



Roj: **STS 1032/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1032**

Id Cendoj: **28079120012021100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **1896/2019**

Nº de Resolución: **202/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 707/2019,**
STS 1032/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 202/2021

Fecha de sentencia: 04/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1896/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial A Coruña. Sección Segunda

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

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1896/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 202/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina





D. Javier Hernández García

En Madrid, a 4 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación 1896/2019 interpuesto por Sebastián , representado por la procuradora Doña Ana María GARCÍA FERNÁNDEZ bajo la dirección letrada de Don José María SÁNCHEZ TIERRASECA, contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2019 de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Segunda, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 73/2017, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de un delito continuado de abusos sexuales, de los artículos 181, 180.3ª y 4ª del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL, Doña Aurelia de Don Jose Antonio representados por Doña María del Carmen RIVEIRO MERINO y bajo la dirección letrada de Doña María Inmaculada FRAGA LÓPEZ.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 2 de DIRECCION000 incoó Procedimiento Abreviado número 18/2015 por delito de abuso sexual, contra Sebastián , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Segunda. Incoado el Procedimiento Abreviado 73/2017, con fecha 21 de enero de 2019 dictó sentencia número 30/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.**- Se ha probado y así se declara que Sebastián , con DNI NUM000 , mayor de edad en cuanto nacido el NUM001 de 1931 y sin antecedentes penales, es el abuelo de Regina (nacida el NUM002 de 1998), por ser hija de Jose Antonio , hijo del acusado.

Regina vivía en Londres en el año 2003 y siguientes en compañía de sus padres, pero durante los meses de verano, solía acudir al domicilio de sus abuelos paternos sito en lugar de DIRECCION001 número NUM003 del término municipal de DIRECCION002 y partido judicial de DIRECCION000 , llegando normalmente antes que sus progenitores, que lo hacían algo más tarde, y regresando a su hogar en la capital británica también después que ellos.

El acusado, aprovechando la visita de su nieta durante los indicados meses de verano, desde fecha que no ha podido ser exactamente concretada pero, en todo caso, cuando Regina contaba con cinco años de edad, por tanto a partir del año 2003, guiado por el propósito de satisfacer sus lúbricos instintos y sin que aquella estuviese conforme con las acciones de su abuelo, sino, al contrario, asustada y temerosa (lo que la llevaba incluso a atrancar la puerta de su habitación con una silla para evitar la entrada del abuelo de noche), comenzó a realizar tocamientos por todo el cuerpo de Regina incluyendo su zona genital y los pechos en un número importante de ocasiones que no se han podido precisar, tocamientos que eran realizados por el acusado cuando llevaba a Regina a ver los animales o cuando paseaba con ella por el monte, además de hacerlo igualmente en el piso de arriba de la vivienda (tanto en su propia habitación como en la de la niña) y en otras dependencias de la casa tales como el gallinero o el garaje.

Todo este escenario se mantuvo al menos hasta que Regina contaba con 11 años de edad, por tanto hasta el año 2009, en el que la nieta del acusado se trasladó a vivir de manera definitiva a España junto a sus padres ante el delicado estado de salud de la esposa del acusado, que incluso motivó la realización de obras en la vivienda para adaptarla a la situación de la enferma. No obstante, el acusado, persistiendo en el propósito de satisfacer sus lúbricos instintos y sin que Regina estuviese conforme, prosiguió realizándole tocamientos a su nieta por todo el cuerpo incluyendo su zona genital y los pechos, no solo en el interior de la casa y sus dependencias antes descritas, espacio en el que igualmente el acusado obligaba a Regina a tocarle sus partes íntimas, sino también cuando la recogía de sus clases de pasantía y la llevaba en coche a la vivienda, trayecto que discurría por pistas apartadas y solitarias y en cuyo transcurso detenía el vehículo, cerraba las puertas con el cierre y obligaba a la menor a tocarle sus partes íntimas al tiempo que él hacía lo propio con las de Regina .

