

APROXIMACIÓN AL ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA DENOMINADA CONTAMINACIÓN EN EL PROCESO PENAL

AGUSTÍN CORRALES ELIZONDO
*Magistrado de la Sala Quinta
de lo Militar del Tribunal Supremo*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UBICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL a) Juez predeterminado e independencia judicial. b) Consideración especial del concepto de imparcialidad.. III. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. a) Los conceptos de imparcialidad en el TEDH. b) Análisis de los casos en donde existe una confusión entre acusación y decisión judicial. c) Acumulación de funciones de instrucción y decisión judicial. d) La especial incidencia de la teoría de la apariencia: el Caso Hauschildt c. Dinamarca. e) Los Casos Saraiva de Carvalho c. Portugal y Botten c. Noruega. f) Algunas conclusiones provisionales sobre la doctrina del TEDH en el ámbito penal. IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LOS CASOS CASTILLO ALGAR Y GARRIDO GUERRERO. VI. INCIDENCIA DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La notoriedad y la onda expansiva de la Sentencia del TEDH dictada en el caso “Castillo Algar”, que ha sido objeto de algún brillante y pormenorizado comentario¹ nos hace intentar si no introducir nuevos puntos de vista sobre la cuestión, si tratar de ponderar algunas recientes sentencias sobre la materia pues entiendo que nos encontramos ante un tema abierto en el que la prudencia (valga la redundancia) de la doctrina jurisprudencial resulta –tal vez más que en otras ocasiones– imprescindible.

¹ Entre ellos cabe destacar el de, JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: “Análisis de la Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso Castillo Algar”, Revista del Poder Judicial n.º 55, págs. 489 y sigs.

Es esencial en todo procedimiento el respeto a las garantías del justiciable, el derecho al juez predeterminado por la ley y a un proceso en que los jueces que resuelvan tras la vista en el proceso que corresponda lo hagan, desde el momento de la iniciación de aquella, sin ningún tipo de prejuicio culpabilista o de otro tipo. Cualquier otra situación en la que un juez unipersonal o componente de un Tribunal colegiado no se encuentre en posesión de una absoluta independencia de criterio deberá dar lugar a que especialmente por la vía de la abstención o de la recusación o en la forma que proceda se depure su participación en el proceso.

Más, en este punto, surge ya la primera cuestión previa: esa parcialidad apreciada y verificada ha de provocar la no participación del afectado por las causas que perturben su independencia; ahora bien, el apartamiento de la actuación judicial habrá de quedar fundado y motivado. Otra fórmula daría lugar a una abusiva e interesada solicitud de la parte promotora para conseguir el cese en el conocimiento del asunto del juez predeterminado. He aquí la prueba de la necesidad de objetivar esta decisión.

Por otro lado se precisa una agilidad y rapidez de tramitación. Asistimos no sin cierta alarma social a una prolongación aparentemente indefinida de los procesos penales (los que aquí analizamos). La sociedad percibe que con una representación letrada interesada en conseguir el objetivo de la dilación, los éxitos en los retrasos, utilizando con habilidad las amplias posibilidades procedimentales de recurso contra autos, providencias y resoluciones formales, a veces intrascendentes, pueden ser notables. Los órganos judiciales, deseosos de conseguir una real agilidad en la tramitación, ante una postura de obstrucciones de esa naturaleza, han de tratar de adoptar, dentro del más escrupuloso respeto a la tutela judicial efectiva, actitudes responsables y eficaces ante quienes tal vez no buscan que se juzgue bien, sino únicamente que se juzgue tarde de manera que el último escalón procedimental se produzca muchos años después de los hechos o acciones antijurídicas, muy en particular si no concurren o se han interrumpido medidas cautelares adoptadas.

Centrándonos en el tema de la imparcialidad, que no suele ser en sí misma una fórmula específica de dilación, aunque puede utilizarse también en ese aspecto, creemos que hay varias calificaciones posibles de la misma o, mejor dicho, de su apreciabilidad.

En este orden podríamos referirnos a los siguientes:

a. El Juez se entiende que puede no ser imparcial por razones de carácter ajeno al procedimiento (vinculaciones personales, intereses directos), etc. Debe producirse de manera inmediata y automática su separación del proceso.

b. La duda sobre la imparcialidad surge por actuaciones del juez anteriores, en el mismo procedimiento o en otro con identidad de razón o de personas. En este caso habrá de probarse el carácter de las mismas y si implican prueba o razón que mínimamente justifique el planteamiento de la duda. Con diversos matices, esta sería la denominada “imparcialidad objetiva” que puede provocar en el ánimo del juzgador incluso contra su propia voluntad impresiones, prejuicios o cualquier tipo de idea o sensación preconcebida a favor o en contra del inculpado.

En la estructura del presente trabajo abordaremos primero la determinación del principio constitucional en el que ha de desenvolverse la doctrina de la imparcialidad. A continuación realizaremos un análisis sistemático de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En tercer lugar trataremos de seleccionar algunas sentencias que vienen a configurar la evolución de nuestro Tribunal Constitucional en la materia y del Tribunal Supremo. Seguidamente nos centraremos en los ámbitos de la jurisdicción militar con atención especial al caso “Castillo Algar” y al caso “Garrido Guerrero”. Por último estableceremos unas conclusiones de lo que entendemos que es el estado actual de la cuestión.

II. UBICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

a) *Juez predeterminado e independencia judicial*

El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, también denominado derecho al Juez legal constituye un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de “parte” en cualquier proceso jurisdiccional. Su contenido esencial consiste en preservar el principio de legalidad en la constitución, competencia, composición y ejercicio funcional de todos los órganos judiciales, asegurando la plena independencia de los mismos.

Esencialmente, los artículos afectados por la problemática de la imparcialidad van a ser el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, a cuyo tenor “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley”. El citado precepto es acorde con el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de

1948, que alude también a la exigencia de un “Tribunal independiente e imparcial” y al artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que hace mención de la necesidad de un “Tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la Ley”.

El derecho a un Juez imparcial está en alguna medida vinculado al derecho al Juez predeterminado por la Ley. Sin embargo, en la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional² se viene a precisar que su inclusión ha de corresponder al conjunto de derechos a un proceso con todas las garantías en unión, en el ámbito penal, del derecho a la defensa, a ser informado de la acusación, a utilizar medios de prueba pertinentes, o a la presunción de inocencia. En la misma línea debe sostenerse que tiene vigencia esta necesidad de imparcialidad en todo tipo de procesos, con extensión a los distintos órdenes jurídicos, incluido el procedimiento administrativo sancionador en el que la Ley 30/92 ha introducido la prohibición del Juez instructor y decisor en el art. 134.2.

No es especialmente trascendente este planteamiento de la incardinación del derecho al Juez imparcial. Sin embargo, es palmario señalar que una cuestión se refiere al Juez competente territorial y funcionalmente para ejercer su potestad y otra a su condición de imparcial en los ámbitos subjetivo y objetivo. En el primer aspecto está en juego la creación del órgano judicial y el establecimiento de su marco jurisdiccional y competencial, así como su composición. En el segundo punto se protege al justiciable en el marco del conjunto de garantías del proceso contra cualquier actuación que pueda indicar riesgos de falta de imparcialidad. El momento clave en la evolución constitucional de estas materias vino determinado por la STC 145/1988 en la que se declaró la inconstitucionalidad de la figura del Juez instructor-decisor, en el ámbito penal. Dicha figura típica de nuestros antiguos procedimientos penales de urgencia y de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, parece haber sido extraída del contenido esencial de este derecho para pasar a ser integrada en el derecho fundamental al proceso con todas las garantías. Precisamente por esto la mayoría de las sentencias del Juez de nuestra Constitución van en ese sentido. Vgr., las 164/1988, 230/1992, 157/1993, 32/1994, etc. No obstante, la doctrina ha hecho notar que también existen resoluciones del TC encaminadas a conciliar esta fórmula sistemática,

² El citado Auto precisa que el derecho al órgano administrativo competente no puede entenderse incluido en el derecho al Juez ordinario que sanciona el artículo 24.2 CE y mas adelante que “el derecho al Juez ordinario es una garantía del proceso judicial que ... persigue asegurar la más estricta independencia e imparcialidad del juzgador”.

acercándola también al derecho al Juez predeterminado por la Ley (vgr., la STC 299/1994). En algún análisis doctrinal se justifica esta reubicación en que calificar de “fundamental” el derecho a un Juez imparcial es otorgar al mismo “un apelativo que le viene grande”. De ahí que el relacionarlo con el derecho a un juicio justo, presupuesto básico que al Estado corresponde establecer en relación al funcionamiento de la Administración de Justicia relativiza en alguna medida la magnitud específica de la imparcialidad o, mejor dicho, la incluye con el resto de los requisitos de las garantías del proceso.

La mayor parte de la doctrina procesal ha relacionado la problemática de la imparcialidad con la independencia judicial. En este sentido nos encontramos que se pone de manifiesto como la independencia hace referencia al momento constitucional, a la jurisdicción como Potestad y la imparcialidad al momento procesal, o sea a la Jurisdicción como función³.

a) *Consideración especial del concepto de imparcialidad*

El nacimiento de las tesis sobre la necesidad de la imparcialidad está muy vinculado al proceso penal. Basta leer la Exposición de Motivos de Alonso Martínez en la LECrim y coincidir con las inquietudes de la primera época codificadora en 1882, en la que se deja patente su malestar ante los vicios de los que adolecía el procedimiento penal y precisa que quizás el peor de todos sería el dimanante de la situación que se produce cuando “el Juez que instruye... es el mismo que pronuncia la Sentencia

³ En este sentido CALVO SÁNCHEZ, M. DEL CARMEN. “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”. LA LEY, 1989-4, 995. GIMENO SENDRA. “Fundamentos de Derecho Procesal”. Madrid 1981, págs 97 y ss. También existen posturas claramente contrarias a asumir que exista una configuración de la independencia judicial como fundamento de la imparcialidad. Es el caso de PICO I JUNOY, JOAN: “La imparcialidad objetiva del juez a examen”. LA LEY, 1998-1, trabajo éste que es probablemente la monografía mas completa de entre las recientes sobre los problemas que analizamos. Dicho autor, tras poner de manifiesto que alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 136/1992, de 13 de octubre en la que se hace notar que la garantía de la independencia judicial surge en la esfera del proceso a través de la abstención y la recusación “con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales... de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad”, manifiesta que en su opinión “este planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto la independencia judicial del artículo 117.1 CE, se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del Juez, ya que el Juez puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial y viceversa.

con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción”, por lo que ya era un problema vivo la separación de la función instructora de la actividad de enjuiciamiento.

Toda imparcialidad judicial, sin matización subjetiva u objetiva, se encuentra ya protegida mediante la abstención y la recusación, que pueden entenderse como una doble garantía en el proceso. Por la primera, el Juez renuncia a intervenir por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad. Con dicha garantía evita que sus sentimientos personales le impidan intervenir de manera recta y ecuánime. Es un deber del Juez observar que cuando concurren tales causas ha de abstenerse, incurriendo en otro caso en responsabilidad.

Por la recusación se insta a la separación del órgano por el litigante que entiende que no podrá actuar con la debida objetividad en razón a concurrir las causas que taxativamente –como con la abstención– establece la Ley. Muchas de estas causas entrarán en el ámbito de la denominada imparcialidad subjetiva, toda vez que existen fronteras difíciles de precisar entre ambos tipos de imparcialidad.

Desde el punto de vista doctrinal se ha discutido –aunque a nosotros nos parece clara– la distinción entre formas de imparcialidad ⁴, llegando a entender que son las causas de abstención y recusación, y no la imparcialidad judicial las que pueden clasificarse en subjetivas y objetivas (PICO I JUNOY), entendiéndose que las últimas tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen al Juez en relación con el objeto del proceso, impidiéndole actuar con la neutralidad necesaria. En este orden el artículo 219.10 LOPJ prevé el supuesto del Juez que haya actuado como instructor o resuelto el proceso en anterior instancia. En el mismo sentido, el artículo 53.11 de la Ley Procesal Militar establece como causa de deber de abstención “Haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedi-

⁴ PICO I JUNOY, JOAN. “La imparcialidad objetiva del juez a examen”. Cit. Pág. 9 y ss., que considera que la imparcialidad del Juez es siempre subjetiva “en la medida en que hace referencia al Juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a las partes litigantes”. En la misma línea MONTERO AROCA “Principios del proceso penal”. Tirant lo Blanch alternativa. Valencia 1997 que escribe: “el que un Juez no pueda ser al mismo tiempo parte en el asunto que debe decidir, es algo tan evidente que las Leyes ni siquiera llegan a disponerlo de modo expreso. Lo que en las Leyes se regula es la imparcialidad en sentido estricto, es decir, la consideración del Juez como no parcial, con lo que se hace referencia a algo que no es objetivo, por no poder dejar de ser subjetivo... Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que la Ley hace es objetivarlo, y así establece una relación de situaciones, que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el Juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada Juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad”.

miento”. En definitiva y entendemos que por razones estrictamente objetivas se recoge el hecho de la actuación como instructor o de la preexistencia de cualquier resolución en el mismo procedimiento judicial, para asegurar que no exista prevención o prejuicio en el ánimo del juzgador.

En este sentido se ha verificado una clasificación de formas de parcialidad objetiva (PICO I JUNOY) en las siguientes: A) Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal (En los supuestos de proceso penal por delito y en el proceso de menores regulado en la Ley Orgánica de Competencia y Procedimiento de Juzgados de Menores y comentado también por la doctrina (TAPIA PARREÑO) que ha llegado a plantearse la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio⁵.

Dentro de este primer grupo de supuestos, el citado autor distingue los momentos referentes a la a) pérdida de imparcialidad durante la instrucción de la causa; b) pérdida de imparcialidad en la etapa intermedia y c) pérdida de imparcialidad durante la actividad probatoria en el juicio oral. A su vez estima que puede analizarse un segundo grupo de supuestos en los que identifica los de: B) Haber resuelto el pleito o causa en anterior

⁵ Cfr, TAPIA PARREÑO, JOSÉ JAIME: “El derecho al Juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995. LA LEY, 1995-2, 1110, el cual, tras hacer referencia a la STC 36/1991 que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regulaba el procedimiento aplicable en el ejercicio de la facultad de corrección o reforma aborda la cuestión comprendida en la STC de 17 de marzo de 1995 que, al resolver cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por los Juzgados de Menores de Vitoria y el n.º 2 de Valencia ha estimado que en la citada Ley Orgánica se respetan los derechos fundamentales del artículo 24.2 CE y concretamente el derecho a un Juez imparcial. El trabajo ha de enfocarse respecto a los jóvenes mayores de doce años y con edad inferior a la fijada en el Código penal a efectos de responsabilidad criminal, es decir la de dieciocho, en cuanto que si el menor tiene una edad inferior a aquel límite habría lugar –según el autor– a la vulneración de derechos al no quedar sujetos a la competencia de los Juzgados de Menores. Sería el supuesto de los menores de doce años que cometen un delito o falta y que quedan a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores, sin que ningún Juzgado o Tribunal haya decidido si es culpable o inocente. La problemática de la imparcialidad la pretende preservar la Ley Orgánica 4/1992 concediendo al Ministerio Fiscal la dirección en la investigación y la iniciativa procesal. El autor entiende que aceptando el Juez de Menores la petición de medidas cautelares de protección o el internamiento en centro cerrado del menor se vulnera el citado principio de imparcialidad porque son medidas determinantes de la formación de un juicio previo contaminante con respecto al momento de dictar la resolución, a pesar de lo dictaminado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 17 de marzo de 1995, lo que incitaba al autor a proponer una reforma legislativa y, en particular, a la promulgación de una Ley Penal del Menor, tal como ha atendido el legislador y que pensamos que en gran medida ha paliado los inconvenientes apuntados en este trabajo doctrinal.

instancia, con los respectivos subgrupos de a) imposibilidad de que un Juez forme parte de un Tribunal encargado de resolver el recurso planteado contra su sentencia; b) anulación de sentencia de un Tribunal inferior con reenvío de actuaciones; c) imposibilidad de que el Juez pueda volver a fallar en un proceso plenario una causa por él resuelta con anterioridad en uno sumario; y d) supuesto de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando la autoridad judicial ha tenido que pronunciarse para concederla acerca de la “sostenibilidad de la pretensión del solicitante”.

Este importante y completo análisis no es mas que un desarrollo desde el punto de vista de la imparcialidad del supuesto del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sistemáticamente llega a un conjunto de conclusiones entre las que pueden citarse las siguientes: No toda intervención del Juez antes de la Vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar. Hay actuaciones jurisdiccionales en las que hay una calificación o juicio anticipado o provisional sobre los hechos que posteriormente serán discutidos en el acto del Juicio oral y deben dar lugar, por tanto a supuestos de compromiso de imparcialidad judicial. Entre ellas están la admisión a trámite de la querrela, la adopción de medidas cautelares y la emisión del auto de procesamiento, si bien, en materia de medidas cautelares ha de tenerse en cuenta si ha existido o no contradicción en el procedimiento de adopción de la medida y el grado de intervención de la acusada. Sin embargo, no se deben apreciar supuestos que afecten a la imparcialidad en las medidas de estricta ordenación del proceso, como son las de reclamación de antecedentes penales o informes de conducta, tomas de declaración al imputado para ser oído, de acuerdo con los arts. 486 y 488 LECrim y, mas problemáticamente, la revocación de decisiones acordando el sobreseimiento provisional y la formalización del sumario, ordenando la continuación de las diligencias judiciales, dictar el Auto de incoación del sumario, dar traslado a las partes acusadoras para que formulen escrito de acusación o el que proceda; citar a los acusados informándoles de sus derechos y requiriéndoles para que nombren abogado y procurador o señalar la fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas.

Una de las cuestiones que, como veremos en adelante, ha tenido mayor trascendencia es la referente a la resolución de recursos devolutivos interpuestos contra las decisiones del Juez instructor. Sobre este extremo ha concurrido una insistente jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Entre aquellas cfr, las SSTC 145/1988, 11/1989, 106/1989, 85/1992 y 170/1993. Posteriormente analizaremos la

proyección de la doctrina Constitucional y del Tribunal Supremo sobre estos puntos.

En cuanto a las cuestiones relativas a la pérdida de imparcialidad en la etapa intermedia, PICO I JUOY hace referencia a que en dicha etapa, además de poder ordenarse la práctica de diligencias instructoras, se decide si el proceso penal debe continuar, con la apertura del juicio oral o si procede su conclusión por sobreseimiento. En estos casos, si existiese un órgano distinto al instructor y al sentenciador, que sería un órgano de acusación similar al de la *Chambre d'Accusation* francesa o mediante un sistema de normas de reparto sería una solución orgánica. Las otras fórmulas son que el propio Juez instructor o el Juez sentenciador se pronuncien sobre los distintos extremos de dicha fase. Existe también la fórmula de atender a cada caso concreto, teniendo en cuenta los pronunciamientos que pueden afectar a la imparcialidad.

Por lo que se refiere a la fase de juicio oral, no parece que la intervención durante el proceso del Juez en el seno de la indagación o actividad probatoria deba afectar a la imparcialidad. Convertir el proceso penal en razón al principio acusatorio en un procedimiento en el que el Juez es únicamente un mero testigo parece contrario a la seguridad jurídica y sería desorbitar la problemática de la imparcialidad. Por ello, para proteger las garantías del justiciable hay que entender que una actividad probatoria ajustada a la realidad de los supuestos controvertidos no afecta en nada a la actuación imparcial. En esta cuestión se ha planteado la problemática de la denominada prueba ilícita con la que haya podido tener contacto el Juzgador en el entendido de que su conocimiento daría lugar a un efecto psicológico en el ánimo del mismo. Gran parte de la doctrina se inclina porque en tal caso sí habría lugar a la recusación dentro del art. 219.10 LOPJ (en este sentido ASENCIO MELLADO y FERNÁNDEZ ENTRALGO⁶).

En cuanto a los supuestos de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia parecen claras las situaciones de parcialidad cuando haya concurrido la circunstancia de resolver un recurso planteado contra la propia sentencia y hay reiterada doctrina del Tribunal Supremo en la Sala Segunda, según la cual la estimación del recurso de casación por motivos de quebrantamiento de forma tiene como consecuencia, además del reenvío de la causa al momento procesal en que se produjo dicho quebranta-

⁶ ASENCIO MELLADO, J.M.: “La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2”. Poder Judicial n.º 4/1986 y FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “Prueba ilegítimamente obtenida”. La Ley, 1990-1.

miento, el cambio de composición del Tribunal que dictó la Sentencia impugnada.

No existe contaminación en los casos de resolución de asuntos similares en la denominada contaminación de criterio, supuesto éste en el que se ha manifestado el Tribunal Constitucional.

III. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Vamos a tratar de verificar un estudio cronológico y sistemático conjuntamente, en la medida de lo posible, comentando sentencias que consideramos significativas. Tal vez, sin embargo, con carácter previo conviene verificar una serie de reflexiones conceptuales sobre los supuestos de imparcialidad.

a) *Los conceptos de imparcialidad en el TEDH.* También para el TEDH el concepto de imparcialidad tiene dos aspectos o dos caras: El subjetivo y el objetivo. En el aspecto subjetivo importa lo que el Juez piensa sobre el justiciable y si en particular tiene algún tipo de relación de cualquier carácter para con él, muy en particular es transcendente si nos encontramos cerca de lo que en el derecho español se ha identificado con las ideas de amistad íntima y enemistad manifiesta. En este orden, se presume siempre la imparcialidad de los miembros de un Tribunal, salvo prueba en contrario. En esta línea se han manifestado diversas sentencias del TEDH, como son las de 28 de junio de 1981 (*caso Le Compte, Van Leuven y de Meyere*); la de 10 de febrero de 1983 (*caso Albert y Le Compte*) y la de 28 de junio de 1984 (*caso Campbell y Fell*).

Junto a esta imparcialidad existe otra de carácter objetivo para comprobar si hay garantías suficientes para excluir cualquier duda de parcialidad. En este orden el TEDH ha consagrado la denominada *Teoría de la Apariencia*, de la que es paradigmática la famosa sentencia de 26 de octubre de 1984 (*caso de Cubber*). En ella se consolidó la tesis que vino a suponer la evolución normativa en varios países para conseguir la separación del ejercicio sucesivo de funciones por el Juez instructor y el Juez de fondo en un mismo asunto y por un mismo Magistrado. Dicha situación era probatoria de que el inculcado pudiera sentir inquietud ante la posible parcialidad de un Juez que, en el caso analizado, le había detenido preventivamente, le había interrogado durante la instrucción preparatoria y aparecía ahora en el Tribunal encargo de emitir el Fallo. La Teoría de la Apariencia tiene dos matices resaltables. Por un lado que no se trata de que

esté probada una situación de parcialidad. Basta únicamente que esta sea *aparente*. La segunda es dar transcendencia al punto de vista del inculpa-do. A la sensación que este siente o percibe y a que éstas situaciones estén patentes y probadas.

b) *Análisis de los casos en donde existe una confusión entre acusación y decisión judicial.* Son aquellos supuestos en los que, particularmente en determinados sistemas jurídicos, se ha producido la actuación de una persona llevando a cabo la acusación y, con posterioridad, la misma debe conocer como Juez. Entre los supuestos del TEDH nos encontramos con el *caso Piesarck c. Bélgica* (S. De 1 de octubre de 1982), en el que la investigación del delito de asesinato correspondió en labores de supervisión a la misma persona: el señor Van de Walle que, con posterioridad, fue nombrado Magistrado del Tribunal de Apelación de Bruselas a quién correspondió el conocimiento del mismo caso. El Tribunal entendió que se había violado el artículo 6.1 del Convenio por existir duda sobre la imparcialidad del Magistrado.

En el mismo orden nos encontramos con un caso similar el *Pauwels c. Bélgica de la Sentencia de 26 de mayo de 1988*. En un proceso de malversación, el Juez instructor de la causa actuó posteriormente como Fiscal. El Tribunal consideró que existía una violación del artículo 5.3 del Convenio, que se refiere al derecho a ser puesto a disposición de un Juez en caso de detención preventiva y que la acumulación de funciones de instrucción y de acusación ofrecía dudas suficientes de la imparcialidad de la persona afectada.

Idéntica doctrina se da en la Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 1990. En este caso se llevan a cabo funciones de instrucción por el órgano correspondiente entre las que se acuerda la prisión de la señora Huber. El Instructor posteriormente pasará a actuar como órgano de la acusación, aún sin llegar a ocupar el lugar del Ministerio Público en el juicio. En cualquier caso el Tribunal defiende que sea transgredido el artículo 5.3 del Convenio.

c) *Acumulación de funciones de instrucción y decisión judicial.* El emblemático *caso de Cubber*⁷ dio paso a una doctrina consolidada y ya fortalecida sobre imparcialidad que ha dado lugar, por otra parte, a adaptaciones legislativas. Plantea específicamente el ejercicio suce-

⁷ Se trataba de una instrucción por falsificación y uso de documentos falsos contra *de Cubber*, que fue llevada a cabo principalmente por un Magistrado que, con posterioridad, formó parte de un Tribunal en concepto de Asesor. Contra la presencia del citado Asesor hizo protesta verbal el inculpa-do, sin utilizar el mecanismo de la recusación.

sivo de la función de Juez de Instrucción y de Juez de fondo por un mismo Magistrado. La peculiaridad derivaba de la denominada condición de “Asesor”. Sin embargo el Tribunal no dudó en observar las actuaciones llevadas a cabo durante la instrucción, entre las que se encontraba haber puesto al encartado en situación de detención preventiva y haberle interrogado frecuentemente. Es de señalar también un aspecto destacable en el razonamiento del Tribunal y es que observa los aspectos de imparcialidad desde el punto de vista del propio afectado, empleando expresiones tales para definir su resolución como el hecho de que “a los ojos del interesado aparezca ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital (el Magistrado de que se trate) en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del Tribunal”.

Por último, respecto a las alegaciones del Gobierno Belga relativas a que la estimación del recurso pudiera traer consecuencias graves para los Tribunales Belgas con escasos efectivos, hay también un pronunciamiento del TEDH manifestando que los Estados firmantes deben “ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1 del Convenio.

El *Caso Saint Marie c. Francia* (Sentencia del TEDH de 16 de diciembre de 1992)⁸ nos presenta una situación en la que dos Magistrados habían actuado en funciones de Juez de detención y Juez de fondo en otra causa conexas con la que es objeto de análisis. Los mismos Magistrados (es decir dos de tres) concurren luego a la Cámara de Apelación que condena. Todo ello dentro del sistema francés en el que se producen fases de instrucción, acusación y apelación. El TEDH destaca que no toda actuación anterior afecta a la imparcialidad para conocer en el juicio sobre el fondo, así como que deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares, concluyendo que la participación de los dos Magistrados no afectó a la imparcialidad de la Cámara de Apelación, no existiendo infracción del artículo 6.1 del Convenio.

Idéntica solución se da en el *Caso Fey c. Austria* (Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 1993), en el que un Tribunal de Distrito había verifi-

⁸ Jean Pierre Saint-Marie formaba parte de la Organización Iparretarrak, Organización separatista clandestina que actúa en el denominado país Vasco-Francés. El inculcado afirmó y reconoció ser miembro de la citada organización y reivindicó la propiedad de armas y municiones para las actividades de la misma, así como el reconocimiento de haber participado como chófer en una acción llevada a cabo contra la Gendarmería de Lecumberry.

cado con antelación ciertas investigaciones preliminares, adoptando algunas medidas. El Tribunal indica que ninguna de tales actuaciones incidía en que el Juez considerase probable la culpabilidad del inculpado, siempre partiendo de que las cuestiones sobre las que habían recaído las medidas eran de escasa trascendencia.

Tampoco encontró infracción el TEDH en su Sentencia de 26 de febrero de 1993 *Caso Padovani c. Italia*. En el procedimiento italiano, conforme al nuevo Código vigente desde el 24 de octubre de 1989 aparecen separadas las funciones de instructor y juzgador. El Juez de instancia había interrogado y adoptado medidas restrictivas de libertad respecto al inculpado. El Tribunal admite dudas pero señala que no están objetivamente justificadas. La doctrina denota cómo se alude a la oportunidad de evitar dilaciones indebidas y se pronuncia en el sentido de que no hay violación del artículo 6.1 del Convenio. La doctrina critica este Fallo, tildándolo de “giro peligroso en el tema del Juez imparcial”⁹.

En el Fallo del *Caso Nortier c. Países Bajos* (Sentencia del TEDH de 24 de agosto de 1993) también hay ejercicio sucesivo de funciones de Juez de Instrucción y de Juez de Fondo en actuaciones sobre menores en las que se había decretado detención provisional. Entiende el Tribunal que no afectan a la imparcialidad. En el *Caso Bulut c. Austria* (Sentencia del TEDH de 22 de febrero de 1996) el problema se centra en la imparcialidad de un Tribunal que dicta Sentencia del que forma parte un Juez que había interrogado a dos testigos en la instrucción preliminar. Para el Tribunal de Estrasburgo el Juez se limitó a interrogar y tales diligencias no implicaron la apreciación de los testimonios ni exigieron la adopción de conclusiones en cuanto a la intervención y culpabilidad por lo que no quedaba justificado el temor a la falta de imparcialidad.

Sin embargo, si aprecia infracción del art. 6.1 en el *Caso Pfeifer y Plankl c. Austria* (Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1992), también por sucesivas funciones de instrucción y juez de fondo. Se achaca al Juez no haberse abstenido, llamándose también la atención porque el acusado actuó en ausencia de su abogado, aunque renunciase a él expresamente.

d) *La especial incidencia de la teoría de la apariencia: el Caso Hauschildt c. Dinamarca*. La Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989 en el

⁹ En este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “El Juez imparcial”. Cuadernos de Derecho Judicial VI. 1996, pág. 324.

*Caso Hauschildt*¹⁰ marca un hito importante en el conjunto de cuestiones que estamos analizando. Su conclusión principal es que “incluso las apariencias pueden ser importantes”, señalando que en el ámbito subjetivo debe presumirse siempre la imparcialidad del Magistrado y ha de ser el interesado el que alegue el riesgo de parcialidad. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo la necesidad de que la confianza de la sociedad en los Tribunales quede tutelada implica que también ante las apariencias de parcialidad se resuelva en el sentido de promover un Juez de absoluta garantía. También ha de tenerse en cuenta, precisamente por la citada teoría, el punto de vista del propio inculpado o acusado, aunque no es absolutamente esencial. La doctrina precisa además la necesidad de atender a la situación concreta¹¹. El Tribunal considera que por el hecho de adoptar en un sistema judicial como el descrito resoluciones como la prisión no impiden necesariamente que el mismo Juez dictamine sobre el fondo. Esto no ocurriría en un supuesto en el que la instrucción propiamente dicha en sentido estricto fuese llevada a cabo exclusivamente por el Juez el cual de oficio adoptase la decisión sobre la prisión. En tal supuesto sí quedaría afectada la imparcialidad. Más dicha situa-

¹⁰ El citado inculpado fue puesto a disposición del Juez Larsen de Dinamarca por estafa y fraude fiscal. Durante la instrucción el Juez adoptó varias resoluciones, incluyendo algunas sobre prisión provisional e incomunicación. El Juez Larsen fue designado también en la fase de fondo en unión de otros dos Jueces no profesionales con el resultado de condena a siete años de prisión. En la Apelación, un Tribunal formado por tres Magistrados de carrera y tres no profesionales, que también previamente habían adoptado resoluciones en el mismo caso rebajó la condena a cinco años prisión, sin que hubiera lugar a la casación. El Gobierno de Dinamarca alegó que no había existido acusación del Juez Larsen, que tampoco se abstuvo.

