

**UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



**IMPARCIALIDAD.  
DERECHO A UN JUEZ NO  
PREVENIDO.**

**FERNANDO LÓPEZ PARRA**

Tesis Doctoral dirigida por las Prfas. Dras. D<sup>a</sup>  
Lidón Montón García y D<sup>a</sup> Mar Montón García.  
Profesoras Titulares de Derecho Procesal en la  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Madrid, 2013.

**UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Departamento de Derecho Público II

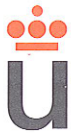
**IMPARCIALIDAD.**

**DERECHO A UN JUEZ NO PREVENIDO.**

TESIS DOCTORAL

FERNANDO LÓPEZ PARRA

Madrid, 2013.



Universidad  
Rey Juan Carlos

Facultad de C.C. Jurídicas y Sociales  
Campus de Vicálvaro

Madrid, 5 de diciembre de 2012

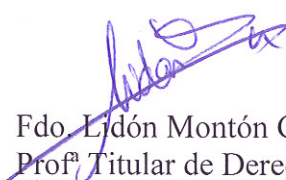
Lidón MONTÓN GARCÍA, Profesora Titular de Derecho Procesal en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y Mar MONTÓN GARCÍA, Profesora Titular interina de Derecho Procesal en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Codirectoras de la Tesis Doctoral objeto de este escrito,

tras la aprobación en el Consejo del Departamento de Derecho Público II de la Universidad Rey Juan Carlos, reunido con fecha 4 de diciembre de 2012, para la lectura y defensa de la Tesis Doctoral IMPARCIALIDAD. DERECHO A UN JUEZ NO PREVENIDO, presentada por el Doctorando Sr. D. Fernando LÓPEZ PARRA,

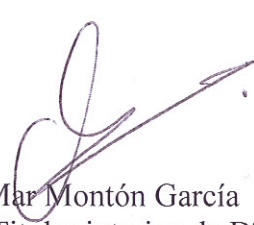
y en cumplimiento del artículo 24.2º de la Normativa sobre Programas de Doctorado de la Universidad Rey Juan Carlos,

AUTORIZAN la lectura y defensa de la mencionada Tesis Doctoral que se llevará a efecto durante el presente Curso Académico 2012-2013.

Para que conste a los efectos pertinentes,

  
Fdo. Lidón Montón García  
Profª Titular de Derecho Procesal  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid



  
Fdo. Mar Montón García  
Profª Titular interina de Dº Procesal  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid

## ÍNDICE

	Pág.
1. Justificación del tema	1
2. Función jurisdiccional e imparcialidad	4
A). Concepto, fundamento y alcance de la imparcialidad judicial	5
a) Concepto de la imparcialidad judicial	5
a') Aspectos objetivo y subjetivo de la imparcialidad judicial	20
b') Consagración internacional y constitucional de la imparcialidad	24
b) Fundamento de la imparcialidad judicial	36
c) Alcance de la imparcialidad judicial	52
a') Prejuicio e imparcialidad	52
b') Vinculación objetivo-subjetiva del juzgador	56
i) Sin acusación no hay juicio	58
ii) El juez no puede acusar ni auxiliar a quien se acusa	59
iii) El juez no puede aportar prueba al proceso	62
iv) Las prerrogativas del juez en el proceso civil	64
a'') Las facultades judiciales previstas en el artículo 429.1 II LEC	65
b'') La práctica de la prueba de oficio	70
c'') Las diligencias finales	73
v) El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado	74

vi) El juez no puede haber tomado partido públicamente por una de las partes antes del juicio, ni siquiera cuando lo hace en ejercicio de la jurisdicción	83
B). Independencia e imparcialidad	84
C). Predeterminación e imparcialidad	93
3. La imparcialidad en el constitucionalismo histórico español	97
A). Constituciones históricas	98
a) Constitución de Bayona	105
b) Constitución 19 de marzo de 1812	107
c) Estatuto Real de 10 de abril de 1834	108
d) Constitución de 18 de junio de 1837	109
e) Constitución de 23 de mayo de 1845	111
f) Constitución de 1 de junio de 1869	111
g) Proyecto de Constitución Federal de 1873	113
h) Constitución de 30 de junio de 1876	114
i) Constitución de 9 de diciembre de 1931	114
j) Leyes Fundamentales	116
B). Debates parlamentarios de la Constitución de 1978, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	118
a) Constitución de 1978	118
b) LOPJ de 1985	122
c) LEC 2000	129
4. La imparcialidad en la LOPJ de 1870, en la Constitución de 1978, en la LOPJ de 1985 y en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal	136
A). La imparcialidad como derecho fundamental	137

B). Titulares del derecho al juez imparcial	150
a) ¿Es el abogado, en cuanto letrado de una parte, titulares del derecho fundamental al juez imparcial?	151
b) ¿Puede la acusación particular invocar la lesión del derecho al juez imparcial en el curso de la instrucción de un proceso penal?	153
c) ¿Es el imputado en fase de instrucción en un proceso penal titular del derecho al juez imparcial?	154
d) ¿Es el Ministerio Fiscal titular del derecho al juez imparcial?	158
C). Supuestos dudosos de imparcialidad en el proceso	160
a) Las resoluciones interlocutorias relativas a medidas cautelares	161
b) Los recursos devolutivos	164
c) El auto de procesamiento	165
d) Apelación en el abreviado frente a determinadas resoluciones	173
e) Apelación frente a resoluciones interlocutorias del Juez de instrucción durante el sumario	176
f) La modificación de las normas de reparto como solución procesal	177
g) La fase intermedia	179
h) Cambio de procedimiento	185
i) Quebrantamiento de forma y recursos de casación y apelación	186
j) Coimputación	190
k) Juicio de faltas	192
l) La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores	193
m) La imparcialidad del Juez de Guardia que dicta sentencias de conformidad	213

D).	Actos que no comprometen la imparcialidad del Juez	218
	a) Actos de mero trámite	220
	b) Resolución de recursos	221
	a') Fase de instrucción.	221
	b') Autos de sobreseimiento o archivo	222
	c') Autos de prisión	222
	c) Facultades que otorga el artículo 729.2 de la LECr	223
	d) Facultades que otorga el artículo 708 de la LECr	228
5.	Tratamiento específico de la imparcialidad en el ordenamiento jurídico español vigente	232
	A). La duda de parcialidad. Motivos determinantes	233
	B). Causas concretas de abstención y recusación. El art. 219 de la LOPJ	247
	C). Causas no previstas en la Ley	281
	D). Estudio jurisprudencial de las causas de abstención o, en su caso, recusación previstas en la LOPJ	295
	E). Síntesis jurisprudencial del artículo 219 LOPJ	298
	F). Manifestación formal de la duda de parcialidad	323
	a) Por el juez. La abstención	323
	b) Por las partes. La recusación	332
	c) La duda de imparcialidad en cooperadores y colaboradores con la Justicia	343
	a') Ministerio Fiscal	344
	b') Secretarios y Cuerpos Auxiliares y de Gestión.	346
	c') Miembros del Jurado	353
	d') Testigos	367
	e') Peritos	373
	G). Consecuencias de las decisiones judiciales viciadas de parcialidad	379

a) Recurso de casación penal	379
b) Recurso de amparo constitucional	385
6. La imparcialidad en algunos ordenamientos extranjeros	389
A). Textos Constitucionales Americanos	390
a) EEUU y Canadá	390
b) Países sudamericanos	392
B). Textos Constitucionales Europeos	395
a) Alemania	395
b) Francia	396
c) Italia	397
d) Portugal	398
e) Otros	399
7. La imparcialidad en los Tratados Internacionales	400
8. Conclusiones	409
9. Índice cronológico de resoluciones citadas	421
10. Bibliografía	440



## ABREVIATURAS

A	Auto
AA	Autos
AAP	Auto Audiencia Provincial
AAVV	Autores varios
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CE	Constitución Española
CENDOJ	Centro de documentación judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores
LPL	Ley Procedimiento Laboral
pág.	Página
§	Parágrafo
Raj.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

# **1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA**

El derecho de todo litigante a que su causa sea resuelta por un tribunal imparcial o la necesidad de que el juez se sitúe como tercero valorando intereses ajenos, es algo que no ofrece ninguna duda puesto que la “ajenidad”, o desinterés objetivo, pertenece a la propia esencia de la función jurisdiccional. Por esta razón es lógico que el mencionado derecho haya sido recogido en el Convenio de Roma de 1950 y nuestro Tribunal Constitucional haya considerado la imparcialidad judicial como una de las garantías de todo proceso, consagrada implícitamente en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución.

En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado. Respecto de la sociedad española hemos de advertir del incremento de la desconfianza que, en general, tiene sobre la imparcialidad judicial. Así, en el informe *La imagen de la Justicia en la Sociedad española, Séptimo Barómetro de Opinión del CGPJ* (noviembre de 2000) el 62 % de los encuestados piensan que los jueces no aplican las leyes por igual a todos los ciudadanos; y en el *Noveno Barómetro del CGPJ* (julio de 2005) el 77% de los entrevistados considera que la forma en que un caso es decidido depende fundamentalmente del juez al que le toque juzgarlo.

La trascendencia de la imparcialidad judicial desborda los límites de la legalidad para ahondar sus raíces en el ámbito constitucional<sup>1</sup>. Por ello, la exacta interpretación de la legalidad deberá efectuarse bajo parámetros constitucionales atendiendo, por mandato del art. 10.2 CE, a lo previsto en los distintos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

El análisis de cualquier institución jurídica obliga necesariamente a delimitar con precisión su marco conceptual. Estamos en presencia de una institución jurídica de gran complejidad. Por un lado, la idea utópica de la imparcialidad suele asociarse al mismo concepto de “justicia”<sup>2</sup>, “jurisdicción” o “juez”, y, por otro, a “la condición propia del juicio”.

---

<sup>1</sup>SATTA, S: *Astensione del giudice*,\_“Enciclopedia del Diritto”, tomo III, Editorial Giuffrè. Milán, 1958, pág. 947

<sup>2</sup>BARRY, B: *La justicia como imparcialidad*. Editorial Pairós. Barcelona, 1977.

## **2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL E IMPARCIALIDAD**

## A. Concepto, fundamento y alcance de la imparcialidad judicial

### a) Concepto de la imparcialidad judicial

La cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma de juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad<sup>3</sup>. Antes incluso de que se establecieran concretas formas teóricas de organizar el juicio y se dispusieran de garantías procesales para las partes la idea de encomendar a un tercero desinteresado y extraño a la contienda la resolución de una controversia surgida entre individuos estaba presente en la conciencia de las gentes. Por ello, la tradicional definición de juez es la de tercero imparcial investido de autoridad y ubicado supra partes que se encarga, conforme dicta el derecho, de dirimir conflictos de intereses suscitados entre particulares interesados en el asunto y, por ello, parciales por definición.

La necesaria imparcialidad de este tercer decisor exige, en primer lugar, que no sea formalmente parte, es decir, que sus intereses no concurren con ninguna de las partes antagónicas del conflicto. Este primer estadio de la imparcialidad, que se resume en el brocardo “*nemo iudex in causa sua*” (nadie puede ser juez en su propia causa), lo definió GOLDSCHMIDT como “*partialidad*”. Aunque el posicionamiento del encargado de dirimir la contienda objetivamente al margen de la controversia fue un avance capital en la consecución de un tercero imparcial, la imparcialidad requiere además, que este tercer decisor ponga en paréntesis todas sus consideraciones subjetivas a la hora de enjuiciar, el juez debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de

---

<sup>3</sup> CALAMANDREI, P.: *Proceso y Democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960, pág. 60.

su propia personalidad<sup>4</sup>. De la imparcialidad se deduce, en un primer momento, una posición: no ser formalmente parte “*parcialidad*” y, en segundo lugar, una actitud: dejar al margen las condiciones subjetivas en el momento de actuar la función jurisdiccional.

La consecución de este doble logro consolida la imparcialidad como una de las características más definitorias de la función jurisdiccional, pues en otras formas sociales de resolución de controversias la ecuanimidad del decisor no está asegurada. Así, quien utiliza la autotutela o la defensa privada, lo que busca precisamente, es evitar que la solución del conflicto se encomiende a un tercero imparcial<sup>5</sup>. Ahora bien, la elección de este tercero puede realizarse a su vez de dos maneras, parcial o imparcialmente, dependiendo de si alguna de ellas puede imponer quien sea el decisor. Únicamente cuando ninguna de las partes impone el decisor de la contienda puede afirmarse que el tercero ha sido nombrado imparcialmente. ARAGONESES ALONSO<sup>6</sup> entiende que solamente se obtiene una decisión imparcial cuando el reparto de los intereses intersubjetivos de las partes es heterónomo, es decir, el encargado de decidir la contienda es un tercero ajeno a la cuestión debatida entre partes. Por el contrario, cuando el reparto es autónomo, esto es, cuando son las propias partes las encargadas de resolver por sí mismas la contienda, no se asegura la imparcialidad de la decisión. Es el convencimiento de que la imparcialidad del decisor se asegura más correctamente si éste es

---

<sup>4</sup> GOLDSCHMIDT LANGE, W.: *La imparcialidad como principio básico del proceso. (La “parcialidad” y la imparcialidad)*, Monografías de Derecho Español, núm. 1, Instituto Español de Derecho Procesal. Madrid, 1950, pág. 29.

<sup>5</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2ª ed. México. 1970, pág. 61.

<sup>6</sup> ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid, 1960, págs. 27 a 64. Hay una 2ª edición de 1977.

nombrado por el Estado lo que favorece el tránsito de la justicia privada a su abolición, con la consiguiente consolidación del proceso como forma idónea de solucionar conflictos jurídicos de intereses suscitados entre partes. En el proceso jurisdiccional hay, en fin, más posibilidades de que el tercero decisor sea imparcial que en otras formas de resolución de controversias<sup>7</sup>.

La imparcialidad del juez es una condición tan esencial a la actuación jurisdiccional del derecho que sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuanto menos, que éste no es jurisdiccional. En palabras de GOLDSCHMIDT “Pocas objeciones se levantarán en considerar la imparcialidad como el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo, en fin: del proceso. (...) La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto de las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución”<sup>8</sup>. En la misma línea la STC 60/1995, de 17 de marzo, afirma que “Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a «un proceso con todas las garantías» (SSTC 37/1982, 44/1985 y 137/1994), pues la primera de ellas, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse

---

<sup>7</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Proceso...*, obra *op-cit.*, pág. 112. En la misma línea, *in extenso*, ZIZAK, G.: “*L'imparzialità como criterio guiridco essaustivo*. Rivista Internacionales de Filosofia del Diritto, 1968, I-III, págs., 214 y ss. ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid, 1960, págs. 27 a 64. Hay una 2ª edición de 1977.

<sup>8</sup> GOLDSCHMIDT LANGE, W.: *La imparcialidad...*, *op-cit.*, pág. 8.



de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad”. No es irrazonable argumentar por tanto, que la imparcialidad judicial deriva, en última instancia, del principio de legalidad en su vertiente procesal. Es decir, si este principio arguye la necesaria existencia de un proceso con carácter previo a la imposición de una condena, y si el proceso jurisdiccional no existe sin imparcialidad del decisor, el silogismo bien pudiera terminarse afirmando que la imparcialidad del juzgador deriva del principio de legalidad procesal<sup>9</sup>.

De la diferencia entre “*partialidad*” y parcialidad arranca el doble significado que actualmente tiene la “imparcialidad judicial”. En efecto, cuando genéricamente aludimos a ella podemos estarnos refiriendo a dos circunstancias significativamente diferentes. Unas veces la empleamos para mencionar la posición (institucional) en la que el ordenamiento procesal sitúa al juez-órgano, equidistante y supra partes, y otras, simplemente, para significar la actitud personal con la que debe conducirse el juez-persona con respecto a las partes intervinientes en el proceso, y con respecto al proceso mismo.

Ha sido común circunscribir la imparcialidad a los poderes de dirección material del proceso encomendado al juzgador, de tal suerte que como dice PRIETO-CASTRO “el juez, como órgano imparcial de la justicia, no puede verse hasta tal punto cargado de facultades de dirección, que prácticamente se haga tan responsable como los propios litigantes del resultado del proceso, lo que excede y no se cohonesto con la función

---

<sup>9</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*. Edersa. Madrid, 1999, pág. 31.

constitucional de un órgano de la jurisdicción”<sup>10</sup>. Más concretamente también se ha circunscrito la posición imparcial con la actitud con la que debe conducirse el juzgador en el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario. Esta exhortación debe estar desprovista de todo asomo de coacción pues lo contrario sería convertir a quien debe decidir en un “juez prevenido” que quizá se vea obligado, en contra de su voluntad, a fallar un litigio en el que, desde el principio, vio clara la posibilidad de acuerdo, y otras, simplemente, para significar la actitud personal con la que debe conducirse el Juez-persona con respecto a las partes intervinientes, y con respecto al proceso mismo. Claramente lo expone DE LA OLIVA: “La imparcialidad, estrechamente relacionada con el desinterés objetivo (pero no igual a éste), significa la posición trascendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio. Con otras palabras, la imparcialidad aduce que a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones contrapuestas corresponde una posición neutral por parte de las personas que ejercen jurisdicción y de los órganos jurisdiccionales”, y añade: “decimos posición y no, por ejemplo, actitud, con la intención de recalcar que la imparcialidad no es sólo ni principalmente una recta disposición del ánimo de los juzgadores, sino una objetiva posición de éstos”<sup>11</sup>.

La exigencia de imparcialidad en la actuación del juez es consecuencia inmediata del establecimiento, en toda sociedad civilizada, de órganos encargados de resolver los conflictos que pudieran surgir entre sus

---

<sup>10</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: “*Puntos de vista generales sobre la reforma de las Leyes de justicia*”. Revista de Derecho Procesal, 1965, III, pág. 56.

<sup>11</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ed. Cera. Madrid, 1995, págs. 27-28.

ciudadanos, en tanto su creación se hace partiendo de que los que solicitan justicia han de tener confianza en ellos. De manera tautológica podríamos decir que dicha garantía supone ausencia de parcialidad o, mejor y con simple precisión de diccionario, que se proceda “con falta de prevención a favor o en contra de personas o cosas”. Es decir, los que ejercen jurisdicción no solamente no pueden tener interés o relación con ninguna de las partes sino que también deben estar en condiciones intelectuales de fallar sin prejuicios<sup>12</sup>.

Se quiere que el “juicio” implique un acto puro de valoración de las alegaciones, sin posiciones previas ni condicionamiento alguno. La imparcialidad exigiría deshumanización en cuanto que el mundo de vivencias e ideas personales del juez, que podría implicar prejuicios, debería quedar al margen del enjuiciamiento. Ello no quiere decir que la función de juzgar pueda hacerse equiparable a las matemáticas. Los factores que inciden en el mundo de valores de una sociedad, en su sensibilidad, es indudable que tienen que influir en el que decide pero se quiere que lo haga de manera neutra. La necesidad de esta garantía es una consecuencia directa del reconocimiento del carácter no mecánico de la función judicial. Los jueces y magistrados no recitan un texto previamente establecido para cada caso. La interpretación de la norma, como nos recuerda FERRAJOLI, no es, no ha sido nunca podríamos decir, una actividad solamente reconocitiva, aunque en ocasiones así se haya querido, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de

---

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El juez imparcial*. Ed. Comares. Granada, 1997, pág. 1.

hipótesis interpretativas de carácter alternativo<sup>13</sup>. Los tribunales son libres para resolver conforme al ordenamiento jurídico. Y, si lo son, sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad. Por ello, exigencias como la de la imparcialidad se refuerza en los modernos Estados de Derecho que pretenden, mediante la institucionalización de la sospecha, que ese poder de los jueces tenga límites “y que, en una democracia, no se halla, en absoluto, libre de toda sospecha”<sup>14</sup>.

Es posible afirmar que ha existido siempre un interés público, que es el del mantenimiento de la propia sociedad, en asegurar la imparcialidad del juzgador y el prestigio de la función jurisdiccional procurando no sólo la exclusión del juez por ser parcial, sino porque pueda temerse fundadamente que lo sea, evitando toda duda sobre sus pronunciamientos<sup>15</sup>. Si la organización judicial de un país fuera incapaz de proporcionar esta seguridad, sus jueces y tribunales carecerían de una falta de legitimidad que haría imposible el mantenimiento del pacto social. Las partes contendientes en los litigios sometidos a un juez tienen siempre posiciones encontradas en tanto su visión del problema es esencialmente subjetiva, condicionada por sus propios intereses. El que pleitea defiende una determinada interpretación de la regla, normalmente la que mejor le favorece. La solución pacífica de la cuestión exige que todos los aspectos

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid, 1995, pág. 39.

<sup>14</sup> VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, pág. 124.

<sup>15</sup> DE DIEGO DÍEZ, L. A.: “El principio “el que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el Enjuiciamiento Penal”. *Poder Judicial*, núm. 8, 1987, págs. 9 y ss.

del caso sean contemplados por alguien no condicionado por ninguno de los intervinientes.

La voluntad de la Ley se convierte en el único criterio a tener en cuenta en la función jurisdiccional.<sup>16</sup> Esa subordinación a la norma es la que asegura la independencia necesaria, frente a poderes e instituciones, para garantizar la imparcialidad. La fórmula de vinculación a la ley, lo explica perfectamente DIETER<sup>17</sup>, diciendo que cumple un doble cometido: por un lado, define la independencia de la función del juez; y por otro, protege al ciudadano contra el peligro de posibles actos arbitrarios por parte de estos tribunales independientes, dado que al constituir un Poder más puede también utilizarse con abuso. En consecuencia, y frente a las presiones directas de las partes o de cualesquiera instancias interesadas en el procedimiento, el instrumento adecuado para garantizar la imparcialidad es la independencia del juez y la sumisión exclusiva a la ley. El juez se debe a la norma, y al no someterse más que a ella no existirá el peligro real de condicionamientos de su labor por terceros. La ley en un intento de preservar en todo momento dicha imparcialidad, prevé distintos supuestos en los que debido a la estrecha vinculación del juez con un asunto concreto, bien con las partes o bien con el objeto litigioso, puede ponerse en entredicho su debida objetividad.

En cualquier caso, el mito de la absoluta neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional debe ser relativo. El juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy

---

<sup>16</sup> BERMÚDEZ OCHOA, E.: “Problemas orgánicos y procesales de la llamada “contaminación procesal”. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, en Cuestiones de Derecho Procesal Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ. Abril, 1994, pág. 56.

<sup>17</sup> DIETER S.: *La independencia del Juez*. Ariel. Barcelona, 1985, pág. 7.

diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc.) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales. Nos encontramos con lo que SERRA DOMÍNGUEZ<sup>18</sup> denomina “juicios críticos o de valor” que, junto a los “históricos” y los “lógicos”, configuran todo “juicio jurisdiccional”. Para este autor todo juicio viene determinado por unas circunstancias filosóficas, políticas, sociales, históricas y económicas que no sólo se modifican en las diversas épocas y en los distintos países, sino que además varían constantemente según las circunstancias personales del propio juez y las concretas del caso presentado a su decisión. El juicio jurisdiccional es una entidad compleja, integrada por juicios lógicos, históricos y críticos que se entrecruzan entre sí en las distintas etapas de la resolución judicial. Los juicios lógicos tienden principalmente a averiguar el o los significados posibles de la norma; los juicios históricos van encaminados a reconstruir los hechos y a determinar la existencia de la norma; los juicios críticos y de valor son los que determinan la elección de uno entre los varios significados posibles de una norma y los que mediante el examen del caso concreto determinan, con base en los resultados de los anteriores juicios, la resolución concreta del juez.

Con la exigencia de imparcialidad se viene a determinar que el juez debe evitar cualquier tipo de inclinación hacia una de las partes, debiendo permanecer equidistante como tercero supra partes.<sup>19</sup> GOLDSCHMIDT había distinguido entre dos tipos de imparcialidad: la subjetiva, como el deseo de decir la verdad y la objetiva como la postura

---

<sup>18</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “El juicio jurisdiccional”, *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel. Barcelona, 1969, págs. 63 y ss.

<sup>19</sup> “il problema dell'imparzialità del giudice, condizionata alla sua posizione di terzo supra partes”. LIEBMAN, E.T.: “Fondamento del principio dispositivo”. Riv. Dir. Proc., 1960, pág. 561.

del ajeno a la cuestión debatida.<sup>20</sup>Corresponde reconocer al TEDH la autoría de una doctrina propia acerca de lo que debe entenderse por objetivo y subjetivo dentro de la imparcialidad. Si bien tardó un cierto tiempo en crearse dicha doctrina, por lo que no son de extrañar pronunciamientos en los que se habla de “imparcialidad personal”, en el caso LE COMPTE, VAN LEUVEN y DE MEYERE, 28 de junio de 1981, para referirse a lo que luego se conocerá como imparcialidad subjetiva, y que una vez adoptada se empleó en todas las resoluciones posteriores. Cabe entender como primera formulación acabada de la imparcialidad subjetiva la que se produjo en el caso PIERSACK, 1 de octubre de 1982, en el que se afirma que “si la imparcialidad denota normalmente la ausencia de prejuicio o prevención, su existencia puede, principalmente en concordancia con el art. 6.1 de la Convención, ser apreciada de diversas maneras. En este contexto puede establecerse una distinción entre una aproximación subjetiva, que trata de determinar la convicción personal de un Juez concreto para un caso también concreto, y una aproximación objetiva, que trata de determinar si ofrecía garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto”. “...la imparcialidad personal debe ser presumida hasta que exista prueba en contrario (...) Sin embargo, no es posible reducirlo todo a un test puramente subjetivo. En esta materia, incluso las apariencias pueden ser de cierta importancia (...) cualquier Juez respecto al cual pueda existir una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe ser recusado. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática”.

---

<sup>20</sup>GOLDSCHMIDT LANGE, W.: *La imparcialidad como principio básico del proceso....op.cit.*, págs. 28 y ss.

La doctrina del TEDH sobre la imparcialidad subjetiva pretende contemplar la posición del juez respecto del asunto, en cuanto tenga algún tipo de interés personal en el mismo, o bien respecto de las partes. Se engloba, por tanto, dentro de este concepto los motivos que tradicionalmente se contemplan sobre la imparcialidad en general y que generan las causas de abstención y recusación más frecuentes. Y ello se debe a la circunstancia de que en realidad la imparcialidad siempre es subjetiva, ya que se refiere a la posición trascendente de quien debe decidir respecto de las partes, bien porque existan vínculos concretos con alguna de ellas o bien porque al estar interesado en la cuestión que se ventila se aproxima también a la parte que defiende sus intereses. Realmente lo que hace el TEDH con la fórmula diseñada es excluir de su competencia algo tan espinoso como la posibilidad de tener que examinar la posible concurrencia de las causas de recusación, a la par que delimitar el ámbito de la imparcialidad que le interesa conocer. En definitiva, el TEDH viene a decir que en el terreno subjetivo, si el imputado quiere recusar al juez debe hacerlo en su momento aportando pruebas, pues de otra manera se entiende no quebrantada la presunción “*iuris tantum*” que se establece con carácter general sobre la imparcialidad subjetiva del juez o tribunal, lo que implícitamente viene a indicar que se trata de una cuestión que no le interesa especialmente conocer. Así, por ejemplo, ORTELLS RAMOS afirma que esta “apreciación de falta de imparcialidad es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual como es el de un determinado prejuicio del juez respecto del caso”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, M.: *Jurisprudencia del TEDH, sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*. Justicia, 1993. pág. 202.



Los criterios manejados por el TEDH deben calificarse de decepcionantes por cuanto hacen referencia a algo tan evanescente como “las apariencias”, y que tratan de hacer valer la confianza de los particulares en una sociedad democrática, o de forma más perfeccionada para el proceso penal “ [porque lo] que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y sobre todo, en cuanto, se trata de procesos penales, al acusado”, por no hablar de aquellos supuestos en los que se confunde la independencia con la imparcialidad.

La imparcialidad se presenta así como una pretensión, porque nunca cabe probar *ex ante* que un Juez concreto vaya a juzgar parcialmente, pues ello dependerá en gran medida de su propia actitud interna y es, por tanto un objetivo de conocimiento inalcanzable. Con ella se mira mantener en los ciudadanos la confianza en la buena administración de justicia, que se verá peligrosamente lesionada por la convicción o la fundada sospecha de que quien juzga puede verse inducido, por motivos o situaciones personales, a favorecer a uno o a otro de los que se encuentran sometidos a juicio.<sup>22</sup> La consecuencia de la doctrina de la apariencia manejada por el TEDH cae por su propio peso, pues no existe una verdadera doctrina general, sino que el Tribunal va a ir decidiendo caso por caso cuando existe parcialidad o no en el órgano jurisdiccional, es decir, la doctrina de la prevención es “ad causum”. Sin embargo, la estrategia política no es nada desacertada, ya que, por un lado, se cumple la finalidad de la intervención mínima en el terreno de la legislación interna, si no hay criterios claramente establecidos es imposible aplicarlos a los textos

---

<sup>22</sup> BORGHESE, S.: “*Astensione del giudice*”. *Enciclopedia del Diritto* (Dir. Calosso, F) Secc. III. Editorial Giuffrè. Milán, 1958, pág. 952.

positivos procesales con lo que la soberanía estatal se ve ampliamente salvaguardada, y por otro, se preserva la discrecionalidad del propio Tribunal que siempre puede dar marcha atrás o hacia delante cuando comprueba que los efectos de sus resoluciones van más allá o, por el contrario, se quedan cortos, de lo pretendido. La doctrina del TEDH acerca de la imparcialidad objetiva es una doctrina de mínimos.

No es de extrañar que con semejantes antecedentes los aspectos “objetivos y subjetivos” de la imparcialidad vengán siendo citados con profusión por la jurisprudencia interna. Sin embargo, no se puede pasar por alto que las referencias comentadas distan mucho de tener la claridad deseada, como ha reconocido nuestra propia jurisprudencia<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Así, el ATS de 8 de febrero de 1993 (FJ 3º), dice “El citado tribunal europeo de Derechos humanos, interpretando aquel precepto [art. 6.1] del Convenio de que se hizo mención, ha venido manteniendo la doctrina, entre otras en su sentencia de 1 de octubre de 1982, dictada en el caso Piersack, que “ la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades”, a lo que añade que, “ su existencia puede ser apreciada de distintas 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. Tan confusa redacción, no clarificada en otros fallos del propio Tribunal, lo que viene a establecer, puesto que la imparcialidad de los jueces y magistrados se da por supuesta en principio salvo prueba en contrario, es que los justiciables pueden tener la preocupación de que su asunto no sea enjuiciado con neutralidad por un Tribunal concreto si concurre, en quien forma parte de él determinados condicionamientos, de índole subjetivo u objetivo, de los que el justiciable infiera o deduzca su parcialidad. Fijada la cuestión en tales términos es claro que no hay más que una única clase de imparcialidad, la objetiva, ya que sólo datos objetivos, — bien sean los que nazcan de la relación personal del Juez con el justiciable a los que atañan en la relación con objeto del proceso (en resumen las causas de recusación comprendidas en los artículos 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la salvedad recogida para la 12ª de ellas en el art. 3º de la Ley 3/1967, de 8 de abril, y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial )—son los que pueden servir de base para estimar, a su vista, si quien dude de su neutralidad puede temer que el Juez de que se trate se halla o no, para él predispuesto en su contra”.

Frente a esta posición del Tribunal Supremo de que no hay más que una única clase de imparcialidad y que ésta es objetiva, DÍAZ CABIALE entiende que la imparcialidad en sí hace referencia a una connotación subjetiva<sup>24</sup>; del mismo modo GONZÁLEZ MONTES<sup>25</sup>, indica que “Desde nuestra perspectiva, la imparcialidad ha de entenderse con un sentido subjetivo, es decir, hace referencia a la posición que el Juez ocupa frente a la parte”. La imparcialidad supone la equidistancia respecto a las partes, para asegurar un juicio lo más justo posible. Por ello, cuando se pierde la imparcialidad se quiere significar que el juez se encuentra más próximo respecto a una de las partes que de la otra, se inclina hacia una de ellas a la hora de dictar la resolución perdiendo ese equilibrio o equidistancia. En conclusión la parcialidad o imparcialidad siempre viene haciendo referencia a un elemento subjetivo, la parte y posición que ocupa respecto de ella el juez; por ello, la imparcialidad siempre es subjetiva y no objetiva como entendía el Tribunal Supremo.

Una vez delimitado el elemento subjetivo de la imparcialidad, debe añadirse que esa inclinación subjetiva puede traer causas muy diferentes. Y es a la vista de esas circunstancias cuando cabe hablar con mayor propiedad de aspectos objetivos o subjetivos de la imparcialidad, aun cuando sea más que dudoso lo acertado de hablar de imparcialidad objetiva.

Cuando se habla de imparcialidad objetiva no se repara en que se puede llegar a confundir el aspecto a que hacemos referencia con la nota

---

<sup>24</sup> DIAZ CABIALE. *Principios de aportación de parte y acusatorio. La imparcialidad del juez*. Ed. Comares. Granada, 1996, pág. 408.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ MONTES J.L.: *Instituciones de Derecho Procesal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1993, pág. 134

distintiva de la Jurisdicción respecto de la Administración. Así para distinguir a una de la otra se emplea con frecuencia la expresión desinterés objetivo que preside la actividad jurisdiccional frente a la de la Administración que como es evidente al resolver las cuestiones que se le plantean no puede evitar el juzgar su propia actividad. Con esta perspectiva lo que se viene denominando “alienità” o desinterés objetivo no podría diferenciarse de lo que se entiende por imparcialidad objetiva. En definitiva que el órgano jurisdiccional es ajeno a la cuestión de fondo que se le suscita, lo cual expresa su papel trascendente también pero, en esta ocasión, respecto del objeto del proceso, a diferencia de la imparcialidad que representa una posición similar respecto de los sujetos que actúan como partes<sup>26</sup>. DE LA OLIVA también aclara que existe una estrecha relación entre imparcialidad y desinterés objetivo, sin que puedan igualarse<sup>27</sup>. De hecho cuando se habla de imparcialidad objetiva se tiene en consideración al objeto del proceso pero de manera distinta a cuando se habla de desinterés objetivo. Este último se produce no por la posición del funcionario u órgano administrativo, sino porque se trata de juzgar de su propia actividad. La Administración juzga de una conducta de la Administración, mientras que el juez “giudica dell’attività e d’una volontà di legge concernente altri”<sup>28</sup>. Por el contrario la imparcialidad objetiva de la jurisdicción hace referencia a que el juez o magistrado en particular no tiene interés personal en la cuestión, en el caso de la Administración habría que hablar de interés institucional, o bien que el órgano

---

<sup>26</sup> GONZALEZ MONTES J.L.: *Instituciones.....op.cit.*, págs. 135 y 136.

<sup>27</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil, I*. Madrid, 1993.

<sup>28</sup> CHIOVENDA, G.: *Institución II*, núm. 140.

jurisdiccional está prevenido en cuanto tiene formada su convicción previamente.

a') Aspectos objetivo y subjetivo de la imparcialidad judicial

Cuando se piensa en las causas de parcialidad cabe distinguir según que éstas provengan de algún vínculo o relación respecto de la parte con independencia de cuál sea el asunto que se está ventilando, o por el contrario pueden inferirse otras situaciones en las que será la cuestión misma que se está conociendo la que afecte a la imparcialidad del juzgador sin que tenga que ver para nada el vínculo con algunas de las partes. A las primeras se las puede llamar subjetivas y a las segundas objetivas.

Esta diferenciación entre el aspecto objetivo y subjetivo de la imparcialidad era indicada por CHIOVENDA al estudiar las causas de recusación. El autor italiano no llega a hablar de imparcialidad objetiva como tal, pero indica que “los jueces pueden ser recusados cuando se encuentren en una determinada relación con el objeto del pleito o con las partes litigantes”<sup>29</sup>. Por su parte el Tribunal Constitucional dejó establecida la imparcialidad objetiva desde el 12 de julio de 1988, fecha en la que la STC 145/1988 afirma, refiriéndose a la causa de recusación consistente en haber sido instructor en la causa, que (FJ 5º) “La recogida en el art. 54.12 de la Lecrim. busca preservar la llamada imparcialidad “objetiva”, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación

---

<sup>29</sup> CHIOVENDA, G.: *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Ed. Reus. Madrid, 1950, págs. 745 y 747.

con el proceso”; criterio que refrenda la STC 32/1994 (FJ 2º) “Ciertamente este Tribunal ha incluido en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1988 y 164/1988). Desde el principio, y con apoyo en la jurisprudencia del T.E.D.H. (asuntos Piersack, de 1 de octubre de 1982, y De Cubber, de 26 de octubre de 1984), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad de criterio del Juez —o su mera sospecha— derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación personal con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo”.

Incluso se ha llegado a emplear en un sentido distinto el concepto de imparcialidad objetiva, relacionándolo con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Indicando, que, en el caso del juez instructor especial nombrado para conocer de una causa reservada al TS por razón del aforamiento de alguno de los presuntos implicados, la excesiva extensión en las actuaciones de ese instructor, tratando de cuestiones que afectan a personas no aforadas, lesionaría el derecho de éstos al juez ordinario predeterminado por la ley, produciéndose un supuesto de quiebra de la imparcialidad objetiva. En opinión de DÍAZ CABIALE<sup>30</sup> quien así razona confunde de manera evidente dos derechos fundamentales, pues la única quiebra, de existir, es la del juez ordinario predeterminado por la ley, ya que la posición del juez respecto de las partes no sufre alteración en cuanto pérdida de imparcialidad.

---

<sup>30</sup> DÍAZ CABIALE. *Principios de aportación... op.cit.* , pág. 411.

La distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva ha sido objeto de acentuadas críticas por parte de la doctrina, no exenta alguna de ellas de suficientes razones<sup>31</sup>. Lo cierto es que las tachas de parcialidad por mucho que se objetiven conducen siempre a situar el problema en las circunstancias subjetivas del juzgador en palabras de LORENTE HURTADO<sup>32</sup> “(...) si se atiende al carácter o naturaleza de las causas de abstención o recusación (...) es de apreciar, como ha hecho la doctrina procesalista, que todas ellas presentan un fundamento estrictamente subjetivo. Se refieren a circunstancias o peripecias afectantes a la persona del juez o magistrado, no al órgano judicial como tal. Son subjetivas en cuanto contemplan una determinada relación de la persona con las partes o con el objeto del proceso, que es fruto de un avatar —los intereses, amistades, enemistades, pleitos sostenidos, o destinos anteriormente servidos en su carrera—del juez o magistrado, pero nunca de las actuaciones del propio órgano judicial integrado en los términos legalmente establecidos”. Estas circunstancias subjetivas, ciertamente, pueden tener más relación con la persona del propio juez y sus intereses directos e indirectos, mientras que en otros supuestos tales circunstancias se ven mediatizadas por las funciones o cometidos que desempeña el juez en distintos órganos que le hacen conocer de un asunto en diferentes fases previas a la de juzgar o como juzgador en primera instancia y luego en apelación. En verdad, en esta distinción, como se ha dicho, hay algo de artificial, pues en todo caso la imparcialidad se ve empañada por datos

---

<sup>31</sup> Ver por ejemplo, MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 87; PICÓ I JUNOY, J.: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 51.

<sup>32</sup> LORENTE HURTADO, F.: “*Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional 145/1988, de 12 de julio*”, Poder Judicial nº 11, cit, pág. 91.

subjetivos; pero a pesar de ello toda parcialidad, sea estrictamente personal o debida a causas funcionales, debe probarse y, en consecuencia, objetivarse a través de cualquier medio de prueba, lo que, en ocasiones, no deja de ser una tarea difícil. Es por ello que la tacha de parcialidad será siempre subjetiva, personalizada en un juez o jueces, mientras que su invocación si se pretende que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano judicial.

En la imparcialidad objetiva se reúnen aspectos dispares que aconsejan una diferenciación al menos teórica. Por un lado, cabe distinguir entre uno de los supuestos que englobábamos dentro de la misma; como es el tener interés directo o indirecto en el asunto, de los restantes, es decir, haber sido instructor, intervenido como testigo, perito, fiscal, letrado o haber emitido dictamen. La diferencia radica en que en el primero de los casos el resultado del proceso no le es indiferente al juez, ya que la cuestión que se ventila le afecta personalmente lo que, evidentemente, le influiría a la hora de decidir el resultado. En los otros supuestos, por el contrario, no existe ese interés personal del órgano decisor en la cuestión, ya que el resultado de ésta en principio le es indiferente. Aunque en el caso de haber sido fiscal, letrado o haber emitido dictamen podría pensarse en que un cierto prurito o deformación profesional le induciría a estar interesado en la posible solución mantenida con anterioridad. Por ello, en el caso de estos últimos motivos todo hace pensar que lo que se pretende evitar es que quien ya tiene formada una convicción sobre el asunto deba decidir en última instancia sobre el mismo, lo que es especialmente evidente en el caso del juez instructor o del que haya conocido en la instancia. Esta categoría permitiría denominar al juez como prevenido predeterminado. Es evidente que no se pone en duda su rectitud, pero sí se piensa que es



muy difícil sustraerse a las opiniones preconcebidas y evitar que éstas le influyan a la hora de enjuiciar. Siendo así, se prefiere que quien tenga que decidir la cuestión sea absolutamente ajeno a la misma, conociendo de ella por primera vez, de manera que las actuaciones que se practiquen en el juicio oral o en la instancia supongan el primer contacto de quien va a decidir con el asunto, lográndose de esta manera que las diligencias del juicio oral o vista cobren su pleno sentido.

#### b') Consagración internacional y constitucional de la imparcialidad

La imparcialidad evidentemente no es hoy solamente un “desideratum” sino que se ha transformado en una exigencia a través de su constitucionalización y consagración en los Tratados internacionales y muy especialmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En los textos internacionales la exigencia de imparcialidad sí que aparece expresamente recogida, tanto en el artículo. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>33</sup>, en el artículo. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>34</sup>, como en el artículo. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial

<sup>34</sup> Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley

<sup>35</sup> Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial

Debe recordarse que la exigencia de imparcialidad no aparece directamente recogida en nuestra Constitución de 1978. Sin embargo, su reconocimiento se encuentra de manera implícita en el artículo 24 al recoger el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y se garantiza mediante mecanismos como la recusación<sup>36</sup>. También figura esta previsión de imparcialidad en textos internacionales sectoriales comentados anteriormente como por ejemplo, el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989<sup>37</sup>, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990.

A diferencia de lo que sucede, entre otros, con el Tratado de Roma, ningún precepto de nuestro Texto Fundamental hace referencia a la imparcialidad judicial. Sin embargo en la enmienda del Grupo Parlamentario de Alianza Popular número 691 al texto del artículo 24 del anteproyecto de CE, siendo su primer firmante Laureano López Rodó, se hacía una mención expresa a la imparcialidad judicial en los siguientes términos: "Nadie podrá ser condenado sin dársele oportunidad de ser oído y vencido en juicio contradictorio, regido por los principios de imparcialidad de los jueces e igualdad entre las partes"<sup>38</sup>. Partiendo de esta realidad normativa, el Tribunal Constitucional se ha referido, sin embargo, a la imparcialidad como un valor constitucional de la actividad

---

<sup>36</sup> GONZÁLEZ MONTES, J. L.: *Instituciones de Derecho Procesal*, pág. 100.

<sup>37</sup> Que obliga a que "(...) los Estados Partes garanticen, en particular que (...) el niño condenado culpable o acusado de infringir las leyes penales tenga, por lo menos, las siguientes garantías (...)2º iii) La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa (...)".

<sup>38</sup> *Trabajos parlamentarios de la CE*, Madrid, 1980, pág. 11.

judicial en numerosas ocasiones<sup>39</sup> y ha declarado su consagración implícita en el artículo 24 CE a través, entre otros, del derecho a un proceso con todas las garantías, del derecho a un juez predeterminado por la ley y del mismo derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

En las primeras sentencias que se refirieron a la imparcialidad judicial, el Tribunal Constitucional abordó cuestiones relacionadas con el procedimiento de recusación de jueces y magistrados, con la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de un concreto asunto (exigencias del Juez/órgano)<sup>40</sup> o con la debida

---

<sup>39</sup> STC 225/1988, de 28 de noviembre: “El artículo 24 de la Constitución, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, en su apartado primero, y a conocer la acusación de que se es objeto para poder defenderse, en su párrafo segundo, impone que también en el juicio de faltas se cumpla con plenitud, con mayor motivo, el principio acusatorio. Además de satisfacer los derechos a la tutela judicial efectiva y al de defensa ante imputaciones conocidas, el principio acusatorio permite situar al Juez en la posición de imparcialidad desde la que debe ejercer su función de administrar justicia. El art. 24 de la Constitución no permite que ningún Juez penal juzgue *ex officio*, esto es, sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para ello, exigencia que tiene también plena vigencia en los juicios de faltas”.

En la STC 157/1993 “en una ya larga serie de resoluciones ha declarado este Tribunal, en efecto, que el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Norma fundamental) asegura, entre otras, la de la imparcialidad del juzgador, garantía ésta indisociable, en el ámbito penal, de la preservación del principio acusatorio e inherente también, con carácter general, a la constitución de nuestra comunidad en Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Otro tanto exige, en definitiva, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con arreglo a cuyas determinaciones han de ser interpretadas las normas constitucionales declarativas de derechos (art. 10.2 CE)”.

<sup>40</sup> STC 47/1982, de 12 de julio:” El art. 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la Ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del Juez entroncan con el mencionado art. 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto, entre las

composición de un Tribunal concreto cuya competencia no era cuestionada<sup>41</sup>. En estas resoluciones el Tribunal Constitucional relacionó los aspectos de la imparcialidad que se le planteaban con las exigencias del derecho al juez predeterminado por la ley, señalando que su contenido esencial incluye la debida determinación y composición del órgano judicial llamado a juzgar. Se evita así tanto la existencia de jueces *ad hoc* como la posibilidad de que integren un órgano judicial concreto jueces cuya abstención o recusación debe o puede producirse por concurrir en ellos circunstancias que ponen en duda la imparcialidad del Tribunal. El Alto Tribunal tomó como base el artículo 24 de la Constitución, al ser la matriz de casi todas las exigencias procesales en el campo de los derechos fundamentales; aunque en este caso, como sucede con todos aquellos en los que la literalidad de la Constitución no recoge el derecho o interés a salvaguardar, se duda del lugar idóneo para la ubicación definitiva del derecho. De esta manera se ha incluido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>42</sup> y en otras ocasiones se ha concretado más la cuestión y se afirmaba que es el segundo de los apartados del artículo 24, más específicamente el derecho al proceso

---

cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

<sup>41</sup> Exigencias constitucionales de predeterminación del juez/persona, SSTC 47/1983, 44/1985, 23/1986 o 148/1987.

<sup>42</sup> STC 134/1986 (FJ1º) “En aquellas sentencias (54/1985 y 84/1985) se sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva determina la exigencia de separar, por regla general y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de juzgar y la de acusar, para alcanzar la mejor independencia y equilibrio del Juez”.

STC 54/1985, (FJ 6º), “El derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales, puestos en relación, por un lado, con el deber de los mismos de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos que le sometan las partes contradictoriamente –Art. 117.1 y 3 de la CE...”.

público con todas las garantías en el que recoge el derecho al juez imparcial<sup>43</sup>.

De especial importancia es la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988<sup>44</sup>, que declaró parcialmente inconstitucional la

---

<sup>43</sup> STC 11/1989, (FJ 2º), “No se trata, pues, aunque a ello se aluda en el recurso, del tema del Juez predeterminado por la Ley, sino del derecho a un juicio con todas las garantías del Art. 24.2 de la CE, entre las que, como este TC ha dicho, debe incluirse el derecho a un juez imparcial, fundamentalmente en un Estado de Derecho, como se define el español en el Art. 1.1 de la Constitución”.

<sup>44</sup> STC 145/1988 (FJ 5º) “Resueltas así las objeciones previas a la admisión de las cuestiones aquí examinadas es preciso entrar en el fondo de éstas últimas. Las cuestiones se refieren, en primer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y, más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que «en ningún caso» será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art.54.12 de la L.E.Cr., consistente en haber sido el citado Juez «instructor de la causa». Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran de las leyes. La recogida en el citado art. 54. 12 de la L.E.Cr., busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus

Ley 10/1980 de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que impedía la posibilidad de recusar, en esos procedimientos al Juez cuando instructor y sentenciador coincidían en una misma

---

mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial». Pues bien, en su citada Sentencia «De Cubber», el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del convenio. De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24.2 de la Constitución. No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción) de las causas sometidas a dicha Ley a los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido, sobre todo si se tiene en cuenta que existen partidos judiciales en que hay más de un Juez de instrucción, por lo que la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro Juez del mismo partido como juzgador.

persona, lo que dio lugar en nuestro ordenamiento, a una reforma de nuestro procedimiento penal para delitos menos graves con el nacimiento del procedimiento abreviado y la figura del Juez de lo Penal. En la citada sentencia se analizaba la exigencia de imparcialidad, y por las grandes consecuencias que tuvo en el ámbito procesal penal no es de extrañar que lo allí vertido gozara de amplio predicamento en posteriores sentencias, en especial una cuestión controvertida como el lugar de ubicación más adecuado para ese principio<sup>45</sup>.

Por el contrario, otras veces en que se ha abordado la cuestión, se ha particularizado aún más, y de entre todas las garantías del proceso que se puedan pensar o que aparecen en el art. 24.2 CE, se ha indicado que su localización exacta es la del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley<sup>46</sup>. Por último, cuando el TC se percata de estas

---

<sup>45</sup> STC 113/1987 (FJ 2º), “La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del Art. 24 que consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías...”.

<sup>46</sup> STC 44/1985 (FJ4º), “la eliminación de toda sospecha sobre la imparcialidad y ecuanimidad del juzgador, pues forma parte del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley como ha señalado este TC en su Sentencia 47/1982...”

Como acertadamente empieza diciendo la STC 47/1983 (FJ 2º), “El derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dichos artículos, exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley... De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta... Pero en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado”.

STC 101/1984 (FJ 2º), que al referirse al contenido de los tratados internacionales que recogen la imparcialidad del órgano jurisdiccional junto a la independencia y el establecimiento del mismo por la ley, establece que “aunque la dicción del Art. 24.2 no es idéntica a la de las normas citadas, es obvio que las tres se refieren a unos mismos derechos o garantías de contenido procesal...pauta interpretativa obligada e inequívoca que fuerza a concluir que también el derecho al Juez ordinario predeterminado por la

contradicciones internas, ha sabido utilizar el eclecticismo, reconociendo la presencia de este derecho fundamental en todos los aspectos del art. 24 CE que su propia jurisprudencia había venido presentando como algo lógico<sup>47</sup>.

Desde un punto de vista orgánico, el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal independiente e imparcial<sup>48</sup> constituyen la principal exigencia del derecho al juez legal que debe presidir la constitución de los órganos jurisdiccionales penales, pues, si nuestra Constitución sanciona el derecho que a todos asiste al Juez ordinario predeterminado por la ley, es evidente que la constitución de un órgano judicial, en el que pudiera presumirse falta de imparcialidad, ha de conculcar el derecho al Juez legal.

Así lo ha confirmado, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>49</sup> como la del Tribunal Constitucional<sup>50</sup>, que han reputado como contrarios al derecho al Juez legal imparcial el que un mismo órgano, instructor y decisor, pueda imponer penas privativas de libertad”. El único problema

---

Ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento y por imperativo constitucional en el proceso civil”. Expresándose en el FJ 2º de la STC 47/1983 en los mismos términos, en cuanto a la ubicación constitucional de esas exigencias recogidas en tratados internacionales.

<sup>47</sup> STC 106/1989 (FJ 2º), “Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, 145/1988, 47/1982, 261/1984, 44/1985 y 148/1987, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el Art. 24.2 CE, forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no solo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también y al propio tiempo en un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del Art. 24 de la Constitución...

<sup>48</sup> Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>49</sup> Asuntos Piersack, sentencia. de 1 de octubre de 1982, y de Cubber, sentencia de 26 de octubre de 1984.

<sup>50</sup> SSTC 145/88, 164/88 y 11/89.



de este planteamiento es que carece de rigor cuando se comparan las afirmaciones del TC, y se comprueba que este Tribunal apuesta por un lugar de ubicación concreto, excluyendo expresamente el otro<sup>51</sup>, o lo que es peor, cuando una sentencia, como por ejemplo la 44/1985, afirma que la salvaguarda del derecho fundamental al Juez imparcial se encuentra en el derecho al proceso debido cuando la realidad es que, por el contrario, en esa resolución se reconocía la idoneidad del derecho al Juez ordinario predeterminado para contemplar la exigencia de imparcialidad.

Es la STC 113/1987 la que inicia en el ámbito del proceso penal la indisoluble asociación del derecho a un juez imparcial con el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>52</sup>. También el Tribunal Supremo en

---

<sup>51</sup> ATC 799/1985, de 13 de noviembre “(...) hay que tener en cuenta que el derecho a recusar al Juez no forma parte de las garantías procesales constitucionalizadas, sino del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley”. STC 11/1989, de 24 de enero “No se trata, pues, aunque a ello se aluda en el recurso, del tema del Juez predeterminado por la Ley, sino del derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 de la C. E., entre las que, como este T.C. ha dicho, debe incluirse el derecho a un Juez imparcial”.

<sup>52</sup> STC 113/1987, de 3 de julio “La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del art. 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador”.

La STC 64/1997, de 7 de abril (FJ 3º) destaca que se encuentra dentro del “ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un juez imparcial”. De manera reiterada y continua se pronuncian, en este sentido, La SSTC 6/1998, de 13 de enero (FJ 2º); 98/1997, de 20 de mayo (FJ 2º); 7/1997, de 14 de enero (FJ 3º), 60/1995, de 17 de marzo (FJ 3º); 206/1994, de 11 de junio (FJ 5º); 138/1994, de 9 de mayo (FJ 3ª); 59/1994, de 28 de febrero (FJ 2º); 384/1993, de 21 de diciembre (FJ 2º); 320/1993, de 8 de noviembre (FJ 2º); 282/1993, de 27 de diciembre (FJ 2º); 157/1993, de 6 de mayo (FJ 2º); 119/1993, de 19 de abril (FJ 4º); 230/1992, de 14 de diciembre (FJ 4º); 170/1993, de 27 de mayo (FJ 1º); 136/1992, de 13 de octubre (FJ 2º); 113/1992, de 14 de septiembre (FJ 3º); 85/1992, de 8 de junio (FJ 2º); 151/1991, de 8 de julio (FJ 3º); 138/1991, de 20 de junio (FJ 1º); 98/1990, de 24 de mayo

una dilatada jurisprudencia ha establecido que el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, comprende el derecho a un Juez o Tribunal imparcial<sup>53</sup>, al ser la imparcialidad judicial un elemento consustancial a todo proceso, en la que radica una de las más firmes garantías de una decisión justa. Por tal motivo, el TC en la sentencia 60/1995, de 17 de marzo (FJ 3º) destaca que la primera manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías “sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad”.

Las exigencias de imparcialidad son nucleares al contenido de varios de los derechos fundamentales que diseñan el juicio justo. Lo que justifica que el derecho a ser juzgado con imparcialidad se extienda a todo tipo de procesos. Aunque esta parece una conclusión evidente pues el Tribunal ha expresado que la imparcialidad del juzgador es una garantía fundamental e inherente con carácter general, a la constitución de nuestra comunidad en Estado de Derecho<sup>54</sup> el Tribunal Constitucional hubo de señalarlo expresamente frente a resoluciones judiciales que consideraron inexistentes algunas de las garantías de la imparcialidad a

---

(FJ4º); 55/1990, de 28 de marzo (FJ 7º); 11/1989, de 24 de enero (FJ 3º); 164/1988, de 26 de septiembre (FJ 1º); y 145/1988, de 12 de julio (FJ 5º).

<sup>53</sup> entre otras STS de 20 de mayo de 1996, en su FJ 13º destaca que la imparcialidad del juzgador “es componente fundamental del derecho a un proceso con todas las garantías”; y en la de 27 de diciembre de 1994, indica en su FJ 1º “Es sin duda esencial reconocer que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial, es un derecho inherente a la exigencia de un proceso con todas las garantías”; SSTS (2ª) 414/1995 (CENDOJ), de 31 de enero; 1186/1998, de 16 de octubre, 1493/1999, de 21 de diciembre y 23/2003, de 21 de enero.

<sup>54</sup> STC 157/1993 y 299/1994.

que antes nos referimos<sup>55</sup>. Por el contrario, cuando se ha pretendido extender la garantía de imparcialidad a otros órganos, singularmente administrativos, que realizan funciones cercanas a las de enjuiciamiento como el establecimiento de responsabilidad disciplinaria, procedimientos tributarios de liquidación, inspección y sanción, el Tribunal Constitucional ha rechazado tal pretensión de traslado automático de las garantías pregonables de la actuación judicial<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Así en la STC 101/1984, se declaró derogado, por ser contrario a la CE, el art. 1 del Decreto-ley de 17 de julio de 1947 sobre nombramientos de Jueces Especiales civiles, que permitía a la Sala de gobierno del Tribunal Supremo nombrar juez especial civil para juicios universales “en casos excepcionales”, atendiendo “el número de personas, la cuantía de los intereses a que afectan u otras circunstancias extraordinarias”, al entender que en la medida en que permitía nombrar juez *ad hoc* sin fijar criterios de determinación, vaciaba la norma de contenido competencial. Recordaba el Tribunal que el nombramiento de juez *ad hoc* es incompatible con la predeterminación legal del juez del caso.

Las SSTC 59/1986, 282/1993, 137/1994 y 299/1994, reafirmaron su vigencia en el ámbito laboral. La STC 60/1985 analizó las exigencias de imparcialidad en el proceso que se desarrolla ante el juez de menores, la STC 205/1994 se refiere al ámbito contencioso-administrativo, y la STC 204/1994 analiza si las condiciones estructurales de la jurisdicción militar permiten afirmar la imparcialidad e independencia de sus componentes, la cual es constitucionalmente exigida. De otra parte son mayoría de las resoluciones que han analizado la debida imparcialidad de los jueces y tribunales en el ámbito del proceso penal (entre otras SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 138/1991, 151/1991, 113/1992 y 136/1992, 230/1992).

<sup>56</sup> Así en la STC 74/1985, con relación al ámbito penitenciario, cabe leer: “que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art.116 reformado); y sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1. En efecto, como el mismo recurrente reconoce en la demanda, la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aun necesario que cuando la Administración, en este caso la penitenciaria, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama. La Junta en efecto “no es un órgano imparcial, ni tampoco un Tribunal”, como se lee

Frente a este abundante material jurisprudencial encontramos que la imparcialidad es un concepto poco desarrollado legislativamente. La razón de que no se halle expresamente recogido en nuestros textos legales al configurar las características del Poder Judicial o de los derechos específicos del justiciable, puede ser explicada con distintos argumentos, entre los que no puede olvidarse aquel que ha considerado innecesaria, por obvia, su mención<sup>57</sup>. Como dice VALDECABRES ORTIZ<sup>58</sup>, la imparcialidad no es una opción política por la que el constituyente tuviera que decantarse y, por tanto, pronunciarse expresamente como ocurre, por ejemplo, con la independencia del poder judicial; sino de un atributo inherente a la función jurisdiccional, a la

---

en la demanda, y, no siéndolo, no puede lesionar, a causa de su composición por funcionarios de la Administración penitenciaria, derechos del art. 24.1 de la CE”.

Y la STC 22/1990, referida al ámbito disciplinario universitario recuerda que “no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador, se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo, en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo (ATC 320/1986, fundamento jurídico 5.º). En el mismo sentido y todavía con mayor rotundidad, en ATC 171/1987, fundamento jurídico 1.º, se dijo que el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo”.

<sup>57</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, págs. 68 y 69.

<sup>58</sup> VALDECABRES ORTIZ., M.I.: *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 115.

esencia de la noción misma de ser juez y no ser parte<sup>59</sup>. Y por inherente no precisa ser mencionado, pero no por ello ser minimizado ni presumido, pues representa una cuestión de legitimación pública de la jurisdicción.<sup>60</sup>

#### b) Fundamento de la imparcialidad judicial

La configuración del proceso como instrumento mediante el cual se encauza la actividad de las partes y la del juzgador para alcanzar el juicio jurisdiccional se caracteriza por la necesaria existencia de tres sujetos: por un lado, dos partes que están en posiciones contrapuestas (demandante y demandado; o acusador y acusado), y por otro un juez encargado de resolver la cuestión litigiosa que debe tener una ausencia de interés con respecto a ambas partes y al objeto procesal<sup>61</sup>.

La imparcialidad del Juez respecto de los fines perseguidos por las partes ha de ser tanto personal como institucional: pues el Juez no ha de tener ningún interés privado en la causa “La idea de imparcialidad personal expresa la idea de Hobbes según la cual “nadie puede ser Juez de su propia causa”, por lo que nadie debe ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, de cualquier signo, por la victoria de una parte sobre la otra”<sup>62</sup>, ni tampoco puede tener un interés público o

---

<sup>59</sup> LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>60</sup> DE OTTO Y PARDO, I.: *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 64.

<sup>61</sup> PICÓ I JUNOY, J.: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch. Barcelona, 1998, pág. 26.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid, 1995, pág. 581.

institucional distinto de determinar el Derecho en el caso concreto, “lo característico de la jurisdicción es que actúa no sólo con desinterés subjetivo —sin interés personal y propio en el asunto concreto— lo que es común al resto de funcionarios públicos, sino que ha de actuar también con desinterés objetivo”<sup>63</sup>.

Esta concepción del proceso garantiza plenamente el principio de igualdad de armas procesales, según el cual las partes han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación; esto es, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. En consecuencia, cualquier tipo de prejuicio o interés del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra, supone conculcar el principio básico de la igualdad de armas procesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolverlo.

Al igual que se habla de legitimación respecto de las partes para referirse al interés discutido en la litis, ya CARNELUTTI<sup>64</sup> destacaba que puede configurarse también una legitimación del juez en función del desinterés con lo discutido en el proceso. En España, se manifiestan en este sentido, entre otros, GIMENO SENDRA<sup>65</sup> que indica “puede afirmarse que la legitimación del órgano jurisdiccional en la esfera del proceso viene a ser la antítesis de la de las partes. Si la legitimación activa y pasiva de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la

---

<sup>63</sup> MONTERO AROCA, J.: *Principio del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 55.

<sup>64</sup> CARNELUTTI, F.: *Sistema di diritto processuale civile*, t. IV. Cedam. Padua, 1936, pág. 183.

<sup>65</sup> GIMENO SENDRA, V.: “Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial” en *Revista de Derecho Procesal II/III* 1978, pág. 336.

existencia de un interés en el proceso, la del Juez proviene, precisamente, de esa ausencia del interés con el objeto procesal, de cualquier relación con las pretensiones de las partes, porque, en cualquier otro caso, se impone su abstención o recusación”, por su parte RAMOS MÉNDEZ<sup>66</sup> afirma “se habla en general de legitimación del órgano jurisdiccional para referirse a esta aptitud de un Juez en relación con un asunto concreto, en el sentido de no existir ninguna causa que le impida conocer con imparcialidad de dicho asunto”. En contra de estos autores ALMAGRO NOSETE<sup>67</sup> que tras destacar que la legitimación es la medida del derecho a la jurisdicción, manifiesta: “Por tanto la legitimación es cualidad que se predica de las “partes” en el proceso (partes legítimas) nunca del órgano jurisdiccional”.

La falta de esta legitimación supone poner en peligro la necesaria imparcialidad de los jueces y magistrados. La determinación de la legitimación del órgano jurisdiccional se establece de forma negativa, atendiendo a la ausencia de concurrencia de una causa susceptible de provocar un determinado perjuicio o interés en la resolución del caso concreto; el juez, por el sólo hecho de ser juez, y haber sido determinado a través de las normas de competencia objetiva, funcional y territorial está legitimado genéricamente para enjuiciarlo. La legitimación tan sólo es predicable del juez que debe conocer de una causa, es decir, únicamente se refiere a él como persona física llamada a intervenir en un proceso, y no como órgano. Este carácter subjetivo, personal e individual

---

<sup>66</sup> RAMOS MÉNDEZ.: *El sistema procesal español*, 2º ed. Bosch. Barcelona 1995, pág. 315.

<sup>67</sup> ALMAGRO NOSETE.: *Justicia Constitucional* “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. Madrid, 1980, pág. 155.

de la imparcialidad judicial, hace que resulte inadmisibile el planteamiento colectivo de la recusación de todo un tribunal colegiado salvo, obviamente, que cada uno de los componentes carezca, individualmente considerado, de la mencionada legitimación.

Otro posible fundamento de la imparcialidad judicial cabe buscarlo en el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. El origen del principio del juez legal, o predeterminado por la ley, o natural, se encuentra en la Ley sobre la Organización Judicial de 16 y 24 de agosto de 1790<sup>68</sup>, pero sobre todo en la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791<sup>69</sup> de donde pasó a la Constitución española de 1812 y después a las constituciones posteriores, si bien aparentemente limitado al proceso penal.

Decía el art. 247 de la Constitución de 1812 que: “Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley” y de ahí paso a todas las posteriores Constituciones. Así el art. 11 de la Constitución de 1869 establecía que: “Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento, y en la forma en que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito”. Hoy está recogido en dos

---

<sup>68</sup> El artículo 17 dispone, pues todavía está vigente en Francia, que: “Los tribunales constitucionales no pueden ser perturbados, ni los litigantes separados de sus jueces naturales, por medio de comisión ni por medio de otras avocaciones que no estén determinadas por la ley”.

<sup>69</sup>El artículo 4 de la Constitución francesa de 1791 establecía que: “No se podrá atribuir a los ciudadanos un juez diferente al que la ley les haya asignado, por medio de comisión alguna, ni por medio de otras atribuciones o avocaciones que no estén legalmente determinadas”.



artículos de la Constitución de 1978. De modo positivo en el art. 24.2: “todos tienen derecho al juez (...) predeterminado por la ley”, y de modo negativo en el art. 117.6: “se prohíben los tribunales de excepción”.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 44/1985, de 22 de marzo (FJ 4º) afirma: “El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley “comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad” “Y su sentencia 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 2º) destaca: “(...) Se da pues el fenómeno que ha dado en llamarse contaminación, enervando la imparcialidad del juicio como una de las cualidades que deben adornar al Juez ordinario predeterminado por la Ley”.<sup>70</sup>

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imparcialidad se asienta sobre varias ideas esenciales. La primera, que la finalidad de la imparcialidad consiste exclusivamente en evitar que el Juez o Magistrado encargado de dictar la correspondiente sentencia prejuzgue la culpabilidad del acusado; la segunda, que la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras han de examinarse caso por caso y no todo acto de instrucción compromete la imparcialidad del juez, sino tan sólo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole para conocer del juicio oral.

---

<sup>70</sup> De igual modo las SSTC 171/1994, de 7 de junio (FJ 3º); 137/1994, de 9 de mayo (FJ 3º); 180/1991, de 23 de septiembre (FJ 6º); 106/1989, de 8 de junio (FJ 2º); y 47/1982, de 12 de julio (FJ 3º); así como los AATC de 27 de mayo de 1996 (FJ 2º); 799/1985, de 13 de noviembre (FJ 3º); 460/1983, de 13 de octubre (FJ 5º); 358/1983, de 20 de julio (FJ 2º); y 195/1983, de 4 de mayo (FJ 4º).

Algunos autores incardinan las instituciones de la abstención y la recusación dentro del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, bien al configurarlas como excepciones a las reglas generales sobre la competencia, o bien por incluir dentro del contenido de este derecho no sólo al juez competente preconstituido por la ley, sino a aquel racionalmente idóneo para garantizar la imparcialidad judicial, es decir, que la imparcialidad judicial informa por sí mismo el principio del juez legal o natural.

Para PICÓ I JUNOY<sup>71</sup>, esta doctrina resulta criticable por cuanto el derecho al juez legal tiende a garantizar la concurrencia del tribunal orgánicamente competente establecido en la ley y su *perpetuatio iurisdictionis*, mientras que la imparcialidad judicial hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado en su dimensión orgánica, sino a la persona, juez o magistrado, que lo integra. En este sentido, DE LA OLIVA<sup>72</sup> sostiene: “Que uno o varios jueces sean recusables no significa que no sean los jueces legalmente predeterminados, los que deben juzgar un caso concreto según las reglas legales de la jurisdicción, competencia en sus diversas clases, sustitución, modo de integración de los órganos colegiados, etc.”. Por esta razón, el propio TC, en clara contradicción con la doctrina contenida en alguna de sus resoluciones, ha tenido ocasión de rectificar su postura, y así en su sentencia 119/1993, de 19 de abril (FJ 4º), de manera acertada indica:”

“Ante todo conviene precisar que aun cuando el derecho fundamental invocado sea el derecho al Juez predeterminado por la ley, su queja, en

---

<sup>71</sup> PICO I JUNOY, J.: *La imparcialidad judicial ...*, op.cit..

<sup>72</sup> DE LA OLIVA, A.: *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*. Edit. Ramón Areces, 1992, pág. 122.

cuanto referida a la falta de imparcialidad del juzgador, se ha encuadrado en la más reciente jurisprudencia de este Tribunal dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, pues entre las citadas garantías debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que pretende salvaguardarse mediante las causas de recusación y abstención que figura en las leyes”<sup>73</sup>.

En consecuencia, el derecho al juez legal, siguiendo la doctrina iniciada por la STC 47/1983, de 31 de mayo (FJ 3º), sólo alcanza los siguientes extremos: a) Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de Ley en la materia; b) Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; c) Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de un juez ad hoc o excepcional; y d) Que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros. Así, la garantía del juez imparcial no cabe incardinarla dentro del derecho al juez natural, salvo cuando las normas de sustitución de un juez, como consecuencia de una abstención o recusación, no estén predeterminadas legalmente.

El Tribunal Constitucional ha ido estableciendo a través de numerosas resoluciones el contenido del derecho al juez imparcial. El juez constitucional<sup>74</sup> español consideró que el derecho al juez imparcial se

---

<sup>73</sup> Por todas la STC 145/1988.

<sup>74</sup> STC 47/1982 (F.J. 3º): “El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende entre otras garantías (...) la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad”.

---

STC 113/1987(F.J. 2º): “La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, (...) este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del artículo 24 que consagra el derecho a un proceso público “con todas las garantías”, entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador”.

STC 11/1989: “No se trata, pues, aunque a ello se aluda en el recurso, del tema del Juez predeterminado por la Ley, sino del derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 de la C. E., entre las que, como este T.C. ha dicho, debe incluirse el derecho a un Juez imparcial, fundamental en un Estado de Derecho, como se define el español en el art. 1.1 de la Constitución”.

STC 106/1989(F.J. 2º): “Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, fundamento jurídico 4º, 145/1988, 47/1982,[AUTO ]261/1984, 44/1985 y 148/1987, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 CE, forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un “proceso con todas las garantías”, sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 de la Constitución.

STC 138/1991: “El derecho fundamental realmente afectado por los hechos reseñados no es otro que aquel atinente a un Tribunal imparcial, en cuanto garantía integrante del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución)”.

STC 55/1990: “Este Tribunal ha entendido que dentro del derecho a un proceso con todas las garantías se incluye el derecho a un Juez imparcial, lo que excluye, también como exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias (SSTC 145/1988 y 164/1988). Al ser garantía necesaria del proceso penal, para asegurar la imparcialidad del Juez, la separación de funciones de instrucción y resolutorias”.

STC 151/1991: “Lo que ha de tenerse por realmente planteado no es, siguiendo la propia argumentación de los actores, la eventual lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, sino más correctamente, del derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que se incluye la de imparcialidad objetiva del juzgador”.

STC 230/1992: “La privación del ejercicio del derecho a recusar (...), que constituye garantía esencial vinculada a la imparcialidad del juzgador e integrante del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 24.2 C.E.”

STC 119/1993: “Ante todo conviene precisar que, aun cuando el derecho fundamental invocado sea el derecho al Juez predeterminado por la Ley, su queja, en cuanto referida a la falta de imparcialidad del juzgador, se ha encuadrado en la más reciente doctrina de este Tribunal dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (por todas, STC 145/1988), pues entre las citadas garantías debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial que pretende

alojaba dentro del derecho a un proceso con todas las garantías influido por la doctrina del TEDH que configuró como uno de los elementos nucleares del derecho a un juicio justo la existencia de un tribunal independiente e imparcial que conociera la causa. Una vez reconocida la existencia del derecho al juez imparcial como derecho autónomo, así como su encuadre en el derecho a un proceso con todas las garantías, faltaba concretar el contenido del derecho; es decir, en qué ámbitos y con qué intensidad actuaba el derecho al juez imparcial y, en consecuencia, cuáles eran las conductas o actuaciones vedadas por tal derecho.

Y esto es lo que hace el Tribunal Constitucional, a partir de 1987, en un proceso gradual, incorporando la doctrina que sobre la imparcialidad de los tribunales fue estableciendo caso por caso el TEDH. Así, la primera jurisprudencia del TEDH sobre el juez imparcial se sitúa en torno a la cuestión de hasta qué punto se ve contaminada la imparcialidad como consecuencia de haber desempeñado con carácter previo algunas actividades de instrucción o haber conocido del caso con antelación al momento de juzgarlo<sup>75</sup>, posición doctrinal que se ha seguido manteniendo

---

salvaguardarse mediante las causas de abstención y recusación que figuran en las Leyes”.

<sup>75</sup> En el caso *Delcourt* (1970) la cuestión se centraba en la presencia de un Fiscal del Tribunal de Casación que interviene en la vista y después pasa a deliberar con el Tribunal con voz pero sin voto; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Piersack* (1982) analiza la imparcialidad de un Tribunal en el que se había integrado un miembro del Ministerio Fiscal que había participado en la discusión y formulación de la pretensión acusatoria; en el caso *De Cubber* (1984) se decide si la causa del recurrente ha sido vista por un tribunal imparcial o no, ya que al parecer uno de los asesores del mismo había instruido previamente; Hauschlidt (1989) alega que su causa no ha sido oída por un tribunal imparcial ya que el juez que presidía el Tribunal había participado en varias ocasiones dictado resoluciones acordando la prisión provisional y otros aspectos del procedimiento, especialmente antes del juicio; o, caso *Oberschlick* (1991) en el que un juez que había participado en la anulación de un auto de sobreseimiento tomó parte después en el examen de la apelación interpuesta contra la sentencia.

hasta la actualidad<sup>76</sup>. El problema no era otro que sopesar en qué medida la imparcialidad del juez en el ámbito penal puede verse afectada por el desempeño de actividades instructoras o de otro carácter durante una fase previa del proceso. Con el paso de los años el TEDH, así como también el TC, relacionarán otras muchas cuestiones con el juez imparcial y que no serán, precisamente, menos importantes que aquella, como la ideología política de los jueces; la recusación de miembros del jurado por ideología política o actitudes xenófobas; el alcance de la libertad de expresión del juez y su influencia sobre la imparcialidad; etc.

Ahora bien, en todo caso la construcción inicial del TEDH sobre la imparcialidad se fundamenta en tres presupuestos básicos:

a) Las “apariencias”. Se cuestiona la confianza de los ciudadanos en su administración de justicia y, por consiguiente, un proceso justo requiere apartar toda señal de parcialidad que pueda afectar a los tribunales. Un concepto creado a partir de una serie de sentencias que resolvieron los casos *Delcourt c. Bélgica*, *Piersack c. Bélgica* y *De Cubber c. Bélgica*, que toma en cuenta la idea de que las “apariencias” son importantes a la hora de evaluar hasta qué punto un Tribunal es imparcial o no<sup>77</sup>.

b) La “confianza”. El TEDH a partir de la sentencia que resuelve el caso *Piersack* insistirá también en que la imparcialidad de los tribunales es

---

<sup>76</sup> En el caso *Cardona Serrat* (2010), el demandante alega que la Sección de la Audiencia Provincial que conoció del asunto y que acordó su condena había realizado previamente actos de instrucción que socavaban su imparcialidad; *Moczulski* (2011) la parte recurrente denuncia que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías debido a que el Juez R.K. participó en tres ocasiones en su procedimiento penal, incluso en la fase previa al enjuiciamiento.

<sup>77</sup> En el caso *Delcourt* (STEDH de 17 de enero de 1970) “Si tomamos en cuenta el adagio “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*” [no solo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace], estas consideraciones permitirían albergar algunas dudas sobre la naturaleza satisfactoria o no del sistema en cuestión”.

una garantía que se asienta en la necesaria confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática<sup>78</sup> y

c) El “juicio justo”, corolario de todo lo anterior lo encontramos en el tercer presupuesto que deriva de los dos anteriores: si las apariencias son tan importantes, si la confianza de los ciudadanos en la justicia también lo es, no cabe duda que ello es consecuencia de la preeminencia que tiene la garantía de imparcialidad en el desarrollo y desenlace de la noción de juicio justo, lo que cabalmente debería impedir cualquier interpretación restrictiva del derecho en cuestión.

El TEDH hace alusión directa a este tema en el caso De Cubber, donde, al examinar si ha existido o no violación del artículo 6.1CEDH, advierte de que “una interpretación restrictiva del artículo 6.1 —singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio— no encajaría con el objeto y finalidad de esta disposición, visto el lugar preeminente que el derecho a un juicio justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio”<sup>79</sup>. Esta importante apreciación del TEDH, que afirma nada más y nada menos que no caben interpretaciones restrictivas del derecho al juez imparcial, dada la trascendencia que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ocupa el derecho a un proceso justo, ha sido el presupuesto menos recordado de los tres tanto en la jurisprudencia del TEDH como en la jurisprudencia constitucional española. En esta última, por ejemplo, muchos de los problemas relativos a presuntas vulneraciones del derecho al juez imparcial serán resueltos a

---

<sup>78</sup> Similares argumentos se manejan en el caso Duinhof y Duijf, de 22 de mayo de 1984, en el caso De Cubber, de 26 de octubre de 1984 (§26), en el caso Hauschildt, de 24 de mayo de 1989 (§47) y en el caso Worm, de 29 de agosto de 1997 (§40).

<sup>79</sup> SETH 26 octubre de 1984, párrafo 30, caso De Cubber.

través de la lógica inversa; es decir, primará la interpretación restrictiva, orillando así esta afirmación del TEDH en el que prima el carácter extensivo al derecho a un juez imparcial.

El análisis de las exigencias de imparcialidad personal ha de empezar por expresar la disconformidad con el método habitual con el que la doctrina y jurisprudencia se acercan a sus contenidos. Nos referimos al supuestamente existente contenido subjetivo y objetivo de la imparcialidad personal del juez. En opinión de VALLDECABRES<sup>80</sup> es ésta una compartimentación errónea que ha provocado una importante confusión en el análisis de esta materia. Es cierto que el TEDH al analizar, en aplicación del art. 6.1 CEDH las quejas que los recurrentes sobre el carácter imparcial del Tribunal que resuelve el caso concreto, ha dicho concretamente en el caso Piersack, lo siguiente: “Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada (...) 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, un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

En cuanto a la convicción personal del Juez es reiterada la tesis del TEDH conforme a la cual la imparcialidad personal se presume y cualquier alegación en ese sentido que ponga en duda la imparcialidad ha de ser probada. Sobre el segundo aspecto, el denominado objetivo, que hace referencia a si un Juez ofrece garantías suficientes de imparcialidad que permitan excluir cualquier duda razonable, el Tribunal Europeo ha

---

<sup>80</sup> VALDECABRES ORTIZ, M. I.: *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, págs. 148 y ss.



recordado que las apariencias son importantes en esta materia porque lo que está en juego es la propia legitimación de los Tribunales en su actuación, que por eso bastan las dudas de imparcialidad para excluir al Juez sospechoso, y que son trascendentales los criterios de carácter organizativo de la actuación judicial, de forma que no es preciso comprobar sus resultados sobre la convicción personal del Juez, por ello se puede afirmar que el ejercicio previo en el proceso de determinadas funciones procesales puede provocar dudas de parcialidad.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha limitado a analizar el cumplimiento de las exigencias de imparcialidad, pero no ha definido el contenido de ésta. No ha dicho que haya un aspecto subjetivo y otro objetivo de la imparcialidad sino que ésta “puede ser apreciada” tratando de indagar la convicción personal del Juez, esto es, sus condiciones para actuar con ecuanimidad y objetividad al caso concreto o bien examinando las garantías puestas al servicio de una actuación imparcial. Son por ello, cuestiones de método en las que laten otras de contenido material que no se expresan por el TEDH.

A esta confusión ha contribuido, sin duda, el Tribunal Constitucional, al importar la construcción de forma equivocada. En efecto, aunque en las primeras resoluciones en las que se abordaron cuestiones relacionadas con la imparcialidad del Tribunal, específicamente referidas a la legal composición del mismo, en el marco del derecho al Juez legal, se anticipó que las exigencias de imparcialidad del Juez hacían referencia a su idoneidad en el caso concreto “que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad” (STC 47/1982), no se va a profundizar nunca

más en estos conceptos de desinterés y neutralidad, que son los que en nuestra opinión definen la imparcialidad personal.

Y aún más, cuando se importan las perspectivas objetiva y subjetiva utilizadas por el TEDH no se hace como un simple método de análisis, sino como expresión de un contenido material. Así el aspecto subjetivo pasa de examinar la convicción personal del Juez —expresión del TEDH— a la relación con las partes —según el Tribunal Constitucional—, y la perspectiva objetiva, referida a la existencia de garantías dirigidas a evitar temores sobre la parcialidad del Tribunal —en palabras del TEDH— se transforma en el análisis de la relación del Juez con el objeto del proceso<sup>81</sup>.

Desde el principio, y con apoyo en la jurisprudencia del TEDH (...), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad de criterio del Juez — o su mera sospecha— derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación personal con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo”. Al propio TC le cuesta mantener la coherencia con esta doctrina pues constantemente, en las cuestiones que se someten a su consideración, aparecen mezclados aspectos objetivos y subjetivos.

La relación del Juez con las partes se puede manifestar en un prejuicio o en una apariencia, las relaciones con el objeto pueden provocar un prejuicio en la convicción personal del Juez o una apariencia fundada de

---

<sup>81</sup> Esta concepción se plasma en la STC 32/1994, cuyo pronunciamiento se reitera en las SSTC 6/1997 y 64/1997, según las cuales “Ciertamente este Tribunal ha incluido en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1998 y 164/1988).

parcialidad. No parece que aporte nada, ni sobre todo, que aclare nada, clasificar las exigencias de imparcialidad con relación a la naturaleza de las causas que la provocan —que es lo que hace el Tribunal Constitucional— y llamar imparcialidad subjetiva a la que tiene que ver con las relaciones del Juez con las partes e imparcialidad objetiva a la que tiene que ver con el objeto del proceso. La imparcialidad puede quedar en duda cuando se constatan relaciones con las partes o con el objeto. La idea central de esta construcción jurisprudencial gira en torno a la idea de prejuicio. Se trata de evitar que el Juez acuda a la fase de juicio oral con impresiones o prejuicios o que exista la apariencia de que esos prejuicios existan<sup>82</sup>, se trata de excluir al Juez que se haya formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible<sup>83</sup> y se intenta evitar que el ánimo y la decisión del Juez se formen fuera del conocimiento del asunto en el momento del juicio oral<sup>84</sup>

Para VALLDECABRES<sup>85</sup> la idea de imparcialidad es la suma del desinterés objetivo de la función desempeñada —que no es otra que decir el Derecho—, y del desinterés subjetivo del órgano decisor —como expresión de la ajenidad del Juez a los intereses de las partes y al objeto de proceso— entendiendo que esa dicotomía no genera nada más que confusión y que debe ser abandonada. En efecto, si llamamos Juez imparcial a aquel que resuelve el conflicto con arreglo a Derecho, es decir, sin que circunstancias alguna influya en su decisión, habrá que

---

<sup>82</sup> STC 145/1998

<sup>83</sup> STC 106/1989

<sup>84</sup> STC 164/1988

<sup>85</sup> VALLDECABRES ORTIZ, M. I.: *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*, *op.cit.* pág. 152.

convenir en que la existencia o no de esas influencias es algo subjetivo, por lo que sólo podrá apreciarse cuando tales circunstancias se exteriorizan o el propio Juez exterioriza su criterio formado por razones ajenas al Derecho aplicado. Por ello la plasmación normativa de este aspecto de la imparcialidad, que es subjetivo porque tiene que ver con cómo y sobre qué base se forma la convicción del juzgador, se lleva a cabo estableciendo una relación de situaciones que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales se afirma normativamente la apariencia de parcialidad del juzgador dando lugar a su abstención y recusación. Esa relación de situaciones sí podrá ser clasificada en función de que atienda a la relación del Juez con las partes que serían las causas subjetivas de pérdida de la imparcialidad o la relación del Juez con el objeto del proceso que en tanto causas objetivas de pérdida de la imparcialidad— en las que se aprecia la posibilidad de que el Juez pueda obtener algún beneficio o algún perjuicio según sea el contenido o signo de la decisión que adopte.

VIVES ANTÓN<sup>86</sup> sin embargo rechaza las supuestas dimensiones subjetivas y objetivas de la imparcialidad. Son construcciones dogmáticas que lejos de ayudar a aclarar el significado de los términos jurídicos nos llevan a encadenar errores en los análisis, a hacernos preguntas equivocadas, pues hay que caer en la cuenta que desde la denominada perspectiva subjetiva lo que ocurre en la mente del Juzgador, algo que por naturaleza es inaprensible, es vital; mientras que la vertiente objetiva, la posibilidad de que existan dudas legítimas sobre la imparcialidad del juzgador, se resuelve en algo tan difícil de concretar

---

<sup>86</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992, págs. 67 y ss.

como las “apariencias” o “sospechas” de parcialidad. Además, la perspectiva subjetiva, concebida de esta manera, sólo podría apreciarse por manifestaciones externas que la expresasen o implicasen claramente, con lo que quedaría “objetivada” y se convertiría en una apariencia más que permitiría legítimamente dudar de la imparcialidad, es decir, en un análisis típico de la perspectiva objetiva. Para VIVES ANTÓN no puede sostenerse la distinción entre la perspectiva objetiva y la subjetiva, tal como el TEDH parece entenderla y considera que con ser más básica la imparcialidad subjetiva no podría nunca apreciarse más que por medio de manifestaciones que la expresasen o implicasen claramente y, entonces, se hallaría tan objetivada como lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina objetiva. A los conceptos del Tribunal convendrían más los términos de imparcialidad expresa y presunta.

La imparcialidad del Juez consiste en no estar, en general, ni haber estado, en el caso concreto, en posición de parte. Y se está en posición de parte cuando anímicamente se toma o ha tomado partido de modo visible exteriorizado a favor o en contra de alguno de los litigantes, o cuando, exista o no una parcialidad anímica, se desarrolla o se ha desarrollado una actividad o se desempeña o se ha desempeñado una función estructuralmente alineada a uno u otro lado de la contienda.

### c) Alcance de la imparcialidad judicial

#### a’) Prejuicio e imparcialidad

La idea central sobre la que gira la exigencia de imparcialidad en la doctrina y en la jurisprudencia es la ausencia de prejuicios. Sin duda esta es una construcción deducida del tenor literal del concepto de

imparcialidad y de los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al hilo de los riesgos más comunes para la imparcialidad: aquellos que provienen de haber participado el Juez en la investigación de los hechos<sup>87</sup>. La imparcialidad no puede ser equiparada a la ausencia de prejuicios: en primer lugar porque todos los tenemos, lo que imposibilitaría encontrar un solo Juez imparcial. Además, si tal concepción fuera acertada quedaría sin fundamento el criterio del TEDH, asumido por el Tribunal Constitucional, según la cual la imparcialidad personal se presume. Sin embargo, la mayoría de los autores justifican las exigencias de imparcialidad judicial en la necesidad de preservar la objetividad del criterio del juzgador, ya que es su criterio, interpretando el grado de certeza que proporcionan las pruebas y las prescripciones de la ley, el que determina el sentido del juicio penal. Entienden por ello que lo esencial —el objeto de tutela— es que el juez penal emita su juicio “desapasionadamente”, en “condiciones psicológicas y anímicas que le permitan emitir un juicio objetivo”. Se trata por ello de la necesidad de ecuanimidad, de rectitud de criterio, de objetividad y de neutralidad como términos sinónimos, aunque no todos significan lo mismo. Y de esta idea, de esta aspiración de objetividad, se da un salto lógico a la idea de prejuicio como criterio único que provoca la pérdida de objetividad. En esa línea se llega a hablar de que el Juez debe realizar el juicio penal en condiciones de ingenuidad porque quien tiene prejuicios no puede ser objetivo. En esta corriente encontramos a

---

<sup>87</sup> Entre la doctrina que considera que la imparcialidad gravita sobre la idea de prejuicio cabe citar a PICÓ I JUNOY “La imparcialidad objetivo del Juez a examen”. *La Ley*, núm. 4486, 1998, págs. 46-47; *id.*, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 88 y ss; y SANTOS VIJANDE SANTOS VIJANDE, J.M.: “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)”, *La Ley*, núm. 4719, 1999, págs. 5-6.

aquellos autores que conciben la esencia de la imparcialidad en evitar al “Juez prevenido” o “Juez contaminado”<sup>88</sup>. MORENO CATENA<sup>89</sup> asume la idea de “prejuicio” como central en la definición de la imparcialidad del Juez “(...) la imparcialidad del juzgador padece desde el momento en que ha dirigido la instrucción y, preciso es reconocerlo solemnemente, la imparcialidad es una de las notas básicas que debe adornar el proceso, ejercicio de la potestad jurisdiccional, como principio fundamental de la jurisdicción. Para evitar el prejuicio, como uno de los logros más sobresalientes del sistema procesal penal mixto, se atribuye a dos órganos diferentes la instrucción y la resolución de los procesos penales”.

Los prejuicios, las opiniones previas al juicio (salvo que por unos y otras entendamos la animosidad o la inclinación en contra o a favor de una de las partes) no siempre hacen perder la objetividad. Son únicamente determinados prejuicios los que pueden hacer temer fundadamente que se pierda la imparcialidad, ya que, como sabemos, no es exigible probar que ésta efectivamente se pierda, sino que basta con que pueda fundadamente temerse que ello sea así. Es el origen del

---

<sup>88</sup> Sobre este concepto, y su justificación puede leerse, entre otros, DE DIEGO DÍEZ, L.A.: “El principio el que instruye no debe juzgar como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, *Poder Judicial*, núm., 8, 1987; DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Jueces imparciales, fiscales e investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Edit. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988; PICÓ I JUNOY, J.: “La imparcialidad objetiva del Juez a examen”; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un Juez objetivamente imparcial”, *Revista General del Derecho*, 1989, núm. 534; DÍAZ CABIALE, J.A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*.

<sup>89</sup> MORENO CATENA, V.: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, núm. Especial II, 1987, pág. 165.

prejuicio el que convierte a éste en relevante a efectos de imparcialidad. Son sólo relevantes aquellos prejuicios que nacen de la relación que se tiene con las partes o con el objeto del juicio, pues sólo estos rompen la idea de ajenidad consustancial a la función de juzgar. Por tanto, esos prejuicios son identificables, a la vez que rechazables, por su origen, por la fuente de donde provienen, y no por constituir una posibilidad de criterio anticipado. De aquí se deriva que no todos los prejuicios impiden juzgar con imparcialidad, y, por tanto, la esencia, lo que permite identificar y hallar el nexo común de todas las situaciones de las que cabe afirmar que hacen perder o pueden hacer perder la imparcialidad para juzgar, se encuentra en la causa que ocasiona el prejuicio, y no en el prejuicio mismo. Si el origen del prejuicio nace del contacto con las partes o del contacto con los intereses concretos del litigio (no los semejantes, ni los parecidos, ni los anteriores), no podrá afirmarse ni se aceptará la idoneidad del Juez. Es, por tanto, la exigencia de ajenación, la no cercanía, el no alineamiento, la inexistencia de colusión de intereses lo que da contenido a la idea de prejuicio. No es el conocimiento previo del objeto de un litigio lo que dificulta resolverlo con imparcialidad, sino las razones y la forma en que se obtuvo el conocimiento previo. Es la condición de “no parte” —y no la idea de ausencia de prejuicio— la que legitima y justifica la actuación jurisdiccional. Por tanto, es sólo el prejuicio que puede formarse desde la actuación de parte o de relación con las partes el que perjudica la imparcialidad. Es el estar o haber estado relacionado con las partes o sus intereses lo que hace ver al Juez como parcial.

Sólo hay una clase de prejuicios que, con independencia de la fuente, permiten dudar fundadamente de la idoneidad del juez para sentenciar un



caso que son aquellos que se manifiestan pública y directamente sobre el objeto del juicio o las partes y que, nuevamente, hacen perder la confianza en su ajenidad al caso y en la preeminencia del derecho como único criterio de juicio. Así lo explica el Tribunal Constitucional en la STC 162/1999, FJ 9º: “(...) la respuesta a la queja planteada acerca de la imparcialidad del Tribunal exige determinar si la expresión de tan airado juicio de valor sobre el recurrente exteriorizó o no una toma de posición anímica en favor de la culpabilidad del acusado o convirtió en fundado el temor de que dicho Magistrado no utilizara como criterio de juicio el previsto por la ley, sino que podría sustituirlo por sus propias pasiones y desafectos, expresados en dichas declaraciones.(...) Pese a que, por el contenido y momento en que se expresaron, cabe deducir que las manifestaciones controvertidas tenían como propósito básico defender el prestigio del Tribunal llamado a juzgar al recurrente, el mismo medio en que se expresaron las sospechas, el tenor, contundencia y radicalidad de las descalificaciones del recurrente que contenían permite fundar una sospecha legítima de parcialidad. Dicho de otro modo, el Sr. Movilla exteriorizó una convicción personal que le hizo aparecer como inidóneo para juzgar el caso”.

#### b’) Vinculación objetivo-subjetiva del juzgador

Determinadas vinculaciones con las partes o con el objeto del proceso pueden convertir al Juez en parcial. A través de las exigencias personales de imparcialidad se trata de lograr que ningún Juez que tenga un interés particular propio en el asunto pueda intervenir en su resolución. La idea es muy simple: “nadie puede ser Juez y parte, nadie puede ser Juez de su

propia causa”, por tanto, si algo propio se ventila en el enjuiciamiento, no puede el Juez pronunciarse sobre el mismo. De lo que se trata es de que el Juez actúe con desinterés objetivo —algo común a todas las funciones públicas— que se cumpla la misma con atención exclusiva a los fines perseguidos por el ordenamiento, no debe haber ningún interés privado del Juez que satisfacer con la resolución judicial.

La relación del Juez que le inhabilita para ejercer su función puede nacer de la existencia de vínculos con las propias partes —acusador o acusado— o con el objeto del proceso. En estos supuestos cabe incluir las causas de recusación previstas en artículo 219 de la LOPJ (reformado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre)<sup>90</sup> que describen relaciones del Juez con las partes, o sus Letrados o Procuradores, que por poner de manifiesto una especial cercanía o una expresa animadversión, pueden ser exponentes de una inclinación previa que impide juzgar con la debida imparcialidad<sup>91</sup>. El TEDH ha dictado una sentencia estimando vulnerado el derecho a un juez imparcial reconocido en el art. 6.1 CEDH de un ciudadano español al que en la jurisdicción ordinaria se le rechazó la pretensión de recusar a un miembro del tribunal encargado de resolver un pleito en el que era parte demandante por estimar que aquél tenía interés directo o indirecto en la causa. El Tribunal estima que existe una duda fundamentada de forma objetiva de modo que la recusación debía

---

<sup>90</sup> Números 1º a 10º, 12º y 16 del artículo 219 LOPJ.

<sup>91</sup> Vínculo matrimonial, parentesco o relación afectiva semejante, relación de tutela o pupilaje, ser denunciante o haber sido denunciado, haber sido letrado, acusador, testigo o perito en el propio litigio, mantener litigio pendiente, amistad o enemistad manifiesta, tener interés directo o indirecto en el pleito, relación jerárquica, y haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercicio profesión anterior con ocasión de los cuales haya podido formar criterio sobre el litigio y sus intervinientes.

haber sido admitida. Los hechos que dan fundamento a tal duda legítima eran, en concreto, la condición de profesor asociado de la Universidad de Castilla-La Mancha del magistrado que formaba parte del tribunal encargado de resolver una demanda de ex-gerente de la misma contra la decisión de su Rector de destituirle del cargo (STEDH Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003). Es obvio que el Juez no es ni debe ser parte en el litigio concreto que resuelve. Sin embargo, lo usual es que al Juez del juicio no le corresponde sólo resolver sobre el litigio sino también dirigir el debate previo a su resolución y también, en ocasiones, ordenar la sucesión de actos que va delimitando objetiva y subjetivamente el proceso. La propia estructura del debate responde a un conjunto de principios y criterios que tratan de facilitar la resolución imparcial del mismo manteniendo en posición de equilibrio a las partes enfrentadas, pero ese equilibrio se romperá, y el Juez perderá su imparcialidad personal, si las funciones que se le atribuyen en el proceso le alinean con alguna de las partes. Se trata, por tanto, de garantizar el desinterés objetivo del Juez al que no debe corresponder sino dirigir y dirimir el debate, no asignándole en el proceso funciones de parte.

Mantenerse procesalmente al margen de las partes significa no tener atribuidas funciones que a éstas corresponden o que auxilian a los objetivos que las partes persiguen. Estas exigencias se traducen procesalmente en las siguientes reglas:

i) Sin acusación no hay juicio

La actividad jurisdiccional penal no puede ponerse en marcha sino a iniciativa de otros órganos del Estado distintos de los propios Jueces y

Tribunales responsables del enjuiciamiento o de los particulares que tengan legitimación procesal para hacerlo. La intervención del Juez sólo puede producirse si lo reclaman aquellos a quienes corresponde. El ordenamiento ha desdoblado la tutela jurisdiccional atribuyendo a un órgano la potestad de otorgarla y a otros la de promoverla. Cuando históricamente el Juez se hace independiente y no le corresponde más función que decir el derecho, la actividad jurisdiccional queda condicionada a la existencia de una acusación que la sostenga.

ii) El juez no puede acusar ni auxiliar a quien se acusa

Este principio se ha considerado el núcleo esencial del modelo acusatorio. Supone la diferenciación entre quienes desarrollan funciones de enjuiciamiento y funciones de postulación, entre quienes pretenden algo en el proceso y quienes han de resolver si la pena ha de ser impuesta. De esta manera el Juez mantiene su condición de tercero ajeno a los intereses de las partes y el acusador, pese a ser un órgano del Estado no es sino una parte más del proceso por más que esté obligada a satisfacer el interés público y no el particular. La separación entre acusación y defensa es una condición esencial de la imparcialidad y conlleva consecuencias en la distribución de la carga de la imputación y la carga de la prueba. La separación del Juez de la acusación es lo que configura el proceso penal como una estructura triangular alejando al Juez de los intereses contrapuestos que en el actúan. Para MONTERO AROCA<sup>92</sup> “(...) no puede haber proceso si no hay acusación, y ésta no

---

<sup>92</sup> MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op.cit., pág. 96.

puede ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de Juez y de acusador, y lo es hasta el extremo de que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal de modo que, por un lado actúa como acusador (ministerio público) y, por otro, como decisor (Juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera es precisa una norma constitucional que así lo disponga expresamente; al decidirse políticamente que el Derecho penal se actúa por los Tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y de juzgador no pueden confundirse en una única persona. Si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial”.

Es habitual considerar que es también consecuencia de este principio la prohibición de fundar el fallo en hechos distintos de los imputados o por una calificación jurídica distinta de la planteada por la acusación, pues se dice que en tales casos quien acusa es el Juez. Sin embargo, esta es una cuestión que cabe situar con mayor precisión en el ámbito del derecho de defensa que en el debido respeto al principio de imparcialidad. Si la condena no puede recaer sobre hechos distintos de los imputados, y no puede fijarse una calificación jurídica de éstos distinta de la mantenida por la acusación, es porque la sentencia no puede apartarse, sin incurrir en indefensión, de los términos del debate fáctico y jurídico desarrollado en el proceso. Las razones que llevarían a la condena no habrían sido conocidas por el acusado, se lesionaría su derecho a conocer la acusación y la posibilidad de defenderse frente a la misma refutándola, lo que en sí mismo constituye el núcleo central del derecho de defensa y contradicción.

Por su parte MORENO CATENA<sup>93</sup> considera que no sufre la debida imparcialidad del juzgador por el hecho de que se plantee la “tesis” —art. 733 LECR— pues la condena por una calificación distinta de la vertida y debatida en el juicio oral puede afectar al derecho de defensa, concretamente al derecho “a conocer la acusación”, más esta situación es la que se evita precisamente mediante el mecanismo establecido en el precepto procesal. Y así señala “(...) no puede argumentarse finalmente (...) que el Tribunal, comprometiendo su obligada imparcialidad objetiva, se convierta en parte acusadora por el mero hecho de plantearse la tesis, posibilidad que naturalmente admite el Tribunal Constitucional (STC54/1985, de 18 de abril, FJ 6º), ni que la tesis se convierte en acta de acusación cuando las partes acusadoras no la hagan suya y la sostenga en ese momento inmediatamente anterior a la sentencia. En puridad, el juzgador se limita a mudar la consideración jurídica que le merezcan los hechos objeto de acusación, haciendo uso del principio *iura novit curia*, que la propia jurisprudencia ha considerado vigente en el proceso penal”. Así pues, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia”(SSTC 11/1992, FJ 3º; 95/1995, FJ 2º; 36/1996, FJ 4º). Sin embargo, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación

---

<sup>93</sup> MORENO CATENA, V.: *La defensa en el proceso penal*, págs. 564-566. Editorial Civitas, Madrid, 1982.

de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (STC 10/1988, FJ 2º). En este sentido “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3º).

### iii) El juez no puede aportar prueba al proceso

Esta regla es consecuencia lógica de los argumentos más arriba esbozados. Si el juicio justo se halla presidido desde su inicio por la presunción de inocencia, es a quien postule la actuación del poder estatal de penar a quien corresponde probar la certeza del supuesto fáctico de la imposición de la pena. Es quien acusa a quien corresponde probar la acusación, no es esta una función del Juez, que no es un investigador de la verdad sustancial inquisitiva, pues sólo le corresponde dirigir el debate y dirimirlo. Si el Juez no puede aportar prueba es porque ésta es función de la acusación, y hacerlo le alinearía con una de las partes en el litigio en detrimento de la debida imparcialidad. En contra MONTERO AROCA<sup>94</sup>, aunque no expresa razones para afirmar la posibilidad de que el Juez acuerde de oficio la práctica de la prueba, también PICÓ I

---

<sup>94</sup> MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op.cit., págs. 160-161.

JUNOY<sup>95</sup>. Poco importa, por tanto, que su resultado se someta a contradicción, que ésta trate sobre los hechos ya debatidos, o que la fuente de prueba haya surgido del propio proceso. No es función del Juez acreditar ninguna de las posiciones que se enfrentan en el debate procesal, y no precisa el Estado reforzar un órgano público —el Ministerio Fiscal— con otro órgano público más, el jurisdiccional, sin que éste último pierda su posición de árbitro.

Quienes como DIÁZ CABIALE<sup>96</sup> defiende la posibilidad de que el Juez traiga de oficio prueba al proceso han de combatir el concepto entero de imparcialidad que aquí se maneja. En su opinión sólo el “Juez prevenido” y el Juez con interés directo en el objeto del debate son Jueces parciales, por ello no ve obstáculo alguno en que se faculte al Juez penal para aportar prueba. Sin duda son concepciones sustancialistas de la justicia penal las que latan tras estos argumentos. Concebido así el proceso penal, como un instrumento al servicio de satisfacer un inmanente e indefinido interés de justicia es lógico que no se pongan trabas al Juez. En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material MAZA MARTÍN<sup>97</sup>: “El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma

---

<sup>95</sup> PICÓ I JUNOY, J.: “Nuevas reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Justicia* 96, núm. 1, 1996, págs. 157 y ss.

<sup>96</sup> DIÁZ CABIALE, J.A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, *op.cit.*, págs. 421 a 441.

<sup>97</sup> MAZA MARTÍN, J.M.: “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXVIII, 1995, pág. 83.



procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal del proceso (principio de “oficialidad”), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al Tribunal que, a juicio del legislador, conduzca a dicho fin”. En la misma línea SAAVEDRA RUIZ<sup>98</sup>, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: “(...) el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por los valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de la tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado”.

#### iv) Las prerrogativas del juez en el proceso civil

Pese a que, como regla general, la introducción de pruebas en el proceso civil corresponde a las partes, tal y como rezan los artículos 216 y 282, la LEC 1/2000 dota a los jueces de ciertas facultades en materia probatoria. Como no podía ser de otro modo, la tarea de dictar sentencia asignada al juez hace conveniente, en determinados casos y bajo determinados presupuestos, que se le permita realizar ciertas actividades

---

<sup>98</sup> SAAVEDRA RUIZ, J.: “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. X, 1994, págs. 37-38.

probatorias dirigidas a obtener una mayor certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos. Se trata de las previsiones establecidas en los artículos 429.1 II y 435 LEC. El primero de los preceptos, cuya novedad es indiscutible en nuestro proceso civil, puesto que carece de un antecedente histórico claro, no implica en sentido estricto la posibilidad de que el órgano jurisdiccional practique medios de prueba adicionales a los propuestos a instancia de parte. Su finalidad es mucho menos ambiciosa, pero no por ello menos eficaz, pues la LEC permite al juez que, a la vista de los medios de prueba propuestos a instancia de parte, pueda advertir a actor y demandado de la posible insuficiencia de la prueba propuesta y, en definitiva, del riesgo de que la sentencia deba dictarse atendiendo a las reglas de carga de la prueba. El segundo de los preceptos mencionados prevé la remota posibilidad de que el juez, ante una situación de insuficiencia probatoria, pueda ordenar la práctica de determinadas pruebas siempre que se den ciertos requisitos.

a'') Las facultades judiciales previstas en el artículo 429.1 II LEC

El artículo 429.1 II LEC es, quizás, uno de los más controvertidos que, en materia de prueba, se recogen en la LEC. De acuerdo con este precepto, una vez que las partes han propuesto la práctica de las pruebas que consideren necesarias, el órgano jurisdiccional a la vista de las mismas y si aprecia que tras su práctica se producirá una situación de insuficiencia probatoria, se lo comunicará a aquéllas, indicándoles al mismo tiempo el hecho o hechos que resultarán afectados por dicha situación. Asimismo, en estas circunstancias se faculta al tribunal a indicar a las partes, si así lo estima conveniente, el medio o los medios

de prueba cuya práctica deberían proponer para evitar la referida insuficiencia probatoria.

Ante la novedosa previsión normativa y atendiendo fundamentalmente al uso que los jueces y tribunales pueden efectuar de la facultad del art. 429.1, II y III LEC, podemos agrupar, aun a riesgo de simplificar, los posicionamientos doctrinales en dos grandes grupos. Un primer grupo que podemos calificar de tesis restrictivas han acogido la novedad legislativa con reservas<sup>99</sup> o desconfianza<sup>100</sup>, considerándola innecesaria<sup>101</sup>, nada conveniente<sup>102</sup>, muy discutible<sup>103</sup>, absolutamente

---

<sup>99</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2004, pág. 276, expresa sus “serias reservas sobre el acierto de la inspiración y de la construcción del art. 429.1, pfo. 2º y 3º”; HERRERO PEREZAGUA, J.F. (en AAVV), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001, pág. 1529 y 1593), manifiesta que “cabe formular no pocas reservas y que su tenor “puede parecer censurable —y, a mi juicio, lo es—“.

<sup>100</sup> CASAS COBO, P.A., (“Problemas del juicio ordinario en la nueva LEC en su primer año de vigencia”, en *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Picó i Junoy (dir). J.M. Bosch editor. Barcelona, 2002, pág. 76), para quien “en la práctica también ha despertado una lógica desconfianza, debido al dudoso alcance y eficacia de esta norma procesal, que sin duda deberá ser completada por la Jurisprudencia”.

<sup>101</sup> SACRISTÁN REPRESA. G. (“Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en revista *Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo de 2001), calificando su introducción como “una manifiesto error”.

<sup>102</sup> Para DE LA OLIVA SANTOS, A. (*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., p. 276) se trata de un “mecanismo de utilización nada fácil y, por añadidura, nada conveniente”. Del mismo parecer TAPIA FERNÁNDEZ, I. (en AAVV, “Comentarios al artículo 429 LEC), en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Cordón Moreno (coord.), pág. 1461), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, para quien “el precepto es [...] problemático en su interpretación; y poco conveniente en su aplicación”.

<sup>103</sup> BROSÁ, P. & ASOCIADOS, *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde la praxis profesional*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 2001, pág. 114.

excepcional<sup>104</sup> o afirmando que origina más problemas de los que supuestamente ha tratado de resolver el juzgador<sup>105</sup>. Abogan por una interpretación restrictiva del art. 429.1, II y III LEC con variedad de argumentos como los riesgos de parcialidad judicial o la dificultad de su encaje sistemático en un proceso civil presidido por el principio dispositivo y aportación de parte (art. 216 LEC), en el que la iniciativa probatoria se atribuye, como regla general, a las partes (art. 282, proposición primera LEC). Un segundo grupo de tesis no restrictivas han adoptado recepción más favorable<sup>106</sup>. Atienden básicamente a la

---

<sup>104</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (*La Prueba civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 187), para quienes se limita a “casos aislados”, citando aquéllos en que “la insuficiencia probatoria afecte a ambas partes por igual” o en que “se advierta una desigualdad cualitativa entre los litigantes (vrg. Pleitos en materia de consumidores) y con el fin de ayudar al más débil de ellos ...”

<sup>105</sup> DAMIÁN MORENO, J., “Comentarios a los arts. 429 y 430 LEC” en AAVV, *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Lorca Navarrete (dir.), t. II. Lex Nova. Valladolid, 2000, pág. 2160. En el mismo sentido MARRERO FRANCÉS, I., en “Análisis del art. 429.1 II y III LEC”, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Abel Lluch (coords). Bosch editor. Barcelona, 2003, pág. 66.

<sup>106</sup> Así tenemos: ASENCIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup> (en AAVV, *Proceso Civil Práctico*, t. V). La Ley, Madrid, 2001, págs. 1-35), para quien se trata de una “posibilidad novedosa y antes desconocida, que puede resultar de cierto interés, y suplir la inactividad probatoria de los órganos judiciales”; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J. (en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Iurgium, Barcelona, 2001, pág. 817) apunta que “la observancia de la necesaria neutralidad judicial en la contienda y la dificultad de predecir en esta fase procesal la eventual insuficiencia de las pruebas propuestas conducirán a un prudente y moderado ejercicio de la referida facultad judicial”; SANCHÍS CRESPO, C. (“La prueba en los proceso de consumo” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barona Vilar, S. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 285), razona “el Juez tiene una labor que cumplir en el proceso “aplicar el derecho al caso concreto”, y si bien es cierto que no tiene que sobrepasarla diciéndoles a las partes cuál es el caso (cuáles son los hechos), tampoco deben escatimársele facultades que le ayuden a realizar bien su labor (verificar qué hechos quedan probados para aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes)”. Añade, además, que tal facultad, al igual que la prevista en las diligencias finales, “no suponen ninguna extralimitación en relación con el principio de aportación de parte<sup>2</sup>” y “la correcta atribución de las mismas”; SANZ GUTIERREZ, M.<sup>a</sup> R. (en AAVV,

posibilidad de mayor efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) o a la superación de la inactividad del órgano judicial en materia probatoria. Desde el ámbito judicial, tras abogar por su uso prudente y moderado, se ha destacado la posibilidad de mitigar la insatisfacción intelectual que supone el recurso a la institución de la carga de la prueba, así como la posibilidad que tiene el juez de procurar la justicia del caso y desvanecer las dudas sobre la insuficiencia probatoria de un hecho relevante.

Uno de los aspectos problemáticos que ha planteado la posibilidad de que el órgano jurisdiccional advierta a las partes de la insuficiencia probatoria que se puede producir es el de determinar si el legislador lo ha previsto como una facultad o, por el contrario, lo ha configurado como un deber judicial. La ambigüedad de la dicción legal ha permitido a los autores y a la jurisprudencia decantarse por una u otra opción. Un sector doctrinal, actualmente minoritario<sup>107</sup> y alguna resolución judicial aislada,

---

*Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cabañas Rodríguez, J. C. (coord.), ed. Trivium, Oviedo, 2000, p. 317), apunta que “tal vez no hubiera debido desaprovecharse la oportunidad de dotar al juez de alguna facultad más en la llamada iniciativa probatoria”; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (en AAVV, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 17), para quien la mayor flexibilidad en la intervención judicial en materia probatoria no es, en principio, “desacertada”.

<sup>107</sup> A favor de su naturaleza como deber: ASECIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup> (“Disposiciones Generales sobre la prueba en la LEC”, en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Gómez-Colomer, J. L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 205), señala que el art. 429.1, II LEC “establece la obligación, que no simple facultad, del tribunal de poner de manifiesto en la audiencia preliminar, [ ... ], la situación de insuficiencia probatoria ... “; DAMIÁN MORENO, J. (en AA VV, *Comentarios ...*, t. II; ob. cit., p. 2160; y también en AAVV, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I. Tecnos, Madrid 2000, pág. 106), precisa que “no estamos ante una facultad de la que pueda (el juez) hacer uso a su prudente arbitrio sino que la ley configura esta posibilidad ) como una auténtica obligación”; GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ (*La Prueba Civil*, ob. cit., p. 185) para quienes “La emisión de la correspondiente sugerencia probatoria se configura como una obligación (“... lo pondrá de manifiesto”), una vez se aperece el mismo de la insuficiencia probatoria ...”; para SEOANE SPIEGELBERG, J. L. (*La prueba en la*

sostiene el carácter de deber, a partir de la literalidad de los términos legales.

Se argumenta que el tiempo verbal empleado por el art. 429.1, II LEC (“lo pondrá de manifiesto”), es una forma imperativa y que el legislador hubiera podido utilizar una forma verbal potestativa (“podrá”), como la escogida en la regulación de las diligencias finales del art. 435.2 LEC<sup>108</sup>. En esta línea de razonamiento, la SAP de Ciudad Real de 28 de mayo de 2002; concluye que “es claro que el citado precepto [art. 429.1, II y III LEC] impone un deber al Juez que preside el juicio tal y como resulta del término imperativo en que está redactado el primer inciso”. A pesar de los términos imperativos del artículo 429.1, II LEC, la doctrina<sup>109</sup> y la jurisprudencia dominante<sup>110</sup> entienden que debe configurarse como una

---

*Ley de Enjuiciamiento Civil/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 34), se trata de “un deber legal” como se deduce a partir de los “términos categóricos en que viene redactado el mentado art. 429.1, que es categórico al normar que, en tal caso, dicha deficiencia el juez la “pondrá” de manifiesto a las partes”.

<sup>108</sup> Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

<sup>109</sup> A favor del carácter facultativo: BARONA VILAR, S. “Comentarios al art. 428 LEC” (en AAV) *El Proceso Civil*, vol. IV. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 3320), para quien se trata de una “facultad de advertencia, importante, incisiva e incluso pudiera ser decisiva”; ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 271; GIMENO SENDRA, V., en AAVV, *Proceso Civil Práctico*, t. V. La Ley, Madrid, 2001, pág. 395).

<sup>110</sup> SAP de Murcia, sec. 3ª, de 15 de febrero de 2002, Fº.J.º 2 (EDJ 2002/11920) que, además precisa que dicha facultad “no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”; SAP de Badajoz, secc. 2ª, de 3 de mayo de 2002, Fº.J.º 2 (EDJ 2002/40005), que afirma que tal

facultad judicial. La imposición de un deber judicial precisaría una redacción muy distinta, de corte inequívocamente imperativo. En términos simples y contundentes el legislador hubiera podido disponer que “el juez deberá, en todo caso, manifestar a las partes la insuficiencia de la prueba propuesta”.

### b”) La práctica de la prueba de oficio

Una de las cuestiones de mayor trascendencia jurídica que plantea el art. 429.1, II y III LEC es la práctica de pruebas de oficio si las partes no atienden la indicación judicial. Aun cuando la doctrina mayoritaria descarta tal posibilidad, un sector de la doctrina, hoy minoritario, la defiende. Los autores que defienden la práctica de prueba de oficio aducen el art. 282 LEC.

Para GIMENO SENDRA<sup>111</sup>, no obstante el silencio del art. 429.1, II y III LEC, el juez podrá acordar pruebas de oficio a la luz del art. 282 LEC, Para dicho autor es necesario que el juez considere que la prueba es relevante para dictar sentencia y justifica su posición ante la imposibilidad de acordarla en otro momento, ni siquiera como diligencia

---

facultad debe ejercitarse en el momento de proposición de prueba, pues “si no advirtió tal insuficiencia hasta el momento de dictar sentencia es claro que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar entonces la posibilidad a la parte de que proponga la prueba que sea necesaria para acreditar su derecho”; la SAP de Navarra, 16 de abril de 2002, Fº. Jº. 5, la califica como “una facultad discrecional para atemperar la rigurosa aplicación del principio dispositivo...”.

<sup>111</sup> GIMENO SENDRA, V., en AAVV, *Proceso Civil Práctico*, t, V., ob. cit., pp. 84.

final prevista en el artículo 435.1.1º de la LEC. También BARONA VILLAR<sup>112</sup> admite la prueba de oficio, con fundamento en el art. 282 LEC, aunque matiza que las pruebas acordadas por el juez deberán constreñirse a las alegaciones efectuadas en el curso del proceso. Probablemente sea PICÓ I JUNOY quien haya efectuado un mayor esfuerzo argumentativo para razonar la práctica de pruebas de oficio. Parte el citado autor de la existencia de la “justicia” como valor superior del ordenamiento jurídico y reconocido en la Constitución, así como de la efectividad de la tutela judicial reconocida en el art. 24 CE. A partir de esta doble premisa entiende que para plasmar el valor justicia en el caso concreto el juez necesita de la prueba de los hechos controvertidos. Y, para lograr este objetivo, coartar o restringir la iniciativa probatoria de oficio significa, a la postre, una limitación de la efectividad de la tutela judicial efectiva<sup>113</sup>. La doctrina mayoritaria, por el contrario, no admite que el juez pueda acordar pruebas de oficio si las partes desatienden la indicación de insuficiencia, ETXEBERRIA GURIDI destaca los cuatro argumentos siguientes<sup>114</sup>: Un primer y fundamental argumento es que la práctica de pruebas de oficio, con carácter general, quiebra la estructura del proceso diseñada por el legislador y el principio de aportación de parte, pues la iniciativa probatoria se confía, como regla general, a las partes y como excepción al juez; un segundo argumento es que si el juez puede en todo caso acordar pruebas de oficio, esto es,

---

<sup>112</sup> BARONA VILAR, S., en AAVV, *El Proceso Civil*, vol. IV, ob. cit., p- 3219.

<sup>113</sup> PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria de oficio del juez civil. A propósito de un caso”, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pág. 164-165.

<sup>114</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., *Las facultades judiciales...*, ob. cit., págs. 276-277.



independientemente de que las partes sigan o no la indicación judicial, carece de sentido el añadido del párrafo tercero del art. 429.1 LEC que, precisamente otorga a las partes la facultad de completar o modificar sus proposiciones iniciales a la vista de la indicación de insuficiencia probatoria del juez; un tercer argumento es la propia terminología utilizada en la dicción legal y que prefiere términos como “manifestar” o “señalar”, de matiz indicativo, a otros de carácter más imperativo como ordenar, decretar o acordar; y un cuarto argumento reside en la interpretación del art. 435.1.1.<sup>a</sup> LEC. Dispone dicho artículo que no se practicarán como diligencias finales las pruebas “que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado primero del artículo 429”. Según ETXEBERRÍA GURIDI, del contenido del art. 435.1.1.<sup>a</sup> LEC se deduce que tanto con carácter general, como tras la “manifestación” del tribunal conforme al art. 429.1 LEC, corresponde a las partes la proposición de pruebas<sup>115</sup>.

La pérdida de la imparcialidad judicial, es el argumento esgrimido con mayor frecuencia por quienes son contrarios o muestran recelos frente a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. DE LA OLIVA SANTOS apunta que, al remediar la insuficiencia probatoria de una parte, el juez pudiera estar perjudicando a la adversa, e incluso convertirse en un asesor del abogado de la parte a la que se dirige la indicación de insuficiencia probatoria<sup>116</sup>. MONTERO AROCA entiende que el art. 429.1, II y III LEC constituye la “negación principal” del

---

<sup>115</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., *Las facultades judiciales...*, ob. cit., págs. 278.

<sup>116</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ob. cit., pág. 276 y 277.

principio de aportación de parte en cuanto “que permite al tribunal hacer dos sugerencias que son contrarias a la imparcialidad”<sup>117</sup>. Varios autores<sup>118</sup> y algunas resoluciones judiciales<sup>119</sup> aducen como crítica que el juez puede llegar a suplantar las funciones del letrado. Es cierto que, en la medida en que se atribuye iniciativa probatoria al juez, éste puede invadir una faceta del letrado, como es la proposición de prueba.

### c”) Las diligencias finales

Otras de las facultades —en este caso de uso excepcional— que confiere la LEC al órgano jurisdiccional es la prevista en el artículo 435.2 según el cual el juez puede ordenar de oficio la práctica de medios de prueba como diligencias finales siempre y cuando se den dos presupuestos: uno, que su finalidad sea esclarecer hechos alegados previamente por las partes y otro, que éstas hayan propuesto pruebas,

---

<sup>117</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág. 384.

<sup>118</sup> ILLESCAS RUS, A.V., (“Los procedimientos declarativos en la LEC 1/2000”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2001, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración Justicia, pág. 75), considera, en relación con la facultad del art. 429.1, II y III LEC, que “...implica notablemente al juez en el proceso, aunque puede entenderse que es una labor que no le corresponde puesto que incide en el ámbito de actuación de quien ostenta la dirección técnica de los litigantes, es decir, del Abogado”. Para TAPIA FERNÁNDEZ, I., (en AAVV, *Comentarios...*, vol. I, ob. cit., pág. 1461), la “aplicación adecuada de la norma [...] nunca puede ser la de sustituir la técnica y los conocimientos de unos profesionales (los abogados que asumen la defensa de las partes) conocedores del Derecho y su práctica profesional en nivel de igualdad con los encargados de “administrar justicia”.

<sup>119</sup> En la SAP de Lugo, Secc. 1.ª, de 29 de mayo de 2002, Fº Jº 1º (EDJ 2002/3229), tras argumentar que la insuficiencia probatoria advertida en el momento de dictar sentencia no justifica la nulidad de actuaciones y la retroacción al momento inicial del juicio para subsanarla, añade que no puede defenderse “que sea el juez civil quien deba señalar al letrado (profesional del Derecho) las pruebas que deban proponer para ganar el pleito ...”. En términos parecidos SAP Burgos, Secc. 2ª. De 23 de julio de 2002, Fº. Jº. 2º (EDJ 2002/43197).

que por causas ajenas a su voluntad, no han logrado el resultado esperado. En palabras de FERNÁNDEZ LÓPEZ, “las diligencias finales previstas en el artículo 435.2 LEC son un ejemplo del interés del legislador —poco ambicioso por otro lado— por establecer mecanismos dirigidos a superar situaciones de insuficiencia probatoria que desemboquen en la rígida aplicación de las reglas de la carga de la prueba y, por tanto, dirigidos a conseguir la acreditación de hechos dudosos”<sup>120</sup>. Si bien los artículos reguladores de las diligencias finales se encuentran entre las disposiciones relativas al juicio ordinario, no hay obstáculos que impidan entender que también pueden tener aplicación al juicio verbal, pues en la regulación de éste, en materia probatoria, se produce una remisión genérica al juicio ordinario.

v) El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado

Es esta la regla sobre imparcialidad procesal más analizada y comentada. Algunos autores no sólo defienden que, por exigencias de imparcialidad, el Juez que investiga no puede juzgar, sino que entienden que ni siquiera debiera investigar, pues una concepción negativa del principio de exclusividad jurisdiccional debiera apartarles de dicha tarea no jurisdiccional. Así señalan “(...) la investigación de los delitos no es tarea que deba entenderse como función propia de los Jueces y Magistrados. Es evidente, por una parte, que la instrucción de los procesos penales no es una actividad contenida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, del juicio y de la ejecución; por otra parte,

---

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 70.

tampoco es posible sostener que se trate de una actividad realizada en garantía de derecho alguno. (...) Por consiguiente, la investigación de las infracciones penales, es decir, la instrucción para preparar el juicio oral, debe sustraerse de las atribuciones de los Juzgados y Tribunales en razón del principio constitucional de exclusividad negativa y dado que dicha atribución no se corresponde con la función de garantía de derechos que puede ser ordenada por la ley, según previene la CE. Por consiguiente, la investigación de los delitos y faltas debería encomendarse, con ventaja para todo el sistema, al Ministerio Fiscal como órgano público llamado a sostener la acusación en el juicio oral que debe obtener los elementos probatorios a tal fin para practicarlos en el juicio y lograr el convencimiento del juzgador<sup>121</sup> Sin duda contribuyó a ello la declaración parcial de inconstitucionalidad de la Ley 10/1980 de enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que impedía recusar al Juez del fallo por razón de haber sido instructor de la causa, lo que dio lugar en nuestro ordenamiento, a una reforma del procedimiento penal para delitos menos graves con el nacimiento del procedimiento abreviado y la figura del Juez de lo Penal.

La cuestión había sido ya tratada específicamente por el TEDH en su sentencia de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, en la que se apoyó la declaración de inconstitucionalidad comentada. En ella, el Tribunal al analizar si las funciones de investigación atribuidas al Juez instructor eran aptas para crear en el acusado, o en el público en general, un temor fundado acerca de su debida imparcialidad para juzgar la cuestión de fondo, concluye que sí lo son pese a reconocer que aquél no es un órgano

---

<sup>121</sup> MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V.: *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 1996, págs. 90-91.

de la acusación; que su función no consiste en determinar la culpabilidad y que la misión que se le encomienda es objetiva en la medida en que está obligado a recoger los datos obtenidos a favor o en contra de aquel frente a quien ejerce la acción penal. Por tanto se dice que, no es un problema de que quien investiga pretenda juzgar. Los temores surgen cuando se constata que orgánicamente el Juez instructor aparece encuadrado junto a los órganos de la acusación, actuando bajo la supervisión del Fiscal, y pudiendo, en ocasiones, realizar por sí mismo actuaciones que competen a los acusadores públicos (§ 28). Además, los poderes de investigación que le son atribuidos son muy extensos, y ésta se realiza en secreto y sin contradicción, pudiendo llegar a decretar de oficio la detención preventiva (§ 29). Se trata en definitiva, de actuaciones encaminadas a preparar el juicio. Por ello, este conocimiento, adquirido al realizar funciones auxiliares a los intereses de acusación, legitima la existencia de un temor fundado sobre la imparcialidad del Juez instructor.

Cinco años más tarde, al analizar el caso Hauschildt, sentencia de 24 de mayo de 1989, el TEDH tiene ocasión de volver sobre el tema, analizando ahora si la realización previa de funciones de supervisión o fiscalización de la investigación es causa fundada que permita dudar legítimamente de la imparcialidad del Juez. No se trata ahora de un Juez de instrucción, sino de un “Juez para la instrucción” ya que ésta es competencia del Ministerio Público y la policía. Aunque el fallo final entiende violado el art. 6.1 del CEDH por lesión del derecho a un Juez imparcial, el Tribunal inicia su análisis poniendo de relieve las diferencias de este supuesto con los anteriormente analizados. La cuestión ante la que el Tribunal se enfrentaba era si resultaba legítimo

temer que el conocimiento adquirido al fiscalizar la investigación sobre su resultado y sobre la personalidad del acusado podía imponerse sobre el peso de las pruebas y de los argumentos manejados en el acto del juicio oral. Y si ese mismo temor se extiende sobre aquellos Jueces que resolvieron anticipadamente sobre la prisión provisional y otras cuestiones procesales que se plantean en la fase de investigación (§ 43). Pese al fallo final estimatorio —fundado en la casi total identidad del veredicto de culpabilidad que se emite tras el juicio oral y el que se emitió en el caso concreto para fundar la prisión provisional basada en ser “muy clara la culpabilidad” (§ 52)—, el Tribunal tuvo ocasión de aclarar que de no darse tal cuasi-identidad no se habría apreciado lesión del art. 6.1 CEDH (§ 50), porque las resoluciones de las que se queja el recurrente son estrictamente jurisdiccionales, dictadas por Jueces independientes y no dirigidas ni a preparar el juicio ni a resolver sobre si ha de ser juzgado el acusado porque se adoptaron a petición de parte y tras audiencias públicas; porque recaen sobre aspectos distintos de los que componen el juicio de culpabilidad, ya que, por ejemplo, las medidas cautelares sólo han de valorar si las sospechas policiales tienen fundamento, lo que es distinto de decidir si las pruebas aportadas en el juicio acreditan la culpabilidad.

El Tribunal europeo afirma tajantemente que no cabe confundir las sospechas con una declaración de culpabilidad, y que por ello las dudas razonables que justifican la inidoneidad del Juez se producen cuando se pronuncia anticipadamente sobre un objeto de enjuiciamiento muy parecido al que se debate en el juicio oral.

El Tribunal Constitucional parte de algunas de estas consideraciones y conforma hoy una línea consolidada de jurisprudencia. Comenzó

señalando que “los aspectos relativos a la organización y constitución de los Tribunales y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructoras y las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se han respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador” (STC 113/1987). La *ratio* de tal relevancia se fijó en que “la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible” (STC 145/1998).

Era paso obligado definir en qué consiste instruir un proceso penal y así se dijo en la misma sentencia: “puede definirse la instrucción, de acuerdo con el art. 299 de la LECr., como “las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

Instructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del

encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.

La investigación directa es, por tanto, el núcleo de la actividad instructora que justifica el apartamiento del Juez. Son ejemplos de dicha actividad de investigación directa —conforme a la STC 145/1998— los siguientes: la toma de declaración al detenido, porque puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia; las resoluciones sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los arts. 503 a 504 de la LECr, es decir, sobre la prisión provisional del detenido, ya que exige una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación; el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la LECr, lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 de la LECr) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contraria a las leyes o innecesarias perjudiciales para el objeto de aquélla (art. 312 LECr); la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral, y por último, la facultad judicial de acordar *ex officio* y practicar el mismo cualquiera de los actos de investigación establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal e instrumentar formalmente dicha actuación a través de las diligencias previas de los artículos 779 y siguientes de la misma Ley.

Resumido con palabras de la STC 11/1989 son, en general, actuaciones de investigación directa cuya práctica permite fundadamente dudar de la imparcialidad del Juez que las practica: el hecho de reunir el material necesario para que se celebre el juicio oral y el contacto directo y personal con las fuentes de ese material; la audiencia y declaración del



detenido que puede ser un verdadero interrogatorio; las decisiones sobre la situación personal del imputado; las comprobaciones necesarias para determinar si es o no delito el hecho objeto de querrela o denuncia; las actuaciones de oficio con carácter de investigación. Todo ello nos lleva a concluir que el Tribunal Constitucional entiende que es “la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria (dirigida frente a determinada persona) la que puede considerarse integrante de una actividad instructora”<sup>122</sup>, y al término de ésta puede haberse formado el Juez una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible.

Más concretamente encontramos tres causas que pueden considerarse instrucción según la doctrina del Tribunal Constitucional:

a) El interrogatorio del detenido (artículo 386 LECr.) “Si bien no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad del Juez instructor y así sucede, por ejemplo en la declaración del imputado «para ser oído» de los arts. 486 y 488 L.E.Crim. en la que, como su nombre indica, el Juez ha de limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos con carácter previo a adoptar, en su caso, su procesamiento, dicha pérdida de imparcialidad objetiva ha de estimarse concurrente en el interrogatorio judicial del detenido (art. 386), en el que, siendo de aplicación inmediata o supletoria, las normas relativas a las “declaraciones indagatorias”, las preguntas del Juez han de ser directas y dirigirse “a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado” (art. 389), por lo que al término de dicho interrogatorio el Juez puede haberse formado

---

<sup>122</sup> STC 164/1988, de 26 de septiembre.

una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible, que hace obligada su exclusión en la fase de conocimiento del juicio oral”<sup>123</sup>.

Por el contrario el TEDH en el caso *Padovani*, sentencia de 23 de febrero de 1993, no entiende que el hecho de oír la declaración de los inculcados en el *giudizio direttissimo* italiano repercuta en la imparcialidad del juzgador. En este procedimiento el juez instruye y juzga los asuntos de su competencia. Hay por tanto una confusión entre el instructor y el juzgador. Con la entrada en vigor del nuevo procedimiento penal italiano, en octubre de 1989, aparecen separadas ambas funciones.

b) La diligencia de careo, con respecto a la que el TC ha dictado varias resoluciones. Dos de ellas pudieran parecer contradictorias aunque en realidad no lo son. En la STC 151/1991, de 8 de julio se entiende como parcialidad el hecho de adoptar dicha diligencia entre el acusado y los agentes de la policía que lo detuvieron<sup>124</sup>. Sin embargo, en la STC 372/1993, de 13 de diciembre se afirma que el careo como única actividad instructora sin que esté acompañada de alguna otra, ni aun en el supuesto de que el Juez pusiere de manifiesto en el desarrollo de la

---

<sup>123</sup> STC 106/1989, de 8 de junio.

<sup>124</sup> STC 151/1991, de 8 de julio “[el]Juzgado núm. 2; acordó (...) oír en declaración a los agentes de policía actuantes, reclamar los antecedentes penales de los encausados y finalmente la práctica de careo entre los acusados y los citados agentes, practicándose las anteriores diligencias en su presencia.(...) Así pues, excepción hecha de la reclamación de la hoja histórico-penal de los inculcados -acto de mera ordenación del proceso- las restantes actuaciones practicadas por el titular del Juzgado de Instrucción han de considerarse verdaderos actos de investigación encaminados a determinar la veracidad de las imputaciones recogidas en el atestado policial, y, por tanto, es claro que, como se afirmó en la STC 11/1989 se está ante un supuesto en el que, al menos, se ha roto la apariencia de imparcialidad que constituye también la garantía de juez decisor ajeno a la investigación previa”.

diligencia la contradicción de los careados, puede considerarse como generadora de prevención recusable<sup>125</sup>. De ambas se deduce que la adopción de la diligencia de careo no acompañada de ninguna otra actividad instructora no puede considerarse instrucción.

c) Considera el Tribunal Constitucional que, también, son actos instructores, tomar declaración a los protagonistas del hecho y a los testigos<sup>126</sup>. También es actividad instructora dictar el auto de apertura de juicio oral y con posterioridad participar en el mismo<sup>127</sup>. No se considera,

---

<sup>125</sup> STC 372/1993, de 13 de diciembre “no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter instructor ni compromete su imparcialidad objetiva.(...) teniendo en cuenta que no es suficiente que el Juez haya realizado actos de naturaleza instructora sino acreditar, aunque sea indiciariamente, que la actividad instructora desplegada pudo provocar en su ánimo prejuicios (por todas, SSTC 137/1992 y 170/1993).(…) El Magistrado al que se imputa ausencia de imparcialidad objetiva no realizó actividades de investigación directa de los hechos, (...) sino que se limitó,(...)a citar a las partes para una diligencia de careo y a presidir la misma poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados. A continuación no tuvo más contacto con la instrucción de la causa hasta el momento del juicio. Dicha actividad, en consecuencia, no requirió una valoración inicial de los hechos.(...)No consistió, en suma, en actividad instructora.”

<sup>126</sup> STC 11/1989, de 24 de enero “Consta, en efecto, en las actuaciones, que el Juez no se limitó a simples actos de ordenación procesal, sino que, por las circunstancias del hecho (...) practicó diligencias propias de una investigación, tendentes, como es lógico, a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones de la denuncia, entre las cuales cabe indicar las declaraciones tomadas por dicho Juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos, dictando después Auto de libertad provisional(...) antes de convocar el juicio oral” y STC 113/1992, de 14 de septiembre “Que el Juez de Instrucción realizó actos de verdadera instrucción junto a su función de enjuiciamiento, como son la toma de declaraciones a los protagonistas de los hechos y la apreciación de un informe médico sobre las lesiones”.

<sup>127</sup> STC 170/1993, de 27 de mayo “Resulta acreditado (...), que el Magistrado Juez (...) antes de dictar la Sentencia (...) realiza,(...) diversos actos procesales. De entre ellos (...) declara la apertura del juicio oral, ratifica la libertad provisional de los encausados y fija los límites y fianzas de su responsabilidad civil es un acto inequívocamente instructor cuya adopción inhabilita a quien lo adopta a actuar como Juez sentenciador en ese mismo caso, al haber perdido la neutralidad objetiva exigida por el art 24.2 de la C.E.”. STC 320/1993, de 8 de noviembre“(…)resulta que el Instructor de la causa penal realizó, esencialmente, como actividades anteriores a la celebración del juicio, las siguientes: recibió declaración al denunciado, requirió al

sin embargo, que sean instrucción contaminante los “actos estrictamente de comunicación y ordenación procesal para dar al procedimiento la sustanciación que corresponde”<sup>128</sup> . Como acto de ordenación procesal hay que entender “(...) acusar recibo del recurso de apelación interpuesto y ordenar su registro en el libro correspondiente y la formación del oportuno rollo de Sala”<sup>129</sup> Y también citar a los acusados para informarles de sus derechos y requerirles el nombramiento de Abogado y Procurador<sup>130</sup>. También “(...) la reclamación de la “hoja histórico penal” de los inculpados es un acto de mera ordenación del proceso”<sup>131</sup>

vi) El juez no puede haber tomado partido públicamente por una de las partes antes del juicio, ni siquiera cuando lo hace en ejercicio de la jurisdicción

Las exigencias de ajenidad se extienden a la inclinación previa por alguna de las partes que intervienen en el litigio penal. Tal forma de posición pública, externa, puede llevarse a cabo informalmente — mediante declaraciones públicas— o formalmente —a través de alguna de las resoluciones que preceden al acto del juicio oral—. Esta es la

---

denunciante para que aportase el cheque recibido del acusado (...) Pero además (...) adoptó también el Instructor otras decisiones ulteriores en la causa, esencialmente representadas por el Auto de apertura de juicio oral (...) Pues bien,(...), es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial

<sup>128</sup> STC 145/1988, de 12 de julio

<sup>129</sup> STC 238/1991, de 12 de diciembre

<sup>130</sup> STC 98/1990, de 24 de mayo

<sup>131</sup> STC 151/1991, de 8 de julio.

razón del caso Hauschildt (STEDH, 24 de mayo de 1989). Es legítimo dudar que la decisión de culpabilidad se funda en los argumentos y elementos de convicción valorados en el juicio oral cuando antes de que éstos se hayan expuesto, ya se ha hecho un pronunciamiento sobre la culpabilidad. Este debe hacerse en una resolución cuyo objeto tenga sólo una “pequeña diferencia” (la expresión es del TEDH) con la que ha de llevarse a cabo en el juicio oral<sup>132</sup>. Las medidas cautelares quedan en principio fuera de ese efecto inhabilitador, y también quedarían aquellas otras decisiones que se pronuncian únicamente sobre la verosimilitud de la denuncia, sobre la existencia de sospechas fundadas, e incluso, sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad. El carácter provisional de tales pronunciamientos y su objeto —evaluar la suficiente probabilidad de las sospechas expresadas en la denuncia— y el hecho de que los mismos hayan sido pronunciados a petición de parte, serían argumentos a favor de su incapacidad para generar dudas de imparcialidad.

#### B. Independencia e imparcialidad.

La independencia es, sin duda, una nota básica de los titulares de la potestad jurisdiccional y también un principio inspirador de la organización judicial. A través de la independencia se define una determinada posición jurídica de sus titulares, una posición que es de no subordinación, de no reconocimiento de un mayor poder o autoridad en

---

<sup>132</sup> Se aparta de esta doctrina la STC 320/1993, cuando considera que la adopción de cualquier medida cautelar provoca un riesgo de pérdida de la imparcialidad.

el ejercicio de la función jurisdiccional. Consiste en la ausencia de subordinación jurídica en la actuación concreta del Derecho a ningún criterio distinto del que se establece en la ley y a la ausencia de sumisión a ningún interés distinto del propiamente jurisdiccional. La independencia judicial en España ha sido reconocida de una u otra forma en todas nuestras Constituciones históricas como garantía de la función jurisdiccional. Explícitamente sólo la proclamaron, al margen de la Constitución de 1978<sup>133</sup>, la Constitución de 1808 en el artículo 98 “el orden judicial será independiente en sus funciones” y la Constitución de 1931 que en su artículo 94 establecía “los Jueces son independientes en su función y sólo están sometidos a la ley”, mientras que en el resto de los textos constitucionales se hacía referencia a ella indirectamente, a través de la idea de la división de poderes al señalar que la “potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales corresponde sólo a los Jueces”, o que la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” es exclusiva y excluyente, o cuando se garantiza la inamovilidad judicial<sup>134</sup>.

Para determinar el alcance de la garantía de independencia partimos de que la jurisdicción es una potestad del Estado que se ejerce a través de todos y cada uno de los integrantes del poder judicial, los cuales han de gozar de independencia en el acto concreto de aplicar el Derecho. La independencia judicial ha de ser general y garantizarse frente a todos, por eso la sujeción funcional del Juez a la ley tiene una traducción estatutaria

---

<sup>133</sup> “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1º CE).

<sup>134</sup> Así se expresaban la Constitución de 1812—arts. 17 y 242—, la de 1837 —art. 63—, la de 1845—art. 66—, la de 1869—arts. 36 y 91— y la Constitución de 1876—art. 76—.

en la propia organización judicial. *Ad intra* es garantizada a cada uno de los integrantes de ese Poder respecto de las determinaciones de los demás miembros, especialmente de los superiores gubernativos y jerárquicos, que es de quienes potencialmente pudieran llegar a sufrir la mayor presión. Sólo y exclusivamente a través de los recursos previstos por la ley puede corregirse la aplicación del ordenamiento jurídico hecha por el Juez. Se prohíbe, por tanto, dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas por unos órganos judiciales a sus inferiores (art. 12 LOPJ). Ahora bien, la independencia actúa también *ad extra*, frente a otros poderes públicos o privados. En su origen es una idea que nace frente al poder del monarca. FERRAJOLI<sup>135</sup> conecta esta garantía, que denomina orgánica, con la afirmación del principio de legalidad y los derechos fundamentales de la persona. La estricta y exclusiva vinculación de la jurisdicción a la ley exige su independencia para garantizar la imparcialidad de esta actuación estatal, y de esta forma la igualdad de los ciudadanos. El autor italiano hace un recorrido histórico por los ordenamientos jurídicos para poner de relieve como en la antigüedad no se planteaban problemas de independencia al considerar la función jurisdiccional una emanación más de la potestad del soberano.

No fue sino a partir de la Ilustración, en el seno de la doctrina de la separación de Poderes, cuando la independencia adquiere valor conceptual autónomo. Primero como una forma de quitar poder al Estado dividiendo sus funciones. Más tarde como garantía de sujeción a la ley del resto de Poderes del Estado y mecanismo de tutela de los derechos del ciudadano frente a la opresión política. De esta forma la

---

<sup>135</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995, págs. 584-589.

independencia judicial aparece como principio político organizativo en las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII (art. 5 de la Declaración de Virginia<sup>136</sup>, art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre<sup>137</sup>), y hoy se ha convertido en uno de los fundamentos del Estado de Derecho.

La importancia de un *status* orgánico al servicio de la independencia ha sido una constante en las reflexiones jurisprudenciales. Así el TEDH ha tenido oportunidad de examinar si uno u otro titular de la potestad jurisdiccional eran o no un órgano independiente. Y al hacerlo se ha referido siempre a aspectos institucionales de la organización judicial. En el caso *Le Compte, Van Leuden y de Mellare*, de 23 de junio de 1981 (& 55), el Tribunal razona que no es suficiente ejercer la función jurisdiccional para que pueda ser afirmada la independencia del órgano que la ejerce y señala,“(...) según la jurisprudencia del Tribunal —sentencia *Neumeister*, de 27 de junio de 1968, sentencia *De Wilde, Ooms y Versyp*, de 18 de junio de 1971 y sentencia *Ringeisen*, de 16 de julio de 1971— sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responda a una serie de exigencias —independencia con respeto al ejecutivo y a las partes encausadas, duración del mandato de sus miembros, garantías ofrecidas por el procedimiento—, de las cuales varias figuran en el texto mismo del art. 6.1 CEDH”. En el caso *Langborger*, sentencia de 22 de junio de 1989 (§ 32), el TEDH entendió que “para decidir si un órgano puede ser considerado independiente, hay que tener en cuenta,

---

<sup>136</sup> “Que los poderes legislativos y ejecutivo deben ser separados y distintos del judicial (...)”.

<sup>137</sup> “Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes y la seguridad de derechos necesita una constitución”.



especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus miembros, las garantías existentes contra las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente”. De la misma forma, el Tribunal Constitucional —STC 204/1994— ha destacado la importancia del régimen normativo que regula la actuación del órgano judicial, más allá de su aplicación en los supuestos concretos, incluso cuando dicha aplicación es más respetuosa del derecho de la persona que la propia norma.

De lo que se trata precisamente es de garantizar que el *status* legal de un Juez le permita actuar como órgano judicial capaz de dispensar la tutela en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24.1 CE). Es decir, que el órgano judicial llamado a resolver el conflicto pueda pronunciarse de modo equitativo e imparcial en un proceso en el que actúan como parte acusadora los poderes públicos y en el que han acordado originariamente o han revisado en vía de recurso, según el caso, medidas que afectan a la libertad y seguridad de las personas sometidas a un procedimiento penal<sup>138</sup>

Las características del juicio justo, que vienen definidas por los contenidos inherentes a cada uno de los derechos fundamentales garantizados por el art. 24 CE, exigen una determinada configuración normativa del estatuto orgánico y personal de quienes son llamados a ejercer funciones jurisdiccionales. Ese *status* institucional que les permite actuar con independencia e imparcialidad está “al servicio” de las exigencias del juicio justo pues para poder garantizar los derechos expresados en el art. 24 CE, el Poder Judicial debe articularse de

---

<sup>138</sup> Sentencias del TEDH de 22 de mayo de 1984, caso Duinhof y caso De Jong, y 8 de junio de 1976, caso Engel.

determinada manera, con determinados contenidos mínimos que se describen en el Título VI de la CE (independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento único al imperio de la ley, exclusividad, unidad de jurisdicción, publicidad de sus actuaciones, etc.

El Tribunal Constitucional ha señalado también que cualquier actuación de un órgano judicial cuyo *status* no reúna las garantías de independencia e imparcialidad previstas en el art. 24.2 CE vulneraría por sí sola el derecho fundamental a que la propia causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial, ya que la vulneración de este derecho no exige la producción de un resultado positivamente parcial o carente de independencia, sino que basta con el sometimiento del litigio a un Tribunal que carezca de dicha connotación para entender producido el resultado lesivo<sup>139</sup>

Hablamos de independencia como base de la Justicia, debiendo advertir que imparcialidad e independencia son conceptos que si bien guardan una estrecha relación conservan significados diferentes: el primero aplicable respecto al fuero interno del *iudex*, el segundo, al externo, a las posibles injerencias externas. De este modo, el profesor MONTERO AROCA explicita que la imparcialidad ostenta un claro matiz subjetivo pero objetivado por la incidencia de la Norma que no busca encontrar el *animus* del *iudex* siéndole suficiente verificar o no la subsunción de su comportamiento con conductas tipificadas reveladoras de parcialidad judicial. Constituye la imparcialidad subjetiva la ausencia de prejuicio en los miembros del Tribunal, lo que debe siempre presumirse; como imparcialidad objetiva, la ausencia de apariencia de

---

<sup>139</sup> (STC 204/1994, FJ 2º).

posible parcialidad, nacida de cualquier relación o causa, dando lugar a la abstención o a la recusación<sup>140</sup>. Atendiendo a la causa final distinguiríamos también entre una imparcialidad subjetiva, aquella cuyo quebrantamiento deriva de la relación del Juez con las partes; y otra objetiva, aquella que puede ser quebrada por la relación del Juez con el objeto del proceso<sup>141</sup>.

Desde otra perspectiva, imparcialidad e independencia se confunden, empleándose esta segunda como mecanismo que define y acota la primera. Se admite que para garantizar la independencia de la función jurisdiccional el *iudex* se encuentra incompatibilizado bien de modo absoluto con el ejercicio de otras funciones o cargos políticos y administrativos, situaciones de parentesco en los órganos jurisdiccionales que provoquen la simultaneidad en el desempeño de distintas funciones o la vinculación en un determinado territorio por causas personales o materiales; o bien de modo relativo, refiriéndose a materias determinadas configuradas por el Derecho positivo<sup>142</sup>.

Sobre estos criterios cabe decir que si bien la independencia se relaciona con la protección frente a eventos externos del Órgano jurisdiccional, la imparcialidad es indiciaria de componentes subjetivos<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup>HERA OCA. “Los principios del proceso penal”. *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 1992, 5, s.p., págs. 323 a 329.

<sup>141</sup>FERNÁNDEZ SEGADO. “Las garantías constitucionales del proceso penal militar”. *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 1995, 5, s.p., págs. 19 a 60.

<sup>142</sup>GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, t. I (actualizado por Aragonese Alonzo), Civitas. Madrid, 1998, pág. 142.

<sup>143</sup> Ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a limitar la independencia en la sentencia de 29 de julio de 1986 (STC 108/1986) *ad exemplum*,

La Constitución refuerza la idea de imparcialidad judicial cuando establece la separación de poderes y la independencia judicial, esto es la estricta sumisión de la potestad jurisdiccional a la ley; también, cuando atribuye en exclusiva dicha potestad a Jueces y Magistrados, designándoles como los únicos árbitros legítimos y, por último, cuando señala el cauce procesal a través del cual debe ser ejercida —art. 117.3—. La imparcialidad es la nota básica en la conformación de la figura del Juez, “y precisamente para preservarla se reconocen en la Constitución una serie de garantías adicionales: independencia, inamovilidad, responsabilidad, y sumisión a la ley”<sup>144</sup>. Independencia y sumisión a la ley son conceptos complementarios, pues ambos persiguen la misma finalidad, esto es, que el juzgador pueda ser imparcial aplicador del Derecho, por ello la independencia se concreta en que los Jueces no tengan más función ni más interés que garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Históricamente, la reivindicación de que el poder judicial fuera independiente se basaba en la desconfianza hacia su función debido a las presiones que, primero el monarca y después el ejecutivo, ejercieron directa o indirectamente sobre él. Sólo podía confiar el pueblo en la Administración de Justicia si sus responsables actuaban libres de determinaciones externas. La independencia, hoy día, encuentra pleno

---

su Fundamento de Derecho Sexto: “Naturalmente, la independencia judicial (es decir, la de cada Juez o Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción) debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 2 de la LOPJ) como por “todos” (art. 13 de la misma ley).

<sup>144</sup> MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V.: *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la ley Orgánica 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 14.

sentido no sólo como arquitectura al servicio de la imparcialidad<sup>145</sup>, aunque no basta con su presencia para garantizar esta última.

Se pretende contar con Jueces libres de sometimientos para que, en definitiva, su actuación quede exclusivamente vinculada a Derecho, dado que la ley es el único parámetro que ofrece la necesaria seguridad jurídica. En la misma línea se expresan ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ cuando dicen que la independencia es “presupuesto de la necesaria colocación de los Jueces en condiciones de ejercer su cometido de manera imparcial”<sup>146</sup>. Siendo la independencia una posición jurídica, que se concreta en un *status* orgánico, y normativamente en una serie de principios, reglas y cautelas dirigidos a garantizar la ausencia de subordinación jurídica y de hecho de los Jueces a ningún otro poder, parece claro que sus mecanismos de tutela, pese a su utilidad, son insuficientes para garantizar la imparcialidad de las resoluciones judiciales, pues ésta se manifiesta en cada acto jurisdiccional concreto, y normativamente sólo puede protegerse con cautelas *ad causam* que tratan de impedir la parcialidad.

En nuestros días el problema de la eventual falta de imparcialidad de los Tribunales no viene determinado necesaria ni primordialmente por la existencia de presiones a la independencia judicial desde el poder político o, más específicamente, del poder ejecutivo, sino tanto o más desde otras fuentes. Por ello se ha hecho necesario plantear el alcance de la tutela de la imparcialidad por otros medios y frente a otros riesgos para

---

<sup>145</sup> DE OTTO y PARDO, I.: *Estudios sobre el poder judicial, op.cit.*, págs. 63 y ss.

<sup>146</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ÁLVAREZ, C.: *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 29.

poder seguir afirmando la posibilidad de dilucidar el Derecho debatido “al margen de o por encima de las partes contendientes (...) con la vista puesta sólo en el interés debatido y en el Derecho aplicable”<sup>147</sup>. Los problemas más acuciantes que ponen hoy en riesgo la imparcialidad de la actuación judicial no vienen decididos necesariamente por los atentados a la independencia. De esta forma la tutela posible de esta última no es la vía correcta ni suficiente para garantizar aquélla, ya que las interferencias a esa independencia pueden provenir también de otros órganos incluidos en el propio Poder Judicial u otros poderes públicos y privados, hasta el punto de que la mayor fuente de riesgo para la independencia se halla hoy en la manipulación del proceso jurisdiccional a través de la presión de los poderes mediáticos, de los juicios paralelos y los linchamientos morales, contra los que no parece haberse inventado aún defensa o recurso efectivos.

### C. Predeterminación e imparcialidad

Junto a la independencia, existe otra garantía al servicio de la imparcialidad como es la predeterminación legal de la jurisdicción y competencia de los Tribunales. En efecto, parece claro que de nada valdría contar con Jueces independientes de los demás poderes del Estado si su competencia sobre un asunto concreto no les fuera atribuida por criterios generales legalmente predeterminados sino mediante criterios *ad hoc* y *post factum*. La razón de esta garantía, una vez más, no

---

<sup>147</sup> LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de derecho*, op.cit., pág. 113.

estriba en la imposibilidad de que el Juez concreto llamado a juzgar tras ser designado *ad casum* pudiera juzgar con imparcialidad, sino que sobre él pesaría la sospecha fundada de ser un Juez parcial, de que el juicio no se podría desarrollar con la necesaria confianza del público y, menos aún, de las partes.

Coinciden todos los autores en situar el origen de la exigencia de la predeterminación legal en la reacción frente al extendido sistema de delegaciones y avocaciones existentes en el sistema penal de la monarquía absoluta. Lo que se inicia como una reivindicación profesional de los Jueces delegados a favor de la estabilidad de sus funciones acaba convirtiéndose, tras la consolidación de la doctrina de la división de Poderes, en una garantía más de la independencia e imparcialidad de la jurisdicción.

Para el Tribunal Constitucional “(...) el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley (...) exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. (...). Exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en

el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse. (...) Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos” (STC 47/1983, FJº 2º). Dicho en palabras de la STC 101/1984: “La predeterminación legal del Juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 de la CE) pero, como es obvio, no a cualquier de ellos en cualquier caso, sino en cada uno de éstos, a aquel órgano judicial que resulte predeterminado por las leyes, “según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” (art. 117.3 de la CE). La interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3 ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, “que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado” radica en la Ley. (...). El Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos”.

Tres notas caracterizan, por tanto, esta garantía: la necesidad de que el Juez sea constituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias por decisión de



órganos gubernativos, y la prohibición de Jueces extraordinarios o excepcionales. Estas tres prescripciones vienen a poner coto a otras tantas prácticas atentatorias contra la independencia e imparcialidad judicial como son los poderes de comisión, avocación o atribución, tan habituales en la justicia penal del monarca.

El Tribunal Constitucional sí ha admitido la legitimidad del cambio competencial *post factum*, cuando éste es fruto de una ley que determina nuevos criterios generales. Así en la STC 307/1993, fundamento jurídico 3º, después de recordar la doctrina citada que determina el contenido esencial del derecho fundamental analizado, afirma “(...) de la anterior doctrina no puede desprenderse que la “predeterminación” del Juez impida que toda modificación orgánica y funcional pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad, cuando estas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad, existe una presunción de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad y, por tanto, no resulta contraria al derecho al Juez predeterminado por la ley (ATC 381/1992)”.

### **3. LA IMPARCIALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL**

### A. Constituciones históricas

La nota de imparcialidad apenas ha estado presente en nuestra tradición constitucional y, por lo común, ha sido igualmente ajena a nuestro sistema legal. Esta afirmación ha de ser matizada, puesto que tanto la Constitución de 1812 como en la Exposición de Motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, la imparcialidad se subraya como un principio distintivo en la actuación de los jueces y tribunales en España.

En todo caso, la nota de imparcialidad judicial no fue precisamente una de las más resaltadas en el constitucionalismo liberal de finales del siglo XVIII. Esa omisión contrasta con el dato de que, por el contrario, la independencia del Poder Judicial resultó ser un principio mucho más enfatizado en diferentes documentos de la historia constitucional del período, pero sobre todo en las aportaciones doctrinales. Así, en Inglaterra, el Acta de establecimiento de 1701, ya confirmaba implícitamente la independencia de los jueces. Adam Smith manifestaba en 1776 que cuando el Poder Judicial no está convenientemente separado del Poder Ejecutivo resulta casi imposible que la justicia no resulte sacrificada por la política. Ponía el acento en la garantía de la imparcialidad y de la independencia como presupuestos básicos de la salvaguarda de la función judicial frente al ejecutivo. Así se expresaba el citado autor: "La libertad de cada individuo, la sensación que tiene de su propia seguridad, depende de una administración imparcial de la justicia".<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial. Madrid, 1994, pág. 685.

La imparcialidad judicial estaba plenamente presente en las primeras reflexiones del constitucionalismo norteamericano, así como en los primeros textos constitucionales que vieron la luz durante el proceso de independencia.

Además, como un dato enormemente relevante, se conecta la imparcialidad a la exigencia de profesionalidad, lo que implica una apuesta por el juez profesional que garantiza la imparcialidad también a través de sus conocimientos y experiencia. La Administración de Justicia se dedicaba entonces de modo principal, cuando no exclusivo, a las controversias entre particulares, para cuya solución el Estado proveía a los ciudadanos de un tercero imparcial que no era otro que el juez. La política parecía, así, estar ausente de la administración cotidiana de la justicia (aunque no era sino simple apariencias), y la imparcialidad no se consideraba, en consecuencia, un grave problema institucional, pues el modelo se garantizaba plenamente mediante la inserción de una serie de causas tasadas en el ordenamiento jurídico a partir de las cuales si el juez incurría en alguna de ellas podría ser tachado de parcial.

En nuestro constitucionalismo histórico la única referencia a la imparcialidad del juez aparece en el texto de 1812, más en concreto en su artículo 279, donde expresamente se decía: “Los magistrados y jueces al tomar posesión de sus plazas jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes, y administrar imparcialmente la justicia”.

Esta mención tuvo, sin embargo, un desarrollo más intenso en el Discurso preliminar a la Constitución de 1812, atribuido a Agustín Argüelles, donde se recogen unos fragmentos francamente ilustrativos sobre la función de juzgar y del estatuto del juez, y que es como sigue:

“De todas las instituciones humanas, ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándola al suave yugo de la ley. A su vista todos aparecen iguales, y la imparcialidad con que se observen las reglas que prescribe será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no libertad civil en un estado. Por lo mismo, uno de los principios objeto de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todo los casos efectiva, pronta e imparcial”. (...) “Como la integridad de los jueces es el requisito, más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean inimaginables. Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta. Y ni el desagrado del monarca ni el resentimiento de un ministro han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado. Para ello, nada es más a propósito que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio. (...) El poder de que esté revestido y la absoluta separación e independencia de los jueces, al paso de que forman la sublime teoría de la institución judicial, producen el maravilloso efecto de que sean obedecidas y respetadas las decisiones de los tribunales...”<sup>149</sup>

En pocos pasajes se puede describir más certeramente la idea de imparcialidad que no sólo es una nota estructural del Poder Judicial, sino también una actitud del juez, de la cual depende nada más y nada menos que la confianza de los ciudadanos en su sistema legal. De este texto

---

<sup>149</sup> ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, págs. 95 y 100-101.

también sobresale la idea de la inamovilidad judicial como un requisito para garantizar la independencia y, en suma, también la imparcialidad.

La Administración de Justicia se vio seriamente afectada por designaciones, destituciones fulminantes, depuraciones, etc. Inaugurada como fue esta práctica de cesantías en el período del constitucionalismo gaditano, lo cierto es que durante una buena parte del siglo XIX tanto los magistrados como los jueces podían ser expedientados en el caso de que hubiese motivo para ello y no mereciesen la confianza del gobierno de turno.

Habrá que esperar, por tanto, hasta la aprobación y aplicación efectiva de la Ley Provisional sobre el Poder Judicial de 1870 para afirmar que en España se impuso el modelo de carrera judicial de corte funcional. Y la cuestión no es adjetiva, porque con frecuencia se olvida que un presupuesto básico para garantizar la imparcialidad es, asimismo, poner al juez al abrigo de presiones políticas, de influencias espurias, de destituciones no justificadas, de nombramientos arbitrarios.

En síntesis, la imparcialidad está también condicionada por la permanencia y las garantías de independencia que tenga el juez en el cometido de su labor. Pues bien, bajo estas coordenadas resulta meridianamente imposible hablar de imparcialidad judicial cuando, a pesar de ser considerados los cargos judiciales como puestos funcionariales, no significaban en realidad sino una parte del botín que sistemáticamente se repartían los amigos políticos tras cada proceso electoral o cambio de gobierno.<sup>150</sup> El profesor ALEJANDRO NIETO

---

<sup>150</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad judicial y Derecho al Juez imparcial*. Aranzadi Dº Constitucional, pág. 45.

GARCÍA<sup>151</sup>, pone de manifiesto la dependencia que tenían los jueces de los políticos de turno, lo que conllevaba su inevitable contaminación política y correlativa afectación a la imparcialidad, pues la intervención política abarcaba desde el nombramiento (discrecional cuando no arbitrario), la provisión de puestos (con traslados arbitrarios) hasta la destitución (también arbitraria).

La Constitución de 1869, en su artículo 27, recogía, una vez más la previsión de que “todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad”. Pero, el artículo 94 del mismo texto constitucional, establecía la siguiente previsión: “El Rey, nombra a los jueces y magistrados a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la Ley Orgánica de los Tribunales. El ingreso en la carrera será siempre por oposición”. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior ni a las reglas de la Ley Orgánica de los Tribunales; pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos establezca la referida Ley.

La Ley provisional de 1870 sin referirse expresamente a la imparcialidad en su articulado, sí que la recoge de forma precisa en la Exposición de Motivos, al hilo de la pretensión de separar la política y justicia de un lado y administración pública y justicia de otro.

Esta idea de imparcialidad latía no sólo en la Exposición de Motivos, sino también más específicamente en el articulado. Hace hincapié esta Ley

---

<sup>151</sup> NIETO GARCÍA, A.: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel. Barcelona, 1996, págs. 414-415.

en el alejamiento del juez de las luchas políticas, con la finalidad de actuar de modo imparcial y poder ser así objeto de la confianza ciudadana. En estos concluyentes términos se manifestaba la Exposición de Motivos: “Conveniente es que los representantes del poder judicial se hallen alejados del terreno de la política, no tomando parte en sus ardientes luchas; y si como ciudadanos pueden, en uso de un derecho muy legítimo, depositar su voto libre en las urnas electorales, como jueces deben evitar cuidadosamente cuanto puede coadyuvar a que su ánimo aparezca turbado por las revueltas posiciones de los partidos que aspiran a influir de una manera directa en la gobernación del Estado; tanto más que no basta que los jueces y magistrados sean rectos e imparciales, sino además es preciso que la rectitud e imparcialidad se muestren en todos sus actos, y que su conducta inspira completa confianza”.

En el preámbulo de la Ley de 1870 se lleva a cabo una vinculación entre imparcialidad del juez y actividad política. Pero tal texto aparece en un momento en el que la Administración de Justicia está contaminada por la actividad política. Una justicia en definitiva parcial, pues actuaba con criterio de parte en función de la procedencia ideológica de los contendientes en cada litigio; una justicia condicionada por el favor del pasado y de la que se esperaba obtener la recompensa futura; una justicia en fin, unida a través de un cordón umbilical a la política y a los políticos.<sup>152</sup>

La reforma auspiciada por la Ley provisional de 1870 no fue otra cosa que la articulación de los grandes deseos siempre inmediatamente desmentidos por la inercia del pasado.

---

<sup>152</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad...* op.cit, pág. 49.



La llegada del sistema político de la Restauración supuso, una vez más, arrinconar el maleado principio de imparcialidad de los jueces, que todos los regímenes, y más aún los nacidos en pleno siglo XIX, sólo entendían aplicable “pro futuro”. En efecto, a partir del Real Decreto de 23 de enero de 1875, se realizó de nuevo una amplia depuración de jueces y fiscales, pues “según los nuevos rectores del país, la inamovilidad sólo debía otorgarse cuando constara la “moralidad” de los funcionarios a quien favoreciera”.<sup>153</sup>

España no ha contado durante el siglo XIX con un Estado fuerte. Si con alguna nota se puede caracterizar al Estado moderno, es con la de existir una clara diferenciación entre el poder social y el poder gubernamental. En nuestro país, Administración y oligarquía no se hallarán diferenciadas, sino más bien en una clara ósmosis<sup>154</sup>. El resultado de todo ello será el predominio de los intereses locales sobre los nacionales o, lo que es lo mismo, la implantación y estabilidad del caciquismo como forma de organización política.

La inestabilidad constitucional también se ha visto influida de una parte, por la frecuente pretensión de cada partido político de convertir parte de sus programas en artículos constitucionales, con la consiguiente negativa o reticencia de las restantes fuerzas políticas a aceptar como ley fundamental común la que consideraban elaborada por aquél y para aquél. De otra parte, la creencia y sentimiento, seguramente equivocados, de pensar que una determinada Constitución o la introducción en ella de

---

<sup>153</sup> FIESTAS LOZA, A.: “Calificación procesal y estado de la administración de justicia (1875-1915)” en AA.VV. *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura, Siglo XIX*. Madrid, 1985, pág. 419.

<sup>154</sup> JIMÉNEZ BLANCO: *Estructura social e ideologías*, en el colectivo “Historia social de España. Siglo XIX”, pág. 39.

una concreta institución, eran capaces de producir resultados benéficos ciertos en nuestra vida política. En palabras de FERNÁNDEZ SEGADO<sup>155</sup> “En cualquier caso, y a título de conclusión respecto a nuestra inestabilidad constitucional, hay que señalar (...) que aquélla ha producido una consecuencia muy negativa; entre nosotros no ha existido una auténtica devoción y afección a la constitución; ésta, por lo general, no ha sido vínculo de unión, sino factor de discordia política y civil”. Durante todo el siglo XIX, nuestras constituciones se nos van a presentar como “constituciones de partido”<sup>156</sup>; no van a reflejar un ámbito en el cual estén conformes ni siquiera las fuerzas integrantes del poder constituyente de cada momento concreto, sino únicamente la concepción que tenga respecto a la forma de organizar el Poder el partido situado en tal poder. La consecuencia es que al cambiar el poder de un partido a otro, una de las primeras cuestiones a modificar será el contenido ideológico que en el anterior partido en el poder había conferido al texto constitucional.

#### a) Constitución de Bayona

La Carta de Bayona, aunque no llegó a estar vigente en ningún momento,<sup>157</sup> estuvo en teoría en vigor en el territorio dominado por los franceses hasta el final de la contienda; en cualquier caso, es nuestro

---

<sup>155</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones Históricas Españolas*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 37.

<sup>156</sup> FRAILE CRIVILLES.: *Introducción al Derecho Constitucional Español*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1975, pág. 201.

<sup>157</sup> Tengamos presente que el 21 de julio de 1808 el general Castaños derrotaba en Bailén al ejército de Dupont.

primer documento constitucional. Además, como ha puesto de relieve ARROYO DE ALDAMA<sup>158</sup>, esta Constitución rompía con una Monarquía nefasta entonces, trayéndonos la savia de otra nueva.

Como señala SOLÉ TURA<sup>159</sup>, el texto de Bayona representó un papel histórico muy destacado en el nacimiento de nuestro constitucionalismo, dado que su carácter escrito y relativamente liberal provocó la elaboración de una constitución alternativa por quienes se enfrentaban a la invasión napoleónica.

Su naturaleza es la de una “carta otorgada”, inspirada en los textos constitucionales napoleónicos; con ello presenta el doble principio antagónico de afirmar el principio liberal de la división de Poderes y de articulado de una forma autoritaria. Carece de una separación entre sus partes orgánica y dogmática, ya que no contiene una verdadera Declaración de Derechos; sin embargo, recoge alguno de éstos en sus tres últimos títulos<sup>160</sup> y en el Título IX (artículos 96 a 114), bajo la rúbrica “Del Orden judicial” tras proclamar que éste debía ser independiente (art. 97), estableció un Consejo Real que, además de ser Tribunal de Justicia, tenía competencias gubernativa y velaba por la independencia de los jueces.

---

<sup>158</sup> ARROYO DE ALDAMA.: *El sistema constitucional en las diferentes formas de gobierno*. Establecimiento Tipográfico de Fortanet. Madrid. 1901, pág. 66.

<sup>159</sup> SOLÉ TURA Y AJA.: *Constituciones y períodos constituyentes en España. 1808/1936. Siglo XXI de España* Editores. Madrid, 1977, pág. 77.

<sup>160</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones Históricas Españolas*. Civitas. Madrid 1986, pág. 60.

b) Constitución de 19 de marzo de 1812

Las Cortes de Cádiz realizaron su obra constituyente desde el 24 de septiembre de 1810 hasta el 23 de enero de 1812, siendo aprobado el texto por la Regencia el 8 de marzo y promulgado el 19 de ese mes. Al mismo tiempo que el texto fundamental, fue redactada y aprobada una extensísima explicación y justificación del mismo, que aparece como Discurso preliminar. Obra de ARGÜELLES, con la colaboración del diputado ESPIGA, expresa, sin embargo, la opinión colectiva de las Cortes, destaca en ese Discurso Preliminar “La nueva ley fundamental que se establece sentando por principio la igualdad legal de los españoles, la imparcial protección que á todos dispensa la Constitución y los medios que sanciona para afianzar la observancia de las leyes”<sup>161</sup>.

Se abre el Título V (“De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal”) con un precepto en el que se constitucionaliza el importante principio de exclusividad judicial: “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales” (art. 242); esta enunciación positiva del principio aparece complementada por otra formulación negativa en el artículo 243, según la cual “ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales...”.

Esta tajante separación de funciones se justifica en el Discurso Preliminar sobre la base de la necesidad de lograr que “la potestad de aplicar las leyes á los casos particulares no pueda convertirse jamas en

---

<sup>161</sup> ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*. Reimpreso en Madrid en la Imprenta que fue de García, 1820, pág. 73. Se transcribe con la ortografía y gramática en la que fue impresa.

instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Córtes ni el Rey ejercerlas baxo ningún pretesto”<sup>162</sup>.

La otra vertiente de este principio afecta, limitativamente, a los propios órganos de la Administración de Justicia, pues, “los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado” (art. 245). Otra limitación importante que afecta a los Tribunales se recoge en el artículo 246, según el cual: “Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia”. Establecía, asimismo, en su artículo 279 que “Los magistrados y jueces al tomar posesión de sus plazas jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes, y administrar imparcialmente la justicia”.

Ningún otro precepto de nuestros textos constitucionales menciona expresamente la imparcialidad como garantía específica de la actuación jurisdiccional del derecho, por entender, sin duda, que encuentra acomodo en la independencia judicial que engloba.

#### c) Estatuto Real de 10 de abril de 1834

La muerte de Fernando VII acaecida el 29 de septiembre de 1833 supone el fin del absolutismo regio, en donde tan sólo durante el trienio liberal (1820-1833) ve la luz la Constitución de Cádiz y se reconocen los derechos fundamentales. Fue voluntad de la reina regente D<sup>a</sup>. María Cristina de Borbón dotar a España de un nuevo Texto Constitucional, el

---

<sup>162</sup>, ARGÚELLES, A.: *Discurso Preliminar...* *op. cit.*, págs. 62 y ss. Se transcribe con la ortografía y gramática en la que fue impresa.

Estatuto Real de 1834, obra de los liberales Garelly, Martínez de la Rosa y Javier de Burgos, producto gubernativo con naturaleza de Carta otorgada. Un texto que se sanciona el 10 de abril de 1834 y publica en las Gacetas de los días 15—Decreto de la Reina Gobernadora ordenando su observancia y cumplimiento—; 16—texto íntegro del Estatuto—, y 17 de abril—Preámbulo o Exposición preliminar—.

El Estatuto Real no proclamaba el principio de la división de poderes con el dogmatismo con que lo haría la mayoría de los textos del siglo XIX; no se refería a él de una manera forma y directa. Tampoco contenía una declaración de derechos. El 28 de agosto de 1834, al amparo del derecho de petición del artículo 32 del Estatuto, se presentaba una petición solicitando que el Estatuto se completase con una declaración de derechos que explícitamente se relacionaban, de entre las que pueden destacarse: 1º El reconocimiento del principio de igualdad como derecho conformador de todo el sistema de derechos y libertades; así el artículo 6º recogerá el principio de igualdad legal (“La Ley es igual para todos los españoles”); 2º El reconocimiento del principio de libertad individual (ésta, según el artículo 1º, es protegida y, por ende, ningún español puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena), con su complemento del principio de seguridad jurídica y derecho a ser juzgado por tribunales establecidos por la ley.

#### d) Constitución de 18 de junio de 1837

El motín de la Granja obligó a la Regente a restablecer la Constitución de 1812 hasta que la Nación, reunida en Cortes, manifestara su voluntad. La Regente llamó al Gobierno a CALATRAVA, fueron

convocadas elecciones a Cortes Constituyentes bajo la regulación del texto gaditano. Las nuevas Cortes designaron una comisión, cuyo presidente y secretario eran, respectivamente ARGÚELLES y OLÓZOGA. Esta comisión elaboró unas Bases para la reforma constitucional, siendo la Constitución aprobada por las Cortes en mayo de 1837 y aceptada y jurada por la Reina Gobernadora, en nombre de su hija, el 18 de junio. Un posterior decreto declaraba subsistentes, por el momento, las disposiciones del título IV de la Constitución de 1812, relativo a la Administración de Justicia, en lo que no hubiesen sido derogadas por la nueva Constitución.

Al Poder Judicial se refería el Título X que, por vez primera en nuestro constitucionalismo, adoptaba tal denominación. Tras atribuir exclusivamente a los Tribunales y Juzgados la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, el texto constitucional (art. 64) se remitía a las leyes ordinarias en lo referente al número, organización y facultades de los Tribunales y Juzgados, así como a los requisitos que debían cumplir sus miembros. Los Tribunales y Juzgados no podían ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

El Título X recogía igualmente algunas garantías para los Magistrados o Jueces, que no podían ser depuestos de su destino sino por sentencia ejecutoriada, ni suspendidos sino por auto judicial o en virtud de orden del Rey, cuando éste le mande juzgar por Tribunal competente (art. 66). Se establecía asimismo el principio de responsabilidad judicial. Los jueces eran responsables personalmente de toda infracción de ley que cometieran (art. 67).

e) Constitución de 23 de mayo de 1845

Los preceptos que dedica la Constitución de 1837 a las garantías del Poder Judicial sobreviven en el tiempo a su vigencia, pues lo previsto en ella (en su Título X “Del Poder Judicial”, artículos 63 a 68) se repiten, en idénticos términos, en la de 1845, con la peculiaridad de que el Título X lleva por nombre “De la Administración de Justicia” en lugar de “Del Poder Judicial”. Se esgrimió que no se quería que la Administración de Justicia pudiera en ningún supuesto revestir la forma de un poder político. Y así la justicia perderá el rango de un poder político que los constituyentes de 1837, quizá sin más razón que la de conservar en su literalidad el principio de la división de poderes, le había atribuido.

f) Constitución de 1 de junio de 1869

Cuando en 1864 se produce el último retoque de la Constitución de 1845, el régimen político que configuraba había entrado en una fase de descomposición irreversible, que se agudizó en los años siguientes.

El proceso de elaboración de la Constitución fue rápido, de sólo tres meses. El texto quedó ultimado a fines de mayo; aprobado el día 1 de junio por 214 votos a favor, 55 en contra y algunas abstenciones, y promulgado el día 6 siguiente.

El Título VII del texto (artículos 91 a 98) regula el Poder Judicial. Previamente, el artículo 36 establecía que: “Los Tribunales ejercen el Poder Judicial”. Como ha puesto de relieve CARRO MARTÍNEZ<sup>163</sup> y,

---

<sup>163</sup> CARRO MARTÍNEZ: *La Constitución española de 1869*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1952, páginas 135-136.



de modo genérico, ésta es sin ningún género de dudas la característica más relevante del tercer Poder frente al Ejecutivo, el Poder Judicial va a verse reforzado por vez primera considerablemente. Se le tratará de dar aquella independencia y aquella parte de irresponsabilidad que corresponde necesariamente a todo verdadero poder. La independencia judicial se garantiza por dos caminos: el primero, de tipo negativo, destruyendo el régimen administrativo que se había esbozado por los Ministros de Isabel II, y el segundo, de carácter positivo, reorganizando la Judicatura. Desde esta segunda perspectiva, la carrera judicial se organiza con una independencia que antes no tenía. Así, el artículo 94 introduce la gran novedad del ingreso en la carrera por oposición. Y el mismo precepto traspasa el derecho de propuesta del Ministerio al Consejo de Estado.

El sistema vigente sobre provisión y nombramientos de la Judicatura consistía en la libre propuesta del Ministro de Gracia y Justicia entre personas de ciertas categorías, según la llamada “Ley Arrazola”. En puridad, el favor, la influencia y la recomendación constituían los factores decisivos que corrompían el sistema. Era, pues, necesaria la búsqueda de una pronta solución que garantizase la independencia de la función judicial.

A través de los artículos 94 a 98 se sientan las bases de la moderna organización judicial española. Y serán estas mismas Cortes Constituyentes las que elaborarían la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 23 de junio de 1870, que, a su vez, sería publicada y se mandaría observar como Ley Orgánica del Poder Judicial por otra de 15 de septiembre de ese mismo año.

La independencia e inamovilidad judicial iban a ser objeto asimismo del artículo 95, en cuya virtud los magistrados y jueces no podían ser depuestos “sino por sentencia ejecutoria o por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa consulta del Consejo de Estado, y a tenor de lo que se disponga en la mencionada ley orgánica (ley orgánica de Tribunales)”.

#### g) Proyecto de Constitución Federal de 1873

El 11 de febrero de 1873 el Rey Amadeo de Saboya entregó a RUIZ ZORRILLA, Presidente del Gobierno, un mensaje al Congreso de los Diputados en el que renunciaba a la corona por sí y por sus hijos y sucesores. El Presidente del Congreso convocó a las dos Cámaras para acordar lo pertinente, que no iba a ser otra cosa que la aceptación de la abdicación y posterior proclamación de la República.

En marzo se convocaron las elecciones a Cortes Constituyentes. Formadas las Cortes Constituyentes se discutió el proyecto constitucional sólo durante tres días.

Al Poder Judicial se dedica el Título X, cuyo artículo primero, que aparece en el Proyecto innumerado, determina que el Poder Judicial no emanará ni del Poder Ejecutivo ni del Legislativo.

La organización judicial se conforma del siguiente modo: jueces de distrito (nombrados mediante oposición), Audiencias (compuestas de los jueces de distrito ascendidos a magistrados en concurso público) y Tribunal Supremo Federal. Además, para toda clase de delitos se establece la institución del Jurado.

#### h) Constitución de 30 de junio de 1876

Las Cortes Constituyentes dictaminaron pronto y el proyecto fue aprobado por el Congreso el 24 de mayo de 1876 y por el Senado el 22 de junio. La Constitución fue promulgada el 30 de ese mismo mes y publicada en la Gaceta de Madrid el 2 de julio.

El Título IX está dedicado a la Administración de Justicia, siendo precisamente esta denominación la primera novedad que se observa respecto al Título VIII de la Constitución de 1869, cuyo rótulo es el de Poder Judicial. La razón de tal cambio debe conectarse una vez más con el pensamiento político canovista. CÁNOVAS mantiene un concepto unitario del poder, y desde esta perspectiva, parece más coherente hablar de Administración que no de Poder.

Por lo demás, y aun cuando este aspecto se regula con mucha mayor precisión que en 1869, lo cierto es que la mayor parte de los principios constitucionales referentes a la Justicia aparecen recogidos en el título IX.

El artículo 80 de la Constitución de 1876 se expresa en términos categóricos: “Los magistrados y jueces será inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados, sino en los casos y en la forma que prescriba la ley orgánica de tribunales”.

#### *i) Constitución de 9 de diciembre de 1931*

Proclamada la República se convocaron las elecciones para el 28 de junio y la investidura de las nuevas Cortes para el 14 de julio. Desde el 6 de mayo había venido trabajando la Comisión Jurídica Asesora

nombrada por el Ministerio de Justicia, dentro de la cual se formó una Subcomisión de trece miembros que elaboró un anteproyecto de Constitución. Sin embargo, el Gobierno no lo adoptó como proyecto. El texto debatido fue elaborado por la propia Comisión de las Cortes Constituyentes, que se separaba de aquél en bastantes puntos.

Las Cortes Constituyentes comenzaron sus sesiones el 14 de julio en Comisión, terminándolas un mes después. El 27 de agosto comenzó a discutirse el proyecto en el Pleno, prolongándose hasta principios de diciembre. La Constitución se promulgó el día 9 de diciembre de 1931 por el Presidente de las Cortes en nombre de éstas después de haber recibido 368 votos favorables por ninguno en contra.

El Título VII se refiere a la Justicia. Sus preceptos (art. 94 a 106) pueden resumirse en el intento constitucional de garantizar la exclusividad y autonomía de la función judicial. El artículo 94, con el que se abre el Título en cuestión, viene a proclamar de modo dogmático, tres de los principios centrales en que se habrá de inspirar la Administración de Justicia: a) Administración de Justicia en nombre del Estado, afirmación que vino a sustituir a la inicial del Proyecto, que hablaba de que la Justicia se administraría “en nombre del pueblo”. b) Gratuidad de la Justicia, “la República asegurará a los litigantes económicamente necesitados la gratuidad de la Justicia”.c) Independencia de los jueces en el ejercicio de su función, pues sólo quedan sometidos a la Ley.

Este tríptico de principios fundamentales se complementa con otro conjunto de principios que se dispersan a lo largo del articulado. Principio de inamovilidad judicial de los jueces y magistrados, que no

podrán ser jubilados, separados ni suspendidos en sus funciones, ni trasladados de sus puestos, sino con sujeción a las leyes que, asimismo, contendrán las garantías necesarias para que la independencia de los Tribunales sea verdaderamente efectiva (art. 98). Principio de responsabilidad civil y criminal de jueces y magistrados, a los que se refiere el artículo 99.

#### j) Leyes Fundamentales

En el proceso constitucional que se abre en 1936, la significación legal de la expresión “Leyes Fundamentales” no se perfila hasta 1947, cuando el artículo 10 de la Ley de Sucesión las eleva a rango constitucional.

El otorgamiento de un estatuto constitucional a la Administración de Justicia no se produjo hasta la Ley Orgánica del Estado, cuyo Título V (art. 29 al 36) estaba dedicado a “la justicia”. El artículo 29 de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967 afirmaba que “La justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley”.

La caracterización de la Justicia que efectuaba el Título IV de la Ley Orgánica del Estado cuadraba, en líneas generales, con los principios universales que regían en la materia. En síntesis, se aceptaban los siguientes principios constitucionales de la Justicia: independencia judicial; legalidad; inamovilidad de los jueces; deber de oficio y responsabilidad; unidad jurisdiccional; especialización funcional, e igualdad. Sin embargo, la nota más característica de la Administración de

Justicia durante el régimen franquista fue su falta de independencia y de unidad jurisdiccional, dos de los caracteres esenciales de un Estado de Derecho.

La independencia se proclamaba en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento y en la Ley Orgánica del Estado, pero quedaba totalmente recortada por el Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial, de 1967, y desde el comienzo del régimen la carrera judicial estuvo en manos del Ejecutivo, lo que se oficializó en 1952 con la creación del Consejo Judicial, órgano de designación gubernamental que era el encargado de calificar a los jueces y magistrados para nombramientos, ascensos, etc.

La falta de unidad jurisdiccional se apreciaba en la existencia de jurisdicciones especiales, no sólo la militar y la canónica, sino también la jurisdicción de orden público. La jurisdicción militar tenía una desmesurada fuerza atractiva frente a la ordinaria por razón de la naturaleza del delito, del lugar y de las personas. La jurisdicción eclesiástica, regida por el Código de Derecho Canónico, estaba reconocida por el Concordato de 1953. La jurisdicción de orden público fue creada a fines de 1963, con fundamento en la Ley de Orden Público, de 1959. Sustituyó precisamente a los tribunales militares en el enjuiciamiento de ciertos delitos y absorbió al Tribunal creado para la represión de la masonería y del comunismo.

Como vemos, la independencia, especialmente en la garantía que supone la inamovilidad, ha sido constantemente reclamada por nuestros textos constitucionales para los miembros del Poder Judicial, especialmente en los del siglo XIX. En palabras de MONTERO

AROCA<sup>164</sup> el siglo XIX es el siglo de la conquista de la inamovilidad. La ausencia de mención específica a la imparcialidad judicial en los textos constitucionales no es un caso único en nuestro país, sino que es semejante a lo que sucede en otros ordenamientos. Nuestros textos constitucionales y, en menor medida, los textos legislativos, están por lo común ayunos de cualquier referencia explícita a la imparcialidad judicial. Da la impresión de que ésta se encuentra instalada en nuestra cultura judicial, a través de la presunción de que quien juzga es imparcial porque forma parte de un cuerpo de funcionarios al que ha accedido a través de unas pruebas públicas; lo que, además, se convierte en el factor fundamental de legitimidad de ejercicio y sirve como excusa para negar, en principio, cualquier posible contaminación de parcialidad. Quien ha accedido a la carrera judicial se transforma, así, de forma automática, en tercero imparcial. La imparcialidad se presume, por tanto, pero hasta tal punto que su puesta en cuestión parece ser entendida como algo fuera de lo normal.

B. Debates parlamentarios de la Constitución de 1978, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

a) La Constitución de 1978

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, el Congreso de los Diputados, formado en las elecciones generales de 15 de junio de 1977, hizo uso de su

---

<sup>164</sup> MONTERO AROCA, J.: *Independencia y responsabilidad del Juez*. Madrid, 1990, págs. 40 y ss.

derecho de iniciativa constitucional designando, en una de sus primeras sesiones, una “Comisión Constitucional —después llamada Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas— que nombró la ponencia redactora del Anteproyecto de Constitución” Sobre la base de ese anteproyecto y mediante sucesivas modificaciones, introducidas durante su discusión en el Congreso, en el Senado y en la Comisión Mixta, se formó el texto vigente de la Constitución de 1978.

Después de 24 sesiones de debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 12 en el Pleno del Congreso de los Diputados, 17 en la Comisión de Constitución del Senado, 10 en el Pleno del Senado y las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1977, durante las cuales se debatieron y discutieron más de 779 enmiendas en el Congreso y 1.128 en el Senado, a las que hay que añadir los votos particulares y las enmiendas “in voce” durante la tramitación, nos encontramos que sólo 18 en el Congreso y 16 en el Senado hacían referencia, algunas tangencialmente, al concepto de imparcialidad.<sup>165</sup>

La enmienda número 691 al Anteproyecto de Constitución, presentada por el diputado de Alianza Popular D. Laureano López Rodó, proponía una nueva redacción al artículo 24 y en concreto en el apartado 2 establecía “Nadie podrá ser condenado sin dársele oportunidad de ser oído y vencido en un juicio contradictorio, regido por los principios de imparcialidad de los jueces e igualdad de las partes”. En el informe de la Ponencia designada al efecto para el estudio de las enmiendas

---

<sup>165</sup> Fuente: *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, (tomos I a IV), Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.



presentadas al Anteproyecto de la Constitución<sup>166</sup> no se acepta la propuesta de enmienda del Sr. López Rodó. En las sesiones de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas celebradas los días 22 y 23 de mayo de 1978, se debatió el contenido del artículo 24 y de las 6 enmiendas presentadas, ni una sola vez se trató el concepto de imparcialidad propuesto en la enmienda número 691. Los debates e interpelaciones que se produjeron y en los que participaron juristas de reconocido prestigio (Sr. López Rodó, Sr. Roca Junyent, Sr. Tierno Galván, Sr. Peces-Barba Martínez, entre otros) versaron principalmente sobre el apartado 3º del artículo 24 (principio de irretroactividad de las leyes penales) y que en opinión del Sr. López Rodó no hacía sino reiterar el párrafo 3º del artículo 9 del proyecto de Constitución.

El artículo 101.3 del Anteproyecto de Constitución establecía: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, establecerá el sistema de incompatibilidades y garantizará la imparcialidad política en el ejercicio de sus funciones”. A este artículo se presentaron 6 enmiendas que tras su paso por la Ponencia se convirtió en el artículo 95, en el 96 en el Dictamen de la Comisión del Congreso, en el 102 en el Dictamen de la Comisión del Senado, para quedar como el artículo 103 en la redacción definitiva. De especial relieve es la intervención del senador por Zaragoza, D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, al defender su enmienda al apartado 3 del artículo 96, diciendo que “tal y como nos viene del Congreso “La Ley regulará..., las condiciones del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad política en el ejercicio de sus funciones”. En su enmienda

---

<sup>166</sup> Boletín Oficial de las Cortes, número 82, de 17 de abril de 1978.

el senador Sr. Martín-Retortillo pretendía suprimir el adjetivo “política” ya que le parecía “muy importante la imparcialidad política pero es obvio que la imparcialidad no debe ser sólo política, sino que esta virtud debe predicarse de los más variados campos, de los más diversos ámbitos”<sup>167</sup>. Finalmente, el artículo 103 apartado 3 quedó redactado del modo siguiente: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

El artículo 107 del Anteproyecto que tras su trámite parlamentario pasó por los números 110, 112 y 117 que es el vigente en la Constitución y que encabeza el Título VI “Del poder judicial”. La tramitación a su paso por el Senado, tuvo como escenario la denominación del Título que el senador por Madrid, D. Joaquín Satrústegui Fernández, entendía que “no es lógico que en la Constitución se denomine a la Administración de Justicia “Poder Judicial”, cuando no se emplea la palabra “poder” para designar al Legislativo y al Ejecutivo. (...) No hay razón para que en una Constitución democrática como la nuestra, se reserve la palabra “poder” para el órgano del Estado cuya estructura administrativa se prevé al margen de controles democráticos”. La enmienda del Sr. Satrústegui fue rechazada por 15 votos en contra y uno a favor, con seis abstenciones<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución; número 50, de 6 de septiembre de 1978.

<sup>168</sup> Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, número 51, 7 de septiembre de 1978.

b) La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial se publicó en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, el 19 de septiembre de 1984. Se presentaron 1.350 enmiendas. De ellas, cuatro fueron enmiendas a la totalidad, tres de devolución y una de texto alternativo. El Proyecto constaba de un Título Preliminar, cinco Libros y cuarenta y tres disposiciones (11 adicionales, 32 transitorias y 3 finales), con un número de 532 artículos.

A pesar del número de artículos, sólo en los artículos 339 y 459 del Proyecto se hace referencia expresa a la imparcialidad. El primero de ellos en el Libro IV “De los Jueces y Magistrados”, Título I “De la Carrera Judicial y de la provisión de destinos”, Capítulo III “Del nombramiento y posesión de los Jueces y Magistrados”, establecía la fórmula del juramento o promesa que prestarían los miembros de la Carrera Judicial antes de posesionarse del primer destino y que era del tenor literal siguiente: “Juro o prometo guardar y hacer guardar en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos”. Durante el *iter* parlamentario sólo se vio modificado por el dictamen de la Comisión de Justicia del Senado con la introducción entre paréntesis de las palabras (o prometo) y la adición del término “fielmente” después de la expresión “hacer guardar”. Finalmente quedó aprobado el artículo de la siguiente manera: “Juro (**o prometo**) guardar y hacer guardar **fielmente** (...)”<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> Artículo 319 LOPJ. (las negritas son mías).

El segundo de los artículos con una referencia clara al término imparcial era el 459, ubicado en el Libro V “Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la Auxilian”, Título I “Del Ministerio Fiscal” que decía “El Ministerio Fiscal integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso a los de legalidad e imparcialidad. (...)”.

El citado artículo fue objeto de cuatro enmiendas presentadas por el Grupo de Minoría Catalana (nº 602), Grupo Socialista (nº 749), por el Diputado D. Fernando Pérez Royo del Grupo Mixto (nº 926 bis) y por el Grupo Popular (nº 1120). Todas las enmiendas presentadas al artículo 459 abogaban por su supresión “por la inoportunidad de la introducción de una Ley Orgánica del Poder Judicial de regulación fragmentada del Ministerio Fiscal, así como que la Constitución únicamente prevé una Ley Ordinaria que regule el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal; Ley ordinaria que ya ha sido dictada”<sup>170</sup>.

En parecidos términos la enmienda nº 1120 decía que “la legalidad actual viene constituida por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, dictada en cumplimiento del artículo 124.3 de la Constitución. La anterior Ley Orgánica del Poder Judicial regulaba el Ministerio Fiscal en sus artículos 763 a 854; pero, una vez fue promulgado el anterior Estatuto de 21 de junio de 1926, quedaron derogados aquellos artículos, a excepción del 763, que se limitaba a la

---

<sup>170</sup> Enmienda núm. 602. Primer firmante: Grupo Minoría Catalana. Trabajos Parlamentarios LOPJ (Tomo I), Madrid, 1986, (edición dirigida por F. Benzo Mestre).

exposición de funciones del Ministerio Fiscal, como hace el artículo 458 del Proyecto”<sup>171</sup>.

Más escueta fue la enmienda del Grupo Socialista que como justificación pedía la supresión del artículo ya que “el contenido de este artículo está ya recogido en el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”<sup>172</sup>; y el Diputado Sr. Pérez Royo, solicitaba su supresión por “no ser materia propia de esta Ley”<sup>173</sup>.

En el informe emitido por la Ponencia, relativo al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en la discusión del artículo 459, por unanimidad se acordó dejar sin contenido el citado artículo; con lo que dejaron de tener virtualidad las enmiendas presentadas.

Hasta aquí las referencias expresas al término imparcialidad; lo cual no fue óbice para que en el transcurso de los debates parlamentarios se hicieran alusiones a ella unas veces. Los menos, de manera directa, y otras latentes en el fondo de la discusión de los artículos que versaban sobre la independencia de los Jueces y Magistrados, ya que los legisladores asimilaron e hicieron equivalentes la “independencia” con la “imparcialidad”.

La intervención del Diputado Sr. Alzaga Villaamil en la defensa de la enmienda de devolución del Grupo Parlamentario Popular, comienza aludiendo a la falta de respeto al autogobierno del Poder judicial como motivo para pedir la devolución del proyecto. Expone los precedentes históricos en relación con el tema para añadir que “somos conscientes de

---

<sup>171</sup> Enmienda nº 1120. Primer firmante: Grupo Popular, *opus cit.*

<sup>172</sup> Enmienda nº 749. Primer Firmante: Grupo Socialista, *opus cit.*

<sup>173</sup> Enmienda nº 926 BIS., *opus cit.*

que cuando hablamos de independencia no nos referimos a ningún valor absoluto o a algo que sea un fin en sí mismo. La independencia se establece —junto con su secuela, la inamovilidad, y con el ineludible correlato de la responsabilidad— para garantizar a los ciudadanos la imparcialidad del juez sometido sólo al imperio de la ley. (...) Sabemos todos que el sistema acusatorio penal es el más civilizado, con rigurosa separación entre el juez que instruye o investiga, que hace la fase sumarial o equivalente, y el juez, auténtico juez, que decide, falla o sentencia, tras haber dirigido y practicado las pruebas del juicio oral o público. La Ley de 1870 se encontró con una situación difícil a este respecto, pero hizo frente a la misma y en la propia Exposición de Motivos dijo “Defraudaría este proyecto la pública expectación si estableciera el principio de que el juez instructor del sumario fallase la causa, organización defectuosa que los hombre de ciencia censuran y que nuestra historia jurídico-penal rechaza”.

Este principio se deterioró mediante el parcheo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y muy en particular mediante la reforma de 1967, “pero había que esperar a esta oportunidad, que conlleva o debe conllevar la reordenación de la planta de juzgados y tribunales”<sup>174</sup>.

Palabras premonitorias del Sr. Alzaga que pocos años después y como consecuencia de la STC 145/1998 se promulgaron la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes orgánica del Poder judicial y de Enjuiciamiento criminal y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. En el fragor del debate parlamentario no

---

<sup>174</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 164, de 13 de noviembre de 1984.

estuvo muy acertado, en la réplica, el Ministro de Justicia, Sr. Ledesma Bartret, para quien “En la concepción sobre la instrucción penal que nosotros proponemos, el juez no es un juez que instruye y que luego juzga, no es un proceso en el que se pueda hacer esta separación de dos fases, porque prácticamente se prescinde de la fase primera, la que ahora cristaliza en una instrucción. Se prescinde de esa primera fase y todo se convierte en juicio oral, en una vista, con los requisitos de la oralidad y la inmediatez”<sup>175</sup>.

Efectuada la votación a la enmienda de devolución, el resultado fue el siguiente: votos emitidos, 271; a favor, 86; en contra, 172; abstenciones, 13; quedando rechazada la enmienda a la totalidad de devolución.

Como dijimos antes, sí hubo referencia al contenido de la imparcialidad en varios artículos relativos a la independencia de Jueces y Magistrados, entre otros, los artículos 1, 12 y 13 del Proyecto presentado a las Cámaras legislativas. También sobre ellos se interpusieron varias enmiendas, en concreto tres por cada uno de los artículos mencionados. Es en el Título Preliminar dónde hallan acomodo los artículos reseñados en cuestiones tan importantes como quién administra la Justicia, qué características han de tener en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Jueces y Magistrados y quienes deben respetar la actuación de los Jueces y Magistrados.

En el debate del artículo 1 se discutió acerca del alcance que debía tener el sometimiento a la Constitución y a la Ley. Para el Grupo de la Minoría Catalana “la sumisión debe ser tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico. Y como el propio artículo 9

---

<sup>175</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones ...

[Constitución española] consagra el principio de jerarquía normativa, tal principio debe ser igualmente recogido para una mayor perfección del texto legislativo”. Sin embargo, para el Grupo Popular y para respetar el sentido del texto constitucional debería decir “sometidos únicamente al imperio de la Ley”. El informe emitido por la Ponencia relativo al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y en la discusión del artículo 1, la representación del Grupo Popular mantuvo la enmienda presentada que fue aceptada, añadiéndose la frase “al imperio de la ley” después de la cita de la Constitución.

Ni en el artículo 12 que trata de las condiciones que debe reunir todo Juez o Magistrado, ni en el artículo 13 que se refiere a quienes deben respetar las decisiones judiciales, hay mención alguna del principio de imparcialidad.

Con el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia e Interior, relativo al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en las sesiones celebradas en el Pleno del Congreso los días 21, 22, 26, 27 y 28 de marzo de 1985, se somete al debate y votación el articulado.

En la presentación del Proyecto, ante el Pleno, interviene el señor Ledesma Bartret, Ministro de Justicia, que en su defensa manifestó que “de conformidad con los derechos fundamentales que reconoce el artículo 24 de la Constitución, en el dictamen, absolutamente todo Juez competente está siempre determinado por la Ley. (...) ¿Qué modelo de Juez configura este dictamen? A la vista del Título Preliminar y del Libro IV, puede responderse diciendo que el dictamen configura al Juez como lo que con fortuna se ha denominado el Juez Constitucional. (...). El Poder Judicial exige también Jueces y Magistrados independientes;



independientes, sí, desde luego, frente a todos; frente a los particulares, frente a los demás Poderes del Estado; frente, incluso, a los demás integrantes del Poder Judicial o los órganos de gobierno de éste, porque de lo que se trata, señorías, es de garantizar que quien tiene por función aplicar la Ley que expresa la voluntad popular, realizará su misión con toda imparcialidad, sin otra servidumbre que la del imperio de la ley”<sup>176</sup>.

El 28 de marzo de 1985 se vota el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Votos emitidos, 256; a favor, 188; en contra, 65; abstenciones, tres. Queda aprobada en votación de totalidad la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se enviará el proyecto aprobado al Senado para la continuación de su tramitación. El senador D. Senén Bernárdez Álvarez (Grupo Mixto) formula una propuesta de veto al considerar que “el proyecto de Ley no es fiel a la Constitución y su aplicación nos lleva a una confusión de Poderes, poniendo en peligro la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial”. En la sesión celebrada el 11 de junio de 1985 se rechaza la propuesta de veto del senador Sr. Senén, y comienza la votación del texto del dictamen emitido por la Comisión de Justicia que continuo los días 12 y 13 de junio. Finalmente, el 20 de junio de 1985 se efectuó la votación en conjunto, en el Congreso de los Diputados, del proyecto de ley orgánica. Votos emitidos; 259; a favor, 186, en contra, 69; abstenciones, 4.

---

<sup>176</sup> BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 191, de 21 de marzo de 1985.

c) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

El proyecto de ley de Enjuiciamiento Civil fue formalmente remitido a las Cortes Generales por el Gobierno de conformidad con lo establecido en la Ley 50/1997 el 30 de octubre de 1998. El texto se presentó acompañado de un conjunto documental compuesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por el Pleno de dicho órgano constitucional el 11 de mayo de 1998 y cuya emisión resultaba preceptiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 108.1 de la LOPJ, y el Dictamen del Consejo de Estado, solicitado —en este caso con carácter potestativo— con arreglo a lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

Formularon enmiendas de totalidad de devolución los Grupos parlamentarios Socialista e Izquierda Unida, así como los diputados de tres fuerzas políticas integradas en el Grupo Parlamentario Mixto (Eusko Alkartasuna, Bloque Nacionalista Gallego y Nueva Izquierda). El número de enmiendas parciales presentadas por los diputados y los Grupos Parlamentarios del Congreso ascendió a 1.678.

Después del debate de totalidad, celebrado el 25 de febrero de 1999, tuvieron lugar en el Congreso de los Diputados unas comparencias informativas sobre el proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se celebraron los días 3 y 4 de marzo de 1999, y a la que acudieron representantes de la Abogacía y de la Procura, Magistrados, Secretarios, expertos en Derecho Procesal (los catedráticos D. Ignacio Díez Picazo y D. Victor Moreno Catena) y el Jefe de los Servicios Jurídicos de la Cámara de Comercio de Barcelona (Sr. Gorbs Turbany).

En la comparecencia del 3 de marzo de 1999 y después de la intervención del Sr. Díez Picazo, el diputado Sr. Castellano Cardalliaguet solicitó algunas aclaraciones “porque hay cosas del proyecto que nos llaman la atención. Por ejemplo, (...) que en una pieza tan importante del sistema jurídico español como es el ministerio fiscal no cabe la recusación de los fiscales. Cabe, pura y simplemente, manifestar la queja ante el fiscal general del Estado acerca de qué posibles actuaciones del fiscal que está interviniendo hayan podido rozar alguna actitud de parcialidad para que por parte del fiscal se tome las medidas. A la luz de estas consideraciones nos llama la atención cómo se puede incluir las recusaciones de oficiales, auxiliares y agentes y además que se diga que esa recusación de oficiales, auxiliares y agentes será por las mismas causas de recusación de jueces y magistrados. Yo creo que debía haber alguna salvedad porque, entre otras, está el haber dictado sentencia previamente; no creo que por ahora los oficiales, auxiliares y agentes dicten sentencia”<sup>177</sup>.

En el turno de explicaciones el Sr. Díez Picazo manifestó, “respecto a las observaciones del señor Castellano (...) me plantea el tema de la recusación de oficiales, auxiliares y agentes. Es posible que en ese terreno el Proyecto de Ley sea un tanto prolijo; me parece un tema de detalle en el cual se puede entrar. Hay una diferencia: los oficiales, auxiliares y agentes forman parte del órgano jurisdiccional y de todos sus componentes, y no sólo de quien ejerce la potestad jurisdiccional, debe predicarse esa imparcialidad que debe llevar a tener esos medios. El Ministerio Fiscal tiene una situación un poco peculiar porque,

---

<sup>177</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 634, de 3 de marzo de 1999. Comisión de Justicia e Interior.

obviamente, siendo funcionario público u ostentando un poder público, al mismo tiempo es parte. Por tanto, imparcial tiene que ser, pero permitir un instrumento de recusación de una parte frente a otra es una cosa un poco complicada”<sup>178</sup>.

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil constaba de 825 artículos, más un conjunto de disposiciones complementarias —adicionales, transitorias y finales—, y una disposición derogatoria. De las enmiendas presentadas sólo siete están relacionadas con la imparcialidad judicial, al referirse todas a los institutos de la abstención y la recusación (Título II del Libro I, y Disposición Final 13<sup>a</sup>).

El Grupo Socialista del Congreso presentó la enmienda núm. 207 , de modificación al artículo 98.1.12<sup>a</sup>; también de modificación fue la enmienda núm. 214 al artículo 106 apartado 2; y de adición la enmienda núm. 215 al artículo 106; a la Disposición Final 13<sup>a</sup>, apartado 1, causa 12<sup>a</sup>, enmienda de modificación núm. 752.

La enmienda núm. 859 tuvo como primer firmante al Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que pretendía la supresión del Capítulo II, Título IV, del Libro I (artículos 101 a 127).

Convergència i Unió (Grupo Parlamentario Catalán) presentó la enmienda núm. 1.098 al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, a los efectos de suprimir el artículo 98, porque “se entiende que la regulación contenida en este capítulo (básicamente, las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, secretarios judiciales, personal al servicio de la Administración de Justicia) es propia de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido,

---

<sup>178</sup> Cortes Generales. *Opus cit.*

el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto esgrime los dos argumentos siguientes: por una parte, la incidencia del régimen de la abstención y recusación sobre la constitución y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales y sobre el estatuto jurídico de los jueces y magistrados hace aconsejable y probablemente preceptiva la regulación de la materia precisamente por ley orgánica y concretamente, la Ley Orgánica del Poder Judicial; y por otra, la vinculación que ha establecido el Tribunal Constitucional entre la abstención y recusación y los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso público con todas las garantías, consagrados en el artículo 24.2 de la CE y cuyo desarrollo queda igualmente reservado a la ley orgánica en virtud del artículo 81.1 CE, reforzaría esta conclusión<sup>179</sup>.

Más ambicioso en su propuesta fue el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida con su enmienda núm. 1.628 solicitando suprimir la totalidad del Título IV del Libro Primero. Justificaba su eliminación en la “improcedencia de la regulación de la abstención y recusación en la LEC. Uno de los grandes aciertos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 fue regular la materia de la abstención y recusación, ofreciendo una normativa unitaria y común sin distinción de orden jurisdiccional. Se trata de una materia que, necesariamente, debe regularse en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues afecta a uno de los principios rectores de la actuación de todos los Tribunales de Justicia, la imparcialidad de los jueces y magistrados. Al igual que resulta injustificado regular el tema de la independencia judicial en cada uno de los textos procesales,

---

<sup>179</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 147-9, de 26 de marzo de 1999.

también lo es que la normativa referente a la imparcialidad y sus garantías se halle en tales textos. En consecuencia, desde un punto de vista técnico-jurídico es más correcto contar con un único cuerpo normativo en el que se regule esta materia y se establezcan, si ello es preciso, las oportunas especialidades de los distintos procesos, que establecer múltiples regulaciones completas para cada uno de los diferentes órdenes jurisdiccionales. En este sentido se ha pronunciado la doctrina más autorizada<sup>180</sup>.

En el Proyecto de Ley, la Exposición de Motivos en su apartado V analizaba “la decisión de que en esta Ley se regule, en su vertiente estrictamente procedimental, el instituto de la abstención y de la recusación. (...) aunque la existencia de los institutos jurídicos de la abstención y recusación constituye, sin duda alguna, un elemento necesario para la Administración de Justicia en su conjunto, es sabido que la abstención y recusación sólo cobran relevancia en función de elementos de procesos concretos y únicamente respecto de ellos, con la inmediata y directa eficacia de una garantía del enjuiciamiento objetivo e imparcial en los casos correspondientes para la tutela de derechos fundamentales de los justiciables. Así lo confirma no sólo el hecho de que, desde la vigencia de la Constitución hasta 1985, no se cuestionara la ubicación en las leyes procesales de la abstención y recusación, sino la definitiva incardinación de ésta, por el Tribunal Constitucional, en el ámbito del derecho fundamental a un juez imparcial, más que en el de la

---

<sup>180</sup> Entre los autores más recientes, *vid.* la monografía de Picó i Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 41 a 43.

predeterminación legal del juez ordinario. Las leyes procesales son, pues, sede legítima de las normas sobre abstención y recusación”.

Sin embargo, la Ponencia en el Informe que propuso a la Comisión de Justicia e Interior eliminó cualquier referencia al juez imparcial como derecho fundamental de los justiciables. Del mismo modo, propuso a la Comisión la incorporación de la enmienda núm. 1096, del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), mediante la cual se suprime el contenido del artículo 98 del Proyecto (Causas de abstención y recusación), por considerar que el contenido de este precepto debe integrarse en la LOPJ. La Ponencia propone, igualmente, la incorporación de las enmiendas nº 214 y 215 del Grupo Parlamentario Socialista, al artículo 106.

En el debate en la Comisión de Justicia e Interior, en la defensa a la enmienda núm. 859, el diputado Sr. Mardones Sevilla, en nombre del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, manifiesta que “la enmienda 859 la vamos a retirar en razón de que las figuras de la abstención y la recusación, a nuestro juicio, afectan a la imparcialidad judicial. Pues bien, esto que está recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, del fundamento y los efectos de estos institutos jurídicos procesales, entendemos que deben ser los mismos para todos los órganos jurisdiccionales, sea el que sea, el civil, el penal o cualquier otro y que, por tanto, esto debe estar recogido, como lo viene haciendo de manera unitaria, en la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, la redundancia que trae este precepto de ley, por aquello de lo que abunda no daña, y dejando constancia de la necesidad de imparcialidad judicial y

que la abstención, recusación y su fundamento deben ser los mismos en todos los órganos jurisdiccionales, retiramos las enmienda 859”<sup>181</sup>.

El debate en Pleno sobre la LEC fue largo. Llegada las votaciones del Proyecto fue aprobado por el Pleno, si bien con distintas mayorías en los diferentes artículos. El texto aprobado por el Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil fue remitido al Senado. En el Senado se formularon una propuesta de veto por el Grupo Parlamentario Socialista y 407 enmiendas parciales al articulado. La Ponencia, designada para estudiar el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, eleva a la Comisión de Justicia el Informe<sup>182</sup> en el que como cuestión previa acuerda por mayoría proponer que el veto número 1 del Grupo Parlamentario Socialista sea rechazado. Se rechaza, por mayoría, la enmienda núm. 58 del Grupo Parlamentario. Socialista, manteniéndose el texto remitido por el Congreso de los Diputados [al artículo 102].

El Pleno del Senado, celebrado el 2 de diciembre de 2000, aceptó las enmiendas propuestas por la Comisión de Justicia, remitiendo Mensaje Motivado al Congreso de los Diputados que en la sesión del 16 de diciembre aprobó la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>181</sup> Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, núm. 737, de 27 de julio de 1999.

<sup>182</sup> Informe de la Ponencia. BOCG, Senado, núm. 154 (e), de 22 de noviembre de 1999.



**4. LA IMPARCIALIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870, EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985 Y EN LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000 Y CRIMINAL DE 1882**

### A. La imparcialidad como derecho fundamental

Si la Constitución española de 1978 no establece una referencia expresa a la nota de imparcialidad como característica del Poder Judicial o, más en concreto de la función de juzgar, tampoco existe ningún tipo de alusión que determine la existencia de un derecho al juez imparcial en el catálogo de derechos que recoge el Título I de la Constitución y, por ser más explícito, ni siquiera en el artículo 24 CE, donde se recoge una amplia batería de derechos vinculados con la actividad jurisdiccional. Bien es cierto que en el enunciado del artículo 24 CE existen una serie de derechos fundamentales exteriorizados como tales y otros ocultos o, al menos, no expresados “nominatum” en el precepto constitucional.

El derecho al juez imparcial es un ejemplo de derecho oculto o, si se prefiere, no recogido expresamente en el art. 24, pero hay otros tantos derechos que, ya sea por creación jurisprudencial, ya sea por importación de textos internacionales, se han ido insertando en los diferentes derechos—racimo que cuelgan del tronco común que representa ese precepto constitucional.

Derechos creados por la jurisprudencia constitucional y que se han insertado en el derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentran por ejemplo, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución sobre el fondo del asunto, el derecho a una resolución fundada en Derecho o derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a los recursos, el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales, el derecho a la ejecución, o el derecho a la tutela cautelar. Como Derechos importados de los textos internacionales sobre derechos humanos destacamos el derecho al doble grado de jurisdicción en materia

penal; derechos lingüísticos en el proceso y derecho a indemnización en caso de error judicial.

Las primeras dificultades del art. 24 CE comienzan ya con algo aparentemente tan obvio como es enumerar cuáles son los derechos fundamentales que en él se contienen.

Esa omisión del constituyente o, si se prefiere esa dificultad por encontrar el derecho al juez imparcial dentro del enunciado del artículo 24, ha quedado paliada principalmente a través de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, que, tras unos primeros años de titubeos, ha terminado definitivamente por residenciar el derecho al juez imparcial dentro del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías. Aunque, como ha expuesto DÍEZ-PICAZO, la mención del art. 24 CE del derecho a un proceso con todas las garantías, puede convertirse “en una suerte de cajón de sastre o en una patente de corso para el intérprete interesado en constitucionalizar cualquier garantía procesal”.<sup>183</sup>

El Tribunal Constitucional ha dispuesto de una ayuda de primer orden en la tarea de situar el derecho al juez imparcial, sobre todo en lo que concierne a dotar al derecho en cuestión de un contenido propio. Nada hubiere sido lo mismo sin las importantes referencias que, en determinados documentos normativos de carácter internacional en materia de derechos y libertades —en concreto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y el Pacto Internacional de

---

<sup>183</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Art. 24 Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*. Tomo III. Editorial Edersa / Cortes Generales. Madrid, 1996, pág. 95.

Derechos Civiles y Políticos— se hacen al reconocimiento explícito del derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial.

Pero si relevante es la regulación que del derecho se efectúa en esos Tratados internacionales, más aún lo ha sido la interpretación que del alcance del derecho han realizado determinados órganos de garantía previstos en los Tratados y, en especial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como diremos después.

Esa recepción o acogida del derecho fundamental al juez imparcial ha venido facilitada por la dicción expresa del artículo 10.2º CE, donde se recoge el mandato de que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con lo previsto en los tratados y acuerdos que sobre esas materias hubieren sido ratificados por España. Así pues, aunque la Constitución de 1978 no reconozca expresamente el derecho al juez imparcial, éste puede ubicarse dentro de alguno de los derechos de naturaleza procesal recogidos en el artículo 24 de la CE y se puede contemplar además como un derecho específico con perfiles diferentes a otros muchos derechos que aparecen recogidos en ese precepto. Es cierto que, como ya dijo la STC 36/1991 (FJ 5º)<sup>184</sup> el artículo 10.2º CE no permite la ampliación del catálogo de derechos que aparecen en el Título I de la Constitución. La Constitución es, por tanto, el texto que reconoce los

---

<sup>184</sup> La STC 36/1991, de 14 de febrero” (...) el art. 10.2 C.E.(...) se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución”.

derechos fundamentales y los Textos internacionales sirven para interpretar el alcance de ese derecho constitucionalmente reconocido. Sin embargo, en el caso del derecho al juez imparcial no se trata en verdad de la creación de un nuevo derecho, sino de detectar su existencia dentro de un derecho fundamental base. No hay, en suma, creación de un derecho “ex novo”, sino simple tarea de detección de un derecho no expresamente reflejado en la Constitución.

En el reconocimiento del derecho al juez imparcial han sido los Textos internacionales citados en materia de derechos fundamentales los que una y otra vez han previsto ese derecho de los ciudadanos a ser juzgados por tribunales imparciales. Esta situación contrasta con las reiteradas omisiones que los Textos constitucionales de los países europeos más emblemáticos<sup>185</sup> hacen del reconocimiento del derecho al juez imparcial. Esos Textos constitucionales se refieren explícitamente a la imparcialidad como principio estructural del poder judicial o como nota sustantiva que debe acompañar a la función de juzgar. En cambio, los Textos internacionales incorporan con frecuencia la imparcialidad como uno de los elementos sustantivos del derecho base a un juicio justo o equitativo.

La secuencia cronológica comienza por el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyos términos influirán sobre los Textos internacionales posteriores que se ocupen de este derecho. En ese artículo 10, entre otras cosas, se dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad,

---

<sup>185</sup> No hay referencias a la imparcialidad en las Constituciones de Alemania, España, Francia, Italia, en el resto del continente la aparición de nuevos países tales como República Checa, Eslovaquia o Serbia sí incorporan el concepto de imparcialidad a sus Textos constitucionales.

a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”<sup>186</sup>. Este enunciado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos influyó de manera evidente en un texto internacional de carácter regional como es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas. Así, el artículo 6 de Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge un amplio catálogo de derechos que tiene como finalidad garantizar, según indica el preámbulo de dicho Convenio, “la preeminencia del Derecho”. El artículo 6.1º dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial”. Asimismo, aunque con conexiones indirectas con el derecho al juez imparcial y la imparcialidad judicial, hay que hacer mención del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, puesto que allí en su art. 2 reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, estableciéndose en su apartado 2, una excepción respecto a que “este derecho podrá ser objeto de excepciones (...) cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional”. Sin embargo, este Protocolo no ha sido aún ratificado por España. Ello no es óbice para que el TC se haya remitido a él en algunas ocasiones, por ejemplo, en la STC 64/2001, de 17 de marzo.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, acogió expresamente, en su art. 14, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. En todos estos Textos internacionales

---

<sup>186</sup> Sobre este tema, ver: GRANADOS PÉREZ, C.: “Derecho a Tribunales independientes e imparciales”, en *La Declaración Universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*. Ed. Bosch. Barcelona, 1998. Págs. 411 y ss.

citados, la nota de la imparcialidad es autónoma respecto del principio de la independencia que, sin perjuicio de su complementariedad, los determina como principios con diferente alcance. En cualquier caso, lo más relevante radica en que a partir de esas regulaciones se está configurando un derecho autónomo que no es otro que el derecho al juez imparcial.

En la Unión Europea y hasta la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que debería haber tenido lugar el 1 de noviembre de 2006 según establece el artículo IV-447 del Tratado de la UE<sup>187</sup>, se carece de una Carta de Derechos Fundamentales de naturaleza procesal y menos aún referencia alguna a la imparcialidad de los jueces. No obstante, la propia arquitectura institucional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como las tradiciones de los distintos Estados miembros en materia de justicia, certifican sobradamente que no sólo la independencia, sino también la imparcialidad, son garantías que están presentes en el Derecho Comunitario.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ha sido proclamada en la reunión de Niza de diciembre de 2000 recoge un listado de derechos entre los que se encuentra de forma específica el derecho al juez imparcial. El artículo 47, en su párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda

---

<sup>187</sup> O en su defecto el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad.

persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”. Con idéntica redacción el artículo II-107 párrafo 2º de la Constitución para Europa. En ambos artículos, se garantizan, bajo el título de Justicia, los derechos procesales clásicos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Tras el resultado negativo registrado en los referendos celebrados en Francia el 29 de mayo de 2005 y en los Países Bajos el 1 de junio de 2005, se produjo una paralización en el proceso de ratificación de la Constitución Europea lo que dio lugar a nuevas negociaciones que fructificaron en el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los actuales veintisiete Estados miembros de la Unión Europea que, una vez ratificado, debió entrar en vigor el 1 de enero de 2009 tal como dispone su artículo 6.2º al decir que “El presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”<sup>188</sup>.

El Tratado de Lisboa de 2007 recoge dos importantes novedades en relación con la protección de los derechos humano; una, el reconocimiento del valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 otra, la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

---

<sup>188</sup> España ratificó el Tratado por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (BOE 31 de julio de 2008); Irlanda ha sido el último país de la Unión Europea en ratificar el Tratado mediante referéndum celebrado el 2 de octubre de 2009.



Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En relación con la Carta de Derechos Fundamentales, se reconoce su valor jurídico y el de los derechos, libertades y principios enunciados en la misma (art. 6.1º del Tratado de la Unión Europea).

En segundo lugar, el artículo 6.2º TUE establece, con carácter imperativo, que la Unión Europea se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Sin embargo, el artículo 24 de la Constitución española, que enuncia y detalla un extenso catálogo de derechos fundamentales relacionados con el proceso, no establece expresamente la mención del derecho al juez imparcial. En una primera doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en el análisis de la cuestión se vino optando por encuadrar la imparcialidad del juez en el ámbito del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, recogido en el artículo 24.2 citado. Como ponen de relieve las sentencias del Tribunal Constitucional 31/1983 de 27 de abril, 47/1983 de 31 de mayo, 307/1993 de 25 de octubre y 44/1985 de 22 de marzo, el derecho al juez predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por norma jurídica, que esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional y que su titularidad y composición esté determinada legalmente con las debidas garantías de independencia e imparcialidad. La composición del órgano judicial debe venir determinada por la ley y en cada caso concreto ha de seguirse el procedimiento legalmente

establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente, porque la finalidad perseguida por el derecho aludido al juez ordinario y predeterminado legalmente es la de preservar y garantizar la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional.

La citada doctrina lleva a la consideración de que entre las normas que conducen a la determinación del juez, entroncadas con el artículo 24 de la Constitución, no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino que también comprenden las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las que son preeminentes las de imparcialidad. Imparcialidad que se mide, no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad<sup>189</sup>. Esta doctrina se fue construyendo alrededor y en consideración del derecho a la recusación de los órganos judiciales, estableciendo que cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad el derecho de recusar es una manifestación específica del ejercicio del derecho al juez predeterminado<sup>190</sup>.

Sin embargo, en posteriores resoluciones en las que vino a cuestionarse directamente la imparcialidad del juzgador y no propiamente el correcto ejercicio del derecho de recusación como

---

<sup>189</sup> STC 47/1982, de 12 de julio.

<sup>190</sup> En el mismo sentido debe citarse ATC 799/1985 de 13 de noviembre, en el que se dice expresamente “que el derecho a recusar al juez no forma parte de las garantías procesales constitucionalizadas, sino del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que no fue citado como vulnerado por el solicitante de amparo” invocando a continuación la doctrina de las SSTC 47/1982, 47/1983 y 44/1985, antes mencionadas.

instrumento para conseguirla, el intérprete constitucional optó por enmarcarla en el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, recogido también en el artículo 24.2 mencionado, entendiendo que se trata de una garantía implícita en su enunciado pese a la ausencia de una mención específica<sup>191</sup> sin mencionar el concepto de juez predeterminado por la ley.

Avanzando en esta corriente interpretativa, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 164/1988, de 26 de septiembre se afirma expresamente que no está en juego el derecho al juez predeterminado por la ley, sino el aludido a un proceso con todas las garantías<sup>192</sup>. Se razona que el derecho a un juez imparcial es un elemento organizativo indispensable de la administración de Justicia en un Estado de Derecho. Anteriormente, el Auto 111/1982, de 10 de marzo había declarado que el juez predeterminado por la ley se refiere exclusivamente a la certeza e inamovilidad del juez legal, que evite designaciones orgánicas capaces de alterar las normas competenciales de conocimiento, y que no acoge en absoluto dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones. Sin embargo, y a pesar de expresiones categóricas como las mencionadas rechazando la constante invocación de la violación del derecho al juez predeterminado en los recursos de amparo suscitados, invocación sin duda inducida por la posición inicial de Tribunal, se vuelve a rectificar el

---

<sup>191</sup> SSTC 113/1987 de 3 de julio, 145/1988 de 12 de julio, 55/1990 de 28 de marzo y 32/1994 de 31 de enero.

<sup>192</sup> SSTC 11/1989 de 24 de enero, 138/1991 de 20 de junio, 151/1991 de 8 de julio, 230/1992 de 14 de diciembre y 119/1993 de 19 de abril.

concreto encuadre de la imparcialidad objetiva fundándola ahora conjuntamente en ambos derechos fundamentales<sup>193</sup>.

Es destacable que a la vista de las fechas de estas resoluciones, se van alternando el derecho al juez predeterminado por la ley con aquéllas que entienden afectado únicamente el derecho a un proceso con todas las garantías, mencionadas en el párrafo anterior. La conclusión lógica y más prudente es que la parte interesada en sustanciar un recurso de amparo por este motivo deberá citar como infringidos ambos derechos fundamentales.

Conviene también poner de relieve cómo el problema de la imparcialidad del juez es además indisociable del principio acusatorio que rige el proceso penal, constitutivo de una de las garantías procesales constitucionalmente protegidas<sup>194</sup>, en cuanto implica la plena distinción de funciones entre un órgano encargado de formular la acusación y otro al que compete la resolución, funciones que resultan confundidas en la medida que venga a coincidir el juez que instruye y el que falla<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> La STC 106/1989, de 8 de junio señala que “Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, fundamento jurídico 4.º; 145/1988; 47/1982; 261/1984; 44/1985, y 148/1987, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 C.E., forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un «proceso con todas las garantías», sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 de la Constitución”. En idéntico sentido las sentencias 180/1991, de 23 de septiembre y 170/1993, de 27 de mayo, en esta última empleando la expresión «derecho al juez legal imparcial», que en realidad viene a sintetizar y considerar unitariamente los dos aspectos o vertientes en realidad concurrentes.

<sup>194</sup> SSTC 53/1987 de 7 de mayo, 17/1988, de 16 de febrero, 90/1988, de 13 de mayo, 55/1990, de 28 de marzo y 83/1992 de 28 de mayo.

<sup>195</sup> SSTC 54/1985, de 18 de abril y 170/1993, de 27 de mayo.

Como pone de relieve la STC 53/1987, de 7 de mayo aludida, en su esencia el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta al Juez, la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

La generalidad de las resoluciones del Tribunal Supremo<sup>196</sup> enmarcan la cuestión que analizamos en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, y su sentencia de 27 de mayo de 1988 rechaza categóricamente su relación con el derecho al juez predeterminado por la ley, argumentando que el tribunal que acordó el procesamiento y posteriormente juzgó y condenó al recurrente era el juez ordinario fijado previamente por el ordenamiento jurídico para conocer tales actuaciones, sin que existiera un nombramiento «ad hoc»; sin embargo ya se ha dicho cómo el derecho al juez predeterminado no comprende únicamente este aspecto, sino que es extensivo también al concepto de idoneidad en relación al caso concreto objeto de enjuiciamiento, y por tanto a las notas de neutralidad y ecuanimidad. Por otra parte, y en el mismo sentido antes

---

<sup>196</sup> Así, el ATS, de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous, y la STS, Sala 2ª, de 19 de noviembre de 1992, menciona que “El apartado 2 del artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a un proceso público "con todas las garantías", entre las que hay que incluir la concerniente a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador” y la STS, Sala 2ª, de 5 de mayo de 1993, indica que “El derecho a un Tribunal imparcial constituye una garantía fundamental de entre las que conforman el artículo 24,2 de la Constitución, aunque no se cite de forma expresa”.

aludido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992<sup>197</sup> y 13 de mayo de 1993, resaltan la relación de la cuestión relativa a la imparcialidad del órgano judicial con el principio acusatorio.

Por último, es necesario rechazar las posturas que fundan la imparcialidad del juez en la prescripción del artículo 117.1º de la Constitución donde dice que la Justicia se administra por Jueces y Magistrados independientes..., como ocurre incidentalmente y sin formular razonamiento alguno al respecto con la sentencia del Tribunal Constitucional 54/1985, de 18 de abril<sup>198</sup>, y con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988<sup>199</sup>. Este precepto contempla un rasgo esencial de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial desde el punto de vista institucional cual es su independencia de los demás poderes públicos en el marco organizativo del Estado. Concepto que debe diferenciarse del de imparcialidad, que se refiere a su neutralidad respecto a la cuestión debatida en un determinado proceso y respecto a las partes que concretamente intervienen en él, y que no puede ser objeto de un análisis en abstracto o a priori, sino necesariamente posterior al planteamiento de un específico proceso entre personas también

---

<sup>197</sup> La STS, Sala 2ª, de 27 de enero de 1992 declara que “Una de las notas características del proceso penal acusatorio, que es el modelo acogido por nuestra *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881*, frente al sistema inquisitivo propio del procedimiento del antiguo régimen, es que el instructor de la causa no puede formar parte del Tribunal competente para conocer del juicio y dictar sentencia, estableciéndose en el núm. 12 de su art. 54 tal circunstancia como motivo de recusación”.

<sup>198</sup> La STC 55/1985, de 18 de abril, menciona que “El derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales, puesto en relación, por un lado, con el deber de los mismos de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos que le sometan las partes contradictoriamente -art. 117.1 y 3 de la C.E.-”.

<sup>199</sup> La STS, Sala 2ª, de 7 de mayo de 1988, señala que “La provisionalidad del auto de procesamiento hace que tampoco afecte, a juicio de la Sala, al principio de imparcialidad que proclama el artículo 117.1 de nuestra Constitución”.

determinadas. Además, obvio es decirlo, el artículo 117.1º mencionado no es susceptible de invocación en la vía de amparo, ni confiere derecho subjetivo alguno a los ciudadanos.

### B. Titulares del derecho al juez imparcial

Lo primero que cabe afirmar es que el derecho al juez imparcial tiene unos titulares naturales, que son las partes que actúan en el proceso, sea éste del carácter que fuere<sup>200</sup>. No obstante, esta afirmación hay que matizarla de inmediato en lo que se refiere a la acusación particular en los procesos penales, así como en la negativa existente en un principio en reconocer la titularidad del derecho al inculpado; situaciones ambas en las que la titularidad del derecho se diluye como consecuencia de una interpretación jurisprudencial que no deja de presentar algunos puntos oscuros.

Una situación diferente, sin duda, pero también vinculada con la noción de parte procesal es definir hasta qué punto el Ministerio Fiscal es titular, en cuanto poder público, del derecho al juez imparcial. Derivado de lo anterior se suscita asimismo la cuestión de si el Ministerio Fiscal aun no siendo titular del derecho, puede invocar la lesión del mismo en defensa de la legalidad y de los intereses de una de las partes en el proceso.

Los problemas se acentúan cuando dejamos la noción de parte en sentido estricto y nos adentramos en la postulación, esto es, en la

---

<sup>200</sup> Civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, de menores, en el ámbito de la jurisdicción militar e, inclusive, ante la jurisdicción constitucional.

representación y defensa de la parte en el proceso al preguntarnos si pueden invocar los abogados la lesión al derecho a un juez imparcial, siendo, por tanto, los letrados titulares del derecho fundamental en cuestión.

Parece pacífico a estas alturas que las personas jurídicas y los extranjeros son titulares del derecho fundamental al juez imparcial, sobre el reconocimiento implícito del derecho al juez imparcial a las personas jurídicas por parte de la Corte de Estrasburgo<sup>201</sup>. Más complejo es definir en qué medida también los poderes públicos pueden entenderse acogidos plenamente por esa expresión “*todos*” tal como aparece recogida en el artículo 24.2 CE, particularmente en relación con el Ministerio Fiscal.

Analicemos estas interrogantes.

a) ¿Es el abogado, en cuanto letrado de una parte, titular del derecho fundamental al juez imparcial?

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en varias sentencias del problema relativo a la duda de parcialidad que puede recaer sobre un juez o tribunal como consecuencia de una presunta relación de enemistad entre abogados y jueces y en una serie de actitudes mostradas por el juez ante el letrado que ponían en entredicho la apariencia de neutralidad que debe mantener el juzgador en todo tipo de procesos. Y en estos casos, se plantea cómo actuar, si apartar al juez del conocimiento de la causa, u obligar al ciudadano a que renuncie al derecho de defensa ejercido por ese abogado. En cualquier caso, resulta paradójico que, por ejemplo, en el

---

<sup>201</sup> Caso *Academy Trading Ltd.*, STEDH de 4 de abril de 2000.



campo de la recusación, no se permita ejercitarla al letrado y, sin embargo, dentro de las causas de abstención y recusación se deba reconocer, al menos en algunas de ellas, que las relaciones existentes entre juez y abogado pueden enturbiar, en su caso, la imparcialidad del primero<sup>202</sup>.

El razonamiento del Tribunal Constitucional en su auto 265/1988, de 29 de febrero, es contundente y representa una doctrina de referencia para la resolución de ulteriores casos sobre el tema estableciendo que “Es por ello razonable que la legitimación para recusar se atribuya “únicamente” a la dicción del artículo 218 de la LOPJ en los asuntos penales, a quienes se incluye en su apartado segundo, y que entre éstos no aparezcan los letrados defensores de los acusados. El abogado no es ni parte ni justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa, y, por ello, el legislador no viola ningún mandato constitucional al no reconocerle derecho a recusar. En consecuencia, esta Sección no tiene duda alguna sobre la constitucionalidad del artículo 218 LOPJ ni tiene por qué plantear la cuestión al respecto...”. En el auto 117/1997, de 23 de abril, el TC inadmite el recurso por no haber agotado la vía judicial ordinaria, pero añade que si se diera la hipótesis de que existiera enemistad manifiesta entre el magistrado y el letrado “la solución acorde con las garantías del artículo 24 CE no consiste en que el Juez se aparte del proceso, sino en que el justiciable decida si le conviene mantener el defensor que había elegido. La imparcialidad lo es respecto de quien solicita la tutela judicial efectiva y no en relación con quienes, colaborando con la justicia, representan y defienden a los justiciables”.

---

<sup>202</sup> Artículo 219 LOPJ, en sus apartados 2, 3 y 5.

b) ¿Puede la acusación particular invocar la lesión del derecho al juez imparcial en el curso de la instrucción de un proceso penal?

Nos planteamos hasta qué punto la acusación particular puede proceder a recusar a un juez por parcialidad o, en su caso, impugnar una resolución judicial por ser dictada por un órgano judicial manchado de parcialidad. Qué duda cabe que, en principio, interpretando el artículo 24.2º CE no se deberían plantear objeciones de fondo a esa recusación, más aun cuando de la dicción literal del artículo 218.2 LOPJ se establece expresamente que el acusador particular o privado puede, en efecto, plantear un incidente de recusación. Sin embargo, dada la configuración del proceso penal en nuestro sistema constitucional, el TC no ha sido precisamente muy receptivo a esa interpretación, tal y como en su sentencia 136/1992, de 13 de octubre manifestando que “... la exigencia constitucional de que no se acumulen en un mismo órgano judicial las funciones de instrucción y enjuiciamiento ha sido afirmada por este Tribunal Constitucional únicamente respecto del acusado, por ser dicha exigencia una derivación del principio acusatorio... Por el contrario, las exigencias derivadas del derecho al Juez imparcial consagrado en el artículo 24.2 CE no son extensibles, sin más, a la parte acusadora, puesto que, por la propia naturaleza y finalidad de la instrucción preparatoria, ningún perjuicio o prevención puede nacer en el ánimo del Juez sentenciador en relación con la acusación por el solo hecho de haber instruido la causa”.

c) ¿Es el imputado en fase de instrucción en un proceso penal titular del derecho al juez imparcial?

Nos preguntamos hasta qué punto se puede ver afectado el derecho al juez imparcial de un ciudadano al que se le imputa la comisión de un delito; o dicho de otro modo, si cabe invocar la parcialidad del juez instructor en las actividades preliminares, en las distintas diligencias o en la instrucción del sumario.

En este momento se plantea, en efecto, la pregunta adicional de si el derecho al juez imparcial sólo se proyecta sobre la fase de enjuiciamiento y, en consecuencia, carece de todo sentido en la instrucción de un proceso penal. O formulado de otra manera, cabría plantearse si la intensidad o vigor del derecho fundamental al juez imparcial actúa de diferente manera según se trate de la fase de instrucción o del enjuiciamiento.

El caso aparentemente estaba previamente resuelto por la STC 136/1992, de 13 de octubre. Pero el razonamiento del TC en este caso lo único que afirmaba era que la tacha de imparcialidad objetiva sólo puede hacerse valer por el acusado, mientras que la imparcialidad subjetiva sí puede esgrimirse tanto por el acusado como por las partes acusadoras.

El supuesto que ahora nos ocupa es distinto todavía no hay acusación formal, sino simplemente imputación. Pues bajo este planteamiento nos surgen los siguientes interrogantes: uno, es posible trasladar la doctrina de la STC 136/1992 a este problema; dos, si realmente no cabe ningún supuesto de déficit de imparcialidad objetiva en la que pueda incurrir un juez en la instrucción de la causa; tres, si cuando un juez de instrucción investiga y, a su vez, declara medidas de prisión provisional no estará afectado por una causa de imparcialidad objetiva; cuatro, si cabe presumir,

en línea con la doctrina anterior, que el menoscabo de imparcialidad subjetiva podría ser esgrimida también en la fase de instrucción por el imputado, o, quinto, si debe considerarse, en cambio, que el imputado no es, en ningún caso, titular del derecho fundamental al juez imparcial.

La tesis del TC está perfectamente resumida en dos párrafos de la STC 32/1994, de 31 de enero, cuando dice que “Desde la perspectiva constitucional, el derecho al juez imparcial en su vertiente objetiva se afirma únicamente respecto del acusado (STC 136/1992) por lo que no es alegable en la fase de instrucción del sumario o de las diligencias previas ya que, en esta sede constitucional, la lesión del derecho a la imparcialidad sólo se consuma tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia (SSTC 136/1989 y 170/1993), es decir, cuando se constata efectivamente que el Juez o Magistrado que ha realizado auténticas actividades de instrucción ha intervenido en el enjuiciamiento del acusado”. Y en el segundo continúa diciendo que “Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, cabe concluir, que la tacha de parcialidad es improcedente porque desnaturaliza su contenido constitucional y en cualquier caso, centrando correctamente el contenido constitucional de este derecho, es prematura, ya que la instrucción se encuentra todavía en los albores y el demandante no podía entonces considerarse acusado”.

Partiendo de esta doctrina expuesta, el TC da a entender que no cabe, en principio, vulneración del derecho al juez imparcial en la situación de imputado, pudiendo producirse exclusivamente tal lesión cuando se alcanza el carácter de acusado. Esta tesis se verá corregida radicalmente por la jurisprudencia constitucional a partir de la STC 69/2001, de 17 de marzo. Parece claro que el derecho al juez imparcial adquirirá su pleno vigor en la fase de enjuiciamiento que es la que determina la resolución de

la causa, pero nada impide que despliegue también sus efectos en la fase de instrucción que, sin duda, condiciona en buena medida el resultado final del proceso. El Tribunal Constitucional en su sentencia 69/2001 examina el problema de si el derecho al juez imparcial extiende o no sus efectos también a la fase de instrucción. Un problema que ya había sido examinado en otras ocasiones por el Tribunal en diferentes sentencias, si bien la solución que aquí se ofrece distará de otras soluciones propuestas previamente por la jurisprudencia constitucional en asuntos distintos. En la resolución del presente caso<sup>203</sup> la doctrina anterior del Tribunal Constitucional en esta materia se corrige de modo notorio.

Para alcanzar esa nueva solución constitucional al problema expuesto, el TC lleva a cabo un triple razonamiento que, en resumen, es el siguiente:

En primer lugar, establece que la imparcialidad también alcanza a la fase de instrucción. A pesar de la configuración que de esa actividad instructora hace el artículo 2 de la LECr, la conclusión del Tribunal es bien obvia: “el instructor debe revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes en el proceso como sobre su objeto. En definitiva el Juez de instrucción, como cualquier Juez, debe ser tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso”.

En segundo término, el Tribunal Constitucional recoge abundantes referencias a la jurisprudencia del TEDH, cuya línea de actuación es muy clara en ese ámbito: partiendo del contenido del artículo 5.3 CEDH, la finalidad de la norma no es otra que “garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que haya de decidir sobre la privación de

---

<sup>203</sup> (Vera c. Sala Segunda del TS),

libertad de otra”); quien lleve a cabo esa medida restrictiva de la libertad, debe ser una autoridad independiente del Poder Ejecutivo; y aun cuando la autoridad que acuerde la privación pueda llevar a cabo otras funciones, tales como las instructoras, sobre ella recaerá una sospecha de parcialidad si su actuación no es revisada por el juez encargado del caso.

Por último, la imparcialidad como garantía y el derecho fundamental al juez imparcial puede recibir modulaciones según se proyecten sobre la fase de instrucción o de enjuiciamiento, pero ello no impide reconocer que también la imparcialidad debe predicarse del Juez que lleva a cabo la instrucción de un proceso penal. Así, el Fundamento Jurídico 17 *in fine* de la STC establece que “[El Juez] en esta fase del proceso penal, tal como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver sobre las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o de libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, por ejemplo), sobre los cuales ha de exigirse la previa condición de que el juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral”.

El cambio de doctrina resulta, por tanto, manifiesto y evidente. Hasta ese momento la imparcialidad en fase instructora sólo se desplegaba, a juicio del Tribunal Constitucional, en el ámbito de la imparcialidad subjetiva, esto es, en las relaciones entre el juez y las partes, pero nada se decía de las circunstancias objetivas que pudiesen afectar esa imparcialidad del instructor. Al Tribunal Constitucional no le queda más remedio que reconocer lo aparentemente obvio; esto es, que el juez, en la

fase instructora, ostenta la condición no sólo de director de la instrucción, sino que, además, es un juez de garantías y el ciudadano sometido a una instrucción penal y a la adopción por parte del juez de determinadas medidas cautelares que afecten a sus derechos fundamentales, tiene que disponer de la plenitud del derecho fundamental al juez imparcial.

d) ¿Es el Ministerio Fiscal titular del derecho al juez imparcial?

Muy relacionada con los apartados anteriores, se encuentra el problema de examinar hasta dónde el Ministerio Fiscal, como poder público que es, dispone efectivamente de la titularidad para ejercitar el derecho fundamental al juez imparcial. El artículo 218 LOPJ podría inducirnos al error de que el derecho al juez imparcial, en el ámbito de la recusación, está inicialmente reconocido también al Ministerio Fiscal. La cuestión deja de ser tan evidente como pudiera parecer. El diseño constitucional del Ministerio Fiscal mezcla dos funciones hasta cierto punto antitéticas: la función de acusador público y la de defensa de los derechos de los ciudadanos. En palabras de DIÉZ-PICAZO<sup>204</sup> “No hay que pasar por alto, además, el hecho de que esta función de acusador público resulta, si no incompatible, sí ciertamente de difícil compaginación psicológica con la de defensor imparcial de la legalidad y los derechos; y ellos porque aquella entraña, con cuantos matices se quiera, la adopción de una lógica de parte, mientras que ésta exige un comportamiento neutral y desapasionado”.

---

<sup>204</sup> DIÉZ-PICAZO, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ed. Ariel Derecho. Barcelona, 2000, pág. 165.

No es lo mismo que el Ministerio Fiscal actúe en defensa del ciudadano cuando éste ha visto lesionado algún derecho, que intervenga como poder ejerciendo la acusación pública. En la STC 320/1993, de 8 de noviembre, se sustancia el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, solicitando, además, la suspensión de la ejecución de las sentencias, argumentando que se había lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías y, más en concreto, el derecho al juez imparcial. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y declara la nulidad de las sentencias. En este supuesto el Ministerio Fiscal actúa como defensor de los derechos de los ciudadanos, y no cabe duda de que el Ministerio Fiscal es titular del derecho al juez imparcial, pero entendida esa titularidad como simple ejercicio de sustitución procesal de quien realmente es el afectado por la lesión del derecho fundamental, que no es otro que el ciudadano.

Por su parte el ATC 63/1997, de 6 de marzo resuelve el caso de si el Ministerio Fiscal en cuanto poder público es titular de derechos fundamentales. En este caso el Ministerio Fiscal interpuso demanda de amparo contra un auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, invocando que la omisión en la que había incurrido el órgano judicial era lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional indica que "...dada su cualidad de parte procesal "imparcial", de auténtico "amicus curiae" de este Tribunal, hay que reconocer, en principio, legitimación activa al Ministerio Fiscal para interponer el recurso constitucional de amparo en defensa de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la CE que le hayan sido vulnerados en aquella condición de parte procesal y, muy singularmente, para obtener el restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva". Pero hecha esta



afirmación, continúa: “En efecto, tal y como este Tribunal tiene declarado, no todos los derechos del artículo 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, la “igualdad de armas”, el derecho a la prueba, etc.), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa. Así, hemos declarado que derechos tales como el derecho a un juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha distinguido por una parte, cuando el Ministerio Fiscal actúa en defensa del ciudadano, y en este caso, sí es titular del derecho al juez imparcial; y, cuando lo hace ejerciendo la acusación particular, que sí está legitimado para interponer recurso de amparo pero no podrá invocar la protección de la imparcialidad judicial.

### C. Supuestos dudosos de imparcialidad en el proceso penal

Si consideramos que el problema de la imparcialidad gira en torno a la prevención que se produce en quien ha tomado una resolución sobre el fondo, esto es, ha debido pronunciarse en alguna ocasión sobre los

indicios de responsabilidad criminal, es importante analizar la constitucionalidad de algunos artículos de la LECr.

Analicemos a continuación cada uno de ellos.

a) Las resoluciones interlocutorias relativas a medidas cautelares

En el caso de las resoluciones interlocutorias, también implican una toma de posición o partido, entre otras cosas porque son dictadas por el órgano jurisdiccional cuyo convencimiento está formándose, con vistas a una resolución que va a tomarse al final de esa fase y cuyo mayor carácter definitivo o decisivo es evidente en el caso del juicio oral, pero que también lo es en el supuesto del sumario y con carácter más evidente en el caso del Juez instructor de las diligencias previas. Así en todas estas situaciones, durante la instrucción o durante las diligencias previas pueden acordarse medidas que supongan una cierta toma de partido por el Juez, como es el caso de acordar la restricción de la libertad dictando un auto de prisión provisional, arts. 502 y ss. de la LECr. Pero debe admitirse su carácter puramente provisional, derivado de la propia naturaleza de medida cautelar. Se trata de resoluciones que tratan de asegurar la finalidad del proceso y lo que es más importante de todo, son dictadas por un órgano jurisdiccional cuya convicción está en periodo de formación.

Algo parecido ocurre con la posibilidad de que el juez o tribunal que conocen del juicio oral acuerde la libertad provisional del detenido o preso, regulada en los artículos 528 y 539 LECr. El dejar sin efecto una medida cautelar personal se basa también en principios de prueba a favor

de los derechos fundamentales y se trata, en todo caso, de una resolución dictada por un órgano cuya convicción no es definitiva.

La adopción de oficio de medidas cautelares personales es una medida instructora en sentido estricto, y, por tanto, se integra el motivo recusatorio si con posterioridad a su adopción el mismo Juez o Magistrado aborda la celebración del juicio oral. El Tribunal Constitucional en su sentencia 106/89, de 8 de junio, entiende que “no tiene por qué necesariamente erigirse en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del Juzgador. Dicha pérdida tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio”. BARONA VILAR<sup>205</sup> entiende que la obligación de contradicción para la adopción de la medida, además de ser una “traba formal” más para la adopción de la misma, supone un privilegio del Ministerio Fiscal. En definitiva, la adopción de medidas cautelares, ya sea por el Juez de instrucción o por el órgano jurisdiccional que conoce del juicio oral no puede hacer pensar en un Juez prevenido. No es de la misma opinión MARTÍN OSTOS<sup>206</sup> que entiende que el Juez de Menores que acuerda una medida cautelar puede quedar prevenido.

Precisamente ese mismo carácter cautelar y por tanto provisional también impediría hablar de parcialidad en el caso de que se acordaran medidas cautelares en el ámbito civil, tal y como prevén, por ejemplo,

---

<sup>205</sup> BARONA VILAR, S.: “*La prisión provisional en la LOTL*”. Revista General de Derecho, número 618, marzo 1996. Págs. 1825 y ss.

<sup>206</sup> MARTÍN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores”, *La Ley*, 22 de marzo de 1994. Pág. 4.

los artículos 721 y siguientes de la LEC 1/2000, acordando bajo la exigencia de datos, argumentos y justificaciones documentales que constituyan un principio de prueba. Argumentación que también es perfectamente aplicable a los procesos penales en los que se acuerden medidas cautelares de naturaleza civil respecto al acto ilícito civil del que se está conociendo conjuntamente con el ilícito penal, arts. 589 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando los profesores de Derecho Procesal se han ocupado de las distintas características de las medidas cautelares como la provisionalidad o instrumentalidad y de sus requisitos, esto es, el “*periculum in mora*”, y el “*fumus boni iuris*”, nunca se han preocupado de afirmar la existencia de prevención en el órgano jurisdiccional que las acuerda. Basta que la existencia del derecho aparezca como verosímil y probable; la sentencia de fondo del proceso nos dirá si la hipótesis se resuelve en la certeza o en la no certeza de la resolución cautelar adoptada<sup>207</sup>. No se entiende que se pierda la imparcialidad por el Juez aunque adopte una medida cautelar cuya finalidad es claramente instrumental y está ordenada a la eficacia de una resolución, normalmente una sentencia de condena, aún no dictada<sup>208</sup>.

En la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, sobre la responsabilidad penal de los menores, las medidas cautelares están recogidas en los artículos 28 y 29 y se acordarán sólo a iniciativa del Ministerio Fiscal. El

---

<sup>207</sup> FONT SERRA, E.: “Manifestaciones de la justicia preventiva”, en *El sistema de medidas cautelares*, VV.AA. Ed. Universidad de Navarra, Ediciones S.A. Pamplona, 1974. Pág. 146.

<sup>208</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en *El sistema de medidas cautelares*, VV.AA., Ed. Universidad de Navarra, Ediciones S.A. Pamplona, 1974. Pág. 13.

Tribunal Constitucional tuvo ocasión en el fundamento jurídico sexto de su STC 60/1995, de 17 de marzo, de rechazar que la adopción de una medida cautelar suponga la pérdida de imparcialidad, no sólo porque se acuerde a instancia del Ministerio Fiscal, sino que “(...) tales actos (...), no constituyen, en puridad actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales, o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución reserva a Jueces y Magistrados”

En el mismo caso se encuentra el auto de procesamiento del artículo 384 de la LECr, pues es una resolución interlocutoria que implica una toma de posición respecto al fondo de la cuestión, sin que se produzca la parcialidad del órgano jurisdiccional y sin que, por tanto, tenga que abandonar el conocimiento de la instrucción. El Juez que ha dictado un auto de procesamiento en un proceso ordinario por delitos puede seguir conociendo de la instrucción.

#### b) Los recursos devolutivos

Muchas más dificultades presentan todos aquellos otros supuestos en los que se exige la revisión de lo actuado en fase de instrucción por quien va a dictar sentencia, a través de la resolución de los recursos devolutivos, el de apelación o el de queja en el abreviado, frente a resoluciones interlocutorias, artículos 216 y siguientes y 766 de la LECr.

Para FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN<sup>209</sup>, los supuestos más comprometidos son los relativos al auto de procesamiento y el de prisión

---

<sup>209</sup> FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, M. A.: “El derecho fundamental al juez imparcial. Su restricción en el proceso penal actual”, en, *La restricción de los*

provisional; aunque indica que en este último caso si el Tribunal decide mantener la prisión provisional sin más referencias que las previstas en los arts. 502 y ss., y sin otros datos que los tenidos en cuenta por el Juez instructor, no se quebraría su imparcialidad. La resolución de los recursos devolutivos que se pudieran interponer frente a esas resoluciones interlocutorias no producirían la prevención o pérdida de la imparcialidad en el órgano *ad quem* en el caso de que tuviera que conocer de la vista. Si entendemos que no se perjudica la imparcialidad del juzgador cuando adopta una de estas medidas cautelares, por entender que su adopción supone un juicio sobre el fondo pero de carácter meramente provisional sin que se haya formado una convicción definitiva, tampoco cabrá aducir que se incurre en parcialidad si el órgano que va a conocer de la vista oral ha resuelto con anterioridad un recurso de apelación frente a las resoluciones que nos referimos<sup>210</sup>:

### c) El auto de procesamiento

El supuesto dudoso de imparcialidad en el auto de procesamiento se presenta más controvertido y la respuesta debe matizarse en atención a la doble concepción o al distinto momento en que se adopte.

Si el auto de procesamiento se entiende de una manera garantista y se adopta desde un primer momento, por ejemplo, cuando se acuerda una restricción de un derecho fundamental, la respuesta debe ser la misma que en el apartado relativo a las medidas cautelares, es decir, la pérdida

---

*derechos fundamentales de la personal en el proceso penal*, VV.AA., CGPJ, Madrid, 1993. Págs. 275 y ss.

<sup>210</sup> Artículos 504 y 518 relativos a la apelación del auto en que se decreta la libertad provisional, la prisión, su prolongación o excarcelación.

de la imparcialidad por parte del Juez de Instrucción habrá que estimarla cuando acuerde el auto de procesamiento de oficio sin la previa instauración del contradictorio. Esta forma de entender el procesamiento es indudablemente la que favorece la interpretación según la cual el propio órgano jurisdiccional puede dejar sin efecto el auto de procesamiento por él mismo dictado, y parece evidente que es la forma adecuada de concebir su regulación como ha puesto de relieve GIMENO SENDRA<sup>211</sup> al examinar la regulación de la declaración indagatoria, arts. 385 y ss. LECr., demuestra que está pensada para que sea la que prosigue a la detención judicial que a su vez provoca la necesidad del auto de procesamiento. Mientras que si se considera el auto de procesamiento como el culmen del sumario es imposible pensar en su revocabilidad *ex officio*<sup>212</sup>.

Ahora bien, si dicho auto de procesamiento se acuerda, como sucede en la gran mayoría de las ocasiones al final del periodo sumarial, la revisión del mismo que se practica por la vía de apelación va a exigir un conocimiento pleno de todo lo actuado en esa sede, y a continuación tomar partido, circunstancia que también es especialmente evidente, aunque no se trate técnicamente de una apelación, cuando se plantea ante la Audiencia la solicitud de procesamiento al evacuar la acusación el informe del artículo 627 de la LECr al haberse producido la denegación del procesamiento bien porque se desestimó el recurso de reforma en el que se solicitaba el mismo, bien porque se estimó el recurso de reforma

---

<sup>211</sup> GIMENO SENDRA, V.: con VIVES ANTON, T.S.: *La detención*. Ed. Bosch. Barcelona, 1977. Págs. 142 a 153.

<sup>212</sup> HERCE QUEMADA, V con GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal penal*. Ed. Autor Editor 3. Madrid, 1984, págs. 183.

en el que se pedía que se dejara sin efecto el procesamiento acordado<sup>213</sup>. En todos estos casos el órgano que va a fallar debe decidir, a la vista de todo el material recogido durante la instrucción, si existen o no indicios racionales de criminalidad respecto de una persona.

Es cierto que la resolución que se dicte por el órgano *ad quem* puede tildarse de provisional en el sentido de que es requisito para el pronunciamiento sobre el fondo, el que sea que pueda dictarse. Pero dado el carácter de exhaustividad que suele acompañar a las actuaciones instructoras, nos encontraríamos con que la Audiencia ha debido estudiar en profundidad todas las actuaciones de esa fase, que en la mayoría de

---

<sup>213</sup> Artículo 384 párrafos 5º y 6º de la LECr. “Contra los autos que dicten los Jueces de instrucción, decretando el procesamiento de alguna persona, podrá utilizarse, por la representación de ésta, recurso de reforma dentro de los tres días siguientes al de haberlo sido notificada la resolución; y contra los autos denegatorios de la reforma podrá ser interpuesto recurso de apelación en un efecto dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto denegatorio a la representación recurrente. También podrá ser interpuesto el recurso de apelación en un efecto subsidiariamente con el de reforma, en cuyo caso, el Juez instructor declarará admitido aquél al denegar éste. Si se diera lugar a la reforma, quedando sin efecto los procesamientos antes acordados, se estará a lo preceptuado en el párrafo siguiente, en cuanto a la reproducción de la solicitud del procesamiento ante la Audiencia”.

“Contra los autos denegatorios de procesamiento, sólo se concederá a quien haya solicitado éstos el recurso de reforma utilizado dentro de los tres días siguientes al de notificación. Contra los autos denegatorios de la reforma así pretendida, no se podrá utilizar recurso de apelación ni ningún otro recurso; pero podrá reproducirse ante la Audiencia correspondiente la petición de procesamiento formulada por la parte a quien le haya sido denegada, cuando personada ante dicho Tribunal, si hace uso de tal derecho, evacúe el traslado a que se refiere el artículo 627 de esta misma Ley, precisamente dentro del término por el cual le haya sido conferido dicho traslado. El Tribunal, en tales casos, al dictar el auto que ordena el artículo 630, resolverá fundadamente lo que proceda; y sin que pueda dejar al criterio del instructor la resolución, cuando estime procedentes las declaraciones de procesamiento solicitadas, mandará al Juez instructor que las haga. Los procesados a quienes estas resoluciones del Instructor se refieran podrán utilizar directamente el recurso de apelación en un efecto, sin necesidad de que utilicen previamente el de reforma”.



las ocasiones duplican a las que tienen lugar en el juicio oral. En este caso el órgano que va a presidir las actuaciones del juicio oral ha tenido un conocimiento pleno de lo investigado, del objeto del proceso, los hechos y los imputados, aunque las partes acusadoras luego puedan reducir su ámbito en los escritos de calificaciones provisionales. Y la cuestión es que ha debido decidir, que es lo importante a efectos de imparcialidad pues, como veíamos la simple toma de contacto sin exigir la formación de convicción no es causa de parcialidad si existen indicios racionales de criminalidad que avalen o contradigan lo acordado por el Juez de instrucción. A resulta de ello, y tras los argumentos del TC sobre la figura de la imparcialidad objetiva o el Juez predeterminado, hay que concluir que la apelación del auto de procesamiento en estas ocasiones es contraria a la figura del Juez imparcial<sup>214</sup>.

De esta manera y porque es muy difícil distinguir aquellos casos en que el procesamiento se ha acordado desde que surgen los indicios de criminalidad, pudiendo revocarse en cualquier otro momento de la instrucción o, por el contrario, porque tuvo lugar tras la práctica de todas las actuaciones sumariales, lo más conveniente es que la apelación prevista en el art. 384 LECr sea resuelta por quien no va a conocer de la fase del juicio oral. Es evidente que bastaría asignarla a una Sección distinta de la Audiencia Provincial de aquella ante la cual se celebrará el juicio oral.

El propio Tribunal Supremo en su Auto de 8 de febrero de 1993 hace una interpretación de la doctrina del Juez imparcial estableciendo que “Por lo tanto, si un Juez, después de haber dictado formando parte de un

---

<sup>214</sup> De otro parecer es la STS de 25 de junio de 1990, caso el Nani, (FJ 4º y 43º), que argumenta sobre su carácter provisional y como medida que facilita la defensa.

Tribunal colegiado un auto de procesamiento cuya naturaleza indudablemente entraña un juicio de culpabilidad por provisional que se quiera en cuanto que de modo forzoso tuvo para decretarlo que oír previamente al imputado o examinar concienzudamente las actuaciones practicadas para deducir de ellas la atribución provisoria de responsabilidad criminal que hace, interviene posteriormente como integrante de un Tribunal que ha de juzgar y fallar en el fondo del mismo asunto en que tal medida se adoptó, es humano pensar que el procesado y luego juzgado por él, tenga la preocupación de que su causa no va a ser vista y sentenciada con las máximas garantías de imparcialidad”. El razonamiento debe ser aplicable, a pesar de la STC 136/1992, de 13 de octubre, respecto de la acusación, en el sentido de que las actuaciones y resoluciones adoptadas también pueden hacer perder la imparcialidad respecto a las partes acusadoras, siendo evidente cuando la Audiencia decreta la revocación del auto de procesamiento, al interponerse la apelación, de manera subsidiaria o no, frente al auto que deniega la reforma del procesamiento.

En relación con los recursos contra el auto de procesamiento, la jurisprudencia ha venido manteniendo que no queda “contaminada” la Sala al resolver<sup>215</sup>, o que sólo si lo acuerda en contra del instructor, pero no si lo confirma<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup>ATS de 10 de noviembre de 1993 “Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 1990) el derecho a un Juez imparcial queda afectado cuando el mismo Juez que ha realizado actuaciones relevantes en la instrucción de la causa, procede con posterioridad a enjuiciar los hechos que él mismo ha investigado, lo que podría afectar a su imparcialidad objetiva. Sin embargo, esto no tiene relación con la función revisoría que el Tribunal a quo ha ejercido a través de la vía de recurso de apelación, cuya resolución no afecta a la imparcialidad del Tribunal de instancia a la hora de pronunciarse en su sentencia, lo contrario supondría o bien la supresión del recurso

La doctrina actual del Tribunal Supremo sobre la imparcialidad del Tribunal que juzga habiendo conocido del recurso interpuesto contra el auto de procesamiento se recoge en la sentencia del Alto Tribunal 1084/2003, de 18 de julio estableciendo que “Es evidente que la previa intervención resolviendo recursos contra decisiones del juez instructor, no siempre determina una afectación negativa de la imparcialidad. Con carácter general la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. En este sentido, no puede apreciarse, generalmente, perjuicio alguno cuando el Tribunal se limita a comprobar la racionalidad de la argumentación y la corrección legal de la decisión de la que conoce en vía de recurso. Por el contrario, su imparcialidad puede verse comprometida cuando adopta decisiones que suponen una valoración provisional de la culpabilidad que no han sido previamente adoptadas por el Juez instructor, pues ello implica una toma de contacto con el material instructorio y una valoración del mismo desde esa perspectiva. En esas condiciones, el acusado puede abrigar

---

revisor o la creación de un sistema estructural de Tribunales diferente al hoy imperante. La función instructora, que puede afectar a la imparcialidad del juzgador, resulta extraña a la función revisora de una resolución concreta a través de la vía del recurso oportuno y, por ello, no puede decirse que le haya producido en las presentes actuaciones vulneración del derecho a un juez imparcial”. SSTS de 15 de abril de 1998 y 24 de septiembre de 1991, SSTS, de la Sala de lo Militar, de 21 de junio de 1997 y 18 de octubre de 1997.

<sup>216</sup> ATS de 8 de febrero de 1993, SSTS de 8 de noviembre de 1993 y 28 de noviembre de 1997.

sospechas racionales acerca de la imparcialidad del Tribunal, lo que puede afectar negativamente a su derecho”.

Cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencial distingue entre aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la base de un relato que el Tribunal no ha construido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva<sup>217</sup>; o aquellos otros en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento “ex novo” u ordena dictarlo, sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción<sup>218</sup> (en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

En el caso actual la cuestión se plantea como consecuencia de la intervención del mismo Tribunal de enjuiciamiento formado por los mismos Magistrados, en una función de revisión de las decisiones del Juez Instructor, concretamente respecto de su decisión de no acordar el procesamiento. Esa revisión se produce en aplicación conjunta de las previsiones de los artículos 384, 627 y 630 de la LECr, ante la petición de procesamiento realizada por la acusación particular y como consecuencia de la misma, la Audiencia ordenó al Juez dictar Auto de procesamiento.

---

<sup>217</sup> Sentencias 1186/1998, de 16 de octubre, o 1405/1997, de 28 de noviembre, entre otras.

<sup>218</sup> Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y Sentencia de 8 de noviembre de 1993.

Tal decisión, a pesar de la escueta redacción dada a la resolución, implica que el Tribunal ha examinado la petición de la acusación particular en relación con el material instructorio contenido en la causa que tenía en su poder, realizando necesariamente una valoración del mismo antes de resolver sobre lo interesado. Puede afirmarse, por lo tanto, que las sospechas de los acusados sobre la imparcialidad del Tribunal se encontraban objetivamente justificadas. Es cierto que, como resalta el Ministerio Fiscal, los recurrentes no procedieron a recusar a los Magistrados cuando pudieron hacerlo, sin embargo, ello no implica la imposibilidad de estimar el motivo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en el ATC 219/1993, de 1 de julio, ha señalado que cabe afirmar que, si bien la violación de esta garantía esencial del acusatorio [el derecho a un Juez imparcial], se efectúa por la sola circunstancia de que alguno de los Magistrados integrantes del Tribunal que ha de conocer del juicio oral haya efectuado previamente y en el mismo proceso funciones instructoras que comprometan su imparcialidad, la consumación de dicha vulneración, a los efectos de la parte interesada, tan sólo sucederá tras el pronunciamiento de un fallo condenatorio (SSTC 136/192 y 170/1993 y ATC 59/1989), pues será a partir de ese momento cuando los prejuicios o impresiones adquiridos durante la instrucción pueden influir en el dictado de una sentencia condenatoria.

En el caso contrario, si la sentencia fuese absolutoria, es decir, sin gravamen para el recurrente, obvio es decirlo, la vulneración constitucional no habría llegado a consumarse por mucha participación que el Juez sentenciador haya tenido durante la instrucción. En el mismo sentido, en la STC 170/1993, de 27 de mayo, se afirma que la lesión

constitucional, de existir, sólo tendría lugar tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en la primera instancia.

Por lo tanto, si el Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de alegar la infracción del derecho fundamental al interponer el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, carecería de sentido que se negara en casación la posibilidad de reparar, cuanto antes, la vulneración del derecho que se entiende producida”.

#### d) Apelación en el abreviado frente a determinadas resoluciones

En el caso del procedimiento abreviado existe la posibilidad de apelar determinadas resoluciones de fondo; así el artículo 779.1 de la LECr., permite apelar las resoluciones que se acomoden a los tres primeros números de ese apartado, y el artículo 783.1 LECr., permite la apelación frente al auto de sobreseimiento.

En estos casos cuando la pena solicitada supera los cinco años, se produce la pérdida de imparcialidad del órgano jurisdiccional *ad quem* que le impediría conocer la vista de dichos procesos. Al ser la Audiencia Provincial el órgano competente de las apelaciones dictadas en los procedimientos abreviados, en todos aquellos casos en los que la pena no sea superior a los cinco años y el conocimiento corresponda en consecuencia al Juzgado de lo Penal, o al Juzgado Central de lo Penal, como establece el artículo 14.3 de la LECr, con la salvedad de los delitos atribuidos al conocimiento del Tribunal del Jurado, y la Audiencia haya sido la que ha tomado la resolución correspondiente al resolver la apelación, no se plantea, evidentemente, el supuesto del Juez prevenido al que nos venimos refiriendo.

Siendo palmario que la prevención sólo existe cuando coincide el órgano que ha debido formar una convicción determinada sobre los hechos que se le someten con anterioridad a resolver de manera definitiva sobre los mismos. En todos estos casos se va a exigir a la Audiencia que realice un examen detenido de todo lo actuado y a continuación tome partido. Se trata de una resolución en cada una de esas ocasiones en las que la revisión practicada por el órgano *ad quem* supera con creces a la que tiene que efectuar en el caso del auto de procesamiento.

En el supuesto del artículo 779.1.1ª de la LECr, se debe revisar en primer lugar el sobreseimiento acordado. Si existe acuerdo con la decisión del tribunal *a quo* no se plantea problema alguno, pues la terminación del proceso es evidente. Por el contrario si se revoca el sobreseimiento (libre, art. 637.2, o provisional, art. 641.2, ambos de la LECr.) y se decide la continuación del proceso, el órgano al que le corresponde el juicio oral, si es la Audiencia Provincial o la Nacional, en principio, ya ha decidido de antemano que el hecho es constitutivo de delito o bien que existen indicios suficientes para proceder contra el imputado.

En el segundo de los casos del 779.1.2ª de la LECr., cuando se ha determinado que se trata de una falta si el órgano superior está de acuerdo con la resolución acordada tampoco se plantea problema, ya que la cuestión corresponderá a un Juez de instrucción. Sin embargo, en el caso de revocación de esa resolución, y en el poco probable supuesto de que el conocimiento correspondiera a la Audiencia y no al Juez de lo Penal, vuelve a plantearse la figura del Juez prevenido, parcial

objetivamente, ya que ha decidido que el hecho que se le va a someter a su decisión constituye un delito.

El tercer supuesto en los que se permite la apelación en el artículo 779.1.3<sup>a</sup> LECr., se refiere a aspectos meramente formales como es la edad penal o bien que el hecho esté atribuido a la jurisdicción militar. En ambas posibilidades parece evidente que no se exige pronunciamiento de fondo del Juez que le obligue a un conocimiento exhaustivo de los hechos y por tanto no concurriría causa alguna de pérdida de imparcialidad.

En cuanto a la posibilidad de apelación prevista en el artículo 783 LECr., parece que la figura del Juez prevenido es inevitable al conocer el recurso de apelación. En el número 1 se recoge la apelación frente al auto de sobreseimiento que se dicta por iniciativa del Juez de instrucción. Es evidente que en este caso, de coincidir la opinión de la Audiencia provincial con la del Juez de instrucción no existe problema ya que se pone fin al proceso. Ahora bien, cuando el órgano superior revoca dicho auto y cuando corresponda el conocimiento a la misma Sección, ésta se encontraría con un caso en el que previamente ha determinado que los hechos son constitutivos de delito y que existen motivos suficientes para acusar a determinadas personas, que no aparecen exentos de responsabilidad criminal. Estaríamos en presencia del Juez prevenido, por razones obvias.



e) Apelación frente a resoluciones interlocutorias del Juez de instrucción durante el sumario

Nos encontramos ante supuestos en los que se concede la apelación frente a determinados autos del Juez de instrucción, siendo este el caso de los artículos 311, 313 y 384 de la LECr. En ellos se trata de la denegación de petición de diligencias respecto de las partes, la no admisión de la querrela y la petición de diligencias por el procesado.

En el caso de la solicitud de diligencias es evidente que no existe pérdida de imparcialidad cuando la Audiencia resuelve, ya que sólo se juzga la adecuación entre el objeto de la diligencia y el contenido de la denuncia o querrela, por lo que no puede decirse que exista una relación entre la cuestión a decidir y el tribunal decisor de tal naturaleza que conlleve la prevención de éste, ya que esa determinación de la pertinencia de la diligencia solicitada consiste en una comparación fáctica que no exige de la Audiencia conocer o decidir, provisionalmente, sobre el fondo del asunto.

Cuando se trata de la inadmisión de la querrela aun cuando el artículo de la 313 LECr., pareciera exigir un pronunciamiento de fondo, la respuesta debe seguir siendo la misma. En un caso porque es evidente que se trata de resolver una cuestión meramente formal como es la competencia del instructor, sin que se exija más que el conocimiento de los hechos narrados en la querrela y no teniendo, por tanto, que tomar partido sobre ellos. En el otro, “cuando los hechos en que se funde no constituyan delito” implica también una resolución formal, de índole semejante a la que tiene lugar en el caso de inadmisión o desestimación de la denuncia, art. 269 LECr. Se trata sólo de decidir la tipicidad o no de

los hechos descritos, siendo por tanto un pronunciamiento “in genere” de la cuestión que tampoco puede decirse que implique la pérdida de la imparcialidad. La decisión sobre si ciertos hechos deben entenderse tipificados es una cuestión meramente objetiva o formal que no implica pronunciamiento sobre el fondo.

f) La modificación de las normas de reparto como solución procesal

La Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, en sesión celebrada el 11 de marzo de 1993 aprobó una modificación en las normas de reparto en virtud de la que se articulaba un sistema de sustitución entre las Secciones de la Sala de lo Penal para evitar que la resolución de los recursos interpuestos contra decisiones de los jueces centrales de instrucción recayeran en la misma Sección encargada de juzga el asunto<sup>219</sup>.

La modificación se produjo después de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo anulara el juicio del “caso Tous” por la “contaminación” del Tribunal, uno de cuyos miembros había ordenado con anterioridad el procesamiento de varios implicados.

---

<sup>219</sup> “A partir del 15 de marzo de 1993, ninguna Sección conocerá de los recursos de queja o de apelación que se interpongan contra resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Instrucción cuyo enjuiciamiento y fallo vaya a corresponderle de acuerdo con las actuales normas de reparto (...) 5. En cuanto a los recursos contra resoluciones del Juez Central de lo Penal, tan sólo se llevará a cabo la transmisión de recursos, de manera semejante a la antes señalada, cuando una Sección perciba que previamente ha resuelto, en el mismo asunto, algún recurso de queja o de apelación contra resoluciones del Juez de Instrucción. 6. Cuando los miembros de una Sección hayan mandado que se dicte Auto de procesamiento, en el trámite que prevé el art. 631 en relación con el 384 LECr., aquellos serán sustituidos por otros Magistrados de la misma Sala para el enjuiciamiento y fallo del asunto.”

El cambio de las normas de reparto en la Audiencia Nacional iba, no obstante, mucho más allá. No se refería sólo al supuesto de que las Secciones mandaran dictar autos de procesamiento, sino que determinó, con carácter general y de forma imperativa, que ninguna Sección a la que correspondiera juzgar un caso resolviera durante la instrucción del procedimiento por parte de los jueces centrales de instrucción cualesquiera recurso de apelación y queja contra decisiones de éstos.

Se estableció también que los recursos relativos a procedimientos cuyo enjuiciamiento correspondía a la Sección Primera pasaran a ser resueltos por la Segunda; los que correspondían a la Segunda por la Tercera y los de la Sección Tercera por la Primera.

Dicho acuerdo fue recurrido en vía administrativa, ante el Pleno del CGPJ y además se solicitó su suspensión cautelar, que fue desestimada..

El vocal del Consejo General del Poder Judicial, DE LA OLIVA SANTOS, en su voto particular a la Resolución acordada por el Pleno del CGPJ el 1 de abril de 1993, fundamento tercero, indicó que los puntos 1 y 5 del Acuerdo no regulaban normas administrativas relativas al reparto de asuntos, sino de competencia funcional contrarias al artículo 220 LECr., y por consiguiente no podían ser acordadas por una Sala de Gobierno, por lo que resultan contrarias al art. 117.3 CE, lo que además conllevaba la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Por el contrario en el Acuerdo del Pleno de 11 de mayo de 1994<sup>220</sup>, se declaró nulo el Acuerdo impugnado al resolver el recurso ordinario, por entender que las normas de reparto aprobadas “en lugar de producirse

---

<sup>220</sup> Decidido por unanimidad y del que fue ponente el vocal Juan Xiol.

con una incondicional subordinación a la interpretación que los Tribunales hagan de las normas legales de competencia, junto con el contenido que le es propio, intenta introducir un novum en aquella interpretación e invade en este último aspecto el terreno de la determinación de la competencia reservada a la ley (art. 117.3 inciso primero CE), rebasa con ello el ámbito de la potestad para organizar el reparto (art. 152 LOPJ) y se inmiscuye al propio tiempo en el ámbito reservado frente a los órganos gubernativos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3, inciso segundo CE), que comporta también el decidir sobre la competencia”.

#### g) La fase intermedia

El supuesto restante sobre la prevención o la pérdida de imparcialidad objetiva, se refiere a la fase intermedia.

Si la misma decisión de clausurar el sumario mediante auto implicaba una toma de posición tácita por parte del órgano instructor, mucho más evidente todavía es la toma de la decisión en sede de fase intermedia cuando hay que decidir si continuar el proceso mediante la apertura del juicio oral, o si bien lo que procede es ponerle fin mediante el auto de sobreseimiento. Circunstancia que es especialmente evidente si se piensa que la resolución que acuerda el sobreseimiento definitivo, artículo 637 de la LECr produce efectos de cosa juzgada material. De esta manera el pronunciamiento de la Audiencia o del Juez instructor sobre el fondo resulta especialmente fundado en el conocimiento de lo actuado, ya que de otra manera sería imposible otorgar el efecto comentado a una de las

posibles soluciones que allí se acuerden. CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>221</sup> se refiere a ellas como pronunciamiento de forma, ya que no versan sobre el fondo, es decir, el derecho de penar; sino sobre el derecho de acción o derecho al proceso. Las resoluciones adoptadas responden por tanto a un convencimiento del órgano fundado en el material fáctico de tal calibre que deberían impedir que quien ha resuelto en un sentido u otro pueda ser el mismo que conozca del juicio oral.

En el caso del procedimiento abreviado es altamente laudable, como afirma GIMENO SENDRA<sup>222</sup>, la decisión del legislador de que sea el mismo Juez de instrucción el que resuelva esta cuestión a la vista de los escritos de acusación<sup>223</sup>. De esta manera se evita cualquier tipo de parcialidad en la que se pueda pensar. Nos referimos a parcialidad del órgano que va a pronunciar el fallo definitivo, claro que en un exceso de purismo puede ponerse en duda la imparcialidad del órgano jurisdiccional para decidir esta cuestión, ya que el artículo 779.1 de la LECr en sede de diligencias previas ya le había exigido que se pronunciara sobre el fondo, permitiéndole el sobreseimiento libre, o bien el provisional, a tenor de la redacción del art. 779.1.1<sup>a</sup>, o bien la continuación por los trámites del capítulo siguiente, art. 779.1.2<sup>a</sup>.

Pero volviendo al proceso ordinario por delitos, nos encontramos con que la decisión de abrir o no el juicio oral se encuentra en manos del órgano que va a pronunciar la sentencia. La Audiencia se va a enfrentar a

---

<sup>221</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La cosa juzgada penal*, Ed. Real Colegio de España. Bolonia, 1975. Pág. 90 y ss.

<sup>222</sup> GIMENO SENDRA, V.: “Los derechos al Juez imparcial y de defensa en el proceso penal abreviado”, *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*. Ed. Universidad de Granada. Granada, 1994, pág. 51-64.

<sup>223</sup> Artículo 780 de la LECr.

un proceso en marcha en el que puede que haya tenido que pronunciarse sobre la conveniencia o no del auto de procesamiento, al haberse interpuesto apelación contra el auto que lo acordaba. Puede ocurrir que dada la prontitud de cuando se determinó éste, el conocimiento no le haya hecho perder la imparcialidad. Sin embargo, no cabe duda alguna al respecto cuando se le obliga a un primer examen de todo lo actuado al reproducirse la petición de procesamiento por las partes acusadoras, del artículo 384 de la LECr, cuando se denegó la reforma interpuesta contra el auto que denegaba dicho procesamiento o bien cuando se aceptó la reforma interpuesta contra el auto que lo acordaba.

La Audiencia va a tener que resolver si de lo practicado en la instrucción existen motivos racionales de criminalidad. Y si lo determina tendrá que volver a pronunciarse sobre lo mismo en sentencia, esta vez sólo sobre la base de las pruebas practicadas en el juicio oral, tal como establece el artículo 741 de la LECr. Es imposible defender que estemos ante la presencia de un órgano imparcial, en el sentido de falta de prevención o imparcialidad objetiva.

Si todavía es pensable hipotéticamente el supuesto en que el procesamiento se dictara por el Juez de instrucción y no se apelara dicho auto, con lo cual la Audiencia no tendría que examinar todo lo actuado en fase sumarial, de lo que no puede haber ninguna duda es de la necesaria prevención de la Audiencia al obligársela a reexaminar toda la instrucción para que se posibilite el pronunciamiento sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, del sobreseimiento o incluso de la práctica de nuevas diligencias.

El artículo 630 de la LECr, obliga, en primer lugar, a pronunciarse sobre la revocación o no del auto que da por terminado la instrucción. Si se solicita el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, dicho pronunciamiento pierde entidad propia. Si por el contrario se solicita la práctica de nuevas diligencias por las partes<sup>224</sup>, puede pensarse que la Audiencia no va a limitarse sólo a decidir sobre la pertinencia de las mismas, sino que va a tener que considerar lo fundado de la petición de ellas.

En estos casos se produce un juicio previo sobre los resultados de las actuaciones practicadas hasta entonces. Pero suponiendo que ninguna de las partes solicita la práctica de diligencias, y sólo se pide la apertura del juicio oral es evidente que no se obliga a la Audiencia a ningún tipo de pronunciamiento sobre el fondo si se entiende que queda vinculada a la

---

<sup>224</sup> El artículo 627 de la LECr dispone que “Transcurrido dicho término, el Secretario judicial pasará los autos para instrucción por otro, que no bajará de tres días ni excederá de diez, según el volumen del proceso, al Ministerio Fiscal, si la causa versa sobre delito en que deba tener intervención, después al Procurador del querellante, si se hubiere personado, y por último a la defensa del procesado o procesados.

Si la causa excediere de mil folios, el Secretario judicial podrá prorrogar el término, sin que en ningún caso pueda exceder la prórroga de otro tanto más.

Al ser devuelta, se acompañará escrito conformándose con el auto del inferior que haya declarado terminado el sumario, o pidiendo la práctica de nuevas diligencias.

En el mismo escrito, si la opinión fuera de conformidad con el auto de terminación del sumario, se solicitará por el Ministerio Fiscal, cuando intervenga, por el Procurador del querellante, si lo hubiere, y por la defensa del procesado o procesados, lo que estimen conveniente a su derecho, respecto a la apertura del juicio oral o sobreseimiento de cualquier clase”.

petición de las partes<sup>225</sup>. Sin embargo, el sobreseimiento regulado en el artículo 645 de la LECr permite que se acuerde el mismo, si a juicio de la Audiencia el hecho no sea constitutivo de delito situación prevista en el artículo 637.2 de la LECr. Lo que explica que la posición del Tribunal no es de absoluta pasividad, sino que se le obliga a una toma de postura sobre el fondo.

Todavía más evidente es la exigencia de pronunciamiento sobre el fondo para la Audiencia en el caso de que lo solicitado sea el sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal. La actitud del Tribunal está más que meridianamente clara en los artículos 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el primero de ellos la búsqueda de acusador particular se supedita al juicio de oportunidad que formule la Audiencia; así, se emplea la expresión, “podrá el Tribunal acordar...”. Es evidente que dicha posibilidad no puede acordarse sobre nada, es decir por cuestión de capricho, sino que ha de descansar en el juicio que se ha tenido que formular previamente sobre la procedencia o no de la apertura del juicio oral. Sólo si la Audiencia entiende que procede la apertura de la vista oral tiene sentido buscar a una parte acusadora.

Pero donde no cabe lugar a dudas es en el caso del artículo 644 de la LECr., el órgano jurisdiccional está tan convencido de que no procede el

---

<sup>225</sup> El artículo 632 de la LECr establece que “Si fuere confirmado el auto declarando terminado el sumario, el Tribunal resolverá, dentro del tercer día, respecto a la solicitud del juicio oral o de sobreseimiento” y el artículo 633 del mismo Cuerpo legal dispone que “En el auto en que el Tribunal acuerde la apertura de juicio oral se dispondrá el traslado a que se refiere el artículo 649, sin perjuicio de lo determinado en el capítulo II de este libro”



sobreseimiento y, por tanto, que “existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho”, que “el hecho (no) sea constitutivo de delito, que no “aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados”,<sup>226</sup>, y además “que resulte debidamente justificada la perpetración del delito” y que “haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autos, cómplices o encubridores”<sup>227</sup>, que a pesar de que nadie ha acudido a su llamada, se pone en contacto con el superior del Ministerio Fiscal.

En palabras de DÍAZ CABIALE<sup>228</sup> debe concluirse que la actual regulación del proceso ordinario por delitos es contraria a las exigencias constitucionales en lo que se refiere a la atribución de la fase intermedia al órgano que va a fallar. Del mismo parecer es VERGÉ GRAU<sup>229</sup> que concluye que la regulación del procedimiento abreviado supone una evidente mejoría. Razones de economía procesal nos inclina a una reforma en la que el Juez de instrucción en los procesos ordinarios por delitos conozca también de la fase intermedia.

---

<sup>226</sup> Artículo 637 de la LECr. “Procederá el sobreseimiento libre: 1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

<sup>227</sup> Artículo 641 de la LECr. “Procederá el sobreseimiento provisional: 1. Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

<sup>228</sup> DÍAZ CABIALE, J.A.: *Principios de aportación de partes...*, *op.cit.* pág. 494.

<sup>229</sup> VERGÉ GRAU, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Ed. J.M. Bosch, Editor. Barcelona, 1994. Págs. 94-95.

## h) Cambio de procedimiento

Otras de las posibilidades de la existencia de un Juez prevenido tiene lugar en aquellos procedimientos abreviados cuyo conocimiento se atribuye a la Audiencia Provincial<sup>230</sup>, cuando en el momento de las conclusiones definitivas el hecho se califica como uno de los que debe enjuiciarse a través de los cauces del procedimiento ordinario.

Este cambio de calificación puede traer causa de dos supuestos distintos:

---

<sup>230</sup> Art. 14.3 LECr. “Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, o del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801.No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste”.

Art. 14.4 LECr. “Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. No obstante, en los supuestos de competencia de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal de Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste”.

Art. 757 LECr. “Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración”.

Por un lado, cuando de la actividad probatoria resulten nuevos hechos, lo que a su vez implica un cambio del objeto del proceso, que exige en virtud del derecho de defensa y del principio acusatorio la incoación de una instrucción conforme a las previsiones del procedimiento ordinario.

Por otro, cuando el cambio de calificación no se sustente en la apreciación de nuevos hechos, sino sólo en la distinta valoración que se haga del complejo fáctico, aunque en este caso también cabría hablar de un cambio del objeto del proceso si se trata de distintos bienes jurídicos, tal como indica el apartado 4 del artículo 788 de la LECr.

En ambos supuestos es de aplicación lo previsto en el art. 760 de la LECr que obliga a continuar “conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales”. Lo cierto es que tanto en uno como en otro caso procede una retroacción a la instrucción: en el primero, por exigencias de la lógica; y en el segundo, porque no cabe la apertura del juicio oral en un procedimiento ordinario sin que haya mediado el correspondiente auto de procesamiento.

#### i) Quebrantamiento de forma y recursos de casación y apelación

En las anteriores situaciones en que se produce una lesión al derecho al Juez imparcial, nos hemos referido a que la entrada de un tercer órgano jurisdiccional es una solución poco deseable desde la economía procesal y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, en varios de los siguientes supuestos se hace necesaria la presencia de un órgano jurisdiccional distinto, sin que quepa otra

solución. Nos referimos a todos aquellos casos en los que la apreciación de una infracción de presupuestos procesales conlleva la nulidad de lo actuado y una retroacción del proceso hasta el momento en que tuvo lugar ese quebrantamiento de forma.

Es evidente que si el órgano superior ordena esa solución ante la gravedad de la inobservancia de los presupuestos procesales, el órgano que resolvió se encuentra ante un supuesto ya resuelto en el que tomó partido mediante la sentencia y, por lo tanto, es prácticamente imposible pensar que no se encuentre prevenido y que el resultado pueda ser distinto al de la resolución originaria.

En el supuesto de que se hubiera interpuesto recurso de casación al amparo del art. 850.4 LECr., por denegación indebida de una pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, y el Tribunal Supremo entendiera que efectivamente había lugar a formular la pregunta en cuestión a un testigo, procediendo con arreglo al art. 901 bis a) a reponer las actuaciones al periodo probatorio para que se subsanara ese quebrantamiento. Nos preguntamos si hay alguna probabilidad de que después de formular la pregunta o practicar la prueba denegada se altere el sentido del proceso. La respuesta es claramente negativa.

En el caso del proceso penal es de destacar la vulneración del derecho a un Juez imparcial que nos lleva al planteamiento de diferentes supuestos.

Tratándose del recurso de casación en los supuestos de quebrantamiento de forma que regulan los artículos 850 y 851, con gran claridad se aprecian en los números 1, 3 y 4 del art. 850, relativos todos ellos a la denegación de un medio de prueba, y que hacen dudar de que la

práctica de una prueba evite la repetición del resultado. En el número 2, la ausencia de citación de alguna parte, es evidente que se aumentan las probabilidades de alterar el resultado del proceso, ya que la presencia de la parte citada le brindará la posibilidad de defenderse mediante la solicitud de nuevos medios de prueba. Sin embargo, el tribunal que va a fallar no sólo ha tenido contacto con los hechos sino que ha adoptado una posición frente a ellos, por lo que la carga que se hace recaer en el compareciente es casi imposible de levantar en la gran mayoría de los supuestos. En el último supuesto previsto en el art. 850, la falta de declaración de rebeldía, es obvio que habría que repetir el proceso casi en su totalidad, bien mediante la declaración de rebeldía o bien con la comparecencia del ausente no declarado rebelde. En uno y otro caso se hace necesario evitar la predeterminación del órgano jurisdiccional para que no se produzca un mero ritual carente de sentido.

Por lo que se refiere a los vicios de forma al dictar sentencia la solución es mucho más difícil. En general, lo que procede únicamente es la repetición de la misma, por lo que no tendría que producirse la existencia del Juez prevenido, ya que se trata en la mayoría de las ocasiones de corregir algún extremo del fallo. No parece que en estos casos pueda esgrimirse como obstáculo a la actual regulación la presencia de un Juez prevenido, ya que el defecto procesal no requiere una nueva repetición de las actuaciones que exigiría alterar el órgano que conoció para que éstas adquirieran verdadero sentido. Es decir, si el defecto por quebrantamiento de forma no conlleva que la convicción del órgano jurisdiccional se formara indebidamente, esta circunstancia no es impedimento alguno para subsanar el defecto, con lo que la doctrina del Juez prevenido no es aplicable. En el caso al que nos venimos refiriendo

se encuentran indudablemente los supuestos establecidos en los números 1,2, 3 y 4 del artículo 851.

Algo distinto ocurre con lo previsto en los números 5 y 6 del citado artículo. El número 5 hace referencia que se dicte la sentencia por menor número de Magistrados de los indicados en la ley o sin la concurrencia de votos conformes requeridos. En ambos supuestos es posible que se produzca una nueva vista, ya que la exigencia de la inmediación impide que un magistrado no presente en las sesiones del juicio oral tratara de completar el número de Magistrados que componen la Sección o bien se incorporase a la votación para dirimir la discordia. En esa hipótesis parece evidente que sí tendría aplicación lo que hemos venido aduciendo respecto de la exigencia de imparcialidad, debiendo conocerse por otra Sección.

En el caso de que la Audiencia constara sólo de una Sección, DÍAZ CABIALE<sup>231</sup> está a favor de que el nuevo conocimiento de las actuaciones del juicio oral tengan lugar ante una Sección de la Audiencia Provincial más cercana, siempre que dicha solución se recoja expresamente en la legislación, ya que de otra manera se lesionaría el derecho al Juez legal predeterminado por la ley, y las normas de competencia funcional recogidas en los arts. 901 bis a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

<sup>231</sup> DÍAZ CABIALE, J.A.: *Principios de aportación de parte... op.cit.* pág. 503.

## j) Coimputación

También cabe supuestos de prevención en aquellos casos en los que al existir varias personas imputadas respecto de la comisión de uno o varios delitos, en los que se permite la ausencia del imputado<sup>232</sup> y una de ellas sea declarada en rebeldía continuará el proceso respecto de los restantes<sup>233</sup>, lo que se conoce también como litisconsorcio pasivo penal, que es voluntario a diferencia del activo que resulta necesario.

MONTERO AROCA<sup>234</sup> prefiere hablar, en el caso de pluralidad de partes acusadoras de litisconsorcio activo cuasi–necesario, dado que para el desarrollo del proceso no se exige la presencia de todos ellos y, en el caso de la coimputación habría que hablar de acumulación y no de litisconsorcio, ya que la sentencia tendrá tantos pronunciamientos como acusados.

---

<sup>232</sup> Artículo 786 LECr “La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes. La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

Artículo 971 LECr “La ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquel”.

<sup>233</sup> Artículo 842 de la LECr “Si fueren dos o más los procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás”.

<sup>234</sup> MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011. pág. 64.

En estos casos se plantea la posibilidad de que la misma Sección de la Audiencia o el mismo Juzgado, vuelvan a conocer del proceso posterior una vez que sea hallado el rebelde.

La cuestión es si el haber conocido del proceso anterior originaría la prevención respecto del segundo.

Por lo general, la presencia de más de un imputado en un proceso se debe a dos circunstancias distintas: en primer lugar, la participación de varias personas, aun en distinto grado en un mismo delito, es decir, un delito y diversos imputados; y, en segundo lugar, también cabría la pluralidad de imputados en el proceso penal cuando se tratara de enjuiciar delitos conexos que implican o consienten esa pluralidad de imputados. Esto es, distintos delitos con distintos imputados.

En aquellos casos con participación de más de una persona en la comisión de un mismo delito, no existe duda, de que el Juez o Tribunal que enjuicia la causa respecto de alguno de ellos no puede dejar de formarse una convicción determinada sobre la participación del declarado en rebeldía, aunque fuera en distinto grado; pues al conocer las circunstancias en que tuvo lugar la comisión del delito va a ser imposible evitar la formación de la convicción acerca de la participación del rebelde en los hechos.

Por ello, parece imposible no dejar de reconocer que el derecho al Juez imparcial en la modalidad de la prevención requeriría que el órgano jurisdiccional que enjuiciara ese segundo proceso fuera distinto que quien conoció del primero.



### k) Juicio de faltas

En la regulación procesal del juicio de faltas no hay propiamente una actividad instructora previa, así lo ha reconocido el TC en su auto 799/85<sup>235</sup>, de 13 de septiembre. Aunque es posible que por la vía práctica de actuaciones preliminares o preparatorias, o por haberse instruido previamente el proceso con arreglo al procedimiento por delito y posteriormente el hecho delictivo sea considerado como falta, el Juez competente para el enjuiciamiento y fallo de esta falta haya practicado previamente una auténtica instrucción. Así MONTÓN REDONDO<sup>236</sup> indica que “la carencia de procedimiento preliminar determina que no puede ponerse en duda la imparcialidad objetiva del juez. Pero es evidente que puede haber desarrollado actividad investigadora previa (por ej., al considerarse falta hechos sobre los que se han practicado diligencias previas como instructor, estimándose competente para su conocimiento) lo que abriría camino a una posible abstención o recusación”.

El Tribunal Constitucional en una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 14 LECr que encomienda la instrucción de los delitos y el enjuiciamiento de las faltas al mismo órgano judicial si con anterioridad había realizado actividad instructora previa, no considera que esta

---

<sup>235</sup> “En el juicio de faltas no nos encontramos ante una instrucción sumarial, sino fundamentalmente ante un supuesto en el que el juzgador practica diligencias de esclarecimiento de los hechos”.

<sup>236</sup> MONTÓN REDONDO, A. (con MONTERO AROCA, J; GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional, Tomo III. Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 562. En parecida línea RAMOS MÉNDEZ, F.: *El proceso penal. Lectura Constitucional*, J.M. Bosch editor, Barcelona 2001, págs. 44-45. BONET NAVARRO, J.: “La transformación de procedimiento por delito a juicio de faltas y el derecho a un juez imparcial”. *Tribunales de justicia*, núm. 7, julio 1997, págs. 751 y ss.

circunstancia haga inconstitucional el precepto, pues “esta acumulación de funciones de más o menos frecuencia no será nunca consecuencia obligada de la norma (...)” (ATC 371/90, de 16 de octubre). Pero no desdeña que “en virtud de una determinada concatenación de circunstancias (fundamentalmente la de que, iniciada una instrucción, los hechos que la han originado sean calificados como falta) en realidad sea el mismo Juez que ha instruido el que en principio ha de fallar”. En consecuencia, si esta circunstancia origina un conflicto “entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción, el propio Juez o las partes habrán de resolverlo utilizando los instrumentos que ofrecen, entre otros, los arts. 219 LOPJ y 55 LECr.”.

#### 1) La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores

El Juez de Menores, órgano revestido de una especial caracterización de imparcialidad<sup>237</sup> e independencia, se convierte en un juez de garantías durante la instrucción<sup>238</sup> y juez de enjuiciamiento penal<sup>239</sup>, habiéndose ya

---

<sup>237</sup> Aunque no con exclusividad ya que a la imparcialidad también se debe el Ministerio Fiscal (art. 2.1 Ley 50/91 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

<sup>238</sup> El artículo 23.3 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece que “1. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada” en relación con los artículos 28 y 29 de la misma ley que disponen que “El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro

---

en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. 2. El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme. 3. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza. El Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. 4. El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo. 5. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente. 6. El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar”.

Artículo 29. “Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1, 2 ó 3 del artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley”.

<sup>239</sup> El artículo 33 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores dispone que “En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el

pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional con la anterior legislación (LO 4/1992), en su sentencia 60/1995, de 17 de marzo de 1995, sobre su imparcialidad cuando se ve obligado a adoptar algunas de las decisiones de la fase intermedia o alguna medida cautelar, estimando que en esa legislación, como en la vigente, no se daña esta imparcialidad al actuar a instancia de parte (Ministerio Fiscal) y no de oficio.

Esta posición judicial en la que se realizan funciones durante la instrucción limitativas de derechos fundamentales, se adoptan decisiones en la fase intermedia y se dicta sentencia, podría interpretarse como contradictoