



Roj: STS 340/2016 - ECLI:ES:TS:2016:340

Id Cendoj: 28079120012016100066

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 03/02/2016

Nº de Recurso: 10629/2015

Nº de Resolución: 53/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: SAP Huelva (sección Tercera) 27/04/2014,
STS 340/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 53/2016

RECURSO CASACION (P) Nº :10629/2015 P **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria **Procedencia:** Sec. 3ª A.P. de Huelva

Fecha Sentencia : 03/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : BDL

* Derecho fundamental al juez imparcial.

* Doctrina del TEDH y del TC.

* Imparcialidad subjetiva y objetiva.

* El papel de "las apariencias".

* Imparcialidad objetiva y recurso de apelación en las interlocutorias durante la instrucción sumarial: doctrina del TS.

* Distinciones: control de la argumentación y control de la culpabilidad. Resoluciones confirmatorias y resoluciones revocatorias. La clave del grado

"de implicación". La valoración de los indicios racionales de criminalidad. Fases.

* Casos de revocación del sobreseimiento, orden de procesar, valoración de los indicios, etc.

* Aspecto formal: no se neutraliza el efecto contaminante por decir que se hace "a los meros efectos de resolver la interlocutoria".

* 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.

* No existe ningún óbice relativo a una victimización secundaria del menor, pues el Tribunal sentenciador utilizó la grabación de su exploración como prueba preconstituida, lo que de nuevo puede repetirse, sin que,



por lo demás, este aspecto haya generado motivo alguno de impugnación casacional por parte de la defensa en este recurso.

* Estimación del motivo y repetición del juicio oral.

Nº: 10629/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Fallo: 14/01/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 53/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Antonio del Moral García

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado **Gervasio** contra Sentencia de fecha 27 de abril de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, dictada en el Rollo de Sala núm. 1/2014, dimanante del Sumario núm. 3/13 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de dicha Capital, seguido por delito continuado de agresión a un menor de 13 años, 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 del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa López Roses y defendido por la Letrada Doña Ana María de Silva Molina, y como recurrida la Acusación particular Doña Angustia representada por la Procuradora Doña Pilar Galván Rodríguez y defendida por la Letrada Doña Macarena Pereira Mediavilla.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Huelva instruyó Sumario núm. 3/13 por delito continuado de agresión a un menor de 13 años contra **Gervasio** y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 27 de abril de 2015 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se reputan terminantemente probados los siguientes hechos:

I.- El procesado, Gervasio, mayor de edad, sin antecedentes penales, tras reanudar la convivencia con su pareja sentimental, Angustia, en el primer semestre del año 2012 (convivencia interrumpida por separación de los mismos, conforme a la sentencia dictada en fecha 04.07.2006 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Huelva), vivió con la misma en el domicilio familiar sito en la DIRECCION000 nº NUM000, NUM001 de la ciudad de Huelva, en compañía del hijo menor de ambos, Roman, menor de edad, nacido el día NUM002 .2004, procediendo en diversas ocasiones sin que pueda precisarse la fecha a masturbarse en presencia del menor. "Se tocaba el pene, pese a que el menor le quitara la mano, el padre seguía masturbándose, incluso cuando el

niño jugaba en un parque próximo al domicilio en la capital de Huelva, (durante el primer semestre de 2012) el padre se masturbaba en su presencia."

II. - Desde el mes de agosto de 2012 hasta finales de año, (durante el segundo semestre de 2012), tras haber cesado ambos progenitores de nuevo en la convivencia, el acusado tuvo en su compañía al menor en los periodos indicados en el régimen de visitas fijado en la sentencia de separación, teniendo el procesado fijado su domicilio en la vivienda de su propiedad sita en la C/ PLAZA000 , nº NUM003 , NUM004 de Gibraleón, (Huelva).