¹¹ BARJA DE QUIROGA, J. Cit., pág. 318 dice “hasta esta sentencia el Tribunal había utilizado un examen objetivo bastante abstracto: Se examinaba el sistema judicial desde un punto de vista objetivo, pero de una manera abstracta sin que fuese muy esencial la situación concreta. Sin embargo, a partir de este caso el Tribunal, aunque parte de un examen objetivo, afirma que no es suficiente sino que es necesario un análisis de la situación concreta”. En este orden recoge la afirmación del Tribunal de que “el mero hecho de que un Juez de Primera Instancia o de Apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad”. A continuación comenta cómo en el sistema danés la investigación en la instrucción de la causa corresponde a la policía y al Ministerio Fiscal. La actuación del Juez no va dirigida ni a preparar la causa ni a resolver si debe juzgarse al acusado. Las resoluciones sobre prisión provisional e incomunicación no son tomadas de oficio por el Juez sino que se dictan a petición de la policía, petición que el afectado, con la asistencia de su abogado, impugnó o pudo impugnar en audiencias que por regla general son públicas. En la fase previa el Juez aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la policía tienen algún fundamento; por el contrario, cuando dicta la sentencia al final del juicio tiene que averiguar si las pruebas practicadas son suficientes para justificar la condena. De manera que no se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad.

ción no se da en el sistema danés. Lo peculiar del *Caso Hauschildt* es que a pesar de esto el TEDH determinó que se había violado el artículo 6.1 del Convenio, basándose en que tanto el Juez de Instrucción como los Magistrados que dictaron la sentencia definitiva fundamentaron en un mismo artículo de la Ley la justificación de la prisión provisional y su prórroga y dicho precepto, que era el 762.2 de la Ley danesa exigía que el Juez se asegure que el acusado ha cometido el delito imputado, o sea que tenía que estar convencido de la culpabilidad. De esa manera el Tribunal entendió que se suscitaban dudas sobre la imparcialidad del Tribunal objetivamente justificadas, defendiendo la teoría de la apariencia aplicada al análisis objetivo-concreto, en unión a la oportunidad de tener en cuenta la óptica del acusado a los efectos de determinar si el Tribunal puede ser considerado objetivamente imparcial, aunque no se le debe atribuir una significación decisiva. Lo decisivo, en definitiva, será solamente, como ha dicho el Tribunal Supremo al comentar este caso (vgs. Sentencia de la Sala Segunda de 13 de febrero de 2001) “es solamente si los reparos del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados en el caso concreto”.

e) *Los Casos Saraiva de Carvalho c. Portugal y Botten c. Noruega*. El *Caso Saraiva de Carvalho* está considerado como una Sentencia paralela al *Caso Hauschildt*, en la Sentencia de 22 de abril de 1994, el TEDH considera no afectada la imparcialidad en el supuesto en que la condena sobre el fondo se dictó por un Tribunal presidido por un Magistrado que anteriormente, como Juez encargado del caso, había dictado lo que en el Derecho portugués se conoce como “despacho de pronuncia”. El TEDH entiende que en esa primera fase en la que se dicta el expresado despacho se examinan y se tienen en cuenta cuestiones diferentes que las que han de ponderarse en el juicio de fondo. El despacho de pronuncia no supone una función de instrucción ni de acusación. De ella no se deriva un prejuicio que afecte a la imparcialidad. En el despacho se asegura la existencia no de sospechas reforzadas, sino de indicios suficientes. Incluso aunque haya concurrido una detención provisional no queda afectada la imparcialidad.

Por lo que se refiere al *Caso Botten contra c. Noruega*¹² el TEDH, teniendo en cuenta las funciones del Tribunal Supremo Noruego, equiva-

¹² El Sr. Botten, Teniente Coronel del Ejército del Aire Noruego fue condenado por un delito de imprudencia tipificada en el Código Penal Militar de dicho país. Absuelto en primera instancia, el Fiscal recurrió en apelación ante el Tribunal Supremo que aunque no tiene facultades para reexaminar los hechos si puede pronunciarse sobre la sanción. El Tribunal Supremo, estimando la apelación, condenó al recurrente, limitándose a puntos de derecho, según su propia apreciación que no coincidió con la del Tribunal de Estrasburgo.

lentes a la casación en gran medida entiende que condenó a instancia del recurso fiscal por el delito de negligencia o imprudencia evaluando los aspectos y condiciones particulares y circunstanciales de la operación de salvamento de que se trataba. Es decir, el TEDH entendió que se estaba produciendo un reexamen de los hechos y no una simple valoración jurídica y, por consiguiente, el hecho de no haber citado al recurrente para comparecer y ser escuchado, tomándose medidas a tal efecto o al menos ofreciendo esa posibilidad, aunque el recurrente no hubiese asistido a la audiencia, le hace fallar en el sentido de que concurre la infracción del artículo 6.1 del Convenio.

f) *Algunas conclusiones provisionales sobre la doctrina del TEDH en el ámbito penal.* Llegados a este punto y con carácter previo al estudio de los fallos de los Tribunales españoles vamos a verificar una breve delimitación de conclusiones sobre la base de los Fallos aludidos, sin perjuicio de establecer un estudio específico posterior del *Caso "Castillo Algar"* y del *Caso Garrido Guerrero*.

El TEDH considera de manera generalizada que no puede existir la concurrencia sucesiva de actuaciones de acusación y juicio. En cuanto a las funciones de instrucción y juicio son susceptibles de dar lugar a posible parcialidad siempre que las funciones de instrucción objetivamente puedan ofrecer dudas de la imparcialidad del juzgador de fondo teniendo en cuenta las apariencias y el punto de vista del acusado. No obstante hay que estar siempre a cada situación concreta, sin que en ningún momento el Tribunal opte por soluciones abstractas, sobre todo a partir del *Caso Hauschidt* de 1989. Para cada caso concreto ha de tenerse en cuenta la singularidad de cada legislación y la estructura competencial y procedimental de cada país, de manera que si se han tomado medidas en la fase intermedia o en la fase de instrucción (*Caso Saint Marie, Fey, Padovani, Nortier y Saraiva de Carvalho*) hay que atender a si tales medidas se han adoptado a instancia policial o fiscal o de oficio, para asegurar la instrucción o por la concurrencia de prejuicio culpabilista como una fórmula habitual en el seno del procedimiento o como una toma de postura sobre la actuación del inculpado y su responsabilidad criminal. En definitiva habrá de atender a las circunstancias concretas de cada caso, una vez que sobre todo los países ya han adoptado soluciones legislativas para evitar las situaciones mas conflictivas. Asimismo debe ponderarse especialmente el contenido de las resoluciones específicas y su alcance, de manera que no es lo mismo resolver decidiendo un procesamiento, una prisión provisional u otra medida cautelar que conocer de recursos contra esas situaciones procesales o medidas.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El derecho a un Juez imparcial constituye desde la Constitución una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un estado de derecho de conformidad con el artículo 1.1, 24 y 117.1, entre otros de la Constitución. El Tribunal Constitucional comenzó a pronunciarse claramente en este sentido (vgr. SSTC de 31 de mayo de 1983 y 1 de junio del mismo año, 8 de noviembre de 1984, etc.) Esta exigencia constitucional se entiende que representa un presupuesto esencial para la justicia. Ha de ser Juez competente el que de antemano está establecido en la Ley. Es derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho el de ser juzgado por un órgano jurisdiccional creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas. A partir de estas consideraciones generales se debe ponderar que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, aún cuando trate de evitarlo y de dejarse influir, situaciones o impresiones a favor o en contra del inculpado que le influyan a la hora de sentenciar. De aquí surgirá la previsión de que el Juez que ha instruido no debe fallar si se considera que las actividades instructoras han podido ejercer en el juzgador esa influencia que hemos descrito. Habrá que distinguir, sin embargo, esta situación de los casos en que no se produzca una verdadera actividad instructora, pero ésta matización deberá quedar clara.

Estas consideraciones quedaron evidentemente afectadas por el *Caso de Cubber*. Hasta entonces parecían existir distintas apreciaciones y matizaciones en el sentido de si la imparcialidad del Tribunal que dicta Sentencia quedaba afectada por el hecho mismo de haberse pronunciado en el Auto de procesamiento siempre buscando la más absoluta independencia objetiva en el juicio oral.

Si contemplamos la evolución del STC nos encontramos con las Sentencias 151/91, 136/92 y 145/99, en las que se pone de manifiesto que “es el examen de lo actuado en cada caso concreto lo que determinará la apreciación de si el Juez que decidió la causa realizó verdadera actividad instructora.”. En la reciente Sentencia de 29 de enero de 2001 (recurso de amparo n.º 837/97), recogida especialmente en la STS de 13 de febrero de 2001 (Ponente Sr. Bacigalupo) exige para la exclusión de la imparcialidad

que en su actuación en el proceso previa al juicio, el Juez (en relación al cual se examina la imparcialidad) haya tenido una relación directa con el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior. Ello implica que hay que acudir a las circunstancias concretas y estudiar caso a caso a efectos de establecer la concurrencia de posible apariencia de parcialidad (en este sentido SSTC, matizando y precisando nuevos aspectos, 145/88 y 136/92). En cuanto a la alusión a los casos concretos y por lo que se refiere al estudio de la actividad instructora y la creación de prejuicio a favor o en contra pueden confrontarse las SSTC 106/89; 113/92; 136/92; 157/93; 32/94; 138/94 y 299/94.

En Sentencia de 18 de diciembre de 2000, n.º 310/2000 (Recurso de amparo n.º 5455/97), en la que se condenó a los recurrentes por un delito de tráfico de drogas se ponderó la intervención del Juez con carácter previo al enjuiciamiento de los hechos al haber dictado Auto de apertura de juicio oral. Alegado ante el Juez de la Constitución la vulneración del derecho a un Juez imparcial en el marco de las garantías del derecho a un proceso justo, el TC debió pronunciarse sobre la trascendencia del hecho de que el Juez que dictó el Auto de apertura de juicio oral presidió la Sala de la Audiencia Provincial que juzgó los hechos, lo que desde el punto de vista del recurrente supondría quiebra de la neutralidad. Se ponderó en primer lugar que, si bien era cierto que no se había instado el incidente de recusación, los recurrentes alegaron esta cuestión en la casación. Ello dio lugar a que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de diciembre de 1997 tuviera ocasión de pronunciarse precisando que el Juez no había perdido la imparcialidad objetiva “pues no tuvo contacto ni con el acusado ni con las pruebas, siendo esto lo que caracteriza la instrucción, y, que, en todo caso, el Magistrado no intervino en la fase de instrucción, sino en la intermedia”. Por su parte la Audiencia Provincial se pronunció también sobre la infracción constitucional y entendió que la firma del Auto de apertura del juicio oral (que lo fue en periodo vacacional) fue un acto puramente esporádico que no revistió indicio prejuzgador.

