

Roj: **STS 1070/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1070**Id Cendoj: **28079120012017100219**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/03/2017**Nº de Recurso: **899/2016**Nº de Resolución: **187/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 1402/2016,**
STS 1070/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 899/2016, interpuesto por **D.ª Luisa** representada por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, bajo dirección letrada de D. Salvador Campdera Laguna, contra la sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima. Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida **D.ª Milagrosa**, **D.ª Noelia** y **D.ª Petra** representadas por el procurador D. Juan Carlos Pavón Nevado y bajo la dirección letrada de **D.ª María Teresa Sebastián Moncho**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Denia, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 89/2011 contra **D.ª Luisa** por delito de estafa; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante cuya Sección Décima (Rollo de P.A. núm. 28/15) dictó sentencia en fecha 29 de febrero de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Es acusada **Luisa**, mayor de edad y ejecutoriamente condenada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Alicante con fecha 19 de enero de 2011, por hechos ocurridos en agosto de 2008, como autora de un delito de estafa en grado de tentativa en concurso con un delito de falsedad documental consumada a las penas, respectivamente, de tres y seis meses de prisión, condena suspendida por dos años el 14 de marzo de 2011.

Luisa, anunciándose a principios de 2010 en periódicos comerciales de la zona de Denia, y haciéndose pasar como trabajadora o colaboradora de la entidad Créditos e Inversiones SL, ofertaba sus servicios como intermediadora financiera, asegurando la solución de problemas de liquidez transitorios, mediante la búsqueda de inversores privados que otorgaran una hipoteca puente inicial, para, una vez saldadas las deudas más acuciantes, poder agruparlas todas en una sola hipoteca bancaria, comprometiéndose a realizar personalmente todas las gestiones para el pago de las deudas, conseguir sacarles de los registros de morosos del ASNEF y otros que les vedaban el acceso al crédito bancario, y gestionar la nueva hipoteca con una entidad bancaria. Una vez ganada la confianza de los clientes y tras obtener en alguna ocasión de manera real la gravosa financiación de un inversor privado mediante la emisión de una letra de cambio con garantía hipotecaria, o con la simple promesa de obtención inmediata, con ánimo de beneficio ilícito y sabiendo que no iba a verificar actuación real ninguna, conseguía que le entregaran en efectivo diversas cantidades de dinero



en la creencia de que iba a encargarse personalmente de las gestiones de pago con las entidades acreedoras y la búsqueda de nueva financiación bancaria.

En esa confianza y tras verificar una escritura de reconocimiento de deuda de 20.000 ? a favor de la mercantil Halcon Country Resort SL, garantizada con hipoteca cambiaria, firmada en la notaria sita en la calle Almagro n ° 4 de Madrid el 6 de abril de 2010 ante la fe del notario D. Miguel Mestanza Iturmendi, n° 718 de su Protocolo, consiguió recibir del matrimonio formado por Noelia y Jose Miguel la cantidad de 6.500 euros para hacer pago de las deudas que constaban en el ASNEF. De los 20.000 ? reflejados en la escritura el matrimonio Jose Miguel Noelia solo recibió 10.000?, quedando el resto retenidos para pago anticipado de intereses y la totalidad de gastos notariales, registrales, fiscales y de gestión de la operación, aunque sin que se les justificara documentalmente el destino. El compromiso para verificar las gestiones de pago se debía verificar en un mes, no realizando Luisa ninguna gestión, pues en su ánimo siempre estuvo quedarse con todo el dinero, si bien, tras las presiones, llamadas e insistencia del referido matrimonio, y para que no se descubriera su artimaña, el día 17 de mayo de 2010 acudió a una sucursal del BBVA donde ingresó 3012 ? para pago de un deuda del referido matrimonio. Luisa no realizó ninguna otra gestión ni ha devuelto el resto del dinero.

El mismo procedimiento siguió con Petra si bien, en este caso, pese a desplazarse a Madrid a firmar con el mismo inversor privado el reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, la operación no se pudo llevar a efecto al rechazar el inversor Armando la vivienda por figurar que había recibido una subvención que dificultaría la ejecución en caso de incumplimiento. Así las cosas Luisa simuló durante días estar en conversaciones con otro inversor privado que en breves fechas le entregaría la cantidad de 24.000 ? para saldar todas sus deudas, consiguiendo así que Petra hiciera un esfuerzo con ayuda de familiares y conocidos para ir adelantando diversas cantidades en efectivo para saldar sus deudas, entregando a Luisa las cantidades que ahora se dirán. Luisa no hizo ninguna gestión y nunca ha devuelto el dinero recibido. En concreto de Petra recibió: 3000? el 23 de abril 2010 "para abonar un embargo pendiente que le aparece en la nota registral", 360? el 26 de abril (pago ASNEF deuda con Orange) y 5000? el 27 de abril siempre para abono de embargos pendientes; 1052,11? el 30 de abril de una deuda con la comunidad de propietarios y el 8 de mayo de 2010, 1298,76? para pagar la deuda de unas tarjetas de la CAM.

