

LA ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN POR HABER INTERVENIDO EN OTRO CONCEPTO EN EL MISMO PROCEDIMIENTO.

(Comentario a la causa nº 11 del art 53 de la Ley Procesal Militar.)

José Luis de Pedro Moro
Capitán Auditor.

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN. II.-CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD: A).- La neutralidad y confianza en los órganos de justicia. B).-La imparcialidad como elemento de los derechos a un proceso con todas las garantías y al "juez ordinario predeterminado por la ley". III.-IMPARCIALIDAD E INCOMPATIBILIDAD. IV.-ÁMBITO DE INTERPRETACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN V.- LA CAUSA 11º DEL ART. 53 LPM VI.-NATURALEZA DE LA ACTUACIÓN DE LOS SECRETARIOS RELATORES. VII.-LA INTERVENCIÓN COMO "TÉCNICO EN DERECHO" CON ANTERIORIDAD AL PROCEDIMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Procesal Militar, L.O. 2/1989, de 13 de abril, (en adelante LPM), prevee en el número 11º del artículo 53, como causa de abstención o, en su caso, de recusación: «*El haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedimiento.*» La gran variedad de supuestos que pueden estar incluidos dentro de esta causa, justifica el estudiar cual es su alcance efectivo en el ámbito de la Jurisdicción Militar (1). A modo de

(1) Siendo también de aplicación al régimen disciplinario militar, pues se remite expresamente a lo dispuesto en la LPM la recusación de los instructores de expedientes disciplinarios, en el artículo 52.3 la Ley de Régimen Disciplinario de la Fuerzas Armadas (LO 8/1998, de 2 de diciembre). Sobre la recusación en materia disciplinaria puede verse ROJAS CARO, J. «*Derecho disciplinario militar*», Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág 203 y ss, y FORTÚN ESQUIFINO en los cometarios al artículo 41 de «*Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*», Coord. RODRIGUEZ-VILLASANTE. Ed. SGT Mº Interior, Madrid 1993, pág.643 y ss.

introducción podemos decir que no se encuentra entre las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.219), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art.54) o la Ley de Enjuiciamiento Civil (art.189), por ejemplo. Solo hay un precepto parecido en la Ley del Jurado (L.O. 5/1995), artículo 11.5, donde se regulan las «prohibiciones para ser jurado», al establecer que no podrá serlo quien «haya intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete», apartándose de la tradicional redacción de los motivos que se hace en las otras leyes.

La abstención y la recusación, sean dos aspectos necesarios de una misma institución, o instituciones distintas (2), ambas tienen en común el ser instrumentos para garantizar la existencia de un proceso justo. Son medios de defensa frente a un *vicio*, objetivo o subjetivo, de parcialidad del juzgador, que supondría una quiebra del ideal de justicia (3) por faltar a la confianza que se deposita en él y en su recta actuación dentro del proceso —*iudex suspectus*—.

1. La recusación es «un remedio arbitrado para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos funcionarios en quienes concurren alguna o algunas de las causas taxativamente enumeradas en —la ley— que suscitan recelo sobre su imparcialidad y ecuanimidad, que deben ser atributos de los administradores de justicia» (STS, S²a 9.7.1983), «no es sino una descalificación para ejercer la función jurisdiccional» (STS 15.4.98), pero no implica un juicio moral sobre la persona, ni en caso alguno su planteamiento puede constituir ofensa o desacato (4). No es un recurso en acepción procesal estricta, sino un remedio arbitrado por la ley para quien se ve afectado en la imparcialidad.

(2) Cfr. Para SÁNCHEZ GUZMÁN, en «Comentarios a las leyes Procesales Militares» Ed. Ministerio de Defensa. Madrid. 1995, T.II, pág.1063 y ss. es una misma institución; en tanto que para J. PIQUÉ, JM. RIFÁ, L. SAURA, JF. VALLS, en «El proceso penal práctico». Ed. La Ley, Madrid, 1990, pág. 661 y ss., son dos instituciones de distinta naturaleza, siendo la abstención un acto procesal del órgano jurisdiccional por el que se aparta del conocimiento del asunto, y la recusación lo es de parte, cuya finalidad es rechazar al juzgador.

(3) Sobre lo justo y la idea de justicia puede consultarse KELSEN, H. En «Teoría Pura del derecho» Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1933, pág 17 y ss, LATORRE, A. «Introducción al Derecho». Ed Ariel. Barcelona, 1971, pág .54 y ss. Sobre la «equidad judicial» y los métodos de desarrollo judicial, véase LORENZ, K. «Metodología de la ciencia del derecho». Ed. Ariel, Barcelona, 1980. Sobre el «sentimiento de injusticia», RECASENS VILCHES, L en «Introducción al estudio del derecho», Ed.Porrúa, Mexico, 1974 pág 55 y ss; y sobre las ideas sobre derechos subjetivos en la administración de justicia, OLIVECRONA, K. «El derecho como hecho». Ed.Labor Univ. Barcelona 1980, pág. 202 y ss.

(4) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, C. y MARTINEZ AZNAR, G. «Ley de Enjuiciamiento Criminal» Ed. Aranzadi, Pamplona. 1990. En el comentario al artículo 54.

2. La abstención, por otra parte, se configura como un acto espontáneo de quien se cree incluido en una causa de las previstas en la ley, inhibiéndose del asunto que le correspondería conocer en el ámbito de sus funciones para preservar la rectitud del procedimiento. Se presenta en las leyes de derecho *orgánico* y procesal como un deber, cuyo incumplimiento puede ser motivo de sanción, como falta grave; tanto sea por seguir conociendo la causa cuando debiera inhibirse, como por «la abstención injustificada cuando así sea declarada por el Órgano competente de acuerdo con lo dispuesto en la ley Orgánica procesal Militar», conforme dispone la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (5) (LOCOJM) en relación con lo dispuesto en la L.O. del Poder Judicial (art.s. 417.8 y 418.14 LOPJ).

II. CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD

A). LA NEUTRALIDAD Y LA CONFIANZA EN LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA

La imparcialidad del juez es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia. Esta función consiste en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto por un órgano judicial independiente, se plasma a través de un conjunto sucesivo de actos, de las partes y del juzgador, que se denomina proceso. Siendo, por lo tanto, el proceso el instrumento por excelencia a través del cual se manifiesta la jurisdicción, y es ejercida por Jueces o Tribunales objetivamente desinteresados, independientes e imparciales. Entre sus características esenciales es preeminente la imparcialidad (6), «que se mide no solo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad» (STC 12 jul. 1982). Se la identifica con «la posición neutral» (7) del juzgador que ha de presidir en el caso del que

(5) Responsabilidad Disciplinaria Judicial en Capt. II, del Tit. IX, LO 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, reformada en esta materia por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que reforma la L.O. del Poder Judicial; en su Disposición Adicional Primera, sobre Responsabilidad Disciplinaria Judicial en el ámbito de la Jurisdicción Militar. Véase lo dispuesto en los números 1.º, que remite a la LOPJ, y 9.º letra c).