El TC a la luz de la jurisprudencia constitucional señala que los Autos de apertura del juicio oral, con su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas “sentencias instructoras de reenvío”, en las que se determina la imputación y que se dan en la práctica judicial francesa e italiana y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera orde-

nación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar¹³.

El Tribunal, en consecuencia, estima el recurso de amparo y acuerda la retroacción de las actuaciones judiciales al momento procesal del juicio oral para su conocimiento y fallo por un Tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental a un Juez imparcial, habida cuenta de que en el Auto de apertura del juicio oral se quebró la neutralidad al ser necesario apreciar la existencia de indicios racionales de criminalidad.

En relación a dicho Fallo se pronunció Voto particular por el Magistrado Cachón Villar en el que se manifestaba que el Auto estudiado no constituía una actuación instructora o investigadora, ni suponía una toma de contacto directo, sea con el acusado o acusados, o sea con las fuentes de prueba. Además se apuntaba que el Ministerio Fiscal había efectuado escrito de acusación y había instado en él la apertura del juicio oral, por lo que no se trataba de una actuación de oficio realizada por el órgano judicial. Por último se alega en el citado Voto que no debería entenderse como juicio de culpabilidad el que se formulaba ni el acuerdo de libertad provisional con obligación de comparecencia periódica, por lo que las sospe-

¹³ En apoyo de esta doctrina el Tribunal invoca la contenida en las SSTC 170 y 320/93. En la primera de ellas se estudia el Auto en el que se estimaba que los hechos revestían caracteres de delito y que las actuaciones ofrecían méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal, así como se aseguraban las responsabilidades pecuniarias y se decretaba la libertad provisional con obligación “apud acta” lo que rompe la apariencia de neutralidad del Juez sentenciador, en tanto en cuanto el Juez ha de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de las funciones de acusación y de las actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado y también, específicamente la labor de inculcación e inculpación, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se requiere en los autos de inculcación y procesamiento, ya se efectúe dicha inculcación de forma preceptiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. Se citan en apoyo de estas reflexiones las SSTC 151/91, 142/97 y las anteriores 155/88, 111/89, 55/90, 170/93 y 320/93. En esta última se señalaba específicamente que “es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura de juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial”, y que “constituye un común denominador de todas las medidas cautelares penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su apariencia de buen derecho o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (artículos 503.3 y 589 LECrim)”. Por ello “la asunción por el Juez de instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar”.

chas de parcialidad que afirmaban los recurrentes “no están objetivamente fundadas para sustentar la infracción de la garantía de imparcialidad”.

Como puede observarse, de los mismos argumentos y de la misma doctrina del TEDH surgen opiniones discrepantes en el Juez de la Constitución, lo que implica mucho más que haya de estarse en cada caso concreto a las distintas circunstancias concurrentes.

Sistemáticamente pueden encontrarse las siguientes referencias, evidentemente no exhaustivas sobre algunos casos concretos que han sido objeto de atención por el Juez de la Constitución:

- La simple acumulación de funciones ejercitadas por el mismo Juez no es por sí sola capaz de causar su parcialidad, debiéndose valorar las concretas resoluciones adoptadas en el curso del proceso, porque solo si las cuestiones tratadas anticipadamente coincidieran con la que es objeto de la decisión sobre el fondo podría considerarse prejuzgada la capacidad del Juez para realizar de manera objetiva un nuevo enjuiciamiento. (Doctrina del TEDH).
- No toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar (STC 145/1988 de 12 de julio). Si compromete la actividad judicial la admisión a trámite de una querrela (SSTC 151/1991) así como la adopción de medidas cautelares, si se basan en un real juicio de imputación que ha de formarse el Juez sobre la participación del acusado en derecho punible (STC 320/1993). También las 145/1988; 11/1989 y 151/1991.
- En todo caso la emisión de Auto de procesamiento afectará a la imparcialidad posterior (STC 136/1992 y 219/1993). Sin embargo, no quiebra la imparcialidad cuando dicho Auto lo dicta el órgano sentenciador con base a lo inquirido directamente por otro órgano judicial (STC 220/1989).
- La adopción de la medida de prisión provisional incide en la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, afectando al “fumus boni iuris” propio de la imparcialidad (SSTC 66 y 67/1997). No obstante, la STC 106/1989 establecía que “la pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de instrucción adopte de oficio esta medida cautelar (la prisión provisional) sin la previa instauración del contradictorio”. Insistiendo en esta misma línea la STC 60/1995, de 17 de marzo, introduciendo la doctrina del *Caso Hauschildt* afirma que “cuando la prisión provisional se ordena a instancia del Ministerio Público y el imputado está asistido de Abogado el Juez

no pierde su imparcialidad, ya que la asunción de la instrucción por el Fiscal, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de la medida cautelar, dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente y como tercero ajeno a la investigación los materiales de hecho aportados por el Fiscal, la acusación y la defensa”.

- No hay transgresión de la imparcialidad en el caso de la Audiencia Provincial, integrada por dos de los Magistrados que la componían al tiempo de dictar resoluciones anteriores revocando sendas propuestas de sobreseimiento de un Juzgado instructor, por cuanto, dice el TC (STC85/1992, de 8 de junio) que la Audiencia “se limitó a ejercer, conforme a la Ley, la competencia que ostenta para conocer y decidir recursos de apelación” y ello lo hizo “al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso, de suerte que no hubo contacto directo ni con el acusado ni con las pruebas”.¹⁴
- La emisión de un acto de procesamiento tiene lugar cuando aparece algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona (art. 384 LECrim) por lo que “tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito que se constata con la formalización de un acto de imputación” (Autos del TC 173 y

¹⁴ La Sentencia ha sido objeto de críticas. Cfr., en este sentido “El derecho a un juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás”, trabajo de JAVIER ORAÁ GONZÁLEZ y PILAR ORAÁ GONZÁLEZ. Poder Judicial. n.º 26, pág. 161 y sigs., que escriben: “Desde un punto de vista material, el juicio que merece la STC 85/1992 es mucho menos benigno cuando no abiertamente negativo. En primer lugar, parece que el Constitucional considera la imparcialidad judicial, indistintamente, como garantía integrada tanto en el derecho al juez predeterminado por la ley como en el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, pese a que los recursos en amparo únicamente alegaron la vulneración del derecho a un juez imparcial como derecho comprendido en el que a un proceso público con todas las garantías reconoce el artículo 24.2 CE (antecedente de hecho tercero), la sentencia comentada lo encuadra dentro de los dos ya referidos al reseñar los derechos fundamentales cuyo estudio viene exigido por la demanda de amparo [fundamento jurídico primero, letra a)]. Al margen de que con ello venga a desconocer la distinta configuración del contenido de uno y otro –expresamente lo decía así la sentencia de 20 de junio de 1991–, lo que resulta indudable es que se ha quebrado la línea interpretativa, superadora de una primera jurisprudencia constitucional, que acertadamente integraba el derecho a ser juzgado por un juez imparcial en el derecho a un proceso con todas las garantías”.

289/1984). “El necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no pueden dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento” (STC 55/1990).

- No atenta la imparcialidad la adopción de medidas de estricta ordenación como reclamar antecedentes penales e informes de conducta (STC 164/1988 y 11/1989); tomar declaración al imputado para ser oído (STC 106/1989); citar a los acusados y requerirles para que nombren Abogado y Procurador (STC 98/1990) y señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas (STC 164/1988). Ha lugar a la presunción de falta de imparcialidad el caso en que un Magistrado, conforme al artículo 384, párrafo 6.º LECrim., había ordenado al Juez instructor que dictase Auto de procesamiento (*caso de la Presa de Tous*). Cuando en opinión del Tribunal no procede el sobreseimiento (art. 633 LECrim) debe acordar la apertura del juicio oral mediante Auto. Este Auto “por su doble carácter de conclusión de diligencias preparatorias y adopción de una serie de medidas cautelares tiene como base una imputación penal que le hace partícipe de las llamadas sentencias instructoras de reenvío en las que se determina la imputación” (STC 170/1993; 320/1993). En alguna forma existe un conjunto de matices pero con concurrencia de elementos comunes no estrictamente deslindados entre este criterio y el de la STC 85/1992 a la que aludíamos antes, siendo este caso uno de los emblemáticos que justifica que haya que estar en cada situación al supuesto específico controvertido. También hay afectación de la imparcialidad y manifestación anticipada de un juicio posible de culpabilidad cuando, tras la petición de sobreseimiento del Fiscal, el Tribunal acuerda remitir las actuaciones al superior jerárquico para que estudie si procede o no sostener aquélla (supuesto del art. 644 LECrim).
- El Tribunal de apelación no queda contaminado por resolver un recurso de apelación contra un Auto de procesamiento (SSTC 145/1988; 164/1988; 11/1989 (antes citada); 170/1993; 98/1997 y 142/1997). Esta última sentencia indica que nuestra doctrina constitucional “se asienta sobre varias ideas esenciales. La primera, que

su finalidad consiste exclusivamente en evitar que el Juez o algún Magistrado del Tribunal encargado del juicio oral y de dictar la correspondiente sentencia prejuzgue la culpabilidad del acusado. Ahora bien, por eso mismo, la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto y se hace inevitable descender al caso concreto, comprobando allí si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990). En efecto, no todo acto de instrucción la compromete, sino tan solo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan crear en su ámbito determinados prejuicios sobre la culpabilidad inhabilitándole así para conocer del juicio oral (SSTC 106/1989, 151/1992, 170 y 320/1993)”. Insiste el Tribunal Constitucional en la idea (Cfr, STC 60/1995, de 17 de marzo) de que, en cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto... debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquéllos que, por asumir el Juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ámbito determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral “ (SSTC 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993).

V. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LOS CASOS CASTILLO ALGAR Y GARRIDO GUERRERO

Conviene ya en este momento abordar las consideraciones que han motivado en el ámbito de la jurisdicción militar una especial atención a estos problemas. Nos referimos al *Caso Castillo Algar* contra España, contenido en la Sentencia de 28 de octubre de 1998, Marginal de Aranzadi TEDH 1998\51y sucesivamente en la Sentencia de 2 de marzo del 2000 *Caso Garrido Guerrero* contra España. Marginal de Aranzadi TEDH 2000\115.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse ya sobre la primera Sentencia –al margen de la Sala Quinta– en varias ocasiones y de forma significativa a través de la SSTS de la Sala Segunda n.º 569/1999, de 17 de abril y en la Sentencia de 13 de febrero de 2001 (Ponente Sr. Bacigalupo) ya citadas en este trabajo. En la primera de ellas se efectúa una valoración de cierta profundidad en la que, sin embargo, se señala que

la doctrina del TEDH no se ha visto alterada por el *Caso Castillo Algar*, por cuanto se acude a anteriores pronunciamientos del propio Tribunal siendo resaltable –señala la Sala Segunda– “los argumentos que se esgrimieron en la resolución del Tribunal Militar Central que confirmó el Auto de procesamiento, de cuya Sala formaban parte los Jueces que después integraron el Tribunal sentenciador. Ciertamente, al confirmar el Auto de procesamiento el Tribunal Militar Central se limitó a los argumentos desarrollados en la Sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en fecha 20 de enero de 1992, que había anulado un Auto de sobreseimiento firme dictado en la misma causa y en esa Sentencia de la Sala Militar del Tribunal Supremo, para estimar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Togado contra el Auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Militar Central”. En este punto se alude a aquellos argumentos entre los que se describían en particular los siguientes extremos: “Hay suficientes indicios para considerar que pudiera existir un delito del artículo 189.1 del Código Penal Militar... no existió ninguna razón jurídica suficiente para deshacer la tipicidad... por ser los hechos quizás constitutivos de la figura descrita en el artículo 189.1 citado”. En definitiva concluye la Sala Segunda que el Tribunal Militar Central al desestimar el recurso contra el Auto de procesamiento remitiéndose a tales argumentos de la Sala de Casación “razonó como si se tratase de una resolución que anulaba el sobreseimiento y ordenaba, a la vista de las actuaciones obrantes en la causa y del material investigado, que se continuase el procedimiento *lo que implicaba el pronunciamiento sobre el procesamiento y no como Tribunal que se limitaba a confirmar un procesamiento sin contacto con el material de la instrucción*”.

En definitiva la Sala Segunda concluye que puede estimarse razonable que el TEDH apreciase “el temor de una pérdida de imparcialidad en los dos miembros del Tribunal sentenciador que habían formado parte de la Sala que confirmó el Auto de procesamiento”. Aún así el TEDH puso de manifiesto la cuestión a resolver que es en particular si se pueden considerar estas dudas como injustificadas, señalando cuestiones tan importantes como que tales dudas dependen y varían según las circunstancias de la causa y, sobre todo que el mero hecho de que un Juez haya tomado decisiones del proceso no puede en sí mismo justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad, recogiendo los criterios que habían sostenido en el *Caso Hauschildt*, en un razonamiento que, a nuestro juicio, no deja lugar a dudas sobre la excepcionalidad que tiene que concurrir en cada caso concreto para establecer la existencia de las dudas razonables sobre la impar-

cialidad objetiva y que se deduce muy claramente del temor de la propia Sentencia del TEDH que insiste en las diferencias entre imparcialidad subjetiva y objetiva: la primera trata de averiguar la relación personal de un Juez concreto en una determinada ocasión y la segunda tiende a asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto, recordando que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario, precisando que “los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central... podrían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1992, según la cual existían indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar”.

Partiendo justamente de esta clara interpretación, la STS analizada de 17 de abril de 1999 concluye con la doctrina de que no ha habido quiebra de la imparcialidad objetiva en el caso que analiza¹⁵. La Sala (Ponente Sr. Granados Bravo), tras hacer un análisis extenso de la jurisprudencia del TEDH y el TC, que concluye con el *Caso Castillo Algar* establece la siguiente afirmación: “No puede alcanzarse la conclusión de que en el supuesto que nos ocupa haya habido quiebra de imparcialidad objetiva por parte de los Magistrados que enjuiciaron y sentenciaron a la recurrente por el hecho de haber intervenido en la redacción del auto confirmatorio del procesamiento dictado por el Instructor, ya que esta decisión del Tribunal de apelación así como la que resolvió no modificar la situación personal de los procesados, dado el contenido de tales resoluciones, en modo alguno puede reputarse función instructora, incompatible con su posterior de juzgador. Ciertamente, en el Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 18 de octubre de 1996, por el que no se modificó la situación de uno de los procesados exclusivamente se dice en su único razonamiento jurídico lo siguiente: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 503 y 504

¹⁵ Se trataba de una condena por un delito contra la salud pública en la que se interpuso recurso de casación, cuyo primer motivo invocaba infracción del n1 6 del artículo 851 LECrim, en relación con los artículos 238.3.º y 240.1 de la LOPJ “por haber concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación se había propuesto por la parte recurrente al haber intervenido en fases decisivas durante la instrucción del sumario al resolver en apelación sobre la situación de los encausados así como el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento”, lo que a juicio del recurrente debió hacer que se suspendiese la Vista oral, cuya nulidad interesan, así como de la Sentencia condenatoria, pidiendo en consecuencia retrotraer las actuaciones al momento anterior al de la vista oral y ordenar dar el trámite correspondiente a la recusación.

LECrím y subsistiendo las razones por las que se decretó la prisión provisional del referido procesado, no procede, por ahora, modificar la situación personal del mismo”. Y el auto dictado por esa misma Sección en fecha 4 de noviembre de 1996, por el que se acordó desestimar el recurso de apelación contra el procesamiento tenía el siguiente razonamiento jurídico: “que a la vista de las alegaciones formuladas por la parte apelante en su escrito de interposición de recurso, así como de las argumentaciones esgrimidas en el acto de la vista, tanto por ésta como por el Ministerio Fiscal y de lo resultante a través del testimonio aportado, en su apreciación conjunta y en conciencia, al no haberse desvirtuado los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar aquella resolución al amparo de lo preceptuado en el artículo 384 LECrím, sin que ello suponga una pérdida de predeterminación del fallo final, es procedente mantenerla”.

La respuesta a estos antecedentes sobre la actuación previa que según el recurrente era presuntamente contaminante se concreta en la afirmación de la Sala Segunda de que el Tribunal sentenciador, en cuanto a los que habían adoptado estas decisiones previas lo hicieron “sin haber tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador que fue llevado a juicio, por lo que no puede inferirse “prejuicio o prevención sobre la culpabilidad de la acusada”...”y ni siquiera se hace un juicio sobre los indicios racionales de criminalidad (cuestión que queda reservada al instructor)”. En definitiva se concluye que “el Tribunal sentenciador no ha participado por consiguiente, en funciones instructoras, habiéndose mantenido incólume su imparcialidad objetiva”.

En consecuencia, en esta primera sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo exige, interpretando el *Caso Castillo Algar* que haya existido un prejuicio o prevención sobre culpabilidad, un juicio sobre indicio racional de criminalidad o una actuación instructora para entender que confirme a la doctrina del TEDH haya afectación de la imparcialidad objetiva.

En el mismo orden la Sentencia de 13 de febrero de 2001 precisa que “la imparcialidad del Tribunal no depende de una actuación procesal determinada, es decir de si se confirmó un Auto de procesamiento o no, sino de si en la confirmación de ese Auto, teniendo en cuenta la intensidad de la intervención y especialmente el que los Jueces –independientemente de su actitud psicológica respecto del caso– ya no pueden ser considerados imparciales, según las exigencias de un estado democrático de derecho y más adelante, insistiendo en la consideración “caso a

caso” que “constituye un criterio muy firme de la jurisprudencia del TEDH se establece que en el Caso Castillo Algar exigió una comprobación individualizada de la forma en que la resolución del recurso había tenido lugar”. Con base a ese enfoque y en el caso concreto se desestima el recurso presentado partiendo de que el Tribunal “a quo” había sido “extremadamente cuidadoso al fijar sus propios límites de actuación en sus intervenciones de los Autos”, añadiendo que “la lectura de estos Autos permite, en primer lugar, comprobar que los Jueces “a quibus” tuvieron una conciencia actual de la necesidad de no formarse, en el trámite de los recursos de apelación que resolvieron, un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado”.

Nos parece importante esta postura de la Sala Segunda que en realidad viene a sostener que ha de deducirse de los Autos en los que ha participado el Juez presuntamente contaminado que inequívocamente se mostró y quedó patente en el escrito ese prejuicio sobre culpabilidad que es lo que justifica la duda sobre la imparcialidad objetiva, duda ésta que no puede surgir de la mera redacción del Auto o de haber participado en la Sala que resuelve la apelación, sino que tiene que quedar probada explícitamente en la propia redacción de la resolución recaída.

Es ésta la forma concreta en la que nuestro Tribunal Supremo ha querido interpretar y concretar la aplicación de la doctrina del TEDH en sus auténticos y precisos límites.

Pero conviene estar a lo que el propio Tribunal de Estrasburgo ha matizado en relación a otro tema de la jurisdicción militar en el caso Garrido Guerrero a través de la Sentencia de 2 de marzo de 2000.

Se trataba de una condena por delito contra la hacienda pública en la jurisdicción militar con participación de dos miembros del Tribunal juzgador en la realización de ciertas investigaciones en primera instancia como Juez instructor, en un caso, y como miembro de la Sala que se había pronunciado en el Auto de procesamiento, en el otro.

Las razones habían sido ya invocadas ante el Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Militar, en Sentencia de 18 de octubre de 1997 indicó que “el hecho de que un Juez haya participado en la adopción de una resolución que había rechazado un recurso contra un Auto de procesamiento, no podría ser considerado de ninguna manera como constitutivo de una actividad de instrucción susceptible de contaminar la imparcialidad objetiva de un Tribunal que decide sobre la culpabilidad del inculpado”. Asimismo, en cuanto a la pretendida imparcialidad del Tribunal por el motivo de que otro de los Jueces había llevado a cabo, como Juez instructor de la Sala del

Tribunal que dictó la Sentencia, ciertos actos de investigación a solicitud de la Fiscalía, el Tribunal Supremo observó que el Juez había actuado como delegado de la Sala que iba a dictar Sentencia en ejecución de un mandato legal y esto, para garantizar la inmediatez de la prueba y el conocimiento directo por parte del Tribunal de los actos de investigación que debían practicarse antes de la audiencia.

El propio TEDH recoge que el demandante presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo basado en que la causa debería ser oída de manera equitativa por un Tribunal independiente e imparcial, invocando también la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso mediante Auto de 30 de marzo de 1998, señalando, respecto a la presunta ausencia de imparcialidad de los citados dos Jueces, que el demandante había sido informado de los nombres de los que formaban la Sala y hubiera podido presentar una solicitud de recusación, lo que no había llevado a cabo.

El demandante invocó el *Caso Castillo Algar* ante el TEDH, el cual, sobre las dos cuestiones que afectan a la imparcialidad insiste en la interpretación del artículo 6.1 del Convenio de Roma de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala que “la imparcialidad debe apreciarse según una actitud subjetiva, intentando determinar la convicción personal de un Juez concreto en una ocasión concreta, y según una actitud objetiva que lleve a garantizar que dicho Juez ofrecía las garantías suficientes como para excluir cualquier duda legítima a este respecto”, referenciado en la misma línea el TEDH la Sentencia Incal contra Turquía del 9 de junio de 1998.

Respecto a la apreciación objetiva añade que deberá “recusarse a todo Juez del que se pueda legítimamente tener una falta de imparcialidad” y que las dudas sobre imparcialidad han de estar objetivamente justificadas pero “el simple hecho de que un Juez haya tomado ya decisiones antes del proceso no puede por sí mismo justificar los temores en cuanto a si su imparcialidad” y en el caso concreto el Tribunal observa como el Tribunal Militar Central hizo suyos los términos de un auto de procesamiento pero que “*a diferencia del asunto Castillo Algar, en el que los términos empleados por el Tribunal Militar Central que resolvió sobre el recurso del Auto de procesamiento podían fácilmente hacer pensar que finalmente hacía suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo, en opinión del cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido el delito militar, en el caso presente, el Tribunal de apelación tuvo mucho cuidado en precisar los límites del auto de inculpación, su*

carácter de resolución formal y provisional, sin prejuzgar en nada la resolución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos que se descubrían ni en cuanto a la culpabilidad del inculpado”.

Otra diferencia mas respecto al *Caso Castillo Algar* apunta el Tribunal en lo referente a la distinta participación de los Jueces en los momentos específicos que se apuntan como susceptibles de afectar a la imparcialidad resaltando que en el *Caso Castillo Algar* dos Magistrados que participaron en el examen del Auto de procesamiento lo hicieron posteriormente como Presidente y Juez instructor en la Sala del Tribunal Militar Central que le juzgó y condenó, lo que no tiene equivalencia en el *Caso Garrido Guerrero*.

Y una precisión mas al hacer constar el TEDH que los derechos de la defensa “fueron respetados” que el demandante “pudo presentar los elementos de prueba que estimó útiles para la defensa de su causa” y que los Tribunales “basaron sus decisiones exclusivamente en los medios de prueba que fueron presentados y debatidos libremente en la Audiencia”.

El Caso Garrido, por consiguiente, recalca si cabe de una manera a nuestro juicio muy contundente que la imparcialidad del Tribunal no depende de una actuación procesal determinada de que se confirme o no un Auto de procesamiento. La clave está en que la confirmación del auto matizando la forma de intervención y el grado de certeza sobre inculpación que se formula o que se precisa haga surgir las dudas sobre la apariencia indiscutible de imparcialidad. El Tribunal Constitucional ha insistido tanto en la necesidad de análisis del caso concreto como, en la reciente Sentencia de 29 de enero de 2001 en el recurso de amparo 837/97, con remisión a una dilatada jurisprudencia en que ha de exigirse para que pueda hablarse de afectación de la imparcialidad que el Juez “haya tenido una relación directa con el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior”. Y esto lo ha venido a ratificar el Tribunal Constitucional tras una doctrina totalmente consolidada¹⁶. Aunque sea cierto que el Tribunal Constitucional¹⁷ excluyó de manera general la resolución de un recurso de apelación sosteniendo que ello no implicaba intervenir propiamente en la instrucción de la causa, en el resto de la evolución de las Sentencias del Juez de la Constitución se recoge la doc-

¹⁶ SSTC 106/89, 113/92, 136/92, 157/93, 32/94, 138/94, 299/94 y 145/99.

¹⁷ SSTC 145/88, 151/91, 113/92 y 136/92

trina del TEDH exigiendo una comprobación individualizada de la forma en la que la resolución del recurso ha tenido lugar . Habrá que analizar las circunstancias concretas en cada asunto para descubrir la posible falta de imparcialidad, la concurrencia de un prejuicio contra el acusado. Las leyes vigentes prevén actuaciones anteriores al Juicio oral y la propia estructura de los Tribunales y muy en particular de los Tribunales de la jurisdicción militar viene a implicar casi pudiéramos decir la probabilidad de que en relación a las diversas actuaciones procesales provocadas por los Autos de procesamiento o de prisión se produzcan intervenciones de Jueces que luego han de formar Sala. Una lectura incorrecta y desmedida o apresurada de la doctrina del TEDH podría hacer pensar que el mero hecho de haber actuado con antelación produce dudas sobre la imparcialidad objetiva. No es cierto. Creemos que con la exposición y análisis de las distintas sentencias tanto del Organo Judicial intérprete de los Derechos humanos en Estrasburgo, como de nuestro Juez de la Constitución y de nuestro Tribunal Supremo ha quedado debidamente esclarecido el conjunto de requisitos que han de concurrir para que hablemos de falta de imparcialidad.

Aunque “obiter dicta”, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre estas cuestiones, en el recurso de amparo promovido también por D. Ricardo Castillo Algar sobre la Sentencia del Tribunal Supremo recaída en el recurso de revisión n.º 1/92/99 y que ha dado lugar al Auto del TC de 24 de abril de 2001, en el que inadmite la demanda de amparo y la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada, en la que el Tribunal Supremo en su Sala de lo Militar, por Sentencia de 27 de enero de 2000, razonó y determinó “que no existe disposición alguna que permita a los Tribunales la revisión de Sentencias penales a consecuencia de una Sentencia del TEDH. En la Sala que entendió del recurso de revisión (compuesta por 8 Magistrados) formaron parte los Magistrados Bermúdez de la Fuente (Ponente) y Querol Lombardero, los cuales también formaron parte de la Sala que desestimó el recurso de casación contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central.

Pues bien, el recurrente en amparo alegó con carácter principal ante el TC que la Sentencia recurrida vulneraba su derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Tribunal imparcial “porque ha sido dictada por una Sala de la que formaban parte dos Magistrados (uno de ellos el que actuó como Vocal Ponente) que también habían formado parte de la Sala que desestimó el recurso de casación inter-

puesto contra la Sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Militar Central”, lo que debió hacer que tales magistrados hicieran uso de su derecho a la abstención de acuerdo con los artículos 53. 9.º de la Ley Procesal Militar y 219.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A ello añade que el Ministerio Fiscal tenía la obligación también de recusar a tales Magistrados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de su Estatuto Orgánico y no lo hizo. Por otra parte el recurrente reconoce que conocía la composición de la Sala y no solicitó recusación porque temía que dicha solicitud desembocaría en fracaso del recurso de revisión, indefectiblemente¹⁸.

El TC recuerda que el recurrente había intentado hacer valer su pretensión de ejecución de la Sentencia del TEDH por vía de amparo, siendo su recurso inadmitido al entender el TC que en el caso del Sr. Castillo Algar no concurren las circunstancias señaladas por la STC 245/91 para hacer valer dicha pretensión en amparo, pues “el recurrente ya ha cumplido condena y el propio TEDH declara en el fallo de la Sentencia, además de la vulneración del artículo 6.1 del Convenio que con esta declaración se da una satisfacción equitativa suficiente del perjuicio moral alegado”. Es por ello, que el TC da por ejecutada dicha Sentencia en la medida que el propio TEDH fijó también una indemnización a cargo del Estado Español.

Entrando luego en la posible lesión invocada del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez imparcial el TC señala que tuvo ocasión para recusar a los dos Magistrados y no ejercitó su derecho a la recusación que tuvo en dos ocasiones consecutivas, la primera al serle notificada el auto por el que se autorizaba a interponer el recurso de revisión y mas tarde al notificarle la providencia por la que, tras declararse concluso el recurso se señaló pleno para la deliberación y fallo, razón por la cual el Tribunal utiliza la reiterada doctrina del requisito de agotamiento de los recursos dentro de la vía judicial que obviamente ha de exigirse habida cuenta del carácter subsidiario del recurso de amparo abundando en que la

¹⁸ Para un análisis puntual sobre las cuestiones de abstención o recusación en el ámbito de la jurisdicción militar Cfr. de PEDRO MORO, J.L. “La abstención o recusación por haber intervenido en otro concepto del mismo procedimiento” (Comentario a la causa n.º 11 del artículo 53 de la Ley Procesal Militar), en Revista Española de Derecho Militar n.º 74. Julio-diciembre, 1999, págs. 213 y sigs, trabajo éste en el que además se recoge un interesante análisis histórico sobre la imparcialidad (nota 13) y parte de la doctrina del TEDH. También sobre la incidencia del Caso Castillo Algar en la jurisdicción militar se encuentra el trabajo de MUÑIZ VEGA, G: La Sentencia del TEDH en el Caso Castillo Algar y la jurisdicción militar”. La Ley n.º 47-49, de 8 de marzo de 1999.

recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial.

VI. INCIDENCIA DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL.

Con fecha 20 de julio de 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que fue creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ha aprobado un dictamen referenciado con la fecha de 11 de agosto, como consecuencia de la queja presentada por un ciudadano español referida a la presunta violación por el Estado español del derecho a recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena impuesta, lo que conculcaría el artículo 14.5 del citado Pacto de 1966.

La cuestión de fondo derivaba de que el reclamante fue condenado por una Sentencia de la Audiencia Provincial, en proceso por delito grave, a una pena de 12 años y un día por asesinato en grado de frustración, Sentencia ésta recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 849.2 LECrim, planteando la necesidad de nueva valoración de la prueba de cargo que había venido a fundamentar el fallo condenatorio, desestimándose el recurso y precisándose la improcedencia de valorar de nuevo las pruebas de cargo, conforme a la jurisprudencia de que ello corresponde de modo exclusivo y excluyente al Tribunal de instancia. En definitiva, la reclamación ante el Comité se centra en la imposibilidad de que el Tribunal de casación vuelva a evaluar la prueba y que, en consecuencia, en estos casos la declaración del Tribunal inferior sobre los hechos es definitiva.

El artículo 14.5 del Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

Aunque España, durante la sustanciación de la reclamación, al margen de ciertas observaciones sobre la admisibilidad de la denuncia, alegó que el artículo 14.5 del Pacto no impone que un recurso se denomine explícitamente de apelación y mantuvo que el recurso de casación penal

español satisface plenamente las exigencias de una segunda instancia, aunque no permita la revisión de las pruebas salvo casos extremos, el Comité vino a decidir y declarar que la casación en la normativa española constituye un recurso que abarca solo los aspectos formales y legales pero que no permite en ningún caso la revisión íntegra del fallo y la pena.

La cuestión en debate es, por tanto, determinar si el sometimiento a un Tribunal superior al que hace referencia el artículo 14.5 del Pacto exige una revisión íntegra o es suficiente la mera posibilidad de un recurso ante órgano jurisdiccional superior.

Con fecha 13 de septiembre de 2000, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha reunido en Pleno para debatir el Dictamen, concluyendo que la respuesta al reclamante deberá ser dada por la Sala que resolvió la casación y puntualizando la suficiencia del recurso de casación para cumplir la exigencia del artículo comentado del Pacto.

La pretensión que ha planteado la defensa del recurrente ante el Tribunal Supremo es la nulidad de la condena y la suspensión cautelar de la misma, así como la nulidad del juicio y que una vez aprobada la nueva legislación, que podría derivar de la citada interpretación, se celebre de nuevo ante Magistrados diferentes que garanticen la imparcialidad.

El Ministerio Fiscal se ha pronunciado señalando que la decisión del Comité carece de alcance general y va referida al caso concreto que se examina, por lo que la posible reforma legal queda lógicamente a la discrecionalidad y valoración de criterios de oportunidad del legislador, pronunciándose contra la suspensión cautelar de la condena y contra la celebración de un nuevo juicio.

Ni que decir tiene que, en el marco de nuestra jurisdicción militar son proyectables las consideraciones que deriven del presente análisis, toda vez que los principios y requisitos en materia de recurso de casación penal, regulados en nuestra LECrim., se recogen y asumen por nuestra Ley Procesal Militar en sus artículos 324 a 327.

En este punto, debe observarse que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), aunque también reconoce –en alguna de estas SS. y en otras poste-

riores– la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90 y 160/93)¹⁹.

¹⁹ La cuestión ha sido objeto de análisis por esta Sala Quinta, siguiendo básicamente los puntos de vista de la Sala Segunda, en Auto de fecha 9 de julio de 2001, cuyo Razonamiento Jurídico Tercero, en sus dos últimos párrafos expresa: “No tratamos de minimizar en modo alguno el Dictamen invocado del Comité, mas ello no implica que pueda interpretarse con el alcance que propone el recurrente. En efecto, de conformidad con el artículo 10. 2 de la Constitución, “las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las Libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Entre estos Convenios se encuentra el citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyos preceptos son objeto de interpretación por el Comité referenciado, que se organiza en la parte IV del Pacto (artículos 28 y siguientes), complementados por el Protocolo facultativo, asimismo ratificado por España y vigente desde el 25 de abril de 1985, Protocolo éste en el que se analiza la posibilidad de que “todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita” (artículo 2), lo que ha dado lugar al pronunciamiento del Comité comentado, en el que no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un Tribunal supranacional –como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Sin embargo, es trascendente su función de vigilancia en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, por lo que los Estados parte deben tratar de acomodar a la interpretación que realice del mismo. En este orden, dice el apartado 14 del Dictamen del Comité referenciado de 20 de Julio de 2000: “Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2.º del mismo, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutado si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte en un plazo de noventa días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el Dictamen del Comité”.

La recomendación del Comité estaba proyectada sobre el aludido caso concreto con las circunstancias específicas concurrentes sin que la solución de sus contenidos en el procedimiento sobre el que se dicta implique, como ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la oportunidad de una suspensión de los recursos de casación pendientes en trámite. Por otro lado, las alusiones verificadas de manera difusa por el recurrente sobre “un presunto anuncio de tal segunda instancia hecho por el Ministro de Justicia hace pocas semanas ante los medios de comunicación y las sesiones hace dos semanas en Tenerife con Acuerdos entre los principales partidos políticos, sobre la reforma de la Justicia”, no pueden tenerse en cuenta dado que no se concretan en norma jurídica alguna y ni siquiera precisan el contenido de la hipotética reforma sobre la que, por otra parte, solo existe actualmente un debate doctrinal abierto en el que concurren opiniones diversas, por lo que, de conformidad con los criterios de la Sala Segunda, no procede decretar la suspensión interesada y si la sucesiva tramitación de las actuaciones.”

También la doctrina ha tenido ocasión de recoger este Dictamen poniendo de manifiesto una cuestión importante²⁰, cual es el desconocimiento del sistema español respecto a la existencia de un recurso efectivo ante la violación de un derecho del Pacto, por cuanto el recurrente debió acudir en su momento al Tribunal Constitucional en amparo, previa alegación de tal violación ante la jurisdicción ordinaria, enfoque que es el coherente con la infracción de un derecho de esta naturaleza.

Es cierto también, como recogíamos en el propio auto de la Sala Quinta, que el Comité ordenaba, junto a la anulación de la condena, ser informado sobre las “medidas adoptadas para aplicar el dictamen”, extremo éste sobre el que también hizo una llamada de atención la prensa diaria²¹.

A nuestro juicio el Comité no tiene una consideración de Tribunal, en el mismo sentido que puede tenerla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien es importante su labor interpretativa del Pacto, aunque en gran medida adolezca de un desconocimiento del catálogo de garantías en nuestro sistema jurídico, en el que cabe incluir el recurso de amparo a pesar de su naturaleza constitucional que excede del ámbito jurisdiccional en el sentido estricto. Al margen de cumplimentar debidamente el caso concreto, es posible que en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudieran ponderarse cambios dirigidos a la instauración de un sistema de apelación en todas las condenas penales, que de lugar a una posible nueva determinación de los hechos probados, en los delitos en los que en el sistema actual ello no es factible, siendo mas improbable que ello se proyectase como una modificación o reforma de la casación. El hecho de que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya sido ya anunciada y sobre su necesidad se haya manifestado el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en la inauguración del año judicial 2001-2002, contribuye a que debamos abrir un compás de espera sobre estas cuestiones, sin perjuicio de precisar que en la actualidad no apreciamos –sin perjuicio de nuestro más profundo respecto a la interpretación verificada por el Comité– una insuficiencia de garantías del justiciable, que tampoco creemos que se de en el ámbito castrense.

De cualquier forma hemos querido recoger aquí los contenidos del importante Dictamen del Comité en razón a que obviamente afecta a algu-

²⁰ GONZÁLEZ CANO, M.^a ISABEL: “El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento Español”. Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal. N.º 2 - febrero 2001, págs. 31 a 41.

²¹ Cfr. El País, sábado 15 de septiembre de 2001, pág. 27.

na de las cuestiones de imparcialidad y, en general, al reconocimiento de garantías aquí tratadas, además de que la proclamada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá pronunciarse sin duda, tanto sobre los temas de la denominada “contaminación procesal”, como sobre los referentes a la necesidad de la apelación.

VII. CONCLUSIONES

1.º La acumulación de funciones ejercitadas por un mismo Juez o Magistrado no es por sí sola capaz de causar su parcialidad, debiéndose valorar las resoluciones concretas adoptadas en el curso del proceso caso por caso.

2.º Sólo si las cuestiones tratadas anticipadamente coinciden con la que es objeto de la decisión sobre el fondo y siempre que haya quedado concretada una situación de prejuicio puede considerarse afectada objetivamente la capacidad del Juez para realizar un nuevo enjuiciamiento.

3.º No siempre una intervención del Juez antes de la Vista tiene carácter de instrucción habiendo de estarse al contenido específico de la propia intervención, de la decisión tomada, del trámite de que se trate, del contenido de la medida cautelar en su caso adoptada, etc.

4.º La emisión de un Auto de procesamiento siempre afecta a la imparcialidad posterior, así como la adopción de la medida de prisión provisional por órgano judicial que luego haya de tomar parte de la resolución definitiva.

5.º No atenta a la imparcialidad la adopción de medidas de estricta ordenación procesal.

6.º La participación directa o en Sala de un Magistrado que con anterioridad había participado directamente o en Sala en la denegación de un Auto de apelación contra otro de procesamiento no afecta a la imparcialidad mas que en los casos en que el contenido de la resolución por la que se desestima la apelación se produce en términos que impliquen un pronunciamiento sobre culpabilidad o quepa deducir de su redacción puntos de vista que impliquen asumir indicios de culpabilidad en el justiciable.

7.º El Tribunal sentenciador, para que pueda incurrir en imparcialidad objetiva dimanante de decisiones anteriores instructoras, ha de determinarse que ha tenido contacto con las fuentes de donde procedía el material investigador que fue llevado a juicio o bien que nos encontremos en una situación en la que pueda inferirse del contenido de sus razonamien-

tos jurídicos la existencia de prejuicios o preveniciones de culpabilidad o criminalidad del acusado.

8.º No parece necesario a la vista de la doctrina elaborada en el TEDH promover una reforma legislativa, tanto en los ámbitos procesales como orgánicos, por cuanto las disfunciones apreciadas han sido puntuales y han obtenido la debida respuesta y encauzamiento sin que los Tribunales hayan encontrado obstáculos para restaurar la tutela judicial. Ello no obstante si es preciso que los órganos judiciales asuman la citada doctrina y la tengan en cuenta en todo momento para evitar perturbaciones derivadas de la problemática estudiada.

9.º En el ámbito jurisdiccional militar es evidente que, por la actual estructura de sus órganos jurisdiccionales, no resulta sencillo evitar la participación de alguno de los componentes de un Tribunal Militar en el procedimiento con anterioridad a la vista oral con la normativa vigente. Cabrían, tal como se ha sugerido²², reformas legislativas que tendrían que afectar a las líneas esenciales del proceso penal, vaciándose prácticamente de contenido la fase de instrucción, suprimiéndose el Auto de procesamiento y atribuyéndose el conocimiento del recurso de apelación contra las medidas cautelares del instructor a un Magistrado o Vocal del Tribunal que, desde este momento, quedaría afectado por una causa expresa de abstención o recusación en el conocimiento del fondo del asunto. Nos parece complejo abordar una reforma de esta magnitud y límites cuando, por otra parte, de la jurisprudencia analizada podemos deducir que sólo en el caso *Castillo Algar* con las especialísimas circunstancias que en él concurrieron se apreció la apariencia de imparcialidad objetiva. La solución en el caso *Garrido Guerrero* ha centrado la postura del TEDH y precisado los límites de la doctrina general. Por ello, en principio y aún manteniendo nuestra mas radical defensa de la necesidad de la mas absoluta imparcialidad e independencia del juzgador sobre el fondo, incluso en los aspectos mas sensibles e imprecisos del ámbito de las “apariencias”, no estimamos tampoco que nos encontremos en el momento oportuno de entender objetivamente fundada la oportunidad de una modificación en la normativa castrense.

10.º Un problema paralelo al que ha sido objeto de análisis, indirectamente relacionado con él, es el planteado por el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal de apelación, con posibilidad de revisión de prueba en todos los casos de

²² JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: Cit pág. 504 y 505

condena por delito. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que la casación penal y sus normas no suponen una transgresión del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que la casación constituye un recurso efectivo, independientemente de que éste recurso pueda o no responder a la necesidad de una segunda instancia generalizada, debiendo entenderse que las garantías se protegen escrupulosamente en el ordenamiento español en cuanto a la tutela judicial efectiva, además de la existencia del recurso de amparo, sin perjuicio de la posible conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo a la casación en los casos en que no exista. La cuestión ha sido también objeto de debate en un Auto de la Sala Quinta, en el sentido de interpretar que no procede la suspensión de la tramitación de los recursos de casación por el hecho de que no se haya producido una segunda instancia en la que se pueda verificar una revisión de los hechos.

Todo ello lo recogemos sin perjuicio de que una prevista reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que siempre habría de ser previa a la que pudiese afectar a nuestra Legislación Procesal Militar, incluyese una generalización de la apelación, con la consiguiente posible oportunidad de modificaciones normativas, extremos éstos que no son abordables en este momento.