Regina , asistida por su madre Aurelia , presentó el día 30 de enero de 2014 denuncia por los hechos narrados en los párrafos anteriores.

A consecuencia de los hechos, Regina sufre pesadillas y ansiedad, así como dificultades en sus relaciones personales, habiendo precisado tratamiento psicológico para superarlo. "

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que **DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS** a Sebastián como autor criminalmente responsable de *un delito continuado de abusos sexuales sobre menor de 13 años*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas





de la responsabilidad criminal, a **la pena de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.**

Asimismo, como accesoria legal, se le impone la **prohibición de aproximarse a menos de 250 metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por Regina , así como comunicarse con ella por cualquier medio durante 4 años.**

Asimismo, **indemnizará** a Regina en la cuantía de **40.000 euros** en concepto de responsabilidad civil con los intereses indicados en la fundamentación jurídica de esta resolución."

3. Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Sebastián , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso formalizado por Sebastián , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. - Por vulneración de ley, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ampara al recurrente a un proceso con todas las garantías proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución y el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950, para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.

2. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la valoración de las pruebas testificales de los testigos Regina y Jose Antonio

3. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 21.6 del Código, por inaplicación de esta circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa no imputables al recurrente.

5. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 30 de septiembre de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Doña Aurelia y de Don Jose Antonio , en su escrito de 26 de julio de 2019, impugnó de fondo los motivos del recurso y solicitó confirmación de la sentencia recurrida en todos sus términos. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 3 de marzo de 2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *Imparcialidad del tribunal*

1.1 En el primer motivo del recurso y por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial. Se alega que dos de los magistrados que han formado Sala para el enjuiciamiento de los hechos intervinieron en el auto de 25/04/2017, por el que se desestimó un recurso de apelación interpuesto contra el auto de conclusión de la instrucción y continuación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado, auto que no se limitó a confirmar el pronunciamiento del Juez de Instrucción sino que razonó ampliamente sobre la existencia del delito por el que finalmente ha sido condenado el recurrente. Se entiende, en fin, que los dos magistrados en cuestión han intervenido en la fase de instrucción y que la denuncia de imparcialidad es posible a pesar de que no se haya formulado previamente la recusación, ya que esa cuestión puede invocarse directamente en casación por afectar a derechos fundamentales.

1.2 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. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, 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 , aunque ésta también venga asegurada por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces ad hoc.

Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador. 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 no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso o bien de su relación con las partes. Es por eso que el Juez ha de ser, y también





ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de 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). No cualquier apariencia, desde luego, sino solo cuando pueda hacer surgir dudas objetivamente justificadas.

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. (Entre otras en la 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 c. 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, recordaba 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 (...)".

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 EDJ 2001/15494 , 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 num. 38/2003, de 27 de febrero).

La cuestión ha de examinarse, por tanto, con atención a las características del caso concreto. Así lo han señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional y el TEDH. Incluso la actuación del recurrente en relación con el uso que haya hecho de las posibilidades de recusación, puede ser ilustrativo sobre la valoración que, en el momento procesal de que se trate, haya podido hacer acerca de la imparcialidad del Tribunal. Si, conocidos los datos objetivos sobre los que se construye la sospecha, la parte acepta al Tribunal, pudiendo no hacerlo, no parece que sus dudas sobre la imparcialidad tuvieran la suficiente consistencia, incluso para la propia parte interesada.

1.3 En el presente caso el recurrente no ha planteado en ningún momento la falta de imparcialidad en la instancia, cuando tuvo conocimiento de la situación de la que ahora se queja, sin que nada se lo impidiera. Por lo tanto, la primera cuestión a resolver es si es posible plantear la cuestión relativa a la imparcialidad del Juez en el recurso, en este caso en casación, cuando pudo ser planteada con anterioridad.

