

LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES MILITARES

Joaquín Gil Honduvilla
Teniente coronel auditor
Doctor en Derecho y en Historia

Resumen

La neutralidad de los miembros de los tribunales es un tema vigente. Hasta fechas recientes había una especial sensibilidad con las posibles relaciones de los componentes de los tribunales con las distintas partes del procedimiento, la denominada imparcialidad subjetiva. En fechas recientes, se ha incidido por parte de la jurisprudencia en otro tipo de contaminación, aquella que conecta a los miembros de un tribunal, no con los sujetos del procedimiento, sino con el procedimiento en sí, con el ramo de prueba, a través de los recursos previos que el tribunal ha tenido que resolver, o a través de la conducción de la vista oral. Esta imparcialidad recibe el nombre de imparcialidad objetiva. En la jurisdicción militar, la especialidad de resolver los recursos contra las sanciones disciplinarias impuestas permite también determinar situaciones de contaminación de los componentes de un tribunal militar que han de ser también precisadas.

Palabras claves: tribunal, contaminación, prueba, vista, recurso, juez, imparcialidad, neutralidad.

Abstract

The neutrality of the members of the Courts is an issue in force. Until recently there was a special sensitivity to the possible relationships of the components of the courts with the different parts of the proceedings, so-called subjective impartiality. In recent times, the case-law has been influenced by other types of pollution, the one that connects them to the members of a court, not with the subjects of the proceedings, but with the procedure itself, with the body of evidence, through the appeals that the court has had to rule, or through the conduct of the oral hearing. This impartiality is called objective impartiality. In the Military Jurisdiction, the speciality of resolving appeals against the disciplinary sanctions imposed also determines situations of contamination of the components of a military court that must also be specified.

Keywords: court, pollution, proof, hearing, appeal, judge, impartiality, neutrality.

SUMARIO

1. La vigencia del problema; 2. La imparcialidad como derecho: imparcialidad objetiva y subjetiva; 3. Perfilación de la imparcialidad judicial por parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; 4. La adaptación de los tribunales militares españoles a la jurisprudencia del TEDH; 4.1. Antes de la vista oral; 4.2. En el acto de la vista oral; 5. La imparcialidad objetiva en el procedimiento contencioso disciplinario; 6. Conclusiones.

1. LA VIGENCIA DEL PROBLEMA

Las presentes líneas tienen como objeto analizar algunos aspectos que hacen referencia a la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares en su labor jurisdiccional, todo ello a la vista de la problemática suscitada en los últimos años en relación con este tema. El origen de esta cuestión se encuentra en la más reciente jurisprudencia dictada sobre esta materia por las distintas salas del Tribunal Supremo, en especial la de la Sala Quinta, de lo Militar. Nos ceñiremos a la denominada imparcialidad objetiva, sin tratar cuestiones tan próximas como son la independencia de los órganos que imparten justicia o el concepto de imparcialidad subjetiva. De este último asunto se harán breves referencias, a los efectos de

su diferenciación con el objeto concreto de este trabajo. Si serán parte de nuestro estudio, aunque solo tangencialmente, cuestiones como la labor del juez instructor o el derecho de todo ciudadano a un juez ordinario pre-determinado por la ley, que encuentra cobijo en el artículo 24.2 del texto constitucional.

Por todo lo expuesto, el presente estudio se ceñirá a la labor desarrollada desde los tribunales militares, tanto tribunales territoriales como del propio Tribunal Militar Central, intentando destacar aspectos de la actuación de los miembros de estos órganos durante el proceso penal y contencioso-disciplinario, que según la reciente jurisprudencia pueden determinar una pérdida de la exigible imparcialidad objetiva, así como algunos problemas con los que se encuentran sus componentes en razón de las prácticas desarrolladas por las diferentes partes del proceso. Todo ello intentando precisar el valor de la imparcialidad a la hora de impartir justicia, en la creencia de que un juez parcial no puede ser independiente y objetivo, y por ello, cualquier actuación efectuada por un miembro de los tribunales ha de comprometerse en presupuestos de comportamiento y apariencia de este bien supremo que es la justicia en base a su falta de compromiso con algunas de las partes y con el propio procedimiento.

La actualidad de esta cuestión tiene efectos incluso a la hora de planificar los proyectos de reformas integrales de la jurisdicción militar que se han planteado en los últimos años. Ya en las VII Jornadas sobre Jurisdicción Militar celebradas en Madrid, en la sede del Consejo General del Poder Judicial entre el 20 y el 22 de octubre de 2015, se procedía a anunciar un proyecto transformador de la jurisdicción militar, que posteriormente no ha fructificado. También en las más recientes IX Jornadas, desarrolladas entre los días 8 al 10 de octubre de 2019, se ha propuesto un nuevo proyecto de reforma todavía por consolidar. En el proyecto enunciado en la primera de estas jornadas, entre otras cuestiones, se proponía que las instrucciones de los procedimientos judiciales militares fueran dirigidas por el ministerio fiscal, confiriendo a las autoridades judiciales funciones esencialmente resolutorias y de garantía procesal. Esta radical transformación de la estructura jurisdiccional militar, que iría acompañada de un integral cambio de la planta de órganos judiciales, en parte resolvería algunos de los problemas que acucian hoy en día a los integrantes de juzgados y tribunales militares en relación a su imparcialidad en los procedimientos que deben conocer, afectación quizás de mayor calado en la jurisdicción militar que en la jurisdicción ordinaria toda vez el más fluido trasvase de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar desde órganos jurisdiccionales a otros órganos jurisdiccionales, de funciones fiscales a destinos en juzgados

y tribunales e, incluso, desde puestos donde ejercitan funciones de asesoramiento al mando militar, con implicaciones en posteriores procedimientos con repercusiones penales y contenciosas, como son la de haber ejercido e impulsado la instrucción de procedimientos disciplinarios por faltas graves y muy graves, que posteriormente pueden ser reconducidos a nivel penal por los diferentes conductos que así lo permiten. Todos estos trasvases afectan a la debida imparcialidad objetiva de todo miembro del Cuerpo Jurídico Militar que se integra en un tribunal a la hora de adentrarse en la resolución del caso que le corresponde y por ello al debido derecho de todo ciudadano de ser juzgado por órganos jurisdiccionales «limpios».

Siguiendo el conocido principio del derecho anglosajón de que la justicia debe ser no solo real sino también aparente, están surgiendo voces en nuestra doctrina y jurisprudencia que recalcan no ya solo la necesidad de que todo juez tenga que ser imparcial, sino que incluso siéndolo, aparente realmente esa falta de implicación de sus actuaciones pasadas con el tema a decidir que le viene a corresponder por el preceptivo turno de reparto.

Los criterios de la pretendida reforma de la jurisdicción militar, especialmente la transmisión de la instrucción de los procedimientos al ministerio fiscal y la aparición de los jueces de garantías, iban dirigidos a cumplir estos objetivos de que no solo sea el juez un órgano imparcial sino que incluso muestre dicha apariencia. Como señala Luis Rodríguez Ramos, haciendo referencia al procedimiento penal español, pero íntegramente aplicable a la reforma jurisdiccional militar antes referida «Que el Ministerio Fiscal se encargara de la instrucción, bajo la vigilancia de un juez de garantías. Esta es la única fórmula para acreditar, real y aparentemente, que un juez sin interés en la investigación juzgue —decida— las cuestiones principales y accidentales que surjan durante la instrucción: diligencias de investigación, sin o con afectación de derechos fundamentales de modo directo (prisión preventiva, intervenciones telefónicas o de correspondencia, entradas y registros, etc.), pues de modo indirecto toda investigación de naturaleza penal, en esta época de la justicia mediática, afectan siempre a ciertos derechos fundamentales como el honor, la presunción de inocencia en un sentido amplio y material —no meramente formal—, etc.»¹.

Otras modificaciones que se requerirían para acatar el principio de la imparcialidad judicial, a la luz de una reciente y creciente jurisprudencia serían:

¹ RODRIGUEZ RAMOS, L. «La imparcialidad judicial objetiva». *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 376. Pamplona: Aranzadi Instituciones, 1999.

1. Que los jueces que sean designados para desarrollar funciones de jueces de garantías no puedan participar en el enjuiciamiento de causas en las que hayan intervenido, resolviendo cuestiones durante la instrucción.
2. Que ningún miembro del tribunal que haya participado en la resolución de recursos de apelación o queja durante la instrucción forme parte de los órganos que posteriormente vayan a enjuiciar esos mismos hechos.
3. Que tampoco los miembros de tribunales militares que hayan tenido intervención en una causa militar puedan formar parte de órganos superiores que resuelvan recursos de apelación o casación sobre esos mismos hechos.
4. Extender la incompatibilidad a causas diversas pero conexas con otras resueltas anteriormente.

Pero si en parte el proyecto de reforma integral de la jurisdicción militar podría resolver los problemas que más adelante pretendemos señalar, también hay que indicar que existen otras soluciones menos traumáticas que permitirían, con el mantenimiento de la actual jurisdicción militar, alcanzar esos deseados objetivos de que los procesos, los litigios, sean conocidos por jueces sin mancha en su relación con el objeto del procedimiento. Estas posibles soluciones, menos «traumáticas» fueron planteadas y concretadas por el presidente del Tribunal Militar Territorial Segundo en la ponencia celebrada en las jornadas de derecho militar en Granada el pasado día 21 de abril de 2017, en las Jornadas sobre Derecho Militar y Defensa Nacional: historia y perspectiva.

Por todo ello, entendemos plenamente vigente la cuestión planteada de la problemática de la imparcialidad objetiva en los órganos judiciales militares, en la que nos vamos a adentrar.

2. LA IMPARCIALIDAD COMO DERECHO: IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

Aun cuando nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a un juez imparcial, pues ninguno de los artículos de la Carta Magna hace referencia expresamente a este derecho, la doctrina del Tribunal Constitucional sí ha marcado de manera clara que el juez imparcial forma parte de los derechos fundamentales de toda persona a través del artículo 24.2 que reconoce a todo ciudadano el derecho a un proceso con todas las garantías.

Siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la imparcialidad judicial «es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma. Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (Sentencia 11/2000). De un modo semejante se pronuncia este Tribunal en su Sentencia 146/2006 al señalar que «la imparcialidad del tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso, constituyendo incluso la primera de ellas».

Este derecho a la imparcialidad del juzgador extiende sus efectos en nuestro ordenamiento al estar reconocido, esta vez sí de forma expresa, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6.1 del Convenio de Roma (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) de 4 de noviembre de 1950, convenio suscrito en el marco del Consejo de Europa, por el que se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas resoluciones, conforme a su artículo 46 resultan vinculantes para el Estado español como uno de sus firmantes, y en el artículo 14.1 del Pacto de Nueva York, por el que se crea el Comité de Derechos Humanos en el marco de las Naciones Unidas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y se configura por la jurisprudencia como «la primera y más importante garantía del proceso justo, por cuanto integra parte del estatuto constitucional del juez (art. 117.1 Const) y le impone la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin excepciones al ordenamiento jurídico, constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función judicial (TCO 130/2002; 52/2001; 38/2003; 39/2004; TS 9-6-05 RJ 5849; 18-5-05, RJ 4962)»².

La imparcialidad, de este modo, se diferencia de otro de los presupuestos que se atribuyen a los órganos judiciales, su independencia, en que este último va dirigido a marcar los espacios con el poder ejecutivo, afectando a aspectos tales como el modo de designación de los miembros del poder judicial, y la duración de sus mandatos (Caso Cambell y Fell, 28-06-84); la existencia de garantías contra presiones exteriores (Caso Piersack 1/10/82) y la apariencia de independencia (Caso Delcourt 17/1/70), mientras que la imparcialidad es un presupuesto inherente a un proceso con todas las garantías y una manifestación del principio acusatorio, cuyo fundamento descansa en la necesaria confianza que los tribunales de justicia deben inspirar en una sociedad democrática.

Pero la imparcialidad no es un concepto unívoco, que extiende sus efectos en una sola dirección, pues como se ha venido manteniendo por la

² VV. AA. *Memento práctico procesal 2009-2010*. Francis Lefevre, 2008.

doctrina y la jurisprudencia, la actitud de los miembros de los órganos jurisdiccionales ante un proceso que se les plantea tanto en la fase de instrucción como a la hora de juzgar y dictar sentencia, se encuentran condicionadas por dos «obligaciones» a la que deben ajustar su actuación: primero, no ser juez y parte en el procedimiento al que someten su actuación; segundo, no ser juez de su propia causa. A su vez estas obligaciones se traducen en dos reglas de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (STC 162/1999). Una primera, los jueces, y entre ellos los pertenecientes a la jurisdicción militar, «no pueden asumir procesalmente funciones de parte», y una segunda, «los jueces no pueden realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en contra».

Son estos criterios los que marcan la diferencia entre lo denominado por la jurisprudencia como imparcialidad subjetiva y la denominada imparcialidad objetiva, que se convertirá en el objeto de este trabajo. Se puede definir la imparcialidad subjetiva como aquella que garantiza que los miembros de los órganos jurisdiccionales ejecutarán sus funciones y desarrollarán sus actuaciones sin haber mantenido relaciones personales con las partes presentes en el proceso. Mientras que la imparcialidad objetiva es aquella que tiene como objetivo desmarcar al juez del objeto del proceso, en el sentido de asegurar que este no ha tenido contacto alguno previo con el *thema decidendi*, con lo que se asegura que el juez o cualquier miembro de un tribunal no haya tenido ningún contacto previo con el objeto del proceso, y de esta manera, que estos jueces o magistrados se acercan al objeto del mismo sin prevenciones previas que puedan condicionar o enturbiar su ánimo.

Son muchas las definiciones que se pueden encontrar en la bibliografía doctrinal jurídica de estos conceptos. Como muestra, seguimos las impartidas por Enrique García López-Corvacho, apoyadas en resoluciones del Tribunal Constitucional sobre estos conceptos, que señalan que la imparcialidad subjetiva «consiste en que el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento de los hechos no guarde relación con las partes»; en palabras del Tribunal Constitucional, el juez debe «ser tercero entre las partes, permanecer ajenos a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio (Sentencia 143/2006)», mientras que la imparcialidad objetiva «consiste en que el órgano de enjuiciamiento no haya tenido contacto anterior con el *tema decidendi* o fondo del asunto»; como señala esa misma Sentencia 143/2006 del Tribunal Constitucional, con la imparcialidad objetiva se pretende «asegurar que los jueces y ma-

gistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso»³.

Estas dos obligaciones dan forma al derecho de todo ciudadano a ser enjuiciado por un juez imparcial, que se desarrollan en nuestra legislación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial «donde se establecen los límites de la jurisdicción y competencia de los órganos judiciales, así como la idoneidad de los jueces predeterminados en relación con el asunto concreto; idoneidad medida por sus condiciones objetivas de ecuanimidad, rectitud, desinterés y neutralidad. Por ello, el derecho al juez predeterminado por ley necesariamente debe comprender el derecho de recusar a los funcionarios en quienes concurren causas tipificadas como circunstancias que les privan de la idoneidad para juzgar (sentencias 65 y 137/1994 del TC)»⁴. De este modo, la imparcialidad se configura como una exigencia básica del proceso con todas las garantías, y se traduce en que el juez debe ser tercero entre las partes, y por ello ajeno a las partes presentes en el litigio, y a los intereses del mismo. Como señala Rafael Jiménez Asensio, las precisiones del Tribunal Constitucional, a las que se puede añadir la Sentencia 162/1999, vienen a determinar que «el juez, además, está sujeto a la ley y no puede guiarse en su función de juzgar por simpatías o antipatías, ya sean estas personales o ideológicas, ni por convicciones o prejuicios, esto es, por motivos ajenos al derecho»⁵.

No obstante lo anteriormente reseñado, no son pocos los autores que defienden hoy una imposible diferenciación estricta entre estos dos conceptos, hasta el punto de entenderse imposible su compartimentación, siendo su distinción «sumamente artificial». Así lo considera el autor anteriormente citado, quien ha venido a indicar que «en verdad, todas las causas de abstención y recusación son reconducibles al juez como persona, esto es, son causas subjetivas, en las que el juez podrá incurrir por determinadas circunstancias de distinta índole, pero cuyo éxito, esto es, el apartamiento del juez concreto del conocimiento del caso concreto, solo podrá ser activado a través de una objeción, esto es, siempre que se pruebe de algún modo que lo que se imputa al juez tiene rasgos de veracidad o, al menos, coloca a este en una situación objetiva de falta de apariencia de imparciali-

³ GARCÍA LÓPEZ-CORVACHO, E. «Derecho al juez imparcial». *La Toga, revista Online del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, N.º 161. 2006.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ JIMENEZ ASENSIO, R. «El derecho al juez imparcial: luces y sombras en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 5/2001, parte Estudio*. Pamplona: ED Aranzadi, 2001.

dad. Y esa distinción, en efecto, aparece más o menos oculta en el razonamiento del TC en esta STC 69/2001, cuando expresamente se dice:

“En cualquier caso, para que, en garantía de imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundamentalmente que el juez no es ajeno a la causa o que permita temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico (STC 162/1999, de 27 de septiembre, F.5)”⁶.

Otros autores, como Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxebarria Guridi participan de esta corriente que aboga por entender que no existen diferentes tipos de imparcialidad sino solo una que afecta siempre al componente subjetivo del juez. Así, estos autores señalan que «la artificiosidad de la distinción ha sido objetada por la doctrina. Como se ha indicado por no pocos autores, la imparcialidad del tribunal solo puede ser subjetiva. El problema estriba en las dificultades que plantea acreditar si el juez en su convicción personal o fuero interno está afectado de imparcialidad, de ahí que se presuma, según el TEDH, salvo prueba en contrario»⁷.

Por último, y para reincidir en esta corriente unionista en cuanto a la imparcialidad de las autoridades judiciales, Motero Aroca ha señalado que «la verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo [...], implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso [...]. [...] la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad»⁸.

A pesar de lo indicado por esta corriente, hoy en día sigue vigente la diferenciación entre imparcialidad objetiva y subjetiva, por mucho que la naturaleza de este concepto sea esencialmente subjetivo al afectar a la persona del juez impidiendo que la función que tiene encomendada se desarrolle de modo adecuado. De todos modos, esta división binaria sigue manteniéndose en vigor, más cuando en la casi totalidad de casos planteados al TEDH, este tribunal los ha reconducido al plano objetivo, como veremos en algunas de sus resoluciones. De este modo, podríamos hablar de dos tipos de imparcialidades: la imparcialidad subjetiva obje-

⁶ *Ibidem*, folio 5.

⁷ ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J. F. *Derecho al tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley* (3.ª parte). Estudio y Comentarios Legislativos (Cívitas). Convenio Europeo de Derechos Humanos. BIB 2009/1889. 2009, pp. 5 y 6.

⁸ MORENO AROCA. *Sobre la imparcialidad*. 1999, pp. 187-189.

tivable y la imparcialidad subjetiva subjetivable, pues al fin y al cabo, vuelven a ser las conexiones de la autoridad judicial con el procedimiento o con las partes del proceso las que van a determinar el origen de su posible contaminación.

3. PERFILACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL POR PARTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro de este nebuloso campo de la determinación del concepto de imparcialidad ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) el que ha procedido a marcar, no sin algunos cambios de rumbo, los criterios a seguir a la hora de enfocar este tema.

Este Tribunal, también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos, es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Es un tribunal al que puede acudir cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos, o más concretamente los reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus protocolos adicionales, tras haber agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en el Estado de origen. De este modo, todo particular puede presentar una denuncia contra un Estado por violación del Convenio, y no han sido pocas las que de una u otra manera esgrimían el derecho que todo ciudadano tiene a un juez imparcial, siendo, por tanto, un tema en el que este tribunal ha tenido que entrar para concretar su contenido y extensión. Por otro lado, hay que señalar que el cumplimiento de las sentencias del Tribunal es obligatorio por los Estados miembros que han sido condenados y está supervisado por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro. El TEDH no es una institución de la Unión Europea, no está relacionado con ella ni por lo tanto con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TEDH es un órgano judicial que se crea en virtud del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Con la implantación de este Tribunal, la Europa del convenio, y algunos países como Bielorrusia y Kazajistán, también integrados al mismo, ha conseguido unos estándares sumamente elevados en cuanto a la protección de estos derechos. Con su interpretación progresista, el Tribunal ha ido aumentando y mejorando el reconocimiento de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sentencia tras sentencia.

Simplemente a modo esquemático, pues las dimensiones de este trabajo impiden adentrarnos en profundidad en la cuantiosa y pormenorizada jurisprudencia del TEDH en relación al tema de la imparcialidad, hay que reseñar que es la sentencia que resuelve el caso Piersack contra Bélgica, de 1 de noviembre de 1982, la que marca la diferenciación antes indicada entre imparcialidad objetiva y subjetiva. Así esta resolución señala que «si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto». Tanto la sentencia anteriormente citada, como la dictada en el caso De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984, son básicas para marcar el criterio jurisprudencial de que toda actuación como miembro de un tribunal de quien anteriormente había sido instructor de la causa objeto de controversia suponía una infracción de la garantía de imparcialidad. Es en estas sentencias en las que se marca de manera concluyente que no puede fallar en un procedimiento quien hubiese tenido algún tipo de contacto con la actividad instructora, o lo que es lo mismo, la incompatibilidad entre el juez instructor y el fallador.

Fue esta doctrina la que determinó que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 145/1988, por la que se declara inconstitucional el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que eliminaba entre las causas de recusación del juez fallador el haber sido instructor de la causa, y que a su vez originó que se aprobara la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las leyes orgánicas del poder judicial y de enjuiciamiento criminal, en cuyo preámbulo se puede leer que «El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal.

La presente Ley Orgánica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introducción de una nueva clase de órganos unipersonales: los juzgados de lo penal».

En la Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional, y en reformas legislativas como la que tuvo lugar a finales de 1988, se encuentra el origen del principio del juez no prevenido, por el que «no puede entrar a formar

parte de un órgano juzgador y sentenciador quien ha intervenido en la fase de instrucción o preliminar por cuanto esta intervención hace surgir la razonable impresión de que el contacto con la investigación y actuaciones preparatorias del juicio puede originar en el ánimo del juez o tribunal prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado.

Tras las dos sentencias del TEDH anteriormente mencionadas, este tribunal, matizó, en parte, su anterior criterio al pronunciarse en el caso Hauschildt contra Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 1989. En esta resolución el tribunal, al analizar otro supuesto de imparcialidad objetiva, viene a considerar que no debe haber reglas rígidas, por lo que cualquier cuestión que se plantee no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que estudiar cada caso de manera singular y pormenorizada, o lo que es lo mismo «caso por caso», no debiendo entenderse que toda función instructora previamente desarrollada por quien posteriormente ejerce las funciones de juzgar implica, por sí, una contaminación del juzgador. En concreto, en esta sentencia se analizaba el enjuiciamiento de un caso por un juez que previamente había adoptado la prisión provisional del individuo. En este caso el TEDH afirmó que no se infringía el artículo 6.1 del CEDH, esgrimiendo que en un sistema de derecho anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al ministerio público la dirección de la investigación, este tipo de decisiones no condicionan la imparcialidad del juzgador. Este caso es llamativo, toda vez el juez sobre el que recaía la posible contaminación por sus actuaciones previas no solo había acordado la prisión, sino que la había prolongado en quince ocasiones, siempre a petición del ministerio público, además decretó su incomunicación, ordenó dos comisiones rogatorias y decretó el embargo de los bienes del imputado. Tampoco considera el TEDH en el caso Nortier contra los Países Bajos, Sentencia de 24 de agosto de 1993, que quede contaminado un juez de menores por haber adoptado decisiones con anterioridad al proceso, fundamentalmente sobre la prisión provisional, al entender que no justificaría esta medida temores en cuanto a su posible imparcialidad «lo que cuenta es el alcance y la naturaleza de las medidas en cuestión». En este mismo sentido la Sentencia Saraiva de Carvalho contra Portugal, de 22 de abril de 1994.

No obstante estas matizaciones, el TEDH, especialmente en los derechos de corte continental sigue manteniendo un criterio de contaminación entre las funciones instructoras y juzgadoras, que se han seguido apreciando en sentencias como Gómez de Liaño y Botella, contra España, de 22 de julio de 2008 o Thomann contra Suiza, o las sentencias directamente dirigidas a resolver este tipo de controversias dentro de la jurisdicción militar

española como la Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998, o la Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002. El origen de la primera de estas resoluciones se encuentra en un auto de procesamiento dictado por un juez togado militar, en un delito contra la hacienda en el ámbito militar. Los hechos son complejos, ante un auto de procesamiento dictado por el juez militar instructor, el tribunal superior decide revocar dicho auto al estimar que los mismos no son constitutivos de delito. Tras un recurso de casación impulsado por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo revoca el auto recurrido al considerar que los hechos podían ser constitutivos de un delito contra la hacienda militar. El juez instructor dicta un nuevo auto de procesamiento, que esta vez es recurrido por la defensa ante el mismo tribunal que anteriormente ha revocado el primer auto de procesamiento. Esta vez el tribunal confirma el procesamiento. Posteriormente, dos de los miembros de la sala que habían desestimado el recurso contra el segundo auto de procesamiento formaron parte de la sala que condenó al referido oficial, en concreto el presidente y el ponente. Sin haber recusado en su momento a estos miembros del tribunal sentenciador, la defensa recurre en casación la resolución condenatoria invocando la falta de imparcialidad objetiva con la que había sido juzgado su patrocinado, considerando la Sala Quinta del Tribunal Supremo «que la confirmación del procesamiento no es un acto instructorio, doctrina que posteriormente confirma el TC en su Auto 70/95, de 20 de febrero, recordando sus propias SS 145/88, 151/91 y 113 y 136/92 entre otras».

Elevado recurso ante el TEDH este tribunal se reafirma en su criterio de que la imparcialidad objetiva de un miembro de un tribunal, y entre ellos los militares, tiene como fin asegurar que ofrece las garantías suficientes para excluir toda duda legítima a este respecto, entrando en un concepto complejo y difuso como es el de «la apariencia de imparcialidad». Señala esta sentencia del TEDH que la parcialidad objetiva consiste en «preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar de su imparcialidad»... al entender que «de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados». De este modo el tribunal entiende que debe ser recusado «todo juez del que pueda legítimamente temerse una pérdida de imparcialidad». Concretando los hechos que se valoraban, el TEDH viene a entender que hasta la apariencia viene a tener importancia pues «de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados»... por lo que «debe recusarse todo juez del que pueda legítimamente temerse una

pérdida de imparcialidad». Esta sentencia ha tenido cierta trascendencia hasta el punto que algunos artículos especializados se han centrado en su contenido⁹.

En la Sentencia Perote Pellón contra España, tras haber sido acordado el arresto domiciliario y la posterior prisión provisional, por auto de un juez togado militar, esta autoridad dictó auto de procesamiento por un delito de revelación de secretos relativos a la seguridad y defensa nacionales. Este auto fue recurrido en apelación, siendo confirmado parcialmente por el Tribunal Militar Central, al constatar indicios bastantes y racionales de participación activa en la obtención no autorizada de la información clasificada. Posteriormente la defensa de Perote recurrió en apelación un nuevo auto de prisión incondicional dictado. Este recurso fue resuelto por tres magistrados del Tribunal Militar Central, siendo dos de los componentes de esta sala los mismos que habían resuelto el recurso de alzada contra el auto de procesamiento. Posteriormente esos dos mismos vocales formarían parte de la sala que condenaría al demandante. La intervención de estos magistrados es aún mayor, toda vez que participan en la desestimación de un recurso de queja contra la denegación de medios de prueba por el juez instructor; acuerdan la prórroga de la prisión provisional «por concurrir indicios de culpabilidad sólidos y racionales», peligro de fuga y destrucción de pruebas; la gravedad de la pena susceptible de ser impuesta y la condición de oficial superior del afectado.

En este caso el TEDH aborda la posible contaminación de estos vocales desde una perspectiva objetiva, entendiendo que los términos empleados en el auto por el que se resolvía el recurso contra el auto de procesamiento, y en el que se apreciaba la necesidad de mantener la situación ante la gravedad de los hechos objeto del procedimiento que se le instruía, así como la pena susceptible de serle impuesta, «permitían hacer pensar que existían indicios suficientes para concluir que había sido cometido un delito». Fue este argumento, al que acompañaba otro de la continua presencia de los dos magistrados militares del Tribunal Militar Central, los que determinaron que el TEDH concluyera que la imparcialidad en el referido caso podía suscitar serias dudas y consideraba que la alegación formulada por el demandante en su recurso podían considerarse objetivamente justificadas.

⁹ RODRIGUEZ RAMOS, L. «La imparcialidad judicial objetiva». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 376. Pamplona: Aranzadi Instituciones, 1999.

4. LA ADAPTACIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

4.1. ANTES DE LA VISTA ORAL

Ambas sentencias, en particular, y toda la jurisprudencia del TEDH, en general, han marcado el modo de proceder de los tribunales militares españoles en estos últimos años. La trascendencia de estas resoluciones ha sido tal, que desde que fueron aprobadas se procedió a un cambio radical del modo de actuar de los órganos colegiados judiciales militares, en búsqueda de adaptarse a los criterios impuestos por el tribunal europeo. Los mayores problemas se planteaban a la hora de resolver los recursos contra autos de procesamiento, pero no eran estas las únicas resoluciones afectadas por la jurisprudencia marcada desde el TEDH, también encontraban problemas de encaje con esta doctrina actuaciones procedimentales como son los autos de denegación de un sobreseimiento definitivo y archivo planteado por el juez instructor, la admisión a trámite de una denuncia, o aquellos que afecten a prisiones provisionales de investigados, en los cuales se debería entrar, por quien las valora, al menos en el estudio de los indicios de criminalidad planteados en las actuaciones, indicios «contaminantes» para quien los esgrime.

La doctrina fijada por el TEDH también ha servido a las partes presentes en el procedimiento para denunciar posibles parcialidades de las autoridades juzgadoras. La sensibilidad, por tanto, en esta materia ha crecido y ha servido para que algunos abogados defensores, a veces buscando un mejor control del magistrado juzgador, exijan que este esté «limpio de toda contaminación», pero otras veces este tipo de actuaciones lo que han pretendido es manchar con un «chapapote jurídico» a todo aquel miembro de tribunal que haya intervenido en el proceso, al resolver recursos contra las resoluciones de los jueces togados, en virtud de lo señalado en el artículo 45.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como las propuestas de sobreseimiento con oposición de la parte acusadora a fin de obstaculizar en lo posible la impulsión de las actuaciones. No han sido pocos los procedimientos que han llegado a los tribunales militares en los que la estrategia de la defensa del investigado se ceñía especialmente a intentar dar por contaminado a todo aquel que hubiera tenido el más mínimo contacto con el procedimiento en cuestión, generando no pocos problemas, especialmente en cuanto al retraso que supone la resolución de estas cuestiones en el iter normal de estos procedimientos.

Como muestra de este tipo de actuación perturbadora del tránsito y desarrollo de toda actuación judicial podemos citar el Sumario 25/13/14 y el Sumario 25/14/14 resueltos por el Tribunal Militar Territorial Segundo. A modo de ejemplo vamos a esquematizar el último de estos procedimientos. El inicio de estas actuaciones es un expediente disciplinario, en concreto el n.º FT 093/2012. Ya en este procedimiento, el abogado que le asiste, que luego será su defensor en las actuaciones penales, había recusado a los dos instructores que habían intervenido en el mismo. No conformándose con las resoluciones que resolvían dichos incidentes, interpuso denuncia contra el instructor y el secretario últimos al entender conculcado ciertos derechos de su defendido, dando lugar a la instrucción de las Diligencias Previas 25/01/13. Acordado el archivo de las referidas diligencias, esta resolución fue recurrida por el denunciante, habiendo resuelto el Tribunal Militar Territorial Segundo la desestimación de la apelación interpuesta, por auto de 21 de marzo de 2013. Como consecuencia de la denuncia formulada contra el instructor y el secretario del procedimiento disciplinario se acordó la instrucción del SU 25/14/14, por un delito contra la administración de justicia militar contra el denunciante por denuncia falsa. Durante la fase de instrucción la defensa del investigado presentó incidente de recusación contra los miembros de la Sala del Tribunal Territorial que había dictado el auto de 21 de marzo de 2013, siendo rechazada dicha recusación por autos del Tribunal Militar Central de 24 de julio de 2013 y de 30 de octubre de 2013. Tras otras muchas incidencias procesales, el 16 de marzo de 2015 el Sr. juez del Juzgado Togado Militar Territorial N.º 25 dictó auto declarando concluso el sumario, auto que fue aprobado por el Tribunal Militar Territorial Segundo en fecha 1 de julio de 2015.

El 29 de julio de 2015 interpuso la defensa del procesado recurso de súplica contra el auto de 1 de julio de 2015, así como planteaba un nuevo incidente de recusación contra los componentes de la sala de justicia que lo dictaron. El recurso de súplica fue desestimado por auto del Tribunal Militar Territorial Segundo de 4 de diciembre de 2015, mientras que el incidente de recusación fue rechazado por auto 296 del Tribunal Militar Central, de 6 de octubre de 2015.

Esta manera de proceder, que viene a entender que cualquier contacto con el procedimiento en fase de instrucción, en razón la misión revisoria de los tribunales militares, contamina a los miembros de las salas intervinientes, no es más que un ejemplo de los diferentes y cada vez más continuos incidentes de recusación que se han ido formulando en estos últimos años de miembros de tribunales militares en razón del contenido del artículo 45.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción

Militar. Ya se ha visto, y se ha señalado anteriormente, que no todo contacto con un procedimiento, por parte de los miembros del tribunal que tiene que resolver el litigio planteado implica que estos miembros del órgano jurisdiccional queden contaminados a la hora de poder resolver el fondo del asunto. Es cierto que hay una serie de actuaciones que requieren, en cierta medida, adentrarse en los indicios de criminalidad que el juez de instrucción tiene que aportar al procedimiento. Entre todas estas resoluciones, destacan por su mayor implicación en el análisis de las pruebas aportadas, en lo que podríamos llamar «juicio de probabilidad», la resolución de los autos de recursos contra autos de procesamiento y los autos que revocan de un sobreseimiento definitivo y archivo planteado por el juez instructor, pero también hay otras muchas resoluciones en las que se trata de resolver cuestiones procesales o incidentales que nada tienen que ver con el análisis de las pruebas presentadas ni con la valoración de los hechos objeto de litigio.