(6) DE LA OLIVA, A. ARAGONESES, S. HINOJOSA, R. MUERZA, J. y TOME, J.A. «*Derecho procesal penal*» Ed. C.E. Ramón Areces, Madrid 1997, pág.3 y ss.

(7) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. En «*Derecho Procesal civil*». Madrid 1995. Págs. 25 y 28. También STC 47/1982, habla de ecuanimidad, rectitud, desinterés y *neutralidad*.

conoce, sea por carecer de interés personal sobre lo que va a juzgar, como por la ajenidad con las personas sometidas a juicio y con la materia sobre las que recae el ejercicio de su potestad.

No existe una definición elaborada por la jurisprudencia, ni por la doctrina, de qué se debe entender por imparcialidad (8). Se ha intentado determinar a través de manifestaciones concretas de la misma; así, siendo un término negativo (imparcialidad) es habitual que se defina excluyendo determinados conceptos, por ejemplo: la imparcialidad existe ante una «ausencia de prejuicios o parcialidades» (S.TEDH de 1.oct.1982, c. *Piersack*, [fj6^o]), o ante la falta «de un designio anticipado, de prejuicios y de prevención del juzgador en el conocimiento del asunto» (STC 145/1988). Se habla también de la carencia de «conocimiento e intervención ...desde antes de caer bajo la competencia jurisdiccional que tiene atribuida, y que le haga crear un criterio predeterminado sobre lo que va a juzgar» (STC 136/1992, [fj2^o]), y por no estar «psicológicamente inclinado a formular valoraciones anticipadas o dejarse influir por conocimientos extraprocesales adquiridos durante la instrucción o pasiones por vencer los obstáculos de la investigación» (STS, S2^a 28.feb.1984). En sentido positivo se identifica con la actividad recta, ecuanime, desinteresada, honesta e incorrupta que el decoro y provecho de la justicia conviene (9), «la imparcialidad del juez ha de considerarse sinónima de independencia y a la vez de competencia» (STS S2^a 23.jun.1998). Por otra parte se habla de la *parcialidad* como el hecho de «poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes o del suyo propio» (STS S2^a 29.nov.1969).

La jurisprudencia (10) es constante en diferenciar entre los atentados objetivos y subjetivos contra la independencia:

1. Son motivos objetivos los basados en circunstancias externas y que directamente, o por la vía de las presunciones, o mejor dicho, de las apariencias, pueden poner en entredicho la imparcialidad del Juzgador en

(8) El Diccionario de la RAEL dice que es imparcialidad:»1.La falta de designio anticipado o prevención en favor o en contra de personas o cosas, que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud». Sobre la idea y valor actual de la «*Ecuanimidad*» puede verse el artículo del Tte. Gral. C. MARTINEZ DE CAMPOS recopilado en sus «*Ensayos y Comentarios*», Ed. Aguilar, Madrid 1963, págs 117 y ss.

(9) En «*Ley de enjuiciamiento criminal*». Ed. Aranzadi, 1995. Pág 68.

(10) El Tribunal Supremo (STS 27.dic.1994 ó de 15.abr.1998), el Tribunal Constitucional (STC 136/1992 o ATC 188/1994) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SsTEDH en casos *Hauschildt* 24.05.89, *Thomann* 10.06.96 o *Piersack* 1.11.82)

su actividad. Se pretende salvaguardar el proceso a la vista de que el juez no ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. Estas razones se basan en la concurrencia de determinadas circunstancias que le incompatibilizan para el juzgar algunos asuntos concretos: el haber sido anteriormente instructor o acusador, el haber intervenido en cualquier otra instancia en el mismo procedimiento, o tener cualquier otra relación con el mismo (STS S2ª 15.abr.1998).

2. Son motivos subjetivos los que se encuentran en la mente del juzgador. «Se trata de averiguar la convicción personal del juez en un caso concreto», el criterio previo, la predisposición, y «prejuicios en su ánimo» (STS 27.dic.94), en definitiva, «el que no parta de ideas preconcebidas» (STEDH c.*Barberá y otros*, 6.dic.1988). La cuestión más destacada del aspecto subjetivo es la imposibilidad de determinar cual es el pensamiento o los sentimientos íntimos del juez cuando se enfrenta a un asunto. Sus ideas son algo que se encuentra en su interior y solo él sabe su alcance y relevancia. La ley pretende objetivizar determinadas situaciones a través de una norma para que pueda tener aplicación en la práctica, estableciéndose una relación de supuestos y situaciones que cuando concurren convierten al juez en sospechoso de poner el ejercicio de su función al servicio de un interés particular, sea el propio del juez o de una de las partes. En todo caso la imparcialidad subjetiva del juzgador se presupone siempre, y para alegar una vulneración de la misma por motivos personales se requiere el probarla. (Expresamente en SsTEDH c. *De Cubber*, 26.10.1984 y c. *Le Compte y otros*, 23.06.81; e implícitamente en Ss del TS S2ª de 24.jun.1988 y 21.oct.86, ó ATC 117/1997 cuando ha rechazado la recusación del juez por enemistad).

Un elemento muy relevante es la confianza de los ciudadanos en los órganos de justicia. No basta con que el proceder del juez sea irreprochable, es necesario que lo parezca, así dice un adagio inglés, repetido en la jurisprudencia europea: «*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*» (11).

Por otra parte, el estar colocados los órganos judiciales en una posición especial respecto de los justiciables (*supra partes*), permite y obliga a la aplicación desinteresada del derecho en la resolución de los

(11) Ver *infra* ORAÁ GONZALEZ, J. ORAÁ GONZALEZ, P. Recogiendo sentencias TEDH casos *Piersack* (1 oct 1982) y *Delcourt* (17.ene.1970). Sobre las *apariencias*: «No solo debe hacerse justicia, sino que debe parecer que se hace».

conflictos de los que conoce (12). Para asegurar la imparcialidad en la decisión y al considerar que en determinadas circunstancias pueden surgir impedimentos en su labor, que en apariencia podrían vincular al titular del Órgano judicial con el proceso, es por lo que se prevee también legalmente una serie de supuestos en que se le debe separar del proceso que le corresponde conocer, sea de forma provisional o definitivamente, y esté iniciado o sin haberse comenzado todavía. Son circunstancias que se presumen *iuris et de iure* y «se relacionan con la concreta idoneidad de un determinado Juez con un determinado asunto y que según la experiencia histórica (13) pueden influir en el ánimo del juzgador torciendo la rectitud de sus decisiones, aunque la desviación no llegue a hacerse efectiva.

(12) Cfr. FERNÁDEZ M.A., RIFA J.M., VALLS J.F. «Derecho Procesal Práctico», Ed. R. Areces, Madrid 1995, T.II, pág. 148. Sobre posición supraordenada y opuesta a las partes, de los órganos de justicia.

(13) En la Ley décima del Código de Hammurabi, ya se exhortaba a los jueces a comportarse con imparcialidad. Sobre el como *debe* impartirse justicia y la recusación en las leyes antiguas de nuestro derecho puede consultarse:

1.-El **Fuero Juzgo**, o Libro de los Jueces, dedica el Libro II, Título I: *Titul de los iueces e de lo que iudgan*, estableciendo, como más destacable a lo que nos ocupa, las leyes XIII, XVI, XXII («Si algun home diz que a sospechoso el iudez ó su vicario, o otro iudez...») y la Ley XXVIII. 2.-El **Fuero Real** de España, dedica dentro del Título VIII, *del oficio de los Alcaldes*, a la recusación, en la Ley IX, *Del que recusa al Alcalde por sospechoso*, y la Ley X, *Porque razones puede ser el Juez recusado por sospechoso*. 3.-En las **Leyes de Estilo** et Declaraciones sobre las Leyes del Fuero, la Ley 191, se prevén las «*Razones que el señor puede recusar al alcalde, por esas le pueden recusar sus familiares*». 4.-En las **Leyes para los Adelantados Mayores**, la Ley III, «*Como deve jurar el Adelantado Mayor*», establece «...enemistad ni malquerencia que aya con el, ni prenda, ni mate, nin suelte a ninguno que tenga preso por amor, nin por desamor, nin por miedo, nin por servicio quel fagan o le prometa, sinon en aquella manera que manda el fuero». 5.-En **Las Partidas**, encontramos el Título IV, de la Tercera Partida, dedicada a «*los Jueces, e de las cosas que deuen facer guardar*», estableciendo la primera Ley que es lo «*que quiere decir juez, e cuantas maneras son de juzgadores*»; la Ley VI, «*Como deuen ser puestos los judgadores a quien otorgan el poder de judgar, e como deven jurar, e dar recabdo que fagan bien, e lealmente su officio*»; la Ley IX, «*Que cosa es lo que han de fazer, e guardar los judgadores quando algund pleyto que perteneciese a sus padres o a sus fijos, acaeciere anteellos*»; la Ley X, «*como el judgador se debe guardar de non oir su pleito mismo nin otro de que el obiese seido abogado o personero*»; y la Ley XXII «*Que es lo que han de juzgar, e de fazer los iuezes quier sean delegados o ordinarios, quando alguna de las partes dizen que los han por sospechosos*». 6.-En el Libro de las Leyes u **Ordenamiento de Alcalá**, de 1386, se dedica a las recusaciones el Título V, bajo el epígrafe «*De las sospechas e recusaciones, que son puestas contra los judgadores*», y como Ley Unica. - «*Que deve fazer el Judgador quando la parte dixiere que la ha por sospechoso*». 7.-Por último, las Ordenanzas Reales de Castilla, (u «**Ordenamiento de Montalvo**») dentro del Libro III, el Título V se dedica a las *recusaciones de los jueces*, en tres leyes, que se llevaron a la **Nueva Recopilación**; el Título X, del Libro II reza: «*de la recusación de los del Consejo, i presidentes, i oidores de las Audiencias, i de hijosdalgo, notarios i relatores*», veintiseis son las leyes de este Título, llevadas al Título II del Libro XI de la **Novísima**

B). LA IMPARCIALIDAD COMO ELEMENTO DE LOS DERECHOS A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y AL «JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY»

La imparcialidad judicial se ha considerado (14) como una garantía integrada tanto en el derecho a un proceso con todas las garantías, como en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ambos recogidos (15) en el artículo 24.2 de nuestra Constitución al establecer que «...todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley,...y...a un proceso...con todas las garantías.» Mas expresamente se reconoce en algunos Tratados y Convenios internacionales de los que España es parte y que versan sobre derechos fundamentales (16). Podemos citar: Artículo 6.1 del «*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*», Roma, de 4 noviembre de 1950, ratificado por España el 26 septiembre de 1979, donde se dice que: «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»; en el mismo sentido se recoge en la «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*», 10 diciembre de 1948, aprobada y proclamada 138ª Asamblea General de N.U. artículo 10, «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...» y, en el «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*» de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 13 abril de 1977, artículo 14.1 donde se establece que «...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente, imparcial, establecido por la Ley...»

recopilación, con excepción de la número XVIII, que es la Ley VI del Título XX Libro IV de este Código. Además contiene 10 Autos Acordados que forman parte del citado Título II, Libro XI.

(14) Cfr. ORAÁ GONZÁLEZ, J y ORAÁ GONZÁLEZ, P. «*El derecho a un juez imparcial y la jurisprudencia constitucional*» Poder Judicial nº 26, 1992. Pág. 165 y ss. SANTOS VUANDE, *infra nota*, considera que la imparcialidad es un elemento del derecho al proceso con todas las garantías, y señala que mayoritariamente nuestro TC se inclina en la actualidad por la misma idea, variando la doctrina originaria de entenderla como dentro de cualquiera de los dos derechos, así SsTC 47/1982 ó 47/1985 y SsTC 164/1988, 206/1994 ó 98/1997, respectivamente.

(15) STC 24 enero 1989: «el derecho al juez imparcial, aun no citado expresamente por el artículo 24 CE, supone sin duda una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado democrático y de derecho». STS S2ª, 15 abril 1998.

(16) STEDH c. Pfeifer y Plankl, de 25 feb 1992, establece que este derecho por fundamental es irrenunciable.

1. El derecho fundamental a un «proceso con todas las garantías», entre otras cosas (17), supone el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial, siendo la neutralidad o rectitud del órgano juzgador una garantía del funcionamiento normal del proceso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH) en su sentencia de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza*, nos dice que «el derecho a un proceso equitativo ocupa en una sociedad democrática un lugar preeminente»; añadiendo que «es obligado para los Estados organizar su sistema judicial de manera que sus órganos jurisdiccionales den cumplimiento a lo establecido en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» (18).

2. El derecho a ser juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley (19) aparece con esta denominación por primera vez (20) en nuestro derecho, en la Constitución vigente (art. 24.2 CE), suponiendo una garantía en favor del sujeto sometido a procedimiento que asegura no será juzgado sino por un órgano de los integrantes del Poder Judicial, (21) previamente constituido y con competencia establecida por ley, también previa. Es, en definitiva, una garantía básica (22) en favor de la independencia e imparcialidad del juzgador, evitándose con ello los jueces *ad hoc*, *ex post facto*, o los «pseudo tribunales» y los de excepción. (23)

(17) Principios como: el derecho a la defensa, a ser informado de la acusación formulada contra él, la contradicción, a un juicio público, a la presunción de inocencia, a la prueba, a un proceso sin dilaciones indebidas, ...

(18) Ver Ss. TEDH, caso *Santilli*, de 19 febrero de 1991 y c. *Vocaturu*, de 24 mayo 1991. También S. TEDH, c. *FCB vs Italia*, de 28 de agosto de 1991.

(19) También llamado «Juez Legal» por el derecho alemán, o «Juez Natural» en el Anteproyecto de la Constitución Española vigente.

(20) La Constitución de Cádiz 1812, en el art 247, reconoce por primera vez esta garantía con la denominación de «juez natural», y posteriormente se recoge en: art. 9 de las Constituciones de 1837 y 1845, art. 11 de la Const. de 1869, art 16 de la Const. de 1876, art. 28 de la Const. de 1831 y art. 19 del Fuero de los Españoles de 1945.

(21) ROJAS CARO, J. «Derecho procesal Penal Militar». Ed. Bosch. Barcelona 1991, pág. 16 y ss. A la jurisdicción como *poder* parece referirse el art. 117.3º CE, y este poder del Estado tiene tres características fundamentales: A.- Es un poder independiente, y esa independencia se asegura con dos garantías básicas: la inamovilidad y la sumisión a la ley. B.-Es un poder exclusivo. Y C.- Es un poder único, en cuanto los Jueces y Tribunales no ejercerán mas funciones que las señaladas en la Constitución y en las leyes. Sobre la posición de la judicatura en el sistema constitucional puede consultarse BACHOF, O. en «Jueces y Constitución», Cuadernos Taurus, nº 54 Madrid, 1963.

(22) SERRANO ALBERCA, J.A., en el comentario al art. 24 CE, «Comentarios a la Constitución», Ed Civitas, Madrid 1985, pág. 476 y ss. y AROZAMENA SIERRA, J. en «las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional» CGPJ nº35, 1995, pág 35.

(23) Sobre creación indebida de Órganos jurisdiccionales especiales o excepcionales, ver STC 148/1987. Sobre la necesidad de «establecimiento previo de tipos y clases de

3. Un medio para vulnerar el derecho al juez ordinario constitucionalmente protegido es a través del «reparto» de asuntos. Alterando este reparto ordinario de procedimientos o la constitución de la Sala del Tribunal (SsTC 55/1990 y 47/1983), y con el fin de predeterminar el fallo, se atribuye al juez una competencia funcional *no reglamentariamente* prevista, influyendo con su severidad o benignidad, según su criterio personal, sobre determinadas cuestiones que quedan en la valoración del juzgador, como son los «indicios racionales» del procesamiento o las cautelas personales. Debiendo tenerse presente que las normas de reparto dentro de cada Tribunal son normalmente desconocidas para los ajenos al mismo.

4. Por último, podemos decir que la independencia del Poder Judicial (24) establecida en el artículo 117 CE sirve de fundamento material a la imparcialidad, convirtiéndose a la vez en un instrumento indispensable para hacerla efectiva. Impide la ruptura de los principios de independencia y monopolio (también, arts. 2 y 3 LOPJ), al no permitir que se creen Tribunales sin previsión legal o manipular la composición de los mismos. Reforzándose al reconocer los principios que rigen el Poder Judicial: legalidad (la sumisión al imperio de la ley determina los límites máximos de la actividad jurisdiccional), independencia, imparcialidad, exclusividad y unidad. Difícilmente se puede entender que un juez actuase con imparcialidad si se encontrara sometido o vinculado, de cualquier forma, a algún organismo o persona, sea pública o privada.

III. LA IMPARCIALIDAD Y LAS INCOMPATIBILIDADES

En un reciente trabajo del prof. MONTERO AROCA (25) ha planteado la distinción entre las causas que afectan a la imparcialidad del juez, de las

Organos a los que va a ordenar la potestad jurisdiccional», STC 56/1990. Sobre la «Jurisdicción Militar», STC 60/1991 de 14 de marzo. Sobre la posibilidad de especialización orgánico-funcional por razón de la materia, la STC de 21 sept. 1994, [fj 4º]. Sobre prohibición de jueces *ad hoc*, requiriendo que sean creados por ley, con carácter de general y anterior al caso, STC 101/1984; sobre la naturaleza de la ley: Ordinaria u Orgánica, STC 96/1988; no por Real Decreto, SCT 47/1983; sobre la previsión en la LOPJ, STC 38/1982...

(24) Cfr. GIMENO SENDRA, y otros... en «Derecho procesal administrativo». Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1993, pág. 51. Independencia colectiva de la magistratura en tanto que Poder frente a los demás del Estado, como la independencia individual del juez frente a sus propios superiores, la sociedad y las partes.

(25) MONTERO AROCA, J. En «El juez que instruye no juzga». Rev. La Ley nº4735, de 16 febr. 1999.

que son causas de *incompatibilidad*, por afectar a los principios de separación de las fases de instrucción y plenario, por la necesaria falta de relación previa con el mismo procedimiento, o también, por la «dependencia» de cualquier forma creada entre el juez y la causa. Así se habla de actividades realizadas por el juez en el mismo proceso, aunque en condición distinta, como por ejemplo el haber sido Fiscal, defensor o representante de alguna de las partes; el haber emitido dictamen sobre el pleito o causa —como perito o testigo—; y el haber realizado alguna actividad de carácter judicial por el propio juez en el mismo procedimiento.

Múltiples sentencias de los Tribunales Constitucional, Supremo y Europeo de Derechos Humanos, que han sido recogidas y sistematizadas, y que no es el caso de enumerar, tratan de la violación de la separación entre las labores de instrucción y decisión en juicio definitivo, con especial relevancia de los problemas derivados de haber conocido el proceso en vía de recurso, siendo determinante del deber de abstención del juzgador, «por ser un principio fundamental en el proceso penal la rigurosa separación entre el juez de instrucción y el juez del fallo» (STS 9.7.1983), principio conocido como: «el que instruye no falla».

IV. EL ÁMBITO DE INTERPRETACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN

Ha sido jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo que «las causas de recusación se señalan como *numerus clausus* y de *interpretación restrictiva*», «son causas taxativas», «no cabe interpretación extensiva o análoga» (TS Ss, sala 2ª, 9.jun.1980, 22.abr.1983, 28.feb.1984, 15.jun.1987, 27.sep.1994, 20.ene.1996, 23.jun.1998, entre muchas otras...). Pero si de lo que se trata es de preservar un derecho fundamental, como es el de tener un juez imparcial, no parece lógico que pueda estar limitado por una pretensión del legislador de que las causas que enumera en la ley sean tasadas y, además, de interpretación restrictiva. El planteamiento Constitucional, y en normas internacionales, se hace con carácter genérico y abierto, definiendo el derecho al juez imparcial sin limitación. Parece un contrasentido el que por vía legislativa se limite el ámbito de aplicación, y más, que el juzgador haga depender la eficacia práctica de una causa en la subsunción del supuesto dentro de la enumeración de casos previstos normativamente. El propio Tribunal Constitucional (STC 157/1993, [fj 2º]), señala, que «la Constitución no

enumera las causas de abstención ...pero ello no significa que quede libre el legislador de cualquier vínculo constitucional..., a sus mandatos...o a los de Tratados y Convenios sobre derechos fundamentales y libertades públicas, suscritos por España» a la hora de articular ese derecho. Vinculación en el actuar de los órganos de justicia que supone «pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación...». Añade SANTOS VIUANDE (26) que tampoco tendría sentido una «clausula de cierre», que permita abstenerse por un motivo no tasado previamente en ley, ni tiene justificación plantearse en abstracto si las razones para abstenerse son de interpretación estricta o lata. Lo relevante es si el juez en un asunto tiene y actúa con la imparcialidad exigible, porque es esta imparcialidad un elemento indispensable para la validez del proceso con todas las garantías. Cita como ejemplos de causas atípicas: la divergencia ideológica y el hacer manifestaciones sobre el asunto antes de su conclusion. Es la primera una causa no prevista pero genuina, en opinión del citado autor, la divergencia relevante por motivo de ideología política o convicciones ideológicas o religiosas, que pudieran ser reconducidas a los supuestos de amistad o enemistad (del art. 219.8º LOPJ) o, en el interés directo o indirecto en el asunto (del art.219.9º LOPJ). En el derecho patrio han sido normalmente desestimadas (27), llegando a rechazar estas circunstancias «aún cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen» (S.TC.385/1983). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más abierto a la consideración de si hay o no efectiva vulneración al derecho de juicio justo con imparcialidad del juzgador; y así, en la sentencia del caso *Holm vs. Suecia* (S. TEDH de 25 noviembre de 1993), establece que hay sospecha de parcialidad por pertenecer varios miembros del jurado al mismo partido político que era el propietario de la sociedad demandada, así como que «pasajes incriminados de la obra revestían un carácter político manifiesto y presentan un interés para el partido...», apreciando dos elementos determinantes: la vinculación política y el interés directo en la materia litigiosa. Se trata en definitiva de que el comportamiento del juez sea de tal entidad que de lugar a sospechas fundadas de parcialidad (28).

(26) SANTOS VIUANDE, J.M., en «*Abstención y recusación de Jueces y Magistrados*» (I y II) Rev. La Ley nºs 4719 y 4720. Pág. 2 del nº 4719.

(27) Ss.TC 929/1988, ó 195/1983; y Ss.TS S.2º, de 12 junio 1986, ó 27 diciembre 1994....

(28) Sobre la no vulneración del principio de imparcialidad por razones formales puede verse: RODRIGUEZ RAMOS, L. y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «*El derecho a un juez imparcial como derecho rogado*» Actualidad Jdca.Aranzadi, nº 16 1991.

Por otra parte el supuesto de haber manifestado anticipadamente el juzgador su opinión sobre un asunto que le toca juzgar, en principio, solo parece reconducible a la amistad o enemistad recusable. Pero esas manifestaciones han de ser de determinadas características, como el que sea anticipada, sobre el asunto concreto, que la opinión ha de ser específica, definida en sus aspectos fácticos y jurídicos, y que suponga un adelanto de lo que va a ser la resolución definitiva a adoptar (29).

V. LA CAUSA 11ª DEL ART 53 LPM

Motiva el presente trabajo el estudiar la causa 11ª del art. 53 LPM donde se habla del deber de abstención por haber intervenido en el mismo procedimiento *en cualquier otro concepto*. Hay que señalar que sus precedentes más próximos los encontramos en el artículo 159 del Código de Justicia Militar de 1945, la causa 12ª establecía: «*Haber desempeñado funciones judiciales de otro orden en el mismo procedimiento*» (30). No es el momento de explicar las razones de su existencia en razón del sistema organizativo de la justicia militar de la época, y que regulaba el CJM como código completo en lo procesal y sustantivo. Si bien, todavía se mantienen ciertas singularidades *orgánicas* debidas a pertenecer los Jueces y Vocales, los Secretarios y los Fiscales, a un mismo Cuerpo, el Jurídico Militar, pudiendo intercambiar los destinos (31) con la sola limitación del empleo reservado para el cargo, lo que da lugar a varios supuestos posibles de encajar dentro del ámbito de la causa 11, y no expresamente recogidos en otros apartados del artículo 53 LPM: El Juez o Vocal Togado que antes fue el Secretario Relator en el mismo procedimiento; el haber actuado como Secretario Relator del Juzgado

(29) Con mayor gravedad si lo hace a través de los medios de comunicación. En este sentido, aunque para supuestos no de abstención o recusación, ya se ha manifestado el CGPJ en un Acuerdo, el de 5 nov 1986, para reprochar la actitud pública de algunos jueces que hacen manifestaciones en medios de comunicación comentado la actividad jurisdiccional: «actitudes o manifestaciones públicas que aun siendo minoritarias pueden comprometer la *independencia* jurisdiccional»; en SANTOS VUJANDE, *Op. Cit.*, II, nota (12).

(30) Dentro del Título VII dedicado a las **incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones**. Capítulo Primero de las **incompatibilidades, exenciones y excusas**. Considerando como causas de *incompatibilidad*, las recogidas en el artículo 159, entre ellas la citada como antecedente. El C.J.M. denomina «incompatibilidad» a esta causa, si bien es cierto que da tal naturaleza a todas las causas que cita. Puede consultarse RUBIAS FERNANDEZ, A. «*Manual práctico de justicia militar*», Ed. Mº del Ejército, 1949.

(31) Art. 119 LOCOJM: «Los miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos que ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarios Relatores...»

Togado donde se instruyó la causa, cuando posteriormente se pasa a realizar funciones de Secretario en el Tribunal decisor; el haber sido Secretario Relator del JuzgadoTogado, quien luego es Vocal del Tribunal sentenciador; y, el haber «informado», previamente, el Parte militar o expediente disciplinario que luego pasa como denuncia al Juzgado Togado, instruyéndose procedimiento sobre ello, por ejemplo.

Si comparamos los artículos 219 LOPJ y 53 de la LPM, vemos su gran similitud tanto en el orden de las causas como en la redacción de las mismas; parece que en la nº 11 (art 53 LPM) se ha recogido la causa 10ª del artículo 219 LOPJ, donde se prevee la abstención por «haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», aunque redactándola de manera mucho más amplia (32). Obviamos la referencia a los casos en que el mismo Juez instructor luego conoce de la causa en plenario, o el caso del miembro del Tribunal que conoce por vía de recurso y luego falla la causa, que ya han sido objeto de múltiples estudios (33).

El art. 51 de la LPM, determina el ámbito personal de aplicación de las causas de abstención que luego son enumeradas en el art 53 LPM, y es éste, para los Presidentes de Tribunales y los Vocales (34) de los mismos, los Jueces Togados y a los Secretarios Relatores de Juzgados y Tribunales. No se hace mención a los demás Auxiliares que prestan sus servicios en la *Justicia Militar*. Sería, pues, ante el silencio de *nuestra* ley específica, de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,— conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LPM—, así como el artículo 462 Ley Orgánica del Poder Judicial (35). Esta ley

(32) STS S2ª 23 jun 1998 dice «No es posible ampliar la interpretación del nº 10 del art. 219 LOPJ que señala entre las causas de abstención el haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto la causa en anterior instancia, situaciones en que patentemente no había actuado...»

(33) *Supra*, MONTERO AROCA. *Op. Cit.* Puede verse la extensa recopilación de estudios sobre la abstención y recusación que cita en su *nota (1)*.

(34) Respecto a los Vocales *militares*, no se hace previsión diferenciada alguna en la Ley Procesal Militar sobre las causas por las que no pueden formar parte del Tribunal que conocerá en la *Vista oral* de la causa, sino que los trata conjuntamente con los Vocales Togados, si bien la pertenencia al Cuerpo Jurídico de éstos produce singulares situaciones en la práctica, no equiparables con los Militares de Armas. Sobre su actuación en juicio puede verse la Comunicación: «*Problemática de los conocimientos extraprocesales de los vocales militares*» del TTe. Col. Aud. J. ORTEGA SALAS, en IV Jornadas sobre Jurisdicción Militar. Madrid 1995.

(35) En el artículo 461LOPJ se habla de la aplicación de las mismas causas de abstención y recusación previstas para Jueces y Magistrados, en tanto que el art. 462 LOPJ no cita las causas ni refiere a la aplicación de esas sino que «limita» a decir que: «Los

(LOPJ) separa el tratamiento de la abstención y recusación de los Jueces y Magistrados (art.s. 219 y 220 LOPJ) de la abstención y recusación de los Secretarios y Auxiliares de Justicia (36) (en el art. 461 LOPJ, para Secretarios Judiciales; y art. 462 LOPJ para Auxiliares, ambos artículos dentro del Libro VI dedicado al «Personal al servicio de la Administración de Justicia»). La Ley de Enjuiciamiento Criminal es más extensa que la Ley Procesal Militar en las previsiones del ámbito personal de aplicación, al abarcar tanto a los Magistrados y Jueces, como a los Secretarios y Auxiliares de Justicia, sin especificar (37) (arts. 52 y 84 ss LECrim). De la misma forma lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 188 y 234 ss LECiv).

La recusación de los Secretarios y Auxiliares de Justicia a penas está tratado por los autores y la razón puede ser el que no planteándose en la práctica conflictos a resolver, tampoco suscita dudas doctrinales, ni requiere estudio separado de las causas, siendo trasladable la doctrina fijada para los Jueces y Magistrados, (o Vocales de Tribunales Militares y Jueces Togados, en el ámbito de la Justicia Militar). Más aún si se tiene presente el criterio, erróneo, pero reiterado, mantenido por nuestra jurisprudencia, de ser causas tasadas, no dando cabida otros supuestos que los específicamente previstos. Una de los motivos por los que quizás no exista —no se ha encontrado— jurisprudencia sobre los Auxiliares de Justicia, está en la especial relación de jerarquía (38) que existe entre el

Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales están obligados a poner en conocimiento del Juez o Presidente las causas que en ellos concurren y que pudieran justificar su abstención en el pleito o Causa.»

(36) Sin perjuicio de que estos artículos se desarrollan en el art. 63 del Reglamento Orgánico de los Secretarios Judiciales aprobado por RD 429/1988, de 29 de abril y artículos 76 y ss del Reglamento Orgánico de Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales aprobado por RD 2003/1986 de 19 de septiembre...

(37) Así como a los Asesores en el art. 52 LECrim, figura que debe entenderse suprimida en virtud de lo dispuesto en la LOPJ cuando en el art. 486 señala las funciones de los Auxiliares y enumera el personal al servicio de la Administración de Justicia.

(38) Nota singular de la *jurisdicción militar* es la doble categoría de cualificación profesional entre el personal destinado en los Juzgados y Tribunales Militares como «personal auxiliar»; así, los Secretarios Relatores son miembros del Cuerpo Jurídico, del mismo cuerpo -empleo militar el margen- que los Jueces y Vocales, en tanto que el resto del personal Auxiliar, pueden ser civiles- sin que pertenezcan a un cuerpo de los de justicia-, o militares; y éstos, con independencia del grado militar, (no es imposible que exista un auxiliar de empleo militar superior en grado al del Secretario Relator), si bien entre el Juez y Secretario debe existir una mayor *antigüedad militar* en favor de aquel. El art. 84 LOCOJM establece que por Orden Ministerial se determinará la forma de proveer los Tribunales Militares y a los Juzgados Togados de personal Auxiliar necesario, así como las especialidades o aptitudes exigibles para el desempeño de las funciones que les corres-

titular del Órgano jurisdiccional y el personal que trabaja en el mismo. Pudiendo decidir el Juez, o el Secretario en su condición de *jefe* de la Oficina judicial, separar al Auxiliar (no Secretario), o autorizar la separación de éste del asunto sin entrar en mayores disputas; teniendo presente que el Auxiliar de Justicia está obligado a poner en conocimiento del Juez o Presidente del Tribunal la existencia de un motivo de los que obligan a la abstención (39).

VI. NATURALEZA DE LA ACTUACIÓN DE LOS SECRETARIOS RELATORES

En los tres primeros supuestos que antes citábamos resultan implicados los Secretarios Relatores. Es el momento de detenernos en la posición y actuaciones de los Secretarios Judiciales en el proceso. Dice PEDRAZ PEÑALVA (40) que «el Secretario no es, ni en modo alguno debe ser cotitular jurisdiccional. Pero, añadiría yo (*sic*), tampoco le hace falta, salvo que queramos convertirle en Juez de segunda clase. Al Secretario le compete plena y nítidamente la responsabilidad exclusiva de la tramitación del procedimiento y la jefatura de la secretaría...». La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva para él, entre otras cosas, «la ordenación e impulso del procedimiento, viendose reforzadas sus funciones de dirección procesal». GIMENEZ GARCIA (41) distingue entre la *ordenación formal* del proceso que se recoge en el art. 288 de la misma ley (LOPJ), y la *ordenación material*, reservada a los jueces, en el art. 245 LOPJ. La LOPJ deja en todo caso la decisión de aquellas resoluciones que afectan al fondo del asunto al Juez.

ponden. Previsión normativa que no existe sino con carácter general para el personal destinado en los órganos periféricos del Ministerio de Defensa en las normas provisionales del Secretario de Estado de la Administración Militar de 25 de marzo de 1991.

-Ver el comentario a los artículos 74 a 85 de la LOCOJM de ROVIRA DEL CAMPO, E., en «Comentarios a las leyes procesales militares». T.Iª, Ed. Mº Defensa Madrid 1995, págs 477 y ss.

(39) La separación del Auxiliar Secretario tenía en otro tiempo relevancia por cobrar aranceles sobre el proceso en que intervenía.

(40) PEDRAZ PEÑALVA, E. «La nueva secretaría judicial». Poder Judicial nº 26 pág. 92.

(41) GIMENEZ GARCÍA, J. . «Reflexiones sobre la fe pública judicial y la ordenación del proceso.» Rev Actualidad Penal nº 45, (XLII), 15-21. nov. 1993. También añade el mismo autor «La LOPJ no se atrevió a redefinir la figura del Secretario como responsable del proceso, como verdadero Juez procesal, dejando al juez la decisión de aquellas resoluciones que afecten al fondo».

Integran la ordenación formal (42) del proceso las «diligencias de ordenación», y las «propuestas de resolución» (art.246, 290 y 291 LOPJ), requiriendo éstas en todo caso la conformidad del Juez en la misma propuesta, «o dictar la resolución que proceda». En el Libro Blanco de la Justicia (43), al hablar de las funciones de los Secretarios se establece: «el análisis de la realidad pone de manifiesto que las (funciones) de más importancia y para las que se le ha exigido una formación y una capacidad jurídica más son, precisamente, las que menos se realizan en la práctica; en concreto las de contenido procesal». Añadiendo posteriormente que el Secretario «debe, por su parte, centrarse en el ejercicio de sus funciones tanto las procesales como las organizativas».

La Ley Orgánica Procesal Militar dedica dos artículos a los Secretarios Relatores, el art.48 y el art.49, estableciendo el primero de ellos que las funciones que les corresponden son las relativas al ejercicio de la fe pública judicial, la asistencia a los Jueces y Tribunales, y *las demás funciones procesales* de conformidad con lo establecido en esta ley (44) y en la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (artículos 74 a 80 LOCOJM). En lo que ahora nos atañe se encuentran en el artículo 76 de la LOCOJM, y en concreto en el punto *primero* donde se establece como cometido propio el «ordenar e impulsar los procedimientos judiciales, de conformidad con lo establecido en las leyes procesales.»

Si hacemos una lectura no interpretativa de la causa 11 del art. 53 LPM, parece evidente que el Secretario, que luego conoce el procedimiento como Juez Togado en el mismo Juzgado o Tribunal, puede encontrarse entre las causas que dan lugar al deber de abstención (45).

(42) Cfr. TOME PAULA, J. y SÁNCHEZ, R. En « *La Fe Pública Judicial y las funciones del Secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial* ». Ed. Andrómeda. Madrid. 1993. Las diligencias de ordenación pueden ser tanto de «ordenación pura» como de «impulso».

(43) «*Libro Blanco de la Justicia*». CGPJ. Madrid, 1997. Pág. 129 y ss

(44) Al establecer el Art. 49 LPM que «Corresponde, *asimismo*, a los Secretarios Relatores de Juzgados Togados y Tribunales Militares...», se entiende que las actividades relacionadas en los 4 números del artículo, no son un desarrollo del art 48, agotando con ello las posibles actividades de su competencia; por lo que caben otras que serían las fijadas en la LOPJ., LECrim. y LECiv. para los Secretarios: diligencias de ordenación, propuestas de providencia...

(45) Sin embargo, MONTERO AROCA, *Op. Cit*, pág 3, respecto a «la actividad realizada por el juez en el proceso aunque en condición distinta a la de juez... se refieren a que haya intervenido antes como defensor o representante de alguna de las partes, haya emitido dictámen sobre el pleito o causa, o interviniera como Fiscal, perito o testigo,» no cita al Secretario.

Pero no aparece tan clara la *justificación* para este deber, pues no se ve afectado por contradicciones de postura procesal con el Juez, como si sucede al Fiscal, o a los abogados o procuradores que han sido parte, cosa que no sucede al Secretario, pues no lo es; ni tiene otro criterio sobre el asunto que lo que consta en actuaciones, como puede acontecer en otros de los intervinientes en quienes pueden además concurrir intereses particulares —testigos, peritos (46)...—.

Es necesario analizar los actos «procesales» que realiza el Secretario y ver si son de relevancia tal para poder ser considerados como de «instrucción» a los efectos de aplicar la doctrina jurisprudencial sobre los mismos respecto a la recusación y abstención. Diferenciando los actos que son de instrucción material y los que son meramente formales, podemos decir que no afectan a la neutralidad los segundos, aun en el supuesto de haberse producido por quien luego conoce en la fase decisoria. A la vista de su actuación podemos saber cual es el alcance, el compromiso, o *contaminación*, por su vinculación con la causa, sea en línea ascendente, de instrucción y plenario, o en vía de recurso cuando luego corresponde de nuevo su conocimiento para sentencia. Así se habla de la existencia contrastada motivos legítimos para temer por su imparcialidad, razones que han de ser objetivamente justificadas (47).

Distinguidas las dos clases de actuaciones: la que no supone atentados a la imparcialidad, por suponer actos de mero trámite, y la que sí es atentatoria (48), podemos decir con el Tribunal Supremo que «una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de pruebas, y otra muy distinta es, sobre el material ordenado e incorporado por otro juez, se compruebe si tal actividad, estrictamente provisional, permite entrar en proceso propiamente dicho» (STS 27.may.1988).

1. Son actos que determinarían por sí solos el deber de abstenerse, por no ser simples actos de ordenación procesal, sino estar encaminados a la averiguación y calificación de los hechos, y en su caso a la formulación de títulos de imputación (STC 32/1994): El dirigir el interrogatorio del detenido o la toma de declaraciones a testigos (STC 11/1989), la admisión a trámite de denuncia o querrela, la práctica de pruebas anticipadas, el decretar el procesamiento, o dictar auto de inculpación o de apertura del juicio oral (STC 320/1993), por ejemplo. Actividades todas ellas que no

(46) Salvo los “intérpretes”, de la Ley del Jurado (Art. 11.5. L.del Jur.) en los que no encuentro el *interés*.

(47) STEDH, Caso *Hauschildt*, S.de 24 mayo 1989

(48) Cfr. SANTOS VUANDE, JM. *Op. Cit.* Pág 5, del I (nº 4719).

puede realizar el Secretario. Aunque debemos tener presente una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49) (STEDH c. *Castillo Algar*, leída el 28.oct.1998) ha extendiendo la idea de ruptura del principio de imparcialidad cuando se conoce de cualquier manera el procedimiento antes de ser luego el sentenciador, en primera o ulteriores instancias...ese *fumus* de duda (50) sobre la posterior actuación del juzgador si puede ser motivo de recusación.

2. Por el contrario, no son actos que impliquen *contaminación*: La adopción de actos de ordenación y comunicación con las partes para dar al proceso el curso que le corresponde, (STC 372/1993), no afectando a su neutralidad porque no ha investigado directamente los hechos, ni tuvo que valorarlos, ni intervino en forma activa en el interrogatorio.» Hay actos de mero trámite que en este punto carecen de significación, porque en realidad no requieren un contacto en detalle con el contenido de las actuaciones» (STC 164/1988), como son: La petición e incorporación de antecedentes penales, o informes sobre la conducta ciudadana, el señalamiento para la vista, o la práctica del careo (51). Llegando admitirse incluso supuestos como el procesamiento por quien luego ha de juzgar (52) o la resolución de recursos contra decisiones del instructor por quien luego sentencia (53), hoy día difícilmente sostenibles a la vista de la STEDH c. *Castillo-Algar*. Algunas de las actuaciones anteriores son de la competencia del Secretario en su condición de ordenador e impulsor del procedimiento y se realizan al tramitarse ordinariamente la causa. En consecuencia, si luego conoce del procedimiento como juez instructor no parece que pueda verse afectado por la pérdida de imparcialidad por motivos objetivos.

3. Llama la atención el que los casos anteriormente citados son supuestos que atentan a la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento, y no hacen referencia a la sucesión en la misma fase

(49) MUÑIZ VEGA, G. « *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo Algar y la Jurisdicción Militar* ». Rev. La Ley, nº 4749, 8. mar. 1999.

(50) Así el TEDH en los casos *De Cubber* y *Piersack* habla de la importancia de las «apariencias».

(51) Sobre la contaminación por dirigir un «careo» hay decisiones contradictorias: a favor de la ruptura de imparcialidad STC 151/1991, a favor, STC 372/1993. A mi juicio si puede comprometer la imparcialidad al dictar, concluido el careo, un juicio de credibilidad o firmeza en alguna de las partes.

(52) ATC 220/1989, si no ha realizado labores de instrucción.

(53) ATC 70/1995, si no hay actividad de investigación no hay intervención propiamente dicha en la fase instructora.

procesal. Pero podríamos aplicar esta doctrina a los casos que nos ocupan, cuando se trata de sustituciones dentro de la misma fase instructora, dado que el derecho al juez imparcial se aplica desde el inicio del procedimiento, más aún cuando en el sistema que rige en nuestro proceso penal, dejando al margen el principio acusatorio, el instructor tiene en sus manos la dirección de la investigación del hecho delictivo, y con potestad de decisión sobre adoptar las medidas cautelares sobre la persona sobre el inculpado.

4. Ni toda intervención, del Juez o Secretario, anterior al juicio puede ser considerada como actividad instructora, ni todo quehacer en esta fase compromete la imparcialidad objetiva del juzgador, de modo que es necesario señalar, siquiera por indicios, que unos actos de verdadera instrucción ocasionan la prevención del que juzga (STC320/1993) y otros (54), no. El criterio relevante puede estar en la existencia de un motivo legítimo, y objetivamente justificado, en atención a las circunstancias del caso concreto para temer la parcialidad del juez (55). En este sentido el TEDH ha señalado la importancia de la opinión del acusado, y sus temores sobre la imparcialidad del juez (56).

De lo expuesto, parece que existen razones tanto para admitir la abstención o recusación del Secretario que luego es Juez instructor del procedimiento; como ser esta circunstancia insuficiente, y no estimar que incurre en causas objetivas que aconsejen su abstención. Se deja abierta la vía de las causas subjetivas, y planteada la recusación, si el imputado alega motivos suficientes para temer por la imparcialidad del juez, a la vista de la amplia redacción de la causa 11 del art. 53 LPM, parece lógico que se vea apartado de la instrucción. Sin embargo, se está *contaminado*, cuando se conoce en instrucción, aunque sea como Secretario, y luego se interviene en cualquier concepto en la fase del juicio oral, pues «la separación plena de las dos fases es un principio insoslayable del derecho a un proceso con todas las garantías» (SsTC 145/1988 y 164/1988).

VII. LA INTERVENCIÓN COMO TÉCNICO EN DERECHO CON ANTERIORIDAD AL PROCEDIMIENTO

Para finalizar podemos hacer mención del caso citado en el último de los supuestos que como ejemplo eran planteados al inicio del apartado V.

(54) En STC 11/1989 (fj 5º), se habla de los «simples actos de ordenación procesal».

(55) SANTOS VIJANDE, JM. *Op. cit.* Pág 5, del I (nº 4719).

(56) STEDH c. *Hauschildt*, 24.may.1989.

Es el supuesto de haber intervenido como «técnico en derecho» en el curso dado al Parte militar o atestado que luego pasa como *denuncia* al juzgado, instruyéndose procedimiento sobre los hechos. Esta intervención podría estar prevista dentro de la causa 5ª, del mismo art. 53 LPM, al decir «...haber emitido dictamen en el procedimiento o en otro análogo como letrado...», siendo dos lo elementos esenciales para que nos surja la duda si se encuentran en una de las previsiones de la causa 5ª o de la 11ª. Primero, que se trate de informes «dentro» del procedimiento, y la segunda, el hacerlo como Letrado, esto es, en calidad de ser parte en el procedimiento. Considero que estaríamos dentro de la causa 11ª, en el caso de que el informe del Asesor jurídico fuera verbal (57), o el atestado en el que intervino no se uniera al procedimiento, por las razones que fueran. Así, es habitual que unos determinados acontecimientos, que incluso no se han *calificado* por quien redacta el Parte, se pongan en conocimiento de la Autoridad Militar con potestad para imponer sanción disciplinaria, y éste recabe informe de su Asesoría. Posteriormente se da traslado del Parte a un Juzgado Togado donde se incoan actuaciones; así como en el transcurso de la vida profesional del «asesor» puede ser él el titular del Juzgado, o el Secretario Relator del mismo, con competencia para conocer.

Vista la doctrina que antes hemos expuesto, parece claro que debe abstenerse de intervenir en cualquier caso, pues si conoce del procedimiento al margen del mismo, está *contaminado*, en el sentido que reiteradamente habla nuestro Tribunal Constitucional (SsTC 113/92, 136/92, 157/93 ó 32/94).

(57) MONTERO AROCA, *Op. Cit.*, dice, en nota (13): El «dictamen» no puede referirse a haber expresado una opinión doctrinal sobre una cuestión jurídica general... La causa de abstención o recusación atiende a haber emitido dictamen u opinión como letrado respecto de la cuestión fáctica o jurídica precisamente en un proceso determinado... No es precisa su anterior incoación.