Es cierto que la doctrina de esta Sala acerca de las llamadas cuestiones nuevas, es decir, las alegadas en casación sin previa alegación en la instancia, admite algunas excepciones y que éstas se refieren en algunos casos a las vulneraciones de derechos fundamentales, precisamente en atención a la naturaleza del derecho que debe ser protegido. Pero esa doctrina no ignora que en ocasiones se trata de derechos de configuración legal, regulando la ley los requisitos que deben ser cumplidos para su alegación y al momento adecuado para su ejercicio, los cuales deben ser observados, salvo que sean de tal naturaleza que afecten a la propia esencia del derecho, para restringirla, en cuyo caso sería pertinente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, bien por esta Sala o por el propio Tribunal Constitucional, en su caso (Artículo 55.2 de la LOTC).





En nuestro derecho interno, el artículo 223.1 de la LOPJ dispone que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. De manera que será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado. Esta es la línea seguida, entre otras, en la STS 1288/2002, de 9 de julio, que cita abundante jurisprudencia y en la STS 1431/2003, de 1 de noviembre.

Las citadas normas configuran legalmente el derecho al Juez imparcial y detallan el modo y momento de su ejercicio de forma que condicionan la estimación de la queja a su cumplimiento previo. La ley orgánica establece cual es el momento adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial, y también la sanción para el caso de no hacerlo así, consistente en el rechazo liminar de la pretensión. La posibilidad de plantear la cuestión en casación sin su cumplimiento previo supondría negar validez a tales previsiones normativas.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa de conformidad con lo que antes se ha dicho. La ley, con rango de ley orgánica, configura el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un Juez que no considere imparcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde. La exigencia es radical, habida cuenta que la sanción para caso de incumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite", artículo 223.1 LOPJ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite de recurso, la resolución debería ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC 140/2004, de 13 de setiembre, señaló que "[...] hemos afirmado también que 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. De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el art. 44.1 c) LOTC, es que la invocación en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es "presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, F. 2 ; y 210/2001, de 29 de octubre, F. 3) [...]. Y más adelante, que "[...] 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. Según declaramos en el ATC 112/1991, de 12 de abril, "no cabe olvidar que las garantías establecidas en el art. 24 CE son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada -la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar-, resultarían lesionados los derechos de la otra parte que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se vería privada de la misma por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación del proceso y que no fue alegada hasta conocerse el resultado del mismo" [...]. Y que "[...] 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 [...]. En este mismo sentido se ha pronunciado la STC 28/2007, de 12 de febrero .

Es cierto que hay algunas sentencias que parecen reducir la trascendencia de la omisión de la previa recusación pero, salvo alguna resolución aislada, se refieren a supuestos en que la causa de imparcialidad aparece o se manifiesta o a supuestos en que no ha podido ser planteada la recusación, por ejemplo, porque no se notificó a las partes la composición del tribunal o porque la lesión del derecho se produjo en el propio acto del juicio.

La exigencia de recusación previa es una constante y buena prueba de ello la encontramos en la reciente STS 724/2020, de 2 de febrero, en la que se reitera la necesidad de utilizar el cauce legal de la recusación para que la queja sobre la imparcialidad del tribunal pueda ser estimada, y se señala que "[...] esta doctrina atrae como efecto inmediato la desestimación de la sobrevenida alegación de quiebra de la imparcialidad por parte del órgano decisorio. El recurrente, con su previo y prolongado silencio, condicionó su juicio acerca de la





imparcialidad del Tribunal a quo al desenlace, favorable o no, de la sentencia. Esa subordinación estratégica en la alegación de un derecho fundamental no está amparada por nuestro sistema procesal (art. 11 LOPJ) [...]".

1.4 Más allá de las cuestiones vinculadas con la falta de cumplimiento por el recurrente de los presupuestos exigidos para la viabilidad de la queja formalizada, también concurren razones para la desestimación si atendemos al fondo de la cuestión planteada.