¿Pero, cómo resolver estos juicios de probabilidad contaminantes? ¿Se podían dictar resoluciones en este tipo de cuestiones que evitaran el carácter contaminador de la manipulación de indicios racionales de criminalidad? En un primer momento, y específicamente ante un recurso de apelación contra un auto de procesamiento dictado por un juez de instrucción, el tribunal que conocía de dicho recurso podía optar, y optó, bien por plantear una resolución puramente epidérmica e instrumental, que intentara resolver el referido recurso exponiendo generalidades sin profundizar en la valoración de los motivos que había llevado al juez a formular dicha resolución, o bien adentrarse en profundidad en los elementos de prueba aportados a la causa entrando en el fondo del asunto. No fueron pocos los tribunales territoriales militares que decidieron, en los procedimientos de menor complejidad, por dictar autos resolutorios que eludían cualquier referencia expresa a la valoración de prueba aportada. Con ello, pretendían evitar la contaminación de los componentes de la sala, y en especial la del vocal ponente, que si bien todavía no estaba designado, pues el procedimiento en esos momentos se encontraba en instrucción por el juez territorial, se sabía a quién iba a corresponder, pues la numeración de los mismos determinaba el turno de reparto. De este modo, nació un auto de resolución de recursos contra autos de procesamiento «esquelético» y de mínima profundidad en su contenido, más preocupado de los aspectos formales que del fondo del asunto, con el que se salvaba, o se pretendía salvar, de contaminación por parcialidad objetiva a los miembros de la sala que lo dictaba, y en especial al que ya se sabía iba a ser designado vocal ponente del mismo.

Los fundamentos jurídicos esgrimidos eran tan mínimos que pueden incluso incorporarse a esta comunicación... los mismos eran del tenor siguiente:

Un primer fundamento en el que se indicaba: {Resulta del artículo 164 de la Ley Procesal Militar que el procesamiento debe de ser acordado tan pronto como resulten “indicios racionales” de criminalidad contra persona determinada. De modo que si para iniciar el procedimiento basta con la denuncia y para condenar es menester la prueba plena, el auto de procesamiento se sitúa en un escalón intermedio por cuanto que para dictarlo, si bien hace falta algo más (los indicios racionales) que la simple noticia del hecho presuntamente delictivo, no hay necesidad de una prueba cumplida sobre la perpetración del hecho delictivo.

En el escrito de recurso no se desvirtúan los indicios que, valorados por el juez togado instructor en ejercicio de su competencia funcional, dieron lugar al procesamiento del imputado, lo que hace que deba de proseguirse por dicho órgano judicial la investigación sumarial en esclarecimiento de los hechos y depuración de las posibles responsabilidades».

Y un segundo fundamento exponía: «Por otra parte, dada la redacción de los hechos que indiciariamente se atribuyen al imputado, sin añadir ni quitar nada de ella, no cabe considerar que la calificación de los mismos que se efectúa en el auto impugnado sea contraria a derecho.

Finalmente, se constata que en los actos de instrucción tendentes a la obtención de fuentes de prueba para la preparación del juicio oral se han respetado los derechos y garantías del imputado».

El problema que se planteaba es el siguiente, si la función de los tribunales militares en estos recursos es la de revisar las resoluciones de los jueces militares de su territorio a través de los oportunos recursos presentados por las partes del procedimiento, con este tipo de resoluciones lo cierto es que se desvirtuaba esta misión, al estar más pendientes los tribunales militares de evitar la contaminación de sus miembros para cuando llegaran las fases intermedias y de vista oral que de adentrarse en profundidad en la misión que la ley le marca, de pormenorizar y concretar el objeto del litigio. Es más, se podía conculcar el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye el derecho al acceso al recurso. Es por esta razón, por la que parecía, y es más técnico, y respetuoso con el deber de impartir justicia en todos sus términos, el prescindir del temor a la contaminación de los miembros de la sala que resuelva la cuestión planteada y proceder a valorar plenamente los indicios de criminalidad que en cada caso se aporten.

Pero incluso con la intención de «mojarse» dentro del recurso planteado los tribunales actuaban de distintas formas, pues las soluciones dadas al problema de concretar quiénes iban a ser los contaminados, permitían diferentes soluciones. Estas serían las siguientes:

- a) Atribuir el recurso oportuno al vocal ponente y a la sala que corresponda por el turno de reparto aprobado por cada tribunal.
- b) Crear un turno especial para la asignación de ponencias en recursos de apelación, queja y demás impugnaciones contra resoluciones interlocutorias de los jueces togados, así como en propuestas de sobreseimiento definitivo con oposición de la parte acusadora.

Ambas soluciones pueden ser técnicamente correctas, luego veremos si encuentran amparo en la Ley de Procedimiento Militar, pues permiten garantizar el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva. La primera de estas posibilidades determina que el vocal al que le corresponde el procedimiento por su numeración se contamine, al igual que la sala que con él resuelva el recurso elevado por el juzgado togado militar, pero esa contaminación, así lo considera el autor de esta comunicación, no le impide cuando sea elevado el procedimiento con la conclusión del sumario o para la apertura del juicio oral aceptar su tramitación e impulsión durante la fase intermedia y en los actos previos al acto de la vista oral. Si así lo hiciera, facilitaría la contaminación del nuevo vocal ponente designado y la sala que con él tuviera que resolver cualquier incidente procesal antes de llegar a la vista. La contaminación le impide, así lo señalan las sentencias del TEDH, resolver la causa dictando sentencia, pero no impulsar la llamada fase intermedia y conducir las actuaciones hasta el momento trascendente de dictar sentencia, cargando incluso con posibles nuevas contaminaciones durante esta fase del procedimiento. Sobre esta cuestión es importante diferenciar el papel jugado por los miembros de los tribunales militares hasta que es fijada la vista oral que resuelva el litigio planteado, esto nos lleva a diferenciar lo que podemos denominar como juicio de probabilidad y juicio de certeza efectuados por los miembros de los tribunales durante esta fase del procedimiento. Tanto uno como otro juicio vienen a estar condicionados por la diferente naturaleza de la fase de vista oral y la del acto solemne de juicio o celebración de la vista.

Es evidente que ningún vocal contaminado puede acudir al acto de vista oral, donde se desarrolla la más trascendente de las actuaciones judiciales, como es la de resolver el litigio, pero desde el punto de vista del autor, la contaminación de un vocal no le impide resolver otra serie de cuestiones

de naturaleza procesal y de impulsión hasta llegado el momento de fijar el acto de la vista. Se puede alegar, y es cierto, que en este juicio de probabilidades que domina la fase intermedia se pueden tomar decisiones de gran calado para el momento del acto del juicio oral como la estimación o desestimación de prueba que luego pueden tener una importancia trascendente a la hora de resolver la cuestión planteada, pero esta posible alteración de los elementos condicionantes del acto de la vista deben estar presente en el ánimo del vocal hasta poder saber cuándo sus actuaciones pueden afectar al denominado juicio de certeza. Es en el momento en el que un vocal considere que su actuación en el procedimiento puede condicionar el resultado del acto de la vista oral cuando debe proceder a presentar su abstención (inadmisión de prueba, modificaciones de la situación de libertad...).

Si la fase intermedia transcurre con normalidad y se han admitido todas las pruebas propuesta por las partes, entiendo que el vocal ponente siga controlando esta fase hasta que se fije el acto de la vista, momento en el que debe presentar la abstención. Esto es una cuestión de economía procesal de vocales. Es justo en ese instante, cuando se fije la fecha de la vista oral, cuando este vocal y sus compañeros de sala contaminados deben de promover su abstención conforme señalan los artículos 217 a 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los artículos 52 a 99 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 51 a 67 de la Ley Procesal Militar. De este modo se permite mantener la imparcialidad del resto de los miembros del tribunal que todavía no han intervenido en el procedimiento, que pueden acudir a la fase de vista oral sin influencia alguna en el litigio planteado y con ello preservar la debida imparcialidad del juzgador.

Es cierto, a la luz de esta nueva corriente de práctica letrada antes descrita, que cualquiera de las partes presentes en las actuaciones puede solicitar la recusación del vocal ponente y la sala que con él haya resuelto el recurso formulado en fase de instrucción. En estos casos, los órganos encargados de resolver los incidentes de recusación tendrán que pronunciarse sobre si existe la causa alegada y con ello acelerar el abandono del control del procedimiento por los vocales contaminados, pero en el resto de los casos se facilita la preservación de vocales para el acto de la vista.

La cuestión podría parecer artificiosa si los tribunales militares tuvieran un número de vocales suficientes como para cubrir varias salas, pudiéndose de este modo garantizar siempre contar con vocales del tribunal que no hubieran tenido un contacto previo con la causa que permita su contaminación. Pero no es así, según el artículo 36 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) el Tribunal Militar Central está compuesto por un auditor presidente y cuatro vocales togados. Del

mismo modo, el artículo 46 de esta misma norma señala que los tribunales militares territoriales estarán formados por un auditor presidente y cuatro vocales togados. Con este número de vocales, la contaminación de una sala que haya resuelto recursos contra autos del juez instructor, entrando en un supuesto juicio de probabilidad delictiva, permite mantener «imparciales objetivamente» a dos vocales togados, número suficiente para formar sala con los vocales militares insaculados, al establecer los artículos 41 y 51 de la LOCOJM se constituirán por su auditor presidente, o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar.

Pero nuevos problemas se han ido presentando en los últimos años al actuar de los tribunales militares que, de una u otra forma, alteran su composición y con ello afectando al problema de la imparcialidad objetiva objeto de esta comunicación. Estos son los siguientes:

1. La incompleta plantilla de los tribunales militares.
2. El nuevo procedimiento de nombramiento de miembros de tribunales.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, hay que señalar que, salvo excepciones, los tribunales militares no completan el número de vocales señalados por la LOCOJM en su artículo 46. En los últimos años, tribunales como los de La Coruña, Barcelona y Santa Cruz de Tenerife se han mantenido con tres o cuatro vocales (auditor presidente y dos o tres vocales togados) mientras que para los tribunales de Madrid y Sevilla sí lo han hecho con el número de plazas fijados en la ley (auditor presidente y cuatro vocales togados).

Este tipo de composición, por debajo de lo marcado por la LOCOJM, permite a los tribunales de Madrid y Sevilla operar a pleno rendimiento, incluso cuando sean recusados los miembros de una sala por haber valorado indicios de criminalidad cuando el procedimiento aún se encontraba en instrucción en un juzgado togado militar de este órgano dependiente, pero complica la labor jurisdiccional en los otros tres tribunales militares territoriales, pues cualquier intervención decisoria en la resolución de recursos contra autos de procesamiento, de las propuestas de sobreseimiento definitivo con oposición de la parte acusadora, o cualquier otra resolución que implique el estudio de los indicios racionales de criminalidad en un procedimiento, imposibilita formar sala para la vista sin acudir a vocales jurídicos sustitutos, procedentes de otros tribunales.

Si la contaminación de los vocales de un tribunal con tres o cuatro miembros impide el que ninguno de ellos pueda estar en el acto de la vista oral, el tema se complica aún más al integrarse la jurisdicción militar en el

Poder Judicial del Estado en virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues si la expresa declaración de la integración de la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado es una garantía de independencia, esta independencia cuesta, en estos momentos a los tribunales militares algunas incidencias, que también afectan directamente a la composición de los tribunales y con ello a la imparcialidad objetiva objeto de estas líneas. Las Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, de Código Penal Militar, modificó a través de su disposición final primera, entre otros, los artículos 27, 37, 47 y 54 de la LOCOJM al atribuir al Consejo General del Poder Judicial estas misiones tanto en el Tribunal Supremo, en el Tribunal Militar Central como en los tribunales territoriales y juzgados centrales y territoriales. Estas modificaciones han sido acompañadas por las correspondientes del reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional de los órganos judiciales, en lo relativo a la jurisdicción militar, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 31 de marzo de 2016.

La cuestión es puramente mecánica pero trascendente para el funcionamiento de los tribunales militares. Si hasta la fecha, con el sistema antiguo de designación de vacantes por el Ministerio de Defensa, la designación de un nuevo vocal, desde que se había producido la vacante no llegaba a mes y medio, tras haber asumido la designación de los vocales togados el Consejo General del Poder Judicial, los plazos llegaron a sobrepasar los seis meses de duración, dilación que se han conseguido reducir recientemente, pero nunca por debajo de tres meses. Es decir, que cualquier vacante que se produzca en un tribunal militar «de a tres», le impide firmar sus resoluciones, hasta las que pueden provocar su contaminación. En los casos de tribunales «a cinco», estos retrasos no impiden la impulsión de los procedimientos, cuando «solo» se haya producido una vacante, pero incluso en este caso, impide llegar al acto del juicio oral con sus vocales naturales, aquellos que han sido designados por los órganos correspondientes y publicados en Boletín.

Es de esperar que los plazos en tramitar una designación de vocal se reduzcan, pero en tanto se pueda alcanzar este objetivo, y a la vista de los problemas suscitados en la mecánica ordinaria de los tribunales territoriales, la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central acordó, el 9 de marzo de 2017, un turno de sustituciones en la fase de juicio oral entre tribunales militares territoriales, que contempla la sustitución de vocales contaminados o ausentes por otros de otros tribunales militares territoriales.

Con este acuerdo se permite completar las distintas salas de tribunales que tienen a sus miembros contaminados o con número inferior al necesario con otros componentes de otros tribunales militares territoriales. Con todo, una pequeña matización, a la luz de la exigencia de jueces ordinarios predeterminados por la ley, este autor considera que no es posible sustituir a un vocal que forma parte de un tribunal por otro de otro tribunal territorial mientras existan otros vocales «naturales» del primer tribunal que no se encuentren contaminados. Es decir, las sustituciones solo pueden funcionar cuando se han agotado los vocales togados del tribunal que requiere la sustitución, y no antes. Las primeras sustituciones de vocales contaminados o ausentes, de este modo, deben ser efectuadas entre vocales integrantes del tribunal sentenciador, y solo cuando por las circunstancias antes referidas, se carezca del mismo, acudir al acuerdo de 9 de marzo de 2017 para completar una sala.

Con todo, este sistema de sustituciones no debe posibilitar la creación de «salas de garantía o de recursos», con vocales de otros tribunales distintos al que le corresponde el procedimiento, a los efectos de resolver cuestiones interlocutorias y poder permitir así al vocal designado llegar sin contaminación al acto básico de la vista oral. Y no puede ser porque la ley no lo permite. El sistema de sustituciones no puede desarticular lo que se encuentra regulado por ley, es decir, la designación de los miembros de cada uno de los tribunales y el control que cada tribunal le corresponde de las actuaciones de los juzgados territoriales a él asignado. Por otro lado, si tras la formación de una sala con vocales pertenecientes a otro tribunal territorial es nombrado, o son nombrados, nuevos vocales, con su publicación correspondiente, esta sala «sustitutoria» dejaría de actuar, asumiendo el control de las actuaciones y su resolución los nuevos vocales recién llegados, siempre y cuando no se encontraran contaminados por su actuar en destinos anteriores, todo ello siempre de acuerdo al derecho de todo ciudadano a contar con un juez ordinario predeterminado por la ley.

4.2. EN EL ACTO DE LA VISTA ORAL

Pero la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales no solo se encuentra afectada por el actuar de los mismos durante la fase de instrucción e incluso durante la fase intermedia. También el comportamiento de los miembros de los tribunales militares debe ser sumamente escrupuloso en el acto de la vista oral. No son pocas las sentencias del Tribunal Supremo, y del Tribunal Constitucional, que han marcado el deber

de los miembros de todo tribunal de ser imparciales en este acto clave y solemne, que pretende resolver la controversia planteada.

No es hora de analizar los modelos procesales inquisitivo o acusatorio, caracterizado el primero por ser el propio tribunal quien actúa de oficio, asumiendo las facultades de acusar y de enjuiciar, mientras que en el segundo estas facultades se encuentran asignadas a órganos distintos, simplemente señalar que conforme las exigencias de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es posible obtener justicia en un proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio y a quienes son, o pretenden ser, sus titulares. Por esta razón el comportamiento de los miembros del tribunal en el acto de la vista oral ha sido objeto de una detallada jurisprudencia, a veces contradictoria, que de modo casuístico podemos concretar en:

1. STS n.º 31/2011, de 2 de febrero de 2011.

Durante el enjuiciamiento de un delito de enaltecimiento del terrorismo, la presidenta y ponente preguntó al acusado si condenaba la violencia de una organización terrorista, a lo que este se niega a responder en el ejercicio de su derecho de defensa, contestando la magistrada «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta». Entiende el TS en el examen de la imparcialidad, que no solo es importante el sentido de la pregunta formulada, sino también el comentario de la magistrada, entendiendo que esta actuación supone «opinión formada, previamente o al inicio del juicio (...) antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba tanto de cargo como de descargo», por lo que entiende que existe una contaminación objetiva de la magistrada ponente.

2. STS n.º 222/2010, de 4 de marzo.

En este supuesto, el presidente y ponente de la sala interviene en el interrogatorio de varios acusados y de testigos efectuando valoraciones e interrumpiendo el informe de uno de los letrados en lo relativo a la subsunción típica al manifestar «a efectos penológicos es lo mismo ser calificado de parte extraneus en una malversación que de autor de una estafa». Según el TS en este caso no existe una falta de neutralidad, sino que dicha actuación puede ser encajada dentro del ejercicio de las facultades de la dirección del debate por parte del presidente del tribunal. En este caso el TS recuerda la facultad prevista en el artículo 729.2 de la LECrim., de proponer y practicar prueba. En este mismo sentido la STS

538/2008, de 1 de septiembre, 3499/2015, de 20 de julio y 1333/2009, de 1 de diciembre que entienden que el tribunal, para preservar su posición de imparcialidad deben hacer un uso moderado de sus facultades, de modo que no exceda del debate procesal tal y como ha sido planteado por las partes.

3. STC n.º 229/2003 y 334/2005.

Entienden que el límite de la actuación del presidente de un tribunal viene establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación o una toma de partido a favor de una parte.

4. STS n.º 291/2005, de 2 de marzo.

Es un supuesto en el que el presidente del tribunal interroga al acusado, tras la negativa a responder a las preguntas del ministerio fiscal. En este caso el TS considera que la actuación del presidente supera la mera dirección del debate y la solicitud de aclaraciones, que se convierten en el límite de la actuación permitida.

5. STS n.º 780/2006, de 3 de julio.

En el mismo sentido de la anterior, en este caso se considera que se ha alterado la necesaria neutralidad del órgano juzgador cuando el presidente del tribunal efectúa un interrogatorio de los procesados compuesto por sesenta preguntas durante diez minutos «con una raíz claramente acusatoria».

6. STS 187/2013, de 11 de febrero.

Caso en el que el recurrente indica en su recurso que el presidente de un tribunal se dirigió a él con expresiones como «usted se calla, porque si yo soy mi escolta, ayer, el culatazo que se lleva por el escándalo que estaba armando allí, hoy tiene la cabeza vendá; pero claro, como aquí nos la cogemos con papel de fumar; antes de tocar a nadie ¡vamos!, si yo llevo ayer arma, ¡un culatazo!»

En este supuesto, el TS cree que tales expresiones, de ser ciertos los hechos, podrían tener su correspondiente responsabilidad disciplinaria «pero ni la parte transcrita, ni el resto de lo que el recurrente afirma que manifestó el magistrado, pone de relieve ninguna predisposición en cuanto a las de-

cisiones jurisdiccionales de quien la profirió ni, en modo alguno del resto del tribunal».

Estos son unos cuantos ejemplos de la difícil posición en la que se encuentran los miembros de un tribunal, y entre ellos los militares, peculiares por su composición integrada por miembros del Cuerpo Jurídico Militar y militares de las armas, a la hora de llevar el gobierno de una vista oral. La imparcialidad del juez queda marcada por la exigencia de su condición como juez de garantías de los procedimientos durante la instrucción de las actuaciones, continúa tras la apertura del juicio oral, pero extiende sus efectos al momento pleno de la vista oral.

De todos modos, también en este momento, algunas precisiones hay que hacer en el comportamiento de los tribunales militares, pues en este supuesto se ha tenido que pronunciar la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Quizás la más reciente de las resoluciones dictadas que trata el tema de la neutralidad de los miembros de los tribunales militares en relación con las actuaciones de sus miembros en el acto de la vista oral sea la Sentencia 86/2017, dictada el pasado 25 de julio de 2017. Lo interesante de esta sentencia es que la cuestión de la falta de imparcialidad del tribunal juzgador no se planteó en el recurso de casación sino que se suscitó entre los miembros de la sala que resolvía la cuestión casacional, alcanzando cierta intensidad, como consta en la resolución dictada, al determinar incluso la presentación de un voto particular por parte de dos magistrados.

Los hechos que se debatían hacían referencia a si miembros del tribunal habían formulado diversas preguntas a testigos y peritos durante la vista oral. Como señala el fundamento de derecho primero de esta resolución: «... la mayoría de la sala entendió que no resultaba procedente introducir de oficio en el debate casacional una cuestión ajena a lo planteado por la recurrente en su recurso y que en el presente caso no se había vulnerado el derecho fundamental a la imparcialidad del tribunal. Y en este sentido se significó que la LECrim., al referirse al examen de los testigos, señala en el párrafo segundo del artículo 708, que: “El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”. Resulta evidente que tal facultad, que es extensible al caso de los peritos —dado que se trata también de una prueba personal y quizás más obligada de aclaraciones por la especial naturaleza de su intervención—, siempre debe ser ejercitada con moderación y prudencia, de manera que no se pueda ver afectada su imparcialidad por implicarse la sala en el debate entre las partes».

No obstante este pronunciamiento mayoritario, esta cuestión, determinó un voto particular por parte de los magistrados disidentes en el que se expone de nuevo, no ya el deber de imparcialidad del tribunal juzgados, sino incluso su deber de apariencia de imparcialidad de los mismos. Señala el punto 1 del voto particular: «el tribunal no puede perder, ni parecer que pierde, su imparcialidad, ni puede afectar al principio acusatorio ni al principio de igualdad de armas. Por ello, las facultades del presidente del tribunal sobre la posibilidad de realizar preguntas a los testigos o de acordar de oficio la práctica de pruebas debe ser rechazada, o al menos, interpretativamente tan restringida que no quepan posibilidades al respecto...». Según los magistrados disidentes: «el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que estas han presentado. De ahí que la jurisprudencia de esta sala, en interpretación de las exigencias del principio acusatorio haya propiciado una interpretación muy restringida de instituciones como el planteamiento de la tesis del art. 733, o la aportación de testigos por el tribunal del art. 729, con la finalidad de apuntalar la imparcialidad del tribunal, (...). Es por ello que el art. 708 de la Ley Procesal ha de ser interpretado de manera armónica con el principio acusatorio, esto es, su utilización ha de ser excepcional y referida a extremos sobre los que los testigos, peritos o imputados hayan declarado a las preguntas de las partes en el proceso, en relación con hechos aportados por ellas». Esta corriente de mayor rigorismo en el control de la imparcialidad de las actuaciones obligaría a un extremo cuidado por parte de los juzgadores a la hora de poder concretar y fijar las pruebas en las que basar su resolución, restringiendo las cuestiones planteadas por los vocales a la mínima concreción de la cuestión litigiosa presentada a la vista por las partes, sin poder incidir en la contienda probatoria más allá de mínimas precisiones a las pruebas presentadas por las partes.

Pero no es la sentencia de 25 de julio de 2017 la única resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que hace referencia a la posible imparcialidad de los miembros de tribunales sentenciadores durante el ejercicio de la vista oral, sobre esta cuestión también hay que destacar la Sentencia 5230/2015, de 16 de diciembre, por la que se resuelve un recurso de casación interpuesto por un condenado en el que denuncia, esta vez sí, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la vulneración del derecho a un juez imparcial del artículo 24.2 de la Constitución Española, como garantía implícita del derecho a un juicio público con todas las garantías.

Manifiesta el recurrente en su recurso de casación, al referirse a lo sucedido en la vista oral, que estaba siendo grabada íntegramente que: «En-

tendemos que la conversación que se contiene en la grabación del acto de la vista, obrante al minuto 26,25 del archivo “M2U00056.avi”, en la que se reproduce una conversación entre la fiscal y el presidente del tribunal, podría ser manifestación de que este último no ha mantenido la posición imparcial a la que viene obligado legalmente». En concreto las frases reseñadas por la defensa del condenado tuvieron lugar finalizada la declaración del teniente D. Héctor, es en ese momento cuando el presidente del tribunal interrumpe la sesión (minuto 25,30 del archivo “M2U00056.avi”), “ya que la audición de una prueba no estaba preparada, ordenando el desalojo de la sala, no sin antes advertir al teniente Héctor que no comentase con ninguno de los testigos su declaración”. Justo en ese momento en la grabación del acto de la vista se puede oír:

Presidente: “Lo que pasa es que este ha podido presionar a Jon y a Urbano”.

Fiscal: “El cabo Jon no puede hablar con el segundo... El efecto sorpresa se rompe...”.

Presidente: “Ah bueno para que no se sepa que se va a producir la audiencia, ¿no?”.

Fiscal: “Sí”.

Presidente: “Bueno, si de todos modos si le decimos al cabo...”.

Es en este momento en el que el recurrente viene a señalar en su recurso de casación que «El cabo encargado de la grabación en la sala se apercibe que continúa grabándose lo que allí se está hablando, se levanta y corre a apagar la cinta (minuto 26,50). El presidente del tribunal al observarlo, se calla y termina la grabación».

Continúa afirmando la parte recurrente que, aunque no puede conocer el contenido de la conversación de forma completa porque el vídeo se apaga, considera que el juez «no mantiene una posición imparcial; sino que desempeña una actitud activa en pro del éxito de la tesis acusatoria. De hecho, la misma conversación con la fiscal, sin estar presente la defensa, supone una vulneración al principio de igualdad procesal».

Sostiene también que los jueces son responsables y tienen el deber de mantener la igualdad dentro del proceso y que los comentarios que realiza el presidente sobre la supuesta presión que se ha podido ejercer sobre

alguno de los testigos que aún no habían declarado, se ha reflejado en el OTROSÍ DECIMOS de la sentencia en donde considera «la conducta del sargento constitutiva de un delito contra la administración de justicia, acordando la remisión de testimonios de la sentencia al Juzgado Togado Militar Territorial n.º 23 de Almería».

En el mismo sentido, la frase en la que el presidente le comenta a la fiscal que «si le decimos al cabo...», refuerza la actitud activa del juez indicada anteriormente, lo que podría suponer que no mantuvo la posición imparcial, sino que se posicionó con la acusación.

Dado traslado del recurso al fiscal togado, con fecha 9 de octubre de 2015 presentó escrito de impugnación interesando la estimación del motivo alegado por la defensa del recurrente en su recurso de casación. El Ministerio Fiscal apoya la estimación de este primer motivo haciendo suyas las razones alegadas para su admisibilidad ya que se trata de un motivo *ex novo*, sobre un hecho del que tuvo noticia cuando el tribunal de instancia le hizo entrega del soporte de grabación de la vista. El fiscal estima que asiste la razón a quien recurre cuando considera que los hechos que señala suponen la quiebra del derecho al juez imparcial que le asiste, y ello independientemente de que lo descrito pudiera ser interpretado como prueba o indicio de parcialidad, porque afecta gravemente a la indispensable apariencia de imparcialidad, que cada miembro del tribunal está obligado a mostrar.

Para llegar a esta conclusión el fiscal togado se apoya en la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional anteriormente analizada, citando expresamente las sentencias Castillo Algar contra España y Cubber contra Bélgica.

Con todo, el motivo fue desestimado por la Sala Quinta del Tribunal Supremo al entender que no es correcto extender el derecho a un juez imparcial al límite de interpretar, como hace el Ministerio Fiscal, que cualquier apreciación subjetiva que manifieste el justiciable valorando un dato o un hecho que afecte al tribunal pueda estimarse como reveladora de la existencia de la pérdida de imparcialidad de los jueces. Señala la Sala que tras el visionado de la escena que constituye la base del motivo del recurso, estima que es importante resaltar lo siguiente:

«1.- La breve escena (25 segundos) y el objeto del comentario entre el presidente y la fiscal no se refiere a la declaración del procesado, ni al testimonio que acaba de prestar el teniente Héctor (testigo directo y principal que ha recibido las amenazas del sargento Cayetano), sino que se refieren a los dos testigos (cabo Jon y cabo Urbano) que van a

ser citados a continuación después de que se proceda a la audición de la grabación que realizó el procesado de su conversación privada con el cabo Jon y el cabo Everardo, aportada a los autos por el letrado defensor y solicitada por la fiscal. Audición cuya preparación ha dado lugar a una suspensión de la vista por cinco minutos; y 2.- Los comentarios, que se producen tras la suspensión de la vista oral, tienen por objeto impedir que los testigos se relacionen con el teniente Héctor que acaba de declarar, así como que los cabos Jon y Urbano permanezcan fuera de la sala mientras se produce la audición de la prueba de audio solicitada. A ello se debe que la secretaria se dirija con celeridad a las dos policías militares indicándoles que vigilen la incomunicación».

Matiza el vocal ponente de esta sentencia que «es cierto que en materia de imparcialidad del juzgador las apariencias son importantes, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Pero ello no significa que deba primar la subjetividad de una de las partes a la que le resulte suficiente para excluir al juez predeterminado por la ley, con levantar unas sospechas carentes de fundamento objetivo, y que no resulten razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de juez a la carta». En razón de estos criterios sigue indicando que «el presidente de un tribunal debe desempeñar su función de ordenación del proceso adoptando una actitud neutral respecto a las partes como, sin duda, ha ocurrido en el desarrollo de este, ya que la única queja que se menciona por el recurrente es la citada sin que exista, por tanto, ningún otro reproche a la actuación del presidente durante las horas que tuvo lugar la vista oral con intervención del procesado y seis testigos lo que revela que actuó siempre dirigiendo con toda corrección los debates, advirtiendo a los testigos su obligación legal de decir verdad, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes que no conducen al esclarecimiento de los hechos, así como garantizando el equilibrio, la equidad y el comportamiento correcto de los intervinientes».

Poco había que comentar de tan precisa e impecable valoración y matización sobre el ejercicio de la imparcialidad objetiva del presidente del tribunal territorial, cuyo comportamiento fue recurrido en casación por el condenado, simplemente unas matizaciones a esta resolución y al planteamiento del vocal ponente. Las apreciaciones formuladas en la sentencia de casación se realizaron tras visualización de la grabación de la vista oral objeto del recurso, grabación a la que podemos dar valor de acta. Pero incluso con los nuevos medios técnicos, la plena visualización del acto de la vista

puede llevarnos a algunas imprecisiones, por el hecho de que la grabación, aunque plena en el tiempo, no es plena en la constatación de los hechos que suceden en este acto del procedimiento.

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo el acta de la vista «si bien tiene autenticidad formal por la fe judicial del secretario que la refrenda y autenticidad intrínseca respecto a la celebración del acto y su fecha, personas intervinientes y conclusiones de las partes legitimadas, carece totalmente de valor probatorio vinculante en cuanto a las manifestaciones de voluntad que pudieran hacer los testigos, porque no encierra verdades autónomas e incontrovertibles, sino simples apreciaciones personales sujetas al grado de veracidad y de ética moral y legal de quien las vierte, siendo y constituyendo meros elementos de juicio y prueba sometidas a la discrecional y soberana valoración del juzgador penal» (Sentencia de la Sala de lo Penal de 31 de octubre de 1980). De igual manera la Sentencia de 8 de marzo de 1993 de la Sala de lo Militar señala que «pero el que el acta esté mal redactada no da pie para fundamentar la presunción de inocencia, pues ni el acta es documento a efectos casacionales, ni las declaraciones en él contenidas (en el supuesto hipotético de estar estas en la misma contenidas) se incorporan a ella a fin de poder servir como prueba preconstituida a efectos de demostrar lo contrario de lo que se afirma en los hechos probados». El acta es un acto procesal que en el art. 320 de la Ley Procesal Militar (RCL 1989\856) se atribuye al secretario, teniendo como única exigencia de mención literal «lo que pidan las partes y hubiera acordado el auditor presidente».

Las nuevas grabaciones del acto de la vista, no deberían sustituir, sino complementar a este acto procesal, dando constancia casi íntegra a través de la imagen y de la voz, al ser su precisión muy superior a las actas tomadas a mano por los secretarios relatores, en las que por su propia naturaleza escrita era imposible constatar en su totalidad lo ocurrido y comentado en la vista.

5. LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSOS DISCIPLINARIO

Hasta este punto, en este trabajo se ha hecho referencia al impacto que puede tener en los miembros de un tribunal, militar u ordinario, el contacto con los procedimientos objetos de su análisis. No obstante, las funciones de los tribunales militares es más amplia que la mera resolución de controversias penales, pues como señalan los artículos 34.7 y 45.6 de la LO

4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, tanto el Tribunal Militar Central, como los tribunales militares territoriales son competentes para conocer de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan de las sanciones impuestas o reformadas por las autoridades disciplinarias militares. Nos estamos refiriendo tanto a los recursos contenciosos-disciplinarios ordinarios, como a los preferentes y sumarios, regulados en los artículos 473 a 518 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Son estos recursos el cauce a través del cual se somete a control jurisdiccional el ejercicio de la potestad sancionadora castrense. Sobre la naturaleza de este recurso señala Sánchez Guzmán que «el control jurisdiccional de las sanciones de tal ilícito disciplinario, que no guardan diferencias sustanciales con el ilícito penal, se residencia en un procedimiento que es calco del contencioso-administrativo, con olvido de sus esenciales disparidades respecto del ilícito administrativo, propio de tal procedimiento»¹⁰.

Pues bien, en esta función revisoría, encomendada a los tribunales militares también se puede ver afectada la imparcialidad de los que los componen, por mucho que la intervención de los vocales, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, esté mucho más acotada, y no sea necesaria la celebración de vista para su resolución del recurso, salvo que lo pidan las partes o el tribunal lo estime necesario, como señala el artículo 487 de la LPM. Pero la celebración de vistas no es lo habitual, fase en la que sus miembros se verían afectados de las mismas limitaciones que se han expuesto anteriormente para los miembros de tribunales penales, siendo más común la sustitución de la misma por unas conclusiones sucintas acerca de los hechos, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en los que apoyen sus pretensiones. Y es aquí donde se pueden plantear nuevas contaminaciones objetivas a los miembros de los tribunales competentes, en concreto en la fase de prueba toda vez que el artículo 486 de la LPM señala que: «El tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

Concluida la fase probatoria, el tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente».

¹⁰ VV. AA. «El recurso contencioso disciplinario militar: disposiciones generale». *Comentarios a las leyes procesales militares Tomo II*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, p. 2084.

No es este precepto una aportación novedosa de la norma militar en relación con los procedimientos comunes, pues normas procesales penales y administrativas también permiten a los tribunales ordinarios la proposición por parte de los órganos juzgadores de pruebas de oficio. Así lo habilita la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 729.2 al señalar que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas por las partes del procedimiento, salvo «las diligencias de pruebas no propuestas por las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

Si hasta estos momentos hemos ido analizando la cada vez mayor sensibilidad jurisprudencial ante el contacto de los miembros del tribunal con los procedimientos penales o administrativos, no cabe duda que la posibilidad de proponer pruebas distintas de las solicitadas por las partes parece que se convierte en un nuevo foco de posibles contaminaciones. ¿Cuáles son por tanto las pruebas que los tribunales pueden proponer a la hora de resolver las cuestiones en litigio? ¿Cuándo puede un tribunal proponer prueba que no haya sido solicitada por las partes? Hay que tener en cuenta que, como procedimientos contradictorios que son tanto el procedimiento penal como el contencioso, que la función probatoria debe quedar en gran medida atribuida a estas partes y no al órgano juzgador, y que la práctica de pruebas distintas de las propuestas por las partes puede afectar de manera evidente al principio de imparcialidad que debe regir en la actividad que desarrollen los órganos jurisdiccionales.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha procedido a acotar, podríamos decir de una manera progresiva, las habilitaciones que se presumen del artículo 729 de la LECrim. Así la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994, parece aprobar esta proposición de pruebas de oficio al señalar: «Respecto de las facultades que en materia probatoria se reconocen al tribunal en el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es menester poner de relieve que el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad real, de modo que la iniciativa probatoria no constituye monopolio de las partes. Es posible, por tanto, practicar pruebas no propuestas por ninguna de las partes que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. En este sentido, cabe citar los artículos 315 y 729.2.º de la LECrim., en cuanto los mismos autorizan al juez de instrucción y al tribunal para procurarse de oficio las pruebas que estimen útiles para esclarecer la verdad sobre los hechos enjuiciados. En

el mismo sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messegué y Jabardo)».

Es decir, se entiende que todo tribunal podría proponer pruebas que se estimen útiles para esclarecer la verdad sobre los hechos. No obstante esta resolución, otra sentencia del mismo año viene a concretar un poco más esta primera habilitación genérica a la proposición de pruebas por parte de tribunales. En concreto la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994, viene a indicar que: «La pretensión del recurrente se fundamenta en una extensión del principio de oficialidad que supera los límites que el mismo tiene reconocidos en la ley. En efecto, si bien es cierto que el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un tribunal imparcial (art. 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 24 de la Constitución Española). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede ser utilizado por el tribunal en contra del acusado, como lo pretende la recurrente. A mayor abundamiento se debe señalar que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Barbera, Messegué y Jabardo no es un precedente aplicable al presente, toda vez que allí no se trataba de prueba de la acusación, sino de la prueba de la defensa».

De este modo, esta resolución ya plantea una pauta para la proposición de pruebas de oficio, que no es otra que la prueba propuesta por los tribunales no puede ser utilizada por el tribunal en contra del acusado, en el procedimiento penal, y que el autor de este trabajo entiende debe alcanzar al recurrente en los procedimientos contenciosos disciplinarios. ¿Pero proponer una prueba significa acusar, cuando todavía no se conoce el resultado de la misma? ¿Puede el tribunal proponer una prueba testifical no practicada, sin conocer el sentido de la declaración cuando lo que se solicita es que se manifieste sobre la veracidad del parte? ¿Es asumir el papel de acusador el proponer una testifical que posteriormente se vuelve contra el procesado o el recurrente? Son estas cuestiones de difícil delimitación.

Un paso más en la concreción de la proposición de pruebas por parte de los órganos juzgadores lo da la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997, en la que se indica que: «Con arreglo a tal doctrina el motivo debe ser desestimado. En el proceso ordinario las propuestas de prueba deben hacerse al tiempo de formular los escritos de

calificación provisional, no pudiendo pedirse posteriormente, conforme al artículo 728 de la LECrim., y la jurisprudencia (SS. 7 de mayo y 15 de junio de 1981, entre otras), no estando incluida la proposición del testigo en ninguno de los supuestos del artículo 729...». De este modo, esta resolución parece estar privando al tribunal de proponer pruebas testificales, y con ello evitando el problema antes aludido de la práctica de pruebas contra el acusado. Siguiendo este criterio quedaría a la voluntad del órgano juzgador la incorporación a las actuaciones de pruebas documentales, dictámenes de peritos y reconocimientos judiciales, de conformidad con lo establecido en el artículo 299 de la LECivil.

Introduciéndonos en el ámbito contencioso-disciplinario, hay que señalar que tampoco es el artículo 486 de la LPM la única norma habilitadora de la proposición de oficio de pruebas por un órgano juzgador, existiendo también normas habilitadoras de la proposición de pruebas de oficio en el derecho administrativo. De este modo, no debe entenderse como una prerrogativa propia y especial que la ley atribuye a los órganos judiciales militares dentro de los procedimientos judiciales militares no penales y en especial en los contenciosos-disciplinarios militares, pues es propia de todo procedimiento contencioso-administrativo en general. Así, el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que:

«1. El juez o tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria».

El art. 61 permite al órgano judicial, una vez finalizado el período de prueba, disponer de oficio la práctica de nuevas pruebas que estime pertinentes para la correcta decisión del litigio; pero exige la intervención de las partes en la práctica de dichas pruebas.

Esta previsión, la del art. 61, LJCA, se corresponde con las diligencias para mejor proveer de la anterior Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y que ahora, en la vigente LEC, han sido sustituidas por las diligencias finales que, con presupuestos y requisitos distintos, ya no se corresponden con las prescripciones del art. 61, LJCA, pues el art. 435, LEC (normativa vigente) solo admite las diligencias previas a instan-

cia de parte en supuestos tasados y de oficio en casos excepcionales, hasta el punto de requerir que la prueba practicada de oficio sea «sobre hechos relevantes oportunamente alegados», siempre que los actos de pruebas anteriores no hubieran sido contundentes, «y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos». Estas exigencias suponen la dificultad, cuando no imposibilidad, de acudir a esa regulación en busca de una subsidiariedad que no se corresponde con el supuesto previsto en la LJCA.

Las diligencias de prueba previstas en el art. 61.2, LJCA son una facultad del órgano jurisdiccional y no un deber (STC 144/2006, de 8 de mayo). Así, el ATS, Sala 3.^a, Sección 1.^a, de 12 de marzo de 1999 viene a concretar que «las diligencias para mejor proveer a que se refiere este precepto no están para suplir la falta de actividad de las partes en el trámite de prueba, siendo la actividad probatoria de oficio una facultad libérrima del órgano judicial y no una imposición de las partes». Así, las diligencias para mejor proveer no pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes, pues no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del tribunal, de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al tribunal la carga de la prueba (STS de 26 de febrero de 2001 y STS de 17 de marzo de 2003), y el órgano jurisdiccional no tiene la obligatoriedad de acordar la práctica de pruebas para mejor proveer sino que el precepto consagra una facultad enderezada a la más acertada decisión del asunto (STS de 14 de noviembre de 2006¹) y no pueden servir para desplazar al órgano jurisdiccional la carga de la prueba ni pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes (STS de 27 de noviembre de 2007).

También en el ámbito de los recursos contenciosos disciplinarios militares se habilita a los tribunales militares a solicitar pruebas de oficio en los recursos que estén tramitando. Señala el artículo 486 de la LPM que en los procedimientos contenciosos disciplinarios ordinarios y preferentes y sumarios: «El tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto». Pero como sucede en los procedimientos ordinarios, como se acaba de exponer en líneas precedentes, también la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo mira con cierta «desconfianza» esta potestad que puede alterar la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares. Esta suspicacia surge, como ocurre con los tribunales penales y contenciosos ordinarios, de la implicación que asumiría el tribunal en un procedimiento en el que existe una fase de prueba, en la que se invita a las partes personadas, el recurrente y el representante de la abogacía del Estado, en el recurso ordinario, y también al Ministerio Fiscal, en

el preferente y sumario, a proponer todas aquellas pruebas que consideren oportunas para la defensa de sus respectivas posiciones.

No obstante lo anterior, debemos destacar algunas especialidades de esta fase de recibimiento del pleito a prueba en los recursos contenciosos militares, pues si bien es cierto que es habitual ver cómo el recurrente hace uso de esta facultad proponiendo todo tipo de pruebas, entre ellas las de carácter testifical, no es habitual que el resto de partes implicadas en este expediente —tanto la abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal— propongan prueba alguna en los recursos en los que participan. Tras la práctica de las pruebas hay dos vías para poder llegar a la sentencia, bien la celebración de vista o bien su sustitución por un escrito de conclusiones (artículo 489 de la LPM). Pero volviendo a la fase de recibimiento del pleito a prueba, hay que señalar que no es competencia de los tribunales corregir o subsanar las decisiones de las partes personadas en el expediente, aun cuando en algunas ocasiones los tribunales se vean limitados por la inacción de estas partes personadas a no apreciar todas las pruebas que se podían haber practicado. Y es en este punto, donde ha de interpretarse el artículo 486 de la LPM que habilita la proposición de pruebas de oficio.

Ante esta cuestión ¿cuál es la postura de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo? La Sala Quinta ha analizado este problema en diferentes resoluciones, pero por su contemporaneidad vamos hacer referencia a la sentencia de 9 de abril de 2019. Viene a indicar esta resolución que los recursos contenciosos no deben ser la vía de subsanación de los defectos que se aprecien en las resoluciones sancionadoras. En concreto señala esta resolución que «como afirma nuestra sentencia de 20 de febrero de 2006, seguida por las de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo, 29 de junio y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 14 de febrero anterior “en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional expresamente contenida, entre otras, en sus SSTC n.º 126/05 y 59/04, esta Sala entiende que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el art. 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso (sin prejuzgar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después” —es decir, ya en sede judicial—, pero ello en relación con un supuesto fáctico en el que el sancionado impugnante alegó la vulneración de su derecho esencial a la presunción de inocencia en razón de que en sede jurisdiccional se subsanó la falta de ratificación en el procedimiento administrativo de un parte por su emisor, lo que llevó a esta Sala, en aplicación de la dicha doctrina,

a sentar, en sus antedichas sentencias de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, “que la ratificación del parte en el posterior proceso contencioso —no importa que lo realice la propia defensa del sancionado— carece de toda eficacia probatoria”.

