resolviendo los recursos devolutivos que le son plantados en tal investigación preliminar, que -como es sabido- dirige el juez de instrucción.

A tal efecto, hemos dicho (ad exemplum, STS 1084/2003, de 18 de julio), que es evidente que la previa intervención resolviendo recursos contra decisiones del juez instructor, no siempre determina una afectación negativa de la imparcialidad. Con carácter general, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. En este sentido, no puede apreciarse, generalmente, prejuicio alguno cuando el Tribunal se limita a comprobar la racionalidad de la argumentación y la corrección legal de la decisión de la que conoce en vía de recurso. Por el contrario, su imparcialidad puede verse comprometida cuando adopta decisiones que suponen una valoración provisional de la culpabilidad que no ha sido previamente adoptada por el juez instructor, pues ello implica una toma de contacto con el material instructorio y una valoración del mismo desde esa perspectiva. En esas condiciones, el acusado puede abrigar sospechas racionales acerca de la imparcialidad del Tribunal, lo que puede afectar negativamente a su derecho.

En este punto, conviene distinguir entre las diferentes resoluciones que pueden ser objeto de control por parte de la Audiencia, con respecto a la actividad consistente en la instrucción preliminar, a cargo del juez de instrucción.

A su vez, hemos de distinguir entre si se trata de resoluciones confirmatorias o revocatorias, y sobre todo, el grado de implicación en este segundo apartado. Si el control no es más que de legalidad, desde la perspectiva superior que ostenta el tribunal colegiado, o validando las razones expuestas en la resolución judicial recurrida, sobre aspectos materiales o procesales, generalmente no habrá comprometido su imparcialidad, pues su juicio no entra en la actividad propia de instrucción o investigación, sino exclusivamente confirmando las razones expuestas por el órgano judicial controlado, pero sin inmiscuirse en la instrucción o toma de postura acerca de su culpabilidad.

Cuando se trata de cuestiones relacionadas con la investigación, aun habrá que distinguirse entre aspectos que supongan presupuestos procesales, proposición de pruebas, personaciones de partes o temas exclusivamente formales, y aquellas otras decisiones de fondo, que impliquen la dirección de las actuaciones hacia un imputado, o varios, en particular, valorando los indicios racionales de criminalidad que han de conformar su posición pasiva en el proceso.

En el primer caso, no se habrá comprometido la imparcialidad del órgano superior, al resolver los recursos frente a tales decisiones, ni siquiera -por punto general- si se ordenara la práctica de nuevas pruebas que hayan sido denegadas por el instructor, frente a la correspondiente petición de las acusaciones, y obviamente tampoco cuando lo controlado sea cualquier tipo de presupuesto procesal, aunque se tratara de la propia prescripción del delito, o aspectos periféricos de la instrucción, como la anotación preventiva de la querrela en las fincas objeto de litigio, lo que, como dice nuestra STS 662/2009, de 5 de junio , no motiva la pérdida de la imparcialidad objetiva del tribunal en cuanto no expresa prejuicio sobre el fondo ni ha hecho referencia alguna sobre la culpabilidad de los acusados. En este sentido, igualmente el Tribunal Constitucional ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al juez imparcial



www.civil-mercantil.com

en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpado (STC 38/2003, de 27 de febrero).

Por el contrario, en el segundo caso, es decir, cuando lo ordenado al instructor, en contra de su criterio, sea la continuación de las diligencias al entender que existen indicios criminales para juzgar al imputado o investigado, o que los marcadores correspondientes a la prueba indiciaria se han colmado de forma positiva al entender que ha de sufrir el enjuiciamiento de la causa, o en suma, que procede dictar auto de procesamiento contra una persona en particular -si tal título de imputación pertenece al proceso seguido en el caso-, conviniendo en la existencia de indicios racionales de criminalidad, es evidente que tal contacto con el objeto del proceso, asumiendo una decisión de esta naturaleza, implicará un compromiso demasiado intenso que impedirá ya que, a la hora de su enjuiciamiento, pueda entrar a realizarlo sin un prejuicio previo, o por lo menos, que no se satisfagan las exigencias de apariencia que se requieren en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Por ello, cuando se trata del procesamiento, la doctrina jurisprudencial distingue entre aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra tal procesamiento acordado por el juez instructor, confirmándole sobre la base de un relato que el Tribunal ni ha construido ni ha preparado, y sin tener contacto alguno con el material de hecho objeto de la investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (SSTs 1186/1998, de 16 de octubre , o 1405/1997, de 28 de noviembre , 1084/2003, de 18 de julio , entre otras muchas), y aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento «ex novo», u ordena dictarlo, sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción (ATS 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y STS de 8 de noviembre de 1993 , entre otras posteriores), en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

Aún así, puede haber situaciones intermedias, como es el caso enjuiciado en la STS 391/2011, de 20 de mayo , en el supuesto de un sobreseimiento que se consideró prematuro, pues «dicha resolución se limitaba a verificar las graves deficiencias omisivas en la instrucción de las diligencias previas, prácticamente inexistente y, de manera intelectualmente aséptica, resolvieron revocar el Auto de sobreseimiento por manifiestamente precipitado, pero absteniéndose en todo momento de expresar opiniones ni consideraciones de ningún tipo sobre los hechos, la participación del imputado en los mismos, o su relevancia o irrelevancia en el orden penal que potencialmente les hubiera permitido ya en ese estadio inicial del proceso, formar juicio que les limitara de algún modo su imparcialidad para el enjuiciamiento de aquéllos en el momento venidero del juicio oral».

Por el contrario, se considera contaminante la intervención en juicios precedentes, como fue el caso enjuiciado en la STS 1431/2003, de 1 de noviembre , en donde un magistrado había enjuiciado una conducta previa de un menor, y se sometía ahora a juicio a otra persona, mayor de edad, que había intervenido conjuntamente con aquél, en el propio hecho delictivo, decretándose la pérdida de imparcialidad objetiva, en el segundo caso, por el contacto anterior y previo con la causa, lo que comprometía su imparcialidad.

Con carácter general, la STS 36/2006, 19 de enero, afirmó que la jurisprudencia de esta Sala, acorde con la del TEDH , tiene establecido que la participación de un magistrado decidiendo la fase procesal anterior al juicio oral, particularmente en la fase de instrucción, es motivo de recusación, si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad, que no deja margen para una nueva decisión



www.civil-mercantil.com

sin un prejuicio sobre el fondo de la causa. Por lo tanto, es necesario comprobar la intensidad del juicio emitido sobre el objeto del proceso.

Del propio modo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la relevancia e incidencia que los juicios provisionales de inculpación o imputación tienen sobre la imparcialidad judicial. Así fue declarada la inconstitucionalidad del apartado segundo del art. 8.1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre otras razones, porque no diferenciaba el órgano que decidía el procesamiento, con base en una valoración indiciaria de culpabilidad, y el órgano que conocía y fallaba la causa, argumentándose, ya entonces, que el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en la que el órgano judicial contempla los aspectos del enjuiciamiento sobre el fondo (STC 55/1990, de 28 de marzo). Igualmente se declaró la existencia de vulneración en supuestos en los que el juzgador había acordado previamente la apertura del juicio oral, con fundamento en que esta decisión tiene como base una imputación penal que contiene una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos a sentenciar (SSTC 310/2000, de 18 de diciembre, o 170/1993, de 27 de mayo). Por el contrario, se ha considerado que no existe vulneración del derecho al juez imparcial en un supuesto en que el juzgador había acordado el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, sino, en su caso, de una simple falta, con el argumento de que dicha resolución judicial no se fundamentó en elementos inferidos de cierta actividad de investigación o esclarecimiento de los hechos, sino en una consideración técnica de carácter eminentemente jurídico, a través de la cual se limitó a precisar cuál era el trámite procesal que aquellos hechos merecían (STC 52/2001, de 26 de febrero). A la misma conclusión se llegó en un supuesto de decisión sobre la admisión a trámite de una denuncia o querrela, en tanto que es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la Ley como delito han sido cometidos por un acusado (STC 162/1999, de 27 de diciembre).

A pesar de alguna otra resolución judicial, la STEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar c. España, consideró vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial porque en el caso enjuiciado dos miembros del órgano de enjuiciamiento habían confirmado en apelación el auto de procesamiento en términos que podían llevar a pensar que hacían suyo el punto de vista adoptado previamente por el Tribunal Supremo (el cual había revocado una previa decisión de sobreseimiento) de que existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar.

Quinto.

Desde el plano formal, no basta con señalar que lo dicho en la revocatoria, lo ha sido a los meros efectos de resolver la interlocutoria. La STS 448/2008, de 10 de julio, ya advierte que «de poco o de nada habrán de servir, a los efectos aquí examinados, el que esos autos resolutorios de tales recursos devolutivos digan y proclamen reiteradamente que lo allí acordado solo vale a los fines de tal recurso, ya que ciertamente no pueden vincular al tribunal que conozca del juicio oral y haya de dictar sentencias; de esta manera, se habla de posibles responsables, carácter previo, etc.; pero ocurre que quien argumenta así para procesar, o para acordar una prisión provisional u otra medida cautelar, o para revocar un sobreseimiento o archivo mandando que el proceso continúe, etc., ya ha dicho los argumentos que sirven para aquello que se está resolviendo y también para condenar en sentencia al acusado, quedando así contaminados los autores de la resolución, quienes por ello quedan inhabilitados para tomar parte en el juicio oral correspondiente».



www.civil-mercantil.com

Si bastara semejante formalismo, lo que se produciría es una notable disminución del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, pues verían mermada la capacidad de análisis de un recurso, con tal de no comprometer el Tribunal superior su imparcialidad objetiva.

Sexto.

A veces, doctrina reiterada de esta Sala impide su alegación como cuestión nueva en el recurso de casación. Empero, este punto de vista ha de ser matizado, y como es de ver en un precedente (STS 1084/2003, de 18 de julio), afirmábamos que «es cierto que, como resalta el Ministerio Fiscal, los recurrentes no procedieron a recusar a los Magistrados cuando pudieron hacerlo. Sin embargo, ello no implica la imposibilidad de estimar el motivo».

Sin embargo, en nuestro caso, la cuestión no es nueva, pues se suscitó con anterioridad a la celebración del juicio oral, lo que supone una total corrección en este apartado formal por parte de la dirección letrada de la defensa.

Séptimo.

Aplicando la doctrina anterior al caso enjuiciado, extraída de nuestra STS 53/2016, de 3 de febrero , hemos de tomar en consideración que en el auto primeramente dictado por la Audiencia «a quo», que no lleva fecha, el Tribunal sentenciador se limita ciertamente a acordar la práctica de una declaración ampliatoria de la declaración del procesado sobre el aspecto pedido por el Ministerio Fiscal acerca de la «posible exhibición a la menor de una película pornográfica», y añaden que «puesto que ello puede resultar determinante para la fijación de los hechos y delitos objeto de calificación», así como que se reciba declaración a los facultativos que, en distintas fases, atendieron a la víctima, y todo ello con respecto a la credibilidad y fiabilidad de la declaración de la menor.

En esta resolución judicial los jueces toman contacto con la instrucción sumarial, pero no se observa que al ordenar tales disposiciones probatorias entren en cualquier valoración del material probatorio indiciario que se practica en la tal fase del procedimiento penal, pues la finalidad de la práctica de diligencias instructoras lo es, ciertamente, con el fin de fijar hechos y delitos objeto de calificación.