Como regla general venimos reiterando 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 cualesquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. Pero la regla admite modulaciones. Generalmente no puede apreciarse perjuicio 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. (SSTS 53/2016, de 3 de febrero, 904/2016, de 30 de noviembre y 233/2019, de 8 de mayo, 883/2012, de 24 de octubre y 1084/2003, de 18 de julio),

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 perjuicio 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 perjuicio previo, o por lo menos, que no se satisfagan las exigencias de apariencia que se requieren en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

1.5 En el presente caso es cierto que dos de los magistrados que intervinieron en el juicio oral también intervinieron en el auto de 25/04/2017 por el que se desestimó un recurso de apelación contra el auto de conclusión de la instrucción y se acordó la continuación de las diligencias por el trámite del procedimiento



abreviado. Pero una atenta lectura de la resolución permite comprobar que en ese auto el tribunal de segunda instancia se limitó a confirmar la resolución del Instructor, constatando que el auto impugnado estaba motivado, que no procedía el sobreseimiento porque era prematuro al no existir causas que lo justificaran y que no procedía la notificación personal porque el investigado estaba personado mediante Procurador. La contestación que se dio al recurso era de marcado carácter formal y conceptual, con apoyo constante en doctrina de esta Sala y sin entrar en las particularidades del caso ni en la suficiencia o no de los concretos indicios que, a juicio del Instructor, justificaban la prosecución del proceso. Únicamente se dijo que no procedía el sobreseimiento interesado porque no era ilógico o temerario sostener un juicio provisional de tipicidad de los hechos. En estas circunstancias no parece comprometida la imparcialidad de los dos magistrados que intervinieron en esa resolución pero, de entenderse que la misma estaba en entredicho, debería haber sido planteada la recusación inmediatamente se conoció la composición del tribunal para evitar la celebración del juicio, máxime teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos y las consecuencias perjudiciales que una repetición podría ocasionar a quienes comparecía como víctima.

El motivo se desestima.

2. *Dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim*

4.1 En el segundo motivo de casación y por el cauce del artículo 849.2 de la LECrim se afirma la existencia de error en la valoración de la prueba por la toma en consideración de los testimonios prestados por Regina y Jose Antonio a quienes durante todo el proceso no se les advirtió del derecho a no declarar, conforme a lo que previene el artículo 416 de la LECrim. Entiende el recurrente que el incumplimiento de lo previsto en el precepto citado debe dar lugar a la nulidad de esas pruebas que, siendo las únicas que fundamentan la condena, ha de conducir a la libre absolución del acusado.

El cauce casacional elegido no es el correcto dado que debería haberse planteado mediante la invocación de la vulneración de la presunción de inocencia, a través del artículo 852 de la LECrim, que permite el control de la legalidad de la prueba de cargo. En cualquier caso, la voluntad impugnativa es clara y daremos respuesta a la queja, al margen de la posible incorrección formal de su planteamiento.

2.2 Para la resolución de esta queja conviene precisar que el Sr. Jose Antonio denunció los hechos y se constituyó en acusación particular en nombre propio y en el de su hija y existen precedentes tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que entienden renunciado el derecho a la dispensa por parte de quienes denuncian los hechos, se constituyen en acusación particular y sostienen su acción en el juicio, tal y como acontece en este caso.

En la STC 94/2010, de 15 de noviembre se analizó una situación semejante y el alto tribunal declaró lo siguiente: "[...] En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias y punitivas".... A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el *ius ut procedatur* del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad (FJ 6º). También se añadió en esta sentencia que "su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero ; y 292/2009, de 26 de marzo) [...]".

Ese mismo criterio ha sido seguido por esta Sala desde hace años. En el Acuerdo no Jurisdiccional de 24 de abril de 2013 se declaró que "[...] la exención de la obligación de declarar prevista en el

art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) la declaración por hechos acaecidos