En el mismo sentido, y como también ha aseverado esta Sala en sus sentencias de 5 de febrero y 17 de julio de 2008, 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, “conforme a la actual doctrina constitucional (SSTC 175/2007, de 23 de julio y 243/2007, de 10 de diciembre) recogida ya con anterioridad por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en el caso de que se hubiere producido una afectación de derecho fundamental del inculpado en la tramitación de un expediente administrativo, tal vulneración no puede ser subsanada en sede judicial. Sigue señalando esta sentencia: “no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los tribunales contencioso administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, ‘condenen’ al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE”; y la Sala Primera del Tribunal Constitucional en su Sentencia 82/2009, de 23 de marzo, seguida por las de esta Sala de 16 de septiembre de 2009, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016 y n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, afirma que “hemos advertido que el proceso contencioso administrativo no puede servir para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora (SSTC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3; 89/1995, de 6 de junio, FJ 4; 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 59/2004, de 19 de abril, FJ 3; 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; y 70/2008, de 23 de junio, FJ 7, por todas)”. De este modo, queda claro que las posibilidades de los tribunales de proponer pruebas nuevas queda sumamente limitada, por no decir que excluida.

Pero es la propia sentencia que comentamos la que abre un poco la puerta que había cerrado casi completamente, al señalar en su fundamento sexto que cuestión distinta sería que la indefensión producida en sede administrativa venga a ser posteriormente subsanada por el Tribunal *a quo*

en razón de haber acordado, a solicitud del demandante el recibimiento del proceso a prueba, o por haber acordado —como diligencia para mejor proveer que le autoriza el párrafo segundo del artículo 486 de la Ley Procesal Militar— la práctica de determinadas pruebas, de cuyo resultado se deriven efectos favorables para el demandante».

En concreto señala esta sentencia: «En definitiva, como pusimos de relieve en nuestra sentencia n.º 2/2017, de 13 de enero de 2017, siguiendo las de 16 de septiembre de 2009 y 12 de mayo y 22 de septiembre de 2016, “no es exacto que el proceso judicial de impugnación no subsane las lesiones del artículo 24.2 de la Constitución causadas en el ámbito del procedimiento sancionador, el proceso en sede judicial puede venir a remediar la efectiva vulneración que se hubiere producido en el seno del expediente administrativo sancionador del derecho esencial a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, que se tradujera en una efectiva indefensión del interesado, o lo que es lo mismo y como señala el Tribunal Constitucional —SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2 y 45/2000, FJ 2, entre otras—, que fue decisiva en términos de defensa, de manera que lo que, precisamente, puede venir a conseguir la actuación judicial —a instancia del interesado, que, haciendo uso oportunamente de los remedios hábiles para hacer valer sus intereses en sede judicial, utilice sus posibilidades de defensa, interesando, y logrando, el recibimiento a prueba del proceso, requisito imprescindible para haber podido acudir, en su caso, en casación por la vía del artículo 88.1 c) de la Ley Jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del aludido precepto— no ha de ser, como dijimos en aquellas nuestras sentencias de 16.09.2009 y 12.05 y 22.09.2016, “otra cosa que remediar, en favor del administrado, recurrente o recurrido, ‘y no de la Administración sancionadora, la vulneración de derecho fundamental que esta le originó a aquel, declarando que en sede del procedimiento administrativo se ha producido aquella conculcación por haberse inadmitido en él la práctica de pruebas que, por su pertinencia y necesidad, debieron haberse admitido y practicado en dicha sede y estimando el recurso en base a ellas’”». Es decir, existe una posibilidad de proposición de prueba *in dubio* pro demandante.

¿Pero cómo se puede saber, al proponer una prueba que esta bascule en favor al demandante, y no en contra suya, sin que esta prueba se haya practicado?. No es la proposición de prueba, fase habilitada a los tribunales militares, sino la práctica de esa prueba la que puede determinar si la misma favorece o no al demandante o recurrente, con lo que difícilmente

podríamos conocer la bondad o no de la prueba solicitada hasta que esta se ha practicado.

Un ejemplo de ello sucedió en el Recurso Contencioso Disciplinario Ordinario 10/2017 instruido en el Tribunal Militar Territorial Segundo, recurso que conocía de una sanción impuesta a un guardia civil por la posible omisión de un saludo al jefe de puesto de un pueblo al que había acudido a presentar una denuncia. En el parte, el comandante de puesto informaba a sus superiores de lo ocurrido e indicaba que de los hechos era conocedor otro guardia que se encontraba en las oficinas. La instrucción estuvo plagada de deficiencias, hasta el punto que solo se tomó declaración al dador del parte, ratificación que se efectuó sin la presencia del expedientado o su letrado, y sin que dicho defecto fuera corregido en el recurso de alzada que agotó la vía administrativa. En su recurso contencioso, el recurrente denunciaba la falta de contradicción de la prueba incorporada al procedimiento sancionador (artículo 42 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), mientras que la abogacía del Estado, manteniendo su costumbre de no pedir prueba alguna, omitió la solicitud de proponer la declaración del guardia que se identificaba en el parte de inicio del expediente sancionador, y que podía precisar si lo manifestado por su jefe se correspondía con lo cierto o si tenía alguna discrepancia con dicho relato. Sin la ratificación del parte de manera contradictoria, ratificación esencial para ser entendido dicho documento como prueba, de acuerdo con la doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, entre otras sentencias de 24 de enero de 2018 y de 9 de julio de 2018, el tribunal carecía de pruebas, salvo si decidía de oficio traer al expediente la omitida por las partes del testimonio del guardia presente en los hechos. Se podía entender que dicho testigo no fuera propuesto por el recurrente, al considerar que como subordinado del dador del parte, no iba a contradecir a su jefe. Mucho más complicado era que no fuera traído al recurso por el abogado del Estado, en una omisión poco justificada, ante la ausencia de otros medios de prueba. Ante esta situación el tribunal podía haber resuelto el recurso estimando la pretensión del recurrente, ante la falta de prueba lícitamente practicada en el expediente sancionador y en el recurso de alzada, o bien proponer la prueba de oficio. Se tomó esta segunda opción, al entender que la prueba estaba ya introducida en el expediente sancionador por el propio dador del parte, al identificar al guardia que decía presencié los hechos en el documento que daba origen al expediente sancionador, por mucho que la misma no hubiera sido practicada. Con la práctica de oficio se corría el riesgo de que se entendiera la declaración del testigo como un acto del tribunal en el que se asumía el papel de acusador y persecutor del

acusado, cuando ciertamente la intención era bien distinta, conocer la realidad de lo sucedido, al no tener más prueba que un parte no ratificado. De este modo, si el guardia declaraba en favor del recurrente, la prueba podría ser estimada de acuerdo con la doctrina marcada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, pero si la declaración del testigo ratificara los hechos descritos por su jefe en el parte, la sentencia del tribunal podía ser recurrida en casación alegando la falta de imparcialidad de sus miembros. Un callejón con difícil salida.

El resultado de la prueba, en este caso, condujo a la estimación del recurso contencioso ante la manifestación del guardia de su falta de presencia en los hechos relatados por el comandante de puesto en su parte, y con ello la falta de ajuste con la realidad de lo relatado en el parte que dio origen a la sanción impuesta y al recurso contencioso disciplinario subsiguiente, acreditando lo complejo de la proposición de oficio de pruebas y de los riesgos de tomar dicha decisión, pero evitando que la resolución fuera recurrida en casación, pues tampoco es costumbre de la abogacía del Estado el recurrir las sentencias que no siguen sus criterios, por lo que no conocemos cómo hubiera entendido la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo este caso de aportación de oficio de elementos probatorios, no aportados por ningunas de las parte personadas.

6. CONCLUSIONES

La imparcialidad objetiva de los tribunales, y entre ellos los tribunales militares, se convierte hoy en un tema de suma vigencia y del necesario estudio doctrinal y jurisprudencial a la vista de la cada vez mayor sensibilidad en relación al contacto de los miembros de los tribunales con el objeto del proceso.

Vista la actual jurisprudencia sobre imparcialidad objetiva tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y especialmente desde que se ha hecho «habitual» por parte de los representantes de las partes implicadas en los procedimientos la invocación del extremo respeto del derecho a un juez imparcial, es necesario dotar a los tribunales militares de una planta de vocales suficiente como para poder responder a sus obligaciones. De este modo, los encargados de llevar a término la anunciada reforma o transformación de la jurisdicción militar deberían tener en cuenta este problema a la hora de fijar los nuevos órganos jurisdiccionales, tanto en la composición de las salas que deben ser encargadas del enjuiciamiento, como en la designación de juzgados de garantías y de posi-

bles salas para resolver resoluciones interlocutorias. Sobre la composición de la sala o salas «de la nueva jurisdicción» habría que abogar por órganos constituidos al menos con seis miembros, con el fin de poder contar dos salas completas para el caso de la contaminación de la primera designada, durante la instrucción o en la impulsión de la fase intermedia.

Mientras que nos encontremos al amparo del actual sistema jurisdiccional (LO 4/1987, de 15 de julio; LO 9/203, de 15 de julio; Ley 44/1998, de 15 de diciembre y LO 2/1989, de 13 de abril), sería preferible tener cubiertas las plantillas de vocales de los tribunales, todo ello a la vista de la cada vez más frecuente práctica de requerir la recusación de los miembros de los tribunales por su contacto con el procedimiento. Así mismo, habría que habilitar un sistema ágil de suplencias y de designación de vocales.

Por otro lado, en el acto de la vista oral, los componentes de la sala deberán tener sumo cuidado en sus intervenciones, por mucho que en ocasiones sea necesario precisar por los miembros de la sala cuestiones debatidas por las partes, a la vista de la cada vez más estricta sensibilidad jurisprudencial sobre la necesaria imparcialidad de los componentes de la sala.

Por último, es difícil delimitar la potestad de los tribunales militares de presentar pruebas de oficio en los recursos contenciosos disciplinarios-ordinarios y preferentes y sumarios, porque si bien el Tribunal Supremo limita esta práctica a aquellas pruebas que no vayan en contra del recurrente, la mera proposición de pruebas por parte de un tribunal, no puede determinar hasta su conclusión qué pruebas van a favor o en contra del mismo, siendo este un problema de difícil solución.

Se corre el riesgo, si se utiliza esta práctica de un modo habitual, sin las excepciones con el que está concebido, de que el tribunal que use esta facultad atente contra su exigida imparcialidad, en especial al considerar que con el hecho de abrir el pleito a prueba y proponer la práctica de la prueba desnaturalice la función revisora del recurso o sentencia, suplantando la actividad instructora y probatoria, y genera indefensión, por proponer pruebas que no han sido propuestas por las partes del proceso. Ante esta alegación, y a la vista de la normativa antes señalada, hay que indicar que en el proceso contencioso-disciplinario, el tribunal no actúa como un mero destinatario de la actividad probatoria sino que debiendo fallar el recurso interpuesto puede estimar necesario tomar en cuenta pruebas no aportadas por las partes, pero este tipo de actuación debe de ejecutarse en contadísimas ocasiones y de modo excepcional, cuando los elementos de prueba aportados por las partes no permitan la resolución de la controversia.