III.-En dicha vivienda y prevaliéndose el procesado de la relación de superioridad (determinada por la diferencia de edad y por la relación paterno-filial), procedió con ánimo libidinoso en un número indeterminado de ocasiones, pero con una elevada frecuencia, a llevar a cabo actos sexuales, doblegando además la voluntad de su hijo menor de edad de 8 años en las fechas de comisión de los hechos al decirle que si se lo contaba a alguien le mataría a él y a su madre, o le castigaba llevándolo a un cuarto oscuro dejándolo horas sin comer, provocando la angustia del menor.

IV.- Como actos sexuales practicados se relacionan los siguientes: "EL acusado mostró videos pornográficos al menor en su teléfono, se masturbaba en presencia del menor, se mostraba desnudo ante el mismo, le introducía un dedo en el ano, y procedió a penetrarlo analmente en numerosas ocasiones". Además de las prácticas señaladas, "el procesado obligaba al menor a introducirse un dedo en su ano, y le obligaba a practicar actos sexuales de penetración a una muñeca hinchable, obligándole al menor a introducir su pene en el sexo de la muñeca, y exigiéndole al menor que le hiciera felaciones incluso le introdujo el pene en la boca al menor", llegando en ese ambiente de perversión a obligar al menor a simular una relación sexual de dominación en donde el menor tenía que golpear a su padre en el culo si desobedecía sus indicaciones.

Aparece en el domicilio la crema PROSKIN y en el pijama del menor, **ADN** de ambos, utilizando el producto normalmente y reiteradamente el procesado para "SUAVIZAR LA ENTRADA Y FACILITAR LA PENETRACIÓN ANAL y así como para sanar cicatrices o heridas del niño en zonas húmedas.

V.-El menor Roman , fue atendido de urgencia el día 31 de enero de 2013 en el Hospital "Juan Ramón Jiménez" de Huelva, al presentar dilatación anal en forma de embudo que permitía la visualización del canal anal enrojecido así como una disfunción esfinteriana. En la exploración en el hospital "Juan Ramón Jiménez", fue avisado el Médico Forense Dña. Otilia , quien en la exploración constató que el niño presentaba síntomas de abuso sexual, recomendando la valoración por EICAS por presunto abuso sexual.

Un año después por el mismo forense descartó un proceso inflamatorio patológico y fin de la encopresis. No hay evidencia científica de su remisión espontánea pero el menor ya se encuentra asintomático.

La valoración realizada por los Psicólogos del EICAS sobre lo declarado por Roman es creíble y verosímil en la máxima categoría", y para llevarla a cabo (La valoración) se utilizó la técnica SVA, que es un instrumento muy adecuado para estimar la credibilidad del testimonio infantil, y permite llegar a una valoración analizando la técnica del mismo.

VI.-Como consecuencia de los hechos anteriores, el menor Roman , ha precisado la asistencia de la Unidad de Tratamiento para Menores víctimas de Abuso Sexual de la Asociación ADIMA, al presentar pautas de sueño alteradas, pautas de alimentación alteradas, cambios bruscos de comportamiento, temor a su padre, sentimiento de culpa, tristeza y llanto inmotivado, conductas sexuales inapropiadas y conocimientos sexuales impropios de su edad, de modo que presentó alteraciones a nivel conductual, emocional, sexual y social.

Los Psicólogos Forenses de la Unidad de Tratamiento de Menores, "ADEMA", informan que si no hubieran ocurrido estos hechos y hubiera presentado esa sintomatología el niño de ser víctima de abusos sexuales continuados, no hubiera tenido tratamiento e incluso a lo largo de las sesiones se hubiera detectado que simulaba algo de lo que le ocurrió. "No es posible seguir tratamiento sobre hechos no ocurridos, se detectarían...las secuelas del menor la indican".

En la actualidad el menor sigue terapia, y se le han practicado 61 sesiones por el Psicólogo que no considera el ciclo concluido.

El procesado no presenta alteración psíquica ninguna, ni desviación patológica alguna de las características que se asocian o que son coincidentes con los pederastas, y su perfil no encaja con los perfiles de condenados por abusos sexuales a menores, y rompe el prototipo de condenados por este delito.

En la actualidad sigue en prisión preventiva el procesado, prorrogada hasta el mes de marzo de 2017."

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

"**ABSOLVEMOS** al procesado Gervasio del delito continuado de EXHIBICIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO con declaración de oficio de las costas procesales por este delito.

CONDENAMOS al procesado *Gervasio* como autor responsable de un delito continuado de AGRESIÓN SEXUAL A MENOR DE 13 AÑOS sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena (mínima establecida) de 14 años, 3 meses y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas.

Igualmente acordamos la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima, o acercarse a la misma, su domicilio, a cualquier lugar donde se encuentre a una distancia que no sea inferior a 200 metros por periodo de 20 años, así como la pena de privación de la patria potestad y conforme al art. 192 del C. penal, la medida de seguridad de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximación al menor *Roman* a una distancia inferior a 100 metros y prohibición absoluta de comunicación con el mismo así como la obligación de comunicar la Tribunal Sentenciador cada cambio de lugar de residencia y trabajo por diez años que se cumplirá seguidamente a la pena privativa de la libertad conforme al art. 106.2 del C. penal.

Respecto a la responsabilidad civil el procesado *Gervasio* deberá indemnizar al menor en la cantidad de 40.000 euros por los daños morales causados, siendo de aplicación en cuanto a los intereses el art. 576 de la LEC.

Y para el cumplimiento de las penas de privación de libertad que les imponemos, les abonamos todo el tiempo que han permanecido detenido o en prisión preventiva por esta causa, una vez que se acredite que no le sirve para cumplir otras condenas."

TERCERO.- Notificada 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 **Gervasio**, 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 *Gervasio* se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.6) de la LECrim.

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1) de la LECrim.

3º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim.

4º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.3) de la LECrim.

5º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim.

6º.- Por vulneración de precepto constitucional, del art. 24 de la CE al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim.;

QUINTO.- Es recurrida en la presente causa la Acusación Particular Doña *Angustia* que se persona por escrito de fecha 2 de julio de 2015.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó procedente la celebración de vista para su resolución e interesó la inadmisión del mismo y subsidiaria desestimación por las razones expuestas en su escrito de fecha 29 de septiembre de 2015; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de diciembre de 2015 señaló el presente recurso para fallo el día 14 de enero de 2016, prolongándose las deliberaciones hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva condenó a *Gervasio* como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual a menor de trece años de edad, 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.- El primer motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 851.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

En efecto, consta en la causa el Auto de fecha 19 de febrero de 2015, dictado por la Sala especial del art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recusando a los tres magistrados que han dictado la sentencia recurrida.



En el desarrollo del motivo, se alega que han sido cinco los recursos interpuestos sobre variadas cuestiones, desde la situación personal del recurrente, hasta la admisión de pruebas, como el mismo auto de procesamiento, que han sido resueltos por los magistrados que han procedido a dictar Sentencia en esta causa, sin haberse abstenido, a pesar de haber conocido de un amplio material instructorio y confirmar el auto de procesamiento, participando de esa forma en la instrucción sumarial.

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 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*) .

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 el 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 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 11/20'00 , 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.

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 relacionados con 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 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



con el mismo, 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 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 del Estado , 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».

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 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.- Veamos ahora las conclusiones que han extraído los juzgadores de instancia en las resoluciones por medio de las cuales resolvían recursos devolutivos.

Así, es de ver que en el Auto de fecha 22 de octubre de 2013, la Sala enjuiciadora, tras subsumir jurídicamente los hechos en el art. 183 del Código Penal , analiza el testimonio de la madre del menor, que ha sido supuestamente objeto de abusos o agresión sexual por parte de su padre, el aquí recurrente, y pone de manifiesto las declaraciones espontáneas del niño en la prueba preconstituida, grabada en vídeo y que con asistencia de todas las partes tuvo lugar el día 14 de marzo de 2013, concluyendo el informe de EICAS que el testimonio del menor es creíble hasta el punto de ser derivado el mismo a la correspondiente unidad de tratamiento de salud mental, y especialmente categórico, también, el informe emitido por la señora forense, acreditativo de la existencia de una dilatación anal exagerada, sintomática en compañía de otros indicios, de agresión sexual, dada la inexistencia de causa orgánica o patológica que la justificase.

En el Auto de 19 de marzo de 2014, en Ponencia de quien preside la Sala de Justicia que dicta la resolución judicial recurrida, se resuelve el recurso de apelación frente al auto de procesamiento. En dicha resolución, la Sala hace propios todos los fundamentos jurídicos que se contienen en la resolución judicial recurrida, el meritado auto de procesamiento, que como es de ver en el mismo, analiza todos los elementos probatorios que constan en el sumario, pero es más, los jueces «a quibus» destacan que «hay pluralidad de indicios racionales para procesar por delitos contra la libertad sexual al hoy recurrente, Gervasio , lo que deducen de las declaraciones de la denunciante, del menor, de la documental, de los informes forenses, del AICAS, etc.

También declaran que no procede practicar nuevas diligencias sumariales ni informes periciales, pues obran en autos «suficientes periciales» que pueden ser objeto de valoración por las partes y contradicción en el juicio oral.

En otro Auto, el de fecha 14 de abril de 2014, vuelven los jueces de la instancia a tomar contacto con el material de instrucción, a propósito de la forma de practicarse una prueba pericial, lo que reduce también su garantía de imparcialidad objetiva.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, al que también hemos hecho referencia, analiza esta cuestión, declarando que la causa de la recusación alegada es que los magistrados de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, han resuelto con anterioridad diversos recursos, relativos a la situación personal de prisión provisional del encausado, la práctica de pruebas, auto de procesamiento y un incidente de nulidad de actuaciones.

Y analizada que es la causa de recusación número 11 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al estar «contaminados» por haber tomado contacto con la instrucción, esto es, «haber participado en la instrucción



de la causa penal», el Tribunal Superior de Justicia referido también señala que, en abstracto, podría concurrir la causa número 16, sin que la concreten con respecto a alguno de los magistrados de tal Sección.

Añade el citado órgano judicial que todas las resoluciones judiciales fueron confirmatorias de la decisión del juez de instrucción, salvo una, relativa a una prueba pericial, en la que se acordó que el perito designado por el procesado pudiera estar presente en la práctica de la pericia.

Argumenta la Sala especial del art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los jueces recusados se limitaron a un control de legalidad, desde la perspectiva que ostenta el Tribunal colegiado «validando las razones expuestas en las resoluciones judiciales recurridas, pero sin llegar en ningún momento a participar en la instrucción o tomar postura acerca de la culpabilidad del imputado».

Pero hemos visto que los jueces han descendido en el análisis jurídico de la confirmación del auto de procesamiento, no solamente a hacer suya toda la argumentación fáctica del instructor en donde se referenciaban pormenorizadamente los indicios en que se fundamentaba el juicio provisional de culpabilidad, sino destacan, en tal resolución judicial, la pluralidad de indicios concurrentes, así como se da cuenta del contenido («así se deduce», señalan textualmente) de las declaraciones del denunciante y del menor, objeto de los abusos o agresiones sexuales, así como la documental y los informes forenses de credibilidad.

No puede hoy mantenerse, incluso, nuestra doctrina tradicional, que en buena parte hemos transcrito con anterioridad, a los jueces que revisan 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.

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 .

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.

No existe ningún óbice relativo a una victimización secundaria del menor, pues el Tribunal sentenciador utilizó la grabación de su exploración como prueba preconstituida, lo que de nuevo puede repetirse, sin que, por lo demás, este aspecto haya generado motivo alguno de impugnación casacional por parte de la defensa en este recurso.

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

III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Gervasio , contra la Sentencia de fecha 27 de abril de 2015, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, **DECLARANDO LA NULIDAD** de mencionada resolución, **y ORDENANDO LA REPETICIÓN** del juicio con diferentes Magistrados. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Antonio del Moral García Joaquín Giménez García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julián Sánchez 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.