con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso [...]", y dicho criterio ha sido ratificado en muchas sentencias posteriores y, singularmente y aun con mayor amplitud, en la reciente STS Pleno, número 389/2020, de 10 de julio. 2.3 Por tanto, no ofrece duda que respecto del padre denunciante y que se constituyó como acusación particular ha de entenderse por su propia conducta procesal que renunciaba a su derecho a la dispensa, ya que resulta incompatible reclamar la acción del Estado en persecución de un delito y, a la vez, negarse a prestar declaración sobre el delito cuyo castigo se pretende. Lo mismo cabe decir de la nieta del acusado que también estaba constituida como acusación particular y tenía 22 años al tiempo de comparecer en el juicio a prestar declaración. Su intervención como parte acusadora, por más que fuera formalizada años antes por su padre, permite afirmar también su renuncia implícita a la dispensa ya que concurre la misma incompatibilidad que en el caso anterior y, si su intención hubiera sido otra, debería haberla expresado con anterioridad renunciando a la personación. Ninguna evidencia hay que permita afirmar que la acción penal se sostuvo en contra de su voluntad y su comparecencia en juicio junto con su contundente y firme declaración evidencian la firme voluntad de mantenimiento de la acción penal. El motivo se desestima.

3. Dilaciones indebidas En el tercero motivo del recurso y a través del artículo 849.1 de la LECrim se censura la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal. Se expone que la causa se inició en 20/02/14 y el juicio se celebró el 16/01/19. La duración total del proceso fue de 5 años y en ese transcurso de tiempo se produjeron las siguientes paralizaciones: a) Seis meses para dar traslado a efectos de calificación a la acusación particular (febrero de 2016 a junio de 2016); b) Tres meses desde que se reciben los autos en la Audiencia y se dicta auto de admisión de pruebas (07/06/17 a 05/10/17); c) Seis meses en la práctica de una prueba pericial médica (27/10/17 a 12/04/18); d) Seis meses en la celebración del juicio (31/07/18 a 16/01/19). La sentencia impugnada rechazó la apreciación de esta atenuación al entender que "desde la declaración de imputado (1.4.2014) hasta la fecha de juicio oral (16.1.2019) ni siquiera han transcurrido 5 años, tratándose además de una causa de cierta complejidad donde ha habido numerosas diligencias de testificales, periciales y numerosos recursos de la propia representación letrada del acusado que, evidentemente, han producido una cierta demora en la tramitación", y nada cabe objetar a semejante planteamiento. El artículo 21. 6º del vigente Código Penal prevé como circunstancia atenuante "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del proceso, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". La consecuencia penal de esta atenuante viene establecida en el artículo 66 CP que, cuando sea única, dispone la imposición de la pena en su mitad inferior, permitiendo incluso la reducción de la pena en uno o dos grados en atención a la entidad de la circunstancia. La "dilación indebida" es un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). A este respecto, las últimas sentencias de esta Sala vienen calificando como tal a dilaciones que se sitúan entre 3 y 6 años, dependiendo de las concretas circunstancias de cada caso. (SSTS 75/2019, de 12 de febrero- 6 años y 6 meses-, 83/2019, de 19 de febrero - 6 años-, 143/19, de 14 de marzo- 6 años-; 626/2018, de 11 de diciembre - 6 años; 601/19 de 28 de noviembre - 6 años-, 450/2018, de 10 de octubre (3 años), 387/2018, de 25 de julio (4 años y seis meses). La cita de los precedentes a que nos acabamos de referir no constituye un parámetro inmutable ya que cada caso debe analizarse en función de sus concretas circunstancias y no puede desconocerse que también hay otras resoluciones que han fijado periodos de tiempo muchos más breves para apreciar la atenuación en función de circunstancias singulares. En este caso la tramitación total del proceso ha tardado 5 años, pero la causa ha tenido cierta complejidad ya que han debido comprobarse los hechos mediante variadas pruebas testificales. Han sido necesarios varios informes periciales y el proceso no ha estado exento de la formulación de recursos que han dilatado la instrucción. Por todo ello, no hay razones para la apreciación de la atenuante pretendida. El proceso no ha tenido dilaciones relevantes que merezcan la calificación de extraordinarias y su duración global no ha sido excesiva, atendida la complejidad de la tramitación, lo que nos lleva a la desestimación del motivo. 4. Costas procesales De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por Sebastián contra la sentencia número 30/2019, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña de 21 de enero de 2019.





2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Pablo Llarena Conde

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