Sin embargo, en el Auto de fecha 29 de enero de 2015, se revoca de nuevo el Auto de conclusión del sumario dictado por el Juzgado de Instrucción con fecha 29 de septiembre de 2014, «a fin de que se dicte por el Instructor auto acordando ampliar el procesamiento de Jose Ángel , a fin de comprender hechos relativos a la presunta exhibición de material pornográfico por parte del procesado a la menor, todo ello a la vista de la declaración de la menor que relata en su denuncia que el procesado le decía que le iba a poner una película porno y que ella le decía quítame eso que no me gusta, y que el visionado de estas películas fue solo una vez; y comprender también la presunta comisión del delito tipificado en el art. 186 CP . Y para que se reciba nueva declaración indagatoria referida exclusivamente a los hechos y delito antes mencionados».

Como es de ver, la Sala sentenciadora de instancia en el auto referido adopta un papel instructor, disponiendo la revocación de la conclusión del sumario, para a continuación ordenar un adicional procesamiento parcial del ya procesado Jose Ángel , a fin de ampliarse determinados extremos que fueron después objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, y de absolución por el Tribunal sentenciador. Aspecto éste que lógicamente no tiene juego alguno en el mecanismo de la pérdida de la imparcialidad objetiva, puesto que el control que debe realizarse es «ex ante» y no «ex post». En otras palabras, poco importa que el Tribunal luego



www.civil-mercantil.com

absuelva o condene por tal delito o delitos, pues la dirección de la instrucción en un determinado sentido en modo alguno corresponde a la fase plenaria del proceso penal, en donde se exige una nítida separación entre el órgano que instruye y el que falla.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y la del TEDH impiden que magistrados que han tomado dicho conocimiento de la instrucción, con la entidad y características de lo puesto de manifiesto, puedan entrar a enjuiciar una causa penal sin haber perdido la garantía de la imparcialidad objetiva, que es la primera característica de todo juicio que se celebre con todas las garantías, exigencia constitucional proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Como dijimos en nuestra STS 53/2016, de 3 de febrero , nuestra doctrina es particularmente exigente en los casos de revisión una resolución judicial tan sustancial en la instrucción como es el auto de procesamiento, debiendo las diversas secciones de las Audiencias cruzarse este tipo de asuntos, para que unas resuelvan todo lo concerniente a las resoluciones interlocutorias de la instrucción sumarial, y otras, hagan lo propio con respecto al enjuiciamiento. Y en los casos de Sección única, arbitrarse los medios orgánicos necesarios para que sean otros magistrados quienes enjuicien las causas, sin haber tomado contacto invalidante con la instrucción sumarial.

Este fue también el origen de la creación de una Sala de Recursos junto a la Sala de Admisión y Enjuiciamiento en los supuestos de aforados antes esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para evitar todo contacto con la instrucción, y la debida separación de las funciones de instruir y juzgar, como igualmente es sabido regulan las normas de reparto en muchas Audiencias. La creación de la Sala de Recursos a partir de 2012 es consecuencia del Auto de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , de fecha 20 de junio de 2011, y del Auto de fecha 13 de diciembre de 2011, dictado igualmente por la Sala del 61 del Tribunal Supremo.

Pues bien, siendo ello así en el caso enjuiciado, procede la estimación del motivo, y sin necesidad del estudio de los restantes, anular la sentencia dictada por vulneración del derecho al juez imparcial, en su vertiente objetiva, ordenando la repetición del juicio, con distintos magistrados a quien no les afecte tal óbice constitucional.

Procede igualmente la declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Jose Ángel , contra la Sentencia 218/16 de fecha 4 de mayo de 2016, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, DECLARANDO LA NULIDAD de mencionada resolución, y ORDENANDO LA REPETICIÓN del juicio con diferentes Magistrados. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Juan Saavedra Ruiz Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.