No consta suficientemente acreditada la entrega de dinero por parte de Milagrosa ».

SEGUNDO.- Dicha Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Luisa como autora responsable de un delito continuado de ESTAFA, previsto y penado en el art. 248 y 74 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil la condenada deberá indemnizar a Noelia en la cantidad de TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS (3488 ?) y a Petra en la cantidad de DIEZ MIL SETECIENTOS DIEZ EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (10710,87?), más los intereses legales correspondientes.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de **CINCO DÍAS** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre, de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de la condenada, teniéndose 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 LECr., y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho al juez imparcial y derecho a un juicio con todas las garantías, del artículo 24.2 CE .



Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECr ., y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 24 CE .

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECr ., cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Subsidiariamente, se reconduciría en su caso el presente motivo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el procurador D. Juan Carlos Pavón Nevado en nombre y representación de D.^a Milagrosa , D.^a Noelia y D.^a Petra presentó escrito impugnando el recurso interpuesto; el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión al amparo de los arts. 884.3 ° y 885.1° LECr ., impugnando subsidiariamente el recurso interpuesto de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 20 de septiembre de 2016; la Sala los admitió a trámite; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 8 de marzo de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo que formula la representación procesal de la condenada en la instancia por delito continuado de estafa, es por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho al juez imparcial y derecho a un juicio con todas las garantías, del artículo 24.2 CE .

Argumenta en esencia, que la misma Sección de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los mismos Magistrados que dictó la sentencia, al resolver mediante autos de 3 de febrero de 2012 y 18 de febrero de 2014, sendos recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del Juez instructor, confirmándolas, efectúa una valoración concreta sobre el fondo del asunto, utilizando iguales argumentos y pruebas a aquéllos en los que luego se basa para dictar la sentencia condenatoria.

Reprocha el Ministerio Fiscal, que la queja no fuera planteada hasta el inicio de las sesiones del juicio oral, anunciándola mediante escrito de solo un día antes; e invoca la STS 751/12, de 29 de septiembre que señala, con cita de abundante jurisprudencia, que no es admisible un planteamiento extemporáneo de la cuestión de la imparcialidad objetiva del Tribunal cuando fue posible hacerlo en el momento procesal oportuno; marcado en el art. 223.1 LOPJ, el cual dispone que la recusación deberá proponerse tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funda, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite. Advertiendo la citada STS que una admisión tardía de la recusación abriría las puertas al fraude procesal. Si bien igualmente precisa el Ministerio Fiscal que el Tribunal Constitucional tiene declarado que en materia relativa a la protección de derechos fundamentales no es posible condicionar su eficacia a criterios formalistas.

Avala su criterio la jurisprudencia constitucional contenida en la STC 28/2007, de 12 de febrero , con cita de la STC 140/2004, de 13 de septiembre (FFJJ 4 a 6):

"no puede alegarse en amparo la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haber planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma tal que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó".

"(...) la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. En definitiva "la concurrencia de una causa de recusación no concede, pues, a la parte que cuestiona la imparcialidad de un Tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al Juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la Sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada ésta. Esta última posibilidad sólo puede tener acogida, no como ejercicio del derecho a recusar sino, por el contrario, precisamente como remedio posterior de su previa vulneración a consecuencia de haberse impedido a la parte el ejercicio temporáneo del mismo. Tal reparación deberá llevarse a cabo normalmente por los órganos



de la jurisdicción ordinaria, que son también garantes del derecho fundamental en juego (art. 53.2 CE) y, subsidiariamente, por este Tribunal, por medio del recurso de amparo".

Pero ello exige la previa y debida aplicación de lo dispuesto en los arts. 202 y 203 LOPJ , conforme a los cuales, ha de ponerse en su previo conocimiento la determinación del Magistrado Ponente y la de los demás Magistrados «que no constituyan plantilla de la Sala» previsión que en la actualidad hay que extender a la totalidad de los Magistrados componentes de la Sala, pues, no sólo el Ponente o los que no sean de plantilla pueden ser recusados, sino todos ellos.

Deber de comunicar a las partes la composición de todos y cada uno de los Magistrados integrantes de la Sala, con carácter previo a la celebración de la vista, que de conformidad con el art. 180 y 190 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de aplicación directa en el proceso penal (arts. 54 LECr y 4 LEC), ha sido extendido a todos sus integrantes.

Así la STC 210/2001, de 29 de octubre : *las SST 180/1991, de 23 de septiembre, y 384/1993, de 21 de diciembre, (FFJJ 6 y 2, respectivamente) al señalar que: "los Tribunales tienen el deber de poner en conocimiento de las partes la composición de la Sección o Sala que va a juzgar el litigio o causa, pues ello hace posible, entre otras cosas, que aquéllas puedan ejercer su derecho a recusar en tiempo y forma a los Jueces y Magistrados que pudieran incurrir en causa para ello .*

En paralelo, la doctrina de esta Sala en ocasiones ha impedido la alegación de la falta de imparcialidad del Tribunal como cuestión nueva en el recurso de casación, por estimar que debió plantearse previamente a través de un incidente de recusación. Empero, nos dice la 989/2016, de 12 de enero de 2017, este criterio no es absoluto, dada la naturaleza constitucional de la cuestión formulada, que atañe al respeto de un derecho fundamental (STS 1084/2003, de 18 de julio y STS núm. 897/16, de 30 de noviembre), distinguiéndose entre la parcialidad subjetiva, que debe ser planteada necesariamente en cuanto se conozca a través del correspondiente incidente de recusación, y la objetiva, que puede ser apreciada siempre que se constate que determinados miembros del Tribunal han tomado una resolución previa que implique un prejuicio manifiesto sobre el objeto de enjuiciamiento.

En autos, no obstante, existe una diligencia de ordenación con fecha seis de mayo de 2015, notificada a las partes, donde se designa Magistrado-Ponente, que en ningún momento fue alterado. Pero a continuación, el 28 de mayo de 2015, se dicta el auto de admisión probatoria, donde obran como integrantes del tribunal los Ilmos/as Sres/as Don José María Merlos Fernández, como Presidente y Don Jesús Gómez-Angulo Rodríguez y M^a Margarita Esquivá Bartolomé como Magistrados/as; seguida de una providencia de señalamiento de la misma fecha rubricada por el Presidente.

Pero quien actúa en la vista como Presidente y dicta la sentencia conjuntamente con los otros dos Magistrados no es el Ilmo. Sr. Don José María Merlos Fernández, sino el Ilmo. Sr. Don Javier Martínez Marfil, quien el día anterior a la vista, firma una providencia denegando la suspensión de la misma.

En cuya consecuencia, sólo es notificado el nombre del Ponente, no el resto de la composición de la Sala, siendo además, que quien actúa como Presidente, difiere de quien actuó en tal calidad al admitir las pruebas propuestas y señalar la fecha de inicio del Juicio oral, sin que en ningún momento se notificara composición íntegra de la Sala o cambios acaecidos.

Condiciones en que excluir *ad limine* el estudio del motivo formulado, aunque mediara ausencia de recusación previa respecto del Magistrado Ponente, único integrante del que existía notificación de su designación, mientras no medió la posibilidad de formalizar recusación contra los otros dos componentes, especialmente del Presidente, pues una vez recibidos los autos del Juzgado de Instrucción, no tiene intervención alguna salvo el día anterior a la vista en providencia que tampoco consta su notificación, lo que supondría la denegación efectiva de invocar su derecho a disfrutar de un proceso con todas las garantías, donde se inserta el derecho a un juez imparcial.

Valga recordar la STC 231/2002, de 9 de diciembre , cuando expresa que la exigencia de la previa recusación no implica transformar el incidente de recusación en un requisito procesal insoslayable para la interposición del recurso de amparo, dotándolo de una relevancia constitucional de la que de suyo carece; antes al contrario, lo que importa desde la perspectiva de la naturaleza subsidiaria del amparo, que se refleja en el art. 44.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC , es que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho fundamental que se dice vulnerado (de entre las más recientes, SSTC 93/2002, de 22 de abril, FJ 3, y 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , y en lo que ahora específicamente interesa, STEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar contra España , § 35).



De igual modo, la STS 2472/2001, de 19 de diciembre, otorga prevalencia al examen de un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 CE, aunque no se hubiera intentado previamente la recusación, pues "una omisión de este género, si producida, no tendría la virtud de subsanar el menoscabo de un derecho fundamental".

SEGUNDO. - Superado ese óbice procesal preclusivo, en cuanto a la cuestión de fondo, la necesaria imparcialidad de jueces y tribunales, es cuestión sobre la que la doctrina de esta Sala se ha pronunciado de modo reiterado. En la reciente 989/2016, de 12 de enero de 2017 con cita de la STS 897/16, de 30 de noviembre, hemos recordado que tanto el artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el artículo 10º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el artículo 14.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley.

El Tribunal Constitucional ha reconocido 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.

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 *Piersac* ; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cuber* y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*).

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, la 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 ; 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 fundamentadamente 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, también, el TC en su sentencia núm. 149/2013, de 9 de septiembre de 2013 que: "*el concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, es aquel por el 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.

TERCERO. - Continuamos indicando en dichas resoluciones (SSTS núm. 989/2016, de 12 de enero de 2017 con cita de la núm. 897/16, de 30 de noviembre) en seguimiento al TC y al TEDH , que la imparcialidad puede verse afectada, aunque no necesariamente, si se pretende realizar el enjuiciamiento por el mismo órgano judicial superior que controla la instrucción, y que ha resuelto los recursos devolutivos que le han sido planteados respecto de la investigación preliminar que dirige el juez de instrucción.

Esta Sala ha razonado (STS 1084/2003, de 18 de julio , por ejemplo), 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, Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualesquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. En este sentido, *no puede apreciarse, con carácter general, 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 .*

Pero la imparcialidad puede verse comprometida cuando el Tribunal competente para la resolución del recurso 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 (STS núm. 897/16, de 30 de noviembre , entre las más recientes).

En este punto, señala nuestra doctrina jurisprudencial más reciente (STS núm. 897/2016, de 30 de noviembre , entre otras) que 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.

Hemos de distinguir, refieren las citadas resoluciones (aunque el énfasis ahora mostrado es diverso), si se trata de resoluciones confirmatorias o revocatorias, y sobre todo, el grado de implicación en este segundo apartado.

1º) *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, sin inmiscuirse en la instrucción o toma de postura acerca de su culpabilidad.*

2º) *Cuando se trata de cuestiones relacionadas con la investigación, habrá que distinguir 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 -con carácter 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.

En este sentido, igualmente el Tribunal Constitucional ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al juez imparcial 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).

3º) 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 por lo que el investigado debe 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.

CUARTO. - En autos, los tres Magistrados/as que componen la Sala que dicta la sentencia, resolvieron también en sendas apelaciones, los correspondientes recursos formulados contra decisiones del Juez de Instrucción donde cobran relevancia, los siguientes particulares:

- *Auto de 3 de febrero de 2012*, que confirma el auto de incoación de procedimiento abreviado:

(...) se alega la falta de indicios racionales de criminalidad que justifique la imputación que se efectúa a la denunciada. Frente a esta mera alegación no argumentada por la recurrente, consta en las actuaciones las manifestaciones de las tres perjudicadas que mantienen que por problemas económicos acudieron a la entidad inversora de la imputada para una refinanciación de sus deudas con capital privado entregando a la imputada diversas cantidades de dinero de las obtenidas con la garantía hipotecaria cambiara para que liquidara aquellas deudas y no figurar como deudora en el registro Asnef y posteriormente obtener un crédito hipotecario de una entidad crediticia. La imputada firmó diversa documentación en prueba de la recepción del dinero sin que haya liquidado las diversas deudas de las perjudicadas que no han recuperado su dinero.

- *Auto de 18 de febrero de 2014*, que resuelve el recurso de apelación contra el auto estimatorio del recurso de reforma contra la decisión de sobreseimiento y archivo del procedimiento:

(...) En este caso, las versiones contestes de las perjudicadas apuntan a la entrega a la denunciada de determinadas cantidades cuyo destino no ha sido aclarado. Algunas de tales entregas se realizó contra la expedición de un recibo que se aporta a las actuaciones y cuya firma ha negado la imputada, si bien consta un informe pericial caligráfico que atribuye su autoría a la misma; entregas a las que se refiere el informe del Ministerio Fiscal que considera dubitadas las firmas del receptor por no constar en la antefirma la mención personal de la imputada no formulando acusación por dicho motivo.

En definitiva, el resultado de la instrucción arroja unos indicios claros y concretos que incluso el Ministerio Fiscal considera inconcusos, representados por la realidad de unas entregas de dinero, y una aparente recepción del mismo por parte de la imputada en virtud de la pericial caligráfica practicada, aún cuando los otros extremos señalados por el resto de perjudicadas no cuenten con un reflejo documental consistente, por lo que la pretensión de clausurar la causa que efectúa el apelante resulta prematura".

Como ya anticipamos, el mero hecho que el juez de instrucción hubiera formulado resoluciones previas respecto a la misma infracción no podía, en sí mismo, justificar los temores de falta de imparcialidad en relación con las resoluciones previas al fallo (STEDH [GC] de 27 de mayo de 2014, asunto *Margu? c. Croacia*); aunque las apariencias también revisten importancia en esta materia (*Castillo Algar c España*, 28 Octubre 1998, § 45; *Micallef c. Malta*, 15 de octubre de 2009, § 98).

Pero sí se justifican, cuando se afirma que "los marcadores correspondientes a la prueba indiciaria se han colmado de forma positiva por lo que el investigado debe de sufrir el enjuiciamiento de la causa"; lo que sucede precisamente en autos, donde además de entrar en contacto directa con la prueba, no sólo en la constatación externa de su existencia formal, sino examinando su contenido, comparando su diversidad o coincidencia (*versiones contestes de las perjudicadas*), la ausencia de liquidación de cantidades que aparecen documentalmente recibidas, informe pericial caligráfico que contradice la negativa de la imputada; y conformando una valoración global, en términos equivalentes a un dictado de procesamiento: *el resultado de la instrucción arroja unos indicios claros y concretos*, que pasa a describir.

En la STEDH, caso *Castillo Algar c. España*, §§ 48 y 49, la expresión contenida en la actividad instructora, «**indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito**», por Tribunal donde dos de sus miembros, después formaron parte de la Sala de enjuiciamiento que condenó al acusado a pena de prisión, integra una situación que se asemeja a la del caso *Oberschlick*, en que un Juez que había participado en la revocación de un auto de sobreseimiento, tomó parte posteriormente en la apelación dirigida contra la condena del demandante [Sentencia *Oberschlick contra Austria* (núm. 1) de 23 mayo 1991]; circunstancias del caso, en que se estima que la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados, de forma que se declara la violación del Convenio por esta causa.

De igual modo en la STEDH de 25 de julio de 2002, caso *Perote Pellón c. España*, donde entienden cuestionada la imparcialidad en quienes antes de enjuiciar, habían participado en el rechazo de la apelación contra el auto



de procesamiento pronunciado contra el imputado (y en las decisiones de prórroga de su prisión preventiva) donde *constataron la existencia de indicios «poderosos» y razonables* de la infracción delictiva.

Ciertamente la Audiencia, en su fundamento octavo, califica su actividad en instrucción, como valoraciones genéricas sobre la suficiencia de la prueba indiciaria practicada a efectos de finalizar la instrucción y dar paso a la fase intermedia del procedimiento abreviado, que considera que en absoluto suponen un contacto con el material probatorio y cuestión de fondo que pueda contaminar siquiera en apariencia la imparcialidad del Tribunal.

Pero la conclusión tajante de la existencia de *indicios claros y concretos*, en absoluto puede considerarse un mero control de legalidad correspondiente a la perspectiva superior que ostenta el Tribunal colegiado, ni mera validación de las razones expuestas en la resolución judicial recurrida, sino actividad propia de instrucción o investigación, toma de postura acerca de su culpabilidad, con valoración de los indicios racionales de criminalidad que determinan y conforman su posición pasiva del imputado en el proceso, en resolución absolutamente equiparable a una resolución de procesamiento tanto formal, como materialmente considerado.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y la del TEDH antes expuesta, como expresamos en la STS 897/2016, de 30 de noviembre, con cita de la 53/2016, de 3 de febrero, 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.

Nuestra doctrina es particularmente exigente en los casos de revisión de 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.

En definitiva, el contenido de los autos dictados en su actividad instructora por el Tribunal compuesto con los mismos integrantes que después declara la culpabilidad de la recurrente y la condena a pena de prisión, en cuanto entraron en contacto con la prueba y procedieron a su valoración con la conclusión de la existencia de "indicios claros y concretos", integra una razón legítima para considerar objetivamente justificados los temores sobre una falta de imparcialidad del Tribunal.

QUINTO. - Ello conlleva que con estimación del primer motivo formulado, 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.

Y consecuentemente, procede igualmente la declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional.

FALLO

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

ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal de **Luisa**, contra la sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, **DECLARANDO LA NULIDAD** de la mencionada resolución, y **ORDENANDO LA REPETICIÓN** del juicio con diferentes Magistrados. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia