

Documento TOL4.230.833

Jurisprudencia

Cabecera: Recusación. Estimación.

Jurisdicción: Militar

Ponente: [Francisco Javier de Mendoza Fernández](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 17/03/2014

Tipo resolución: Auto

Sección: Primera

Número Recurso: 78/2013

Numroj: ATS 3100/2014

ENCABEZAMIENTO:

AUTO

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Capitán Auditor doña Apolonia , Juez Titular Militar Territorial nº NUM000 de DIRECCION000 , formuló denuncia que se registró con fecha 13 de junio de 2013 en la Secretaría Relatoría del Tribunal Militar Central, que dio origen a las Diligencias Previas nº 2/14/13, en averiguación del incidente ocurrido con fecha 3 de junio de 2013 entre la Capitán Apolonia y el Coronel Jefe de la Agrupación del Acuartelamiento Aéreo de Getafe (ACAR GETAFE), don Primitivo . Dichas Diligencias Previas fueron archivadas, mediante Auto de 17 de junio de 2013, por el Juez Togado Militar Central Instructor, si bien esta resolución fue recurrida en apelación por la denunciante con fecha 24 de junio siguiente, ante la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que lo estimó y revocó el archivo mediante Auto de 3 de julio, acordándose en el mismo la continuación del procedimiento judicial.

SEGUNDO .- 1. La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, acordó la apertura de Expediente Disciplinario Judicial Militar contra la titular del Juzgado Togado Militar Territorial nº NUM000 de DIRECCION000 , que se tramitó bajo el número NUM001 , en relación con la nota informativa del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, relativa a los hechos ocurridos el 3 de junio de 2013, adoptando acuerdo con fecha 12 de junio siguiente, que decía <<Los hechos anteriormente relatados pudieran ser constitutivos a los meros efectos de instrucción y a juicio de esta Sala de Gobierno, la falta grave tipificada en el art. 132.5 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar consistente en " El exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los subordinados, jueces o miembros del tribunal ante los que se actúe, miembros de la Fiscalía Jurídico Militar, abogados, procuradores y de quienes acudieran o actuaran ante los órganos judiciales o fiscales militares en cualquier concepto si no fuesen constitutivos de delito">>.

2. La mencionada Sala de Gobierno acordó a la vista del informe del Coronel Jefe del ACAR, ampliar la orden de proceder de dicho Expediente Disciplinario con fecha 27 de junio de 2013, con la siguiente fundamentación: "Vistas las circunstancias que concurren en los hechos transcritos y dado que los mismos son conexos con los que han motivado la orden de inicio del Expediente Disciplinario Judicial Militar NUM001 , por acuerdo de esta Sala de Gobierno de fecha 12 de junio de 2013, toda vez que se

trata de actuaciones realizadas dentro de un mismo procedimiento judicial, en las mismas dependencias y muy cercanas en el tiempo a las que se hacían referencia en la mencionada orden de inicio, procede ampliar la Orden de Inicio del Expediente Disciplinario Judicial Militar NUM001 , con los hechos contenidos en el informe del Coronel Jefe de la Agrupación del Acuartelamiento Aéreo de Getafe".

3. La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, integrada por la totalidad de sus miembros, en la sesión celebrada el día 9 de julio de 2013 adoptó el acuerdo de suspensión del Expediente Disciplinario Judicial seguido a la recusante, en los siguientes términos: "Vista la propuesta elevada a esta Sala de Gobierno por el Instructor del Expediente Disciplinario Judicial nº NUM001 , mediante la que propone la suspensión del mencionado Expediente Disciplinario Judicial, hasta en tanto recaiga resolución firme en las diligencias Previas 2/14/13, seguidas en el Juzgado Togado Militar Central nº 2 por unos hechos en los que existe identidad sustancial con los que son objeto de instrucción en el repetido expediente y teniendo en cuenta que la instrucción simultánea de ambos procedimientos podría afectar a los derechos fundamentales de alguna de las personas que han de ser oídas en aquéllos".

TERCERO .- 1. Notificado el Auto de fecha 22 de noviembre de 2013, por el que se admitía a trámite el Recurso de Apelación presentado por la promovente, contra el nuevo Auto de archivo dictado por el Juzgado Togado Militar Central nº 2, que se elevó para su resolución a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, mediante escrito presentado con fecha 25 de noviembre de 2013, la representación procesal de la Capitán Apolonia formula Incidente de Recusación, contra los miembros de dicho Tribunal que han de resolver el recurso planteado. Dicha recusación se formula contra el Excmo. Sr. Presidente, General Consejero Togado don Florentino , así como tres de los Vocales Togados, Excmos. Sres. Generales Auditores don Maximino , don Vicente y don Ángel Daniel , al entender que concurre en todos ellos causa objetiva y subjetiva de las previstas en el art. 53 de la LPM .

2. Dado traslado a los Excmos. Sres. Presidente y Vocales Togados recusados, con fecha 10 de enero de 2014, presentan escrito negando la concurrencia de causa de recusación.

CUARTO .- Tramitado el Incidente de Recusación, mediante providencia de 3 de febrero de 2014 se acuerda dar traslado al Excmo. Sr. Fiscal Togado, a fin de que en el plazo de tres días informe sobre la recusación planteada, presentando escrito con fecha 11 de febrero de 2014, en el que formula las alegaciones que constan en el rollo de Sala, informando desfavorablemente sobre la Recusación promovida por la representación procesal de la Capitán Auditor Apolonia .

QUINTO .- Por providencia de 21 de febrero de 2014, se señala para la deliberación, votación y fallo el día 11 de marzo siguiente a las 10:30 horas, lo que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernandez

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO .- 1. Aunque el derecho fundamental a recibir una tutela judicial efectiva imparcial no aparece de manera explícita en nuestra Constitución, ha sido establecido por el Tribunal Constitucional sobre la base del principio de la independencia judicial, del proceso con todas las garantías y de la figura del juez ordinario predeterminado por la Ley al reconocer a todos que el derecho a "un juicio público... con todas las garantías" incluye, aunque no sea citado de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, a cuya consecución tienen precisamente las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes -así en STC 145/1988, de 12 de julio , y muchas otras posteriores-, hasta el punto de haber llegado a decirse de que "sin juez imparcial no hay propiamente proceso jurisdiccional" -SSTC 151/2000, de 12 de junio y 156/2007, de 2 de julio , entre otras-.

Y ello lo ha realizado recogiendo lo dispuesto en: a) El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España a través del Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, que dice "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de plazo razonable por un

Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley".

b) El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , de 10 de diciembre de 1948.

c) El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante instrumento de 27 de abril de 1977.

Ya que en tales normas se reconoce que toda persona tiene derecho a ser oído públicamente por un Tribunal independiente e imparcial.

Todo lo anterior se resume en el principio establecido de una manera reiterada y pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que no es otro que el que reside en el dato de la confianza que los ciudadanos deben tener en su Administración de Justicia, a través del principio de imparcialidad objetiva y aparente.

Desde esta perspectiva, que es la que se contiene en el escrito de recusación, es conocida la doctrina del T.E.D.H. La imparcialidad exige que el juez se acerque al objeto del proceso sin haber tomado postura en relación con él (SSTC 145/1988, de 12 de junio [FJ 5]; 137/1994, de 9 de mayo [FJ 5]; 47/1998, de 2 de marzo [FJ 4]; 162/1999, de 27 de septiembre [FJ 5]; 69/2001, de 17 de marzo [FFJJ 16 y 21]; 154/2001, de 2 de julio [FJ 3]; 155/2002, de 22 de julio [FJ 2]; 156/2002, de 23 de julio [FJ 2]; 38/2003, de 27 de febrero [FJ 3]; 85/2003, de 8 de mayo [FJ 7]) y tiene su fundamento en la exclusión de toda posible apariencia de parcialidad y en el alejamiento de toda duda sobre la confianza que deben generar los tribunales en una sociedad democrática (SSTEDH, de 1 de octubre de 1982, el caso Piersack ; 26 de octubre de 1984, caso De Cubber ; 29 de abril de 1988, caso Belilos ; 4 de mayo de 1989, caso Hauschildt ; y 23 de octubre, caso Huber, 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi contra Italia , 5 de febrero de 2009, caso Olujic contra Croacia).

2. La Sala del artículo 61 LOPJ de este Tribunal Supremo se ha pronunciado igualmente en múltiples ocasiones (por todos A.TS. de 12.07.13) precisando que << de la lectura del art. 219 LOPJ se desprende la existencia de dos tipos de causas de recusación, unas de carácter subjetivo que atienden a la relación de los jueces y magistrados con las partes o a su interés personal directo o indirecto en el resultado del pleito, y otras que se consideran de naturaleza objetiva en cuanto que tienen que ver con la relación que el juzgador haya podido tener con el objeto propio del procedimiento.

Esta doble dimensión de las causas de recusación, subjetiva y objetiva, ha sido claramente interpretada tanto por el Tribunal Constitucional -entre otras en STC 156/2007, de 2 de julio - como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -entre otras en sus sentencias de 1 de octubre de 1982 (Piersack contra Bélgica), y de 26 de octubre de 1984 (De Cubber contra Bélgica)- al señalar en terminología de la primera de ellas cómo "junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que puede suscitar un previo interés en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva,...que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados 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 previos con el objeto del proceso".

De ellas, mientras la vertiente subjetiva exige para apreciarla llegar a la conclusión acreditada de que el Juez o Magistrado tiene esa relación o interés personal en el asunto, respecto de la objetiva se descarta de entrada cualquier interés de tal naturaleza y lo que se pretende con ella es preservar la imagen de la justicia a partir de hechos objetivos que puedan dar lugar a sospechas de imparcialidad, de forma que, como han establecido tanto el Tribunal Europeo citado como el Tribunal Constitucional español en la exigencia de imparcialidad está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, que sólo se consigue mediante la eliminación de cualquier sospecha objetiva de imparcialidad.

De aquí que la sentencia De Cubber hiciera suya en forma expresa la expresión inglesa, según la cual "justice must not only be done; it must also be seen to be done", o lo que es igual, que la justicia no solo

debe ser administrada adecuadamente sino que también ha de aparecer como tal, pues "se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones o prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso" (SSTC 157/1993, de 6 de mayo o 47/1998, de 2 de marzo). Según los anteriores requerimientos, es necesario determinar si se pueden considerar las aprensiones del interesado recusante como objetivamente justificadas (STEDH de 25 de julio de 2002 , as. Perote Pellón). Es por ello que, mientras respecto de las causas subjetivas se exige la prueba clara del interés personal o incluso relacionado con las convicciones o elementos ideológicos, y no se presume nunca (STEDH de 15 de diciembre de 2005 , Kyoruanou contra Chipre), respecto de las circunstancias objetivas basta por el contrario acreditar que existen sospechas fundadas, indicios objetivos o incluso apariencias concretas de que ha existido por parte del juzgador una relación previa con el proceso que le ha podido llevar a tener una idea preconcebida del caso o un prejuicio respecto del mismo que le puede llevar a resolver de una manera preconcebida>>.

De cuanto antecede no puede deducirse que cualquier intervención previa pueda ser calificada como contaminante, ni que pueda concluirse la parcialidad sobre las solas sospechas del que formula la recusación, sino que habrá de resolverse, en cada caso, si existe o no la causa de falta de imparcialidad alegada, cuando concurren hechos objetivamente acreditados - STEDH de 24 de mayo de 1989 (Hauschildt contra Dinamarca) y 28 de octubre de 1998 (Castillo Algar contra España), ó SSTC 170/1993, de 27 de mayo o 162/1999, de 27 de septiembre -.

SEGUNDO. - 1. Con carácter previo a la aplicación de las consideraciones anteriormente expuestas al presente supuesto, y abordar si concurren las causas de recusación alegada, procede, en primer lugar, determinar si su formulación es o no extemporánea tal como sostiene el Ministerio Fiscal porque, a su juicio, << dicho impedimento aparece contemplado en el artículo 56 de la Ley Procesal Militar , que dispone que la recusación deberá proponerse "al inicio del procedimiento o tan pronto se tenga conocimiento de la causa concurrente", por lo que no cabe admitir, en el caso que nos ocupa, que habiendo podido plantear la representación causídica de la parte denunciante la recusación de los mismos miembros del Tribunal Central cuando interpuso recurso de apelación contra el primero de los autos de archivo del procedimiento, y no lo hizo, admitiendo implícitamente su aptitud procesal para resolver tal cuestión -que además, como ha quedado dicho fue resuelta en sentido estimatorio-, no cabe admitir que ahora, meses después y frente a un nuevo auto de archivo que ha sido de nuevo recurrido, intente el apartamiento de los miembros del Tribunal ad quem, recusándolos, cuando después de aquellas intervenciones no han vuelto a tener aquellos contacto alguno con uno y otro procedimientos, el judicial que continuó la instrucción y el disciplinario suspendido desde entonces >>.

2. No tiene razón el Ministerio Fiscal. Efectivamente, el derecho a un Juez imparcial no se limita al momento procesal del enjuiciamiento, sino a cualquier decisión jurisdiccional que pueda afectar a los derechos e intereses de las partes, especialmente del acusado (STC nº 69/2001) FJ 17), por lo que el momento procesal para ejercitar los derechos oportunos y formular la recusación sería, precisamente, cuando se comunique a la parte la constitución de la Sala que ha de resolver el asunto concreto (art. 41 LOCOJM).

En definitiva, se ha de estar al tiempo procesal con independencia de cualquier otra realidad fáctica ajena, por tanto, a las garantías procesales, y en este caso, el planteamiento de la recusación se hace al tener conocimiento del auto de archivo y la ulterior admisión a trámite del correspondiente recurso de apelación porque "no resulta ni mucho menos diáfano para quienes se hallan sometidos a un proceso penal... quienes van a ser los componentes concretos de la Sala que va a celebrar el juicio oral... la parte recusante no tenía por que conocer la composición exacta de la Sala.... "(A.TS. S. 61 de 26.06.11).

3. Pues bien, como ha quedado expuesto en los Antecedentes de Hecho, notificado el Auto de fecha 22 de noviembre de 2013, por el que se admitía a trámite el Recurso de Apelación presentado por la promovente, contra el auto de archivo dictado por el Juzgado Togado Militar Central nº 2, y se elevaba para su resolución a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, la representación procesal de la Capitán Moncada mediante escrito presentado con fecha 25 de noviembre de 2013, formula el incidente de recusación, contra los miembros del Tribunal Militar Central que han de resolver el recurso planteado,

por lo que procede descartar el óbice de su formulación extemporánea. Dicha recusación se formula, como ha quedado dicho, contra el Excmo. Sr.

Presidente General Consejero Togado don Florentino , así como tres de los Vocales Togados Excmos. Sres.

Generales Auditores don Maximino , don Vicente y don Ángel Daniel , al entender que concurre en todos ellos causa objetiva y subjetiva de las previstas en el art. 53.11ª de la Ley Procesal Militar y la recogida en el art. 219.13ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Siendo tempestiva la recusación es posible, por ello, examinar la concurrencia de las causas invocadas.

TERCERO. - 1. Conviene precisar cuál es la tesis sostenida por la recusante, que esencialmente es la siguiente: a.- A su juicio, concurre en los recusados el haber tenido conocimiento y analizado los hechos objeto del procedimiento, realizando incluso pronunciamientos que constituyen causa de contaminación incompatible con la imparcialidad exigida para resolverlo, porque el día 12 de junio de 2013, tres de los cuatro componentes que pueden formar parte de la Sala de Justicia, que a su vez son integrantes de la Sala de Gobierno, tuvieron un primer conocimiento al analizar el informe del Coronel Jefe del ACAR GETAFE relativo a los hechos y que sirvió de base para adoptar el acuerdo de incoación del Expediente Disciplinario Judicial nº NUM001 instruido contra ella.

b.- Esa misma Sala de Gobierno con la misma integración tuvo una segunda participación al analizar la consulta evacuada por el instructor del Expediente y que se plasmó en acuerdo de fecha 27 de junio notificado el 1 de julio donde se disponía la ampliación de la Orden de incoación del Expediente Disciplinario Judicial antes referido. Dicha resolución se dictó al recibirse en el Tribunal Militar Central, un segundo informe del Coronel Primitivo sobre hechos acontecidos en el segundo registro efectuado por la Juez Togado, hoy recusante, el día 12 de junio de 2013.

c.- La Sala de Gobierno, esta vez constituida por la totalidad de sus miembros, tuvo una tercera intervención analizando los hechos investigados en el procedimiento penal y acordando la paralización de la tramitación del Expediente Disciplinario Judicial nº NUM001 con el fundamento que aparece reflejado en el Acta relativa al Acuerdo sobre el Asunto nº 32 que se adoptó en la sesión celebrada el día 9 de julio de 2013 y que literalmente dice: "Vista la propuesta elevada a esta Sala de Gobierno por el Instructor del Expediente Disciplinario Judicial nº NUM001 , mediante la que propone la suspensión del mencionado Expediente Disciplinario Judicial, hasta en tanto recaiga resolución firme en las diligencias Previas 2/14/13, seguidas en el Juzgado Togado Militar Central nº 2 por unos hechos en los que existe identidad sustancial con los que son objeto de instrucción en el repetido expediente y teniendo en cuenta que la instrucción simultánea de ambos procedimientos podría afectar a los derechos fundamentales de alguna de las personas que han de ser oídas en aquéllos.

La Sala de Gobierno, por unanimidad adopta el siguiente acuerdo: Paralizar la instrucción del Expediente Disciplinario Judicial NUM001 hasta en tanto recaiga resolución firme en las Diligencias Previas nº 2/14/13.

Comuníquese el presente Acuerdo al Instructor del Expediente Disciplinario Judicial nº NUM001 para su conocimiento y efectos oportunos".

2. Entiende la promovente que tales hechos están incursos en la causa 11ª del art. 53 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril Procesal Militar , si bien en su escrito significa que: "las causas de abstención y recusación para Jueces y Magistrados están contempladas en el art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , al que remite los artículos 52 y 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; que, al igual que sucede con la Ley Procesal Militar, por su antigüedad, ha sido objeto de modificaciones en la materia de abstención y recusación, con el fin de ajustarla a la realidad y al estado de derecho, aumentando las exigencias de imparcialidad de Jueces y Magistrados, introduciendo causas nuevas. En concreto, la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, redactó las ya existentes en términos de mayor exigencia dotando a las causas de un marcado carácter negativo". Igualmente añade, con la cita de la

doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tras la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial efectuada por la L.O.

19/2003, de 23 de diciembre, el actual art. 219.13^a establece como causa de abstención el haber ocupado "cargo público, desempeñando empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo".

3. Por su parte el Ministerio Fiscal en su oposición a la recusación formulada argumenta que al haberse expresamente invocado el art. 53.11^a de la Ley Procesal Militar el presente caso no tiene encaje en dicha causa, porque a su juicio, no concurren los requisitos exigidos en el artículo 53.11^a, al ser dos los procedimientos y tener distinta naturaleza, significando, además, que "van dirigidos en averiguación y esclarecimiento de las conductas observadas por dos distintos Oficiales".

La misma línea argumentativa se sostiene en el escrito de 10 de enero de 2014 que evacuaron los recusados.

CUARTO.- 1. La aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en causas de abstención y recusación es pacífica en la doctrina del Tribunal Supremo, y así (por todas) la reciente sentencia de la Sala Segunda de 4 de febrero de 2014 señala que "en nuestras leyes procesales y orgánicas aparece una institución, la recusación, también fundada en esta necesidad de proteger a las partes en los procesos en cuanto a la exigencia de tal imparcialidad, que ahora se encuentra regulada, junto a la abstención, con validez para toda clase de procesos, en los artículos 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Y, concretamente el art. 219 nos dice cuales son las causas que obligan al Juez o Magistrado a abstenerse y permiten a las partes recusar ofreciéndonos una relación de casos de pérdida de la referida parcialidad subjetiva u objetiva".

2. La finalidad de la norma invocada (causa nº 13 del art. 219 de la LOPJ) tiene como objeto prevenir el riesgo de haberse formado o podido formar criterio sobre el objeto del procedimiento como consecuencia del ejercicio de ocupar cargo público, en este caso, formar parte por ministerio de la ley (arts. 33, 42 LOCOJM) de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y por ello intervenir directamente en otro procedimiento relacionado con el mismo.

Pues bien, concurren en el presente caso tres circunstancias que hay que destacar, en primer lugar: a) que la Sala de Gobierno integrada por tres de sus miembros, tras el estudio de la Nota Informativa que les había sido remitida acordó la apertura de un Expediente Disciplinario Judicial directamente, concretamente el número NUM001 ; b) la ampliación de la orden de inicio del Expediente y, c) en tercer lugar, la Sala de Gobierno, esta vez constituida por la totalidad de sus miembros, aceptó en su sesión celebrada el 9 de julio de 2013 la propuesta del Instructor de paralizar el Expediente Disciplinario "hasta en tanto recaiga resolución firme en las Diligencias Previas nº 2/14/2013, seguidas en el Juzgado Togado Militar Central nº 2 por unos hechos en los que existe identidad sustancial con los que son objeto de instrucción en el repetido expediente y teniendo en cuenta que la instrucción simultánea de ambos procedimientos podría afectar a los derechos fundamentales de alguna de las personas que han de ser oídas en aquéllos".

Así pues el criterio constitutivo de la causa de recusación, se pone de manifiesto de manera inconcusa a través de un hecho objetivamente acreditado, como es el expreso reconocimiento plasmado por la propia Sala de Gobierno cuando todos sus miembros reconocen y manifiestan la existencia de identidad sustancial de ambos procedimientos.

Como recuerda el Auto de este Tribunal Supremo (Sala del art. 61 de 20 de junio de 2011) la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge en su art. 219 las causas por las que los Jueces y Magistrados deben abstenerse o pueden ser recusados por las partes, todas ellas movidas por la necesidad de mantener la exigencia de independencia e imparcialidad que requiere el ejercicio de la función de juzgar, no solo para que se hagan realidad las previsiones que sobre la materia se contienen en los artículos 117 y siguientes de la Constitución cuando proclama estas exigencias sino para que se convierta en auténtica realidad el derecho de todo ciudadano a una tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.2 de la Constitución ,

pues solo un Juez independiente de influencias ajenas al pleito que debe resolver, puede actuar con la imparcialidad que es garantía de un juicio justo. Esta misma Sala cuando analizó la abstención de un Magistrado integrante de la misma y que decidió someter a su decisión la conveniencia de su apartamiento del caso, pese a ser consciente de la persistencia de su imparcialidad real para intervenir en aquél, a fin de preservar la apariencia formal de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y de evitar cualquier sombra de dudas sobre la misma, estimó justificada su abstención (A.TS. S. 61. 28.04.11).

3. En consecuencia, la totalidad de los miembros del Tribunal Militar Central recusados, al suspender la tramitación del Expediente Disciplinario Judicial que habían ordenado incoar a la Juez Togado, Capitán Auditor doña Apolonia , realizaron, aunque fuera de manera provisional, una valoración sobre la existencia de unos hechos acaecidos durante la ejecución del registro acordado en el seno del Sumario 12/08/13, precisamente los mismos objeto de investigación judicial y un juicio sobre una posible infracción sancionable, calificando el alcance disciplinario de los mismos y reconociendo, expresamente, la identidad sustancial de los hechos, dándose la particular circunstancia, además, en el presente supuesto, que una hipotética declaración de hechos probados en el recurso que pende ante la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central tendría carácter vinculante para la Administración a la hora de resolver el Expediente Disciplinario Judicial.

Esa valoración previa justifica de una manera objetiva el recelo de la parte recusante acerca de su imparcialidad a la hora de examinar el Auto de archivo de las Diligencias Previas 2/14/13.

Procede, pues, estimar la recusación formulada con las consecuencias establecidas en los artículos 64 y 65 de la Ley Procesal Militar .

En atención a todo lo expuesto,

FALLO:

1) Estimar la recusación presentada por la Letrada doña María de los Ángeles González Gómez que actúa en defensa y representación de la Capitán Auditor doña Apolonia titular del Juzgado Togado Militar nº NUM000 de DIRECCION000 frente a los miembros del Tribunal Militar Central Excmo. Sr. Presidente, General Consejero Togado don Florentino y Vocales Togados Excmos. Sres. Generales Auditores don Maximino , don Vicente y don Ángel Daniel , en las Diligencias Previas nº 2/14/2013, quedando los citados definitivamente apartados del conocimiento del indicado procedimiento.

2) Devolver el conocimiento del asunto al Tribunal Militar Central.

Notifíquese esta resolución en legal forma.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes expresados; de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. Angel Calderon Cerezo, PRESIDENTE DE LA SALA, AL AUTO DE FECHA 17.03.2014. DICTADO EN EL RECURSO 106/78/2013.

1.- Con las deferencias de rigor para los Magistrados que en esta ocasión conformaron la mayoría del Tribunal, paso a exponer mi respetuosa discrepancia con la decisión adoptada de estimar la recusación de los Excmos. Sres. Presidente y Vocales del Tribunal Militar Central, para resolver determinado Recurso de Apelación deducido por la señora recusante en las Diligencias Previas 2/14/2013, que instruye el Juzgado Togado Militar Central nº 2.

Me atengo en el presente Voto particular discrepante a las razones que expuse en el acto de la deliberación del presente incidente, que ahora reitero.

2.- Estoy de acuerdo con los Antecedentes de Hecho del Auto de que discrepo; y asimismo comparto el Primero de los Razonamientos Jurídicos en que se contienen una serie de consideraciones genéricas, legales y jurisprudenciales, sobre el derecho constitucional al Juez imparcial, formando parte del más amplio derecho al proceso con todas las garantías.

3.- Disiento, en primer término, del Razonamiento Jurídico Segundo en que se descarta la objeción puesta por la Fiscalía Togada sobre extemporaneidad en el planteamiento de la acción recusatoria.

La parte que recusa alega como fundamento de su pretensión las causas previstas en los arts. 53.11ª de la Ley Procesal Militar y 219.13ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; en ambos casos por haber tenido conocimiento los recusados de los hechos objeto del procedimiento penal citado, y ello a partir y como consecuencia de haber ordenado, en su condición de miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, la iniciación de expediente disciplinario en su contra sobre hechos que se dicen idénticos en uno y otro procedimiento.

Según la cronología de los hechos que refiere el Auto de esta Sala, entre el 12 de junio de 2013 fecha de incoación del expediente , y el 9 de julio fecha de su paralización, se sitúa todo el recorrido del reiterado expediente. Mientras que con fecha 13 de junio de 2013 se inició la causa penal por denuncia de la hoy recusante; con fecha 3 de julio se decidió en sentido estimatorio Recurso de Apelación por ésta interpuesto frente al Archivo de la causa, hallándose pendiente de decidir nuevo Recurso de la misma clase y con igual objeto, también interpuesto en noviembre de 2013 por la acusación particular sostenida por la recusante.

Por consiguiente, todas las dudas sobre la "contaminación" de los recusados se extraen de la implicación que éstos pudieran haber tenido con su actuación en aquel expediente paralizado desde el 9 de julio de 2013.

Al tiempo de presentar su denuncia la recusante ya se había producido la incoación del expediente disciplinario en su contra, en base precisamente a los que se dicen ser los mismos hechos (los que ocurrieron el 3 de junio de 2013 en el ACAR de Getafe). No obstante lo cual no se promovió recusación al interponer aquella Apelación el 24 de junio de 2013, que no se promueve hasta el 25 de noviembre, sin que conste por otra parte que los recusados, en su condición de miembros de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, hayan llevado a cabo cualquier otra actuación en la causa penal.

El art. 56 de la LO. 2/1989, Procesal Militar , coincidente en lo sustancial con lo que se dispone en el art. 56 LE. Crim ., y asimismo con lo establecido en el art. 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , no deja lugar a dudas en cuanto a que el momento hábil para proponer la recusación se sitúa en el "inicio del procedimiento o tan pronto se tenga conocimiento de la causa concurrente". Dicho plazo tiene carácter preclusivo, bajo sanción de inadmisión de la recusación tardíamente promovida porque la validez de los actos procesales depende del cumplimiento de los plazos previstos para su realización, sin que puedan las partes llevarlos a cabo en términos de mera oportunidad o conveniencia, o en función de una determinada estrategia procesal, porque la tutela judicial prevista para preservar el derecho al Juez imparcial tiene configuración legal y está sometida a la observancia de los requisitos que regulan su ejercicio válido, entre ellos la temporalidad.

Como se acaba de exponer, cuando la recusante presentó la denuncia origen de la causa penal sabía que los miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, que al mismo tiempo lo son de la Sala de Justicia del mismo Tribunal, habían tenido conocimiento del parte del Coronel del ACAR de Getafe que dio lugar a la incoación del expediente disciplinario judicial NUM001 , sin promover entonces la acción recusatoria frente a éstos por el motivo que ahora se esgrime ni, en todo caso, tal iniciativa la tomó la recusante al tiempo de deducir Recurso de Apelación contra el Auto de Archivo de la causa penal 2/14/2013, a pesar de que para entonces ya habían terminado los tres actos de intervención de los recusados en el expediente, esto es, su incoación, la ampliación de su objeto y la paralización del trámite.

En estas condiciones considero que la reacción de la recusante con cinco meses de retraso, debe considerarse manifiestamente extemporánea, y por ello, debió declararse la INADMISIÓN de la

recusación intentada fuera del plazo legalmente establecido.

3.- Sin perjuicio de la procesalmente inadmisibles recusación, reitero mi criterio desestimatorio en cuanto al fondo.

a) La recusante basa su pretensión, en primer término, en lo dispuesto en el art. 53.11ª de la Ley Procesal Militar por "haber intervenido (los recusados) en otro concepto en el mismo procedimiento". La causa esgrimida resulta manifiestamente infundada, hasta el extremo de que el Auto de que discrepo ni siquiera la toma en consideración al estimar el incidente por otra razón. Ciertamente, dos son los procedimientos que se siguen respecto de un episodio del que forman parte unos hechos conexos entre sí pero que no son idénticos. Unos protagonizados por un mando militar respecto del que se sigue causa penal, y otros con posible relevancia disciplinaria cometidos supuestamente por la Sra. Juez Togado Militar Territorial, en cuya averiguación se incoó el reiterado expediente disciplinario. Es claro que en el procedimiento penal en que se promueve la recusación, los recusados no han actuado en otro concepto distinto de asignar la instrucción al Juez Togado Central, que correspondió según turno preestablecido, y resolver en su momento un Recurso de Apelación deducido por la hoy recusante precisamente en sentido favorable a sus intereses.

b) La Sala, sin tomar en consideración la anterior causa recusatoria, se decanta por apreciar la concurrencia de la establecida en el art. 219.13ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consistente en "haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercicio profesional con ocasión de los cuales hayan participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo".

Entiende la mayoría de la Sala que al tomar conocimiento los recusados de los hechos que se investigan en el expediente disciplinario, en los tres actos separados representados por la orden de incoación, la ampliación de su objeto y la suspensión del trámite, han llegado a prejuzgar el sentido de la decisión a adoptar en el Recurso de Apelación interpuesto por la recusante sobre el nuevo Archivo de la causa adoptado por el Juez Central instructor.

No puedo compartir el criterio de la mayoría de la Sala, porque la causa de abstención/recusación aducida está prevista para casos distintos al que ahora se suscita.

Se trata de supuestos en que Jueces o Magistrados estén llamados a adoptar decisiones jurisdiccionales sobre asuntos de que conocieron con anterioridad, directa o indirectamente, desde una posición distinta en el desempeño de cargo público o ejercicio profesional no judicial.

En el Auto de que discrepo se asimila esta situación al desempeño simultáneo en régimen de compatibilidad funcional de cargo jurisdiccional, con el de miembro de Sala de Gobierno con competencia para realizar doble valoración de lo que se consideran hechos idénticos.

En este sentido, el escenario es bien singular por la coincidencia de cometidos jurisdiccionales y gubernativos respecto de hechos que sin ser idénticos, en mi opinión, debe reconocerse su vinculación.

Sucede, sin embargo, que como miembros de la Sala de Gobierno los recusados no han adoptado decisiones que no sean regladas; esto es, la iniciación de un procedimiento sancionador a raíz de la recepción de partes o escritos denunciando conducta con eventual repercusión disciplinaria, su ampliación a otros extremos asimismo denunciados, y la paralización del trámite según consulta del Instructor.

d) La recusante afirma la pérdida de la debida imparcialidad del Presidente y de todos los Vocales del Tribunal Militar Central, en función de aquel grado de conocimiento - más bien información- respecto de los hechos que se investigan en el expediente disciplinario que se consideran idénticos a los que son objeto del proceso penal, pero sin que aquellos hayan dictado resolución alguna en el procedimiento sancionador que objetivamente autorice a dudar de la imparcialidad que se cuestiona. Se trata de consideraciones genéricas y de abstracciones que deben ceder ante las circunstancias del caso (STEDH. 22.07.2008, "caso Gómez de Liaño y Botella c. España ", párrafo 64), radicadas en la mera iniciación de

un expediente disciplinario que no instruyen los recusados, en el que no se ha dictado pliego de cargos y que, a mayores, se encuentra paralizado al tiempo de promoverse la recusación.

No son únicamente los temores que alberga la recusante sobre la parcialidad de todo el Tribunal lo que puede llegar a establecer la inidoneidad de sus miembros por este motivo, sino la constatación de que dichos temores o aprensiones existen y están objetiva y racionalmente fundados. Y a este objeto debe tenerse presente, de un lado, que rige la interpretación estricta en la materia de recusación por las consecuencias que pudieran seguirse en cuanto a la seguridad jurídica y alteración sin fundamento de la composición predeterminada de los órganos judiciales.

Y, de otro, que según constante jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, incluso el haber tomado decisiones con carácter previo al enjuiciamiento, por sí solo no resulta determinante de la pérdida de la imparcialidad, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso tomando en consideración la naturaleza y extensión de las decisiones y medidas adoptadas con anterioridad, esto es, la intensidad y relevancia de lo resuelto y la relación que de ello se derive entre los miembros del Tribunal y lo que deba ser enjuiciado. Más concretamente, para el TEDH existirá sospecha legítima, bien cuando las cuestiones sobre las que se hubiera tratado con anterioridad fueran análogas a las que se tuvieran que decidir al tiempo del enjuiciamiento, o bien cuando al tratar aquellas cuestiones los Jueces debieron pronunciarse sobre la existencia de indicios de culpabilidad (Así en Sentencias 19.04.2011 "caso Moczulski c.

Polonia"; 26.10.2010 "caso Cardona Serrat c. España"; 02.03.2010 "caso Admakiewicz c. Polonia"; la citada en el "caso Gómez de Liaño Botella c. España"; 31.01.2007 "caso Ekeberg y otros c. Noruega"; 10.02.2004, "caso Depiets c. Francia"; 22.04.1994 "caso Saravia de Carvalho c. Portugal"; 24.08.1993, "caso Ree c.

Francias y 24.05.1984, "caso Mauschild c. Dinamarca").

El Tribunal Constitucional; por su parte, en STC. 149/2013, de 9 de septiembre, reitera la consolidada doctrina según la que la incompatibilidad derivada de la intervención previa en la fase de instrucción del mismo proceso, no se predica con carácter general, y así no se considera existente en los casos de admisión de denuncia a querrela, o bien, cuando la intervención se refiere al control de estricta legalidad sobre la regularidad procedimental, o cuando la actuación del Tribunal consiste en dictar resoluciones de mera ordenación del procedimiento.

e) No puedo compartir la conclusión alcanzada por la mayoría del Tribunal que decidió haber lugar a la recusación, por cuanto que sin haber participado los recusados en la realización de verdaderos actos decisorios en el expediente disciplinario seguido a la recusante, ni en consecuencia haber emitido cualquier juicio anticipado de responsabilidad disciplinaria respecto de ésta, se ha producido el efecto de la sustitución como inidóneos por falta de neutralidad, de todos los miembros del Tribunal Militar Central a los que correspondía pronunciarse en un Recurso de Apelación sobre la procedencia del archivo de la causa penal, iniciada a instancia de la recusante y en la que ésta sostiene la acusación particular; y ello solo en consideración a las sospechas y aprensiones de la actora que se concretan en la realización de tres actos de carácter reglado, en los que no se atisba cualquier nivel de implicación de la Sala de Gobierno en los hechos que se atribuyen a la Sra. Juez Togado, ni en menor medida consienten sostener que hubieran prejuzgado los hechos conexos que constituyen el objeto de la reiterada causa penal, en que está pendiente de resolver la Apelación interpuesta por la recusante contra Auto del Instructor sobre archivo de las diligencias.

En mi opinión, mediante el presente Auto la Sala se aparta de la jurisprudencia hasta ahora recaída en la materia, en la medida en que se concede prioridad a las sospechas expresadas por la recusante por encima de la verificación del fundamento objetivo de sus recelos sobre la parcialidad del Tribunal, concluyéndose en una especie de recusación cautelar o preventiva en que las meras aprensiones se convierten en el factor determinante de la presente decisión.

4.- En consecuencia con lo antes expuesto sostengo que la Sala debió INADMITIR POR

EXTEMPORÁNEA la recusación promovida en nombre y representación de la Sra. Juez Togado Militar Territorial, y, en todo caso, DESESTIMAR dicha pretensión recusatoria en el fondo por falta de fundamento.

Madrid, 18 de marzo de 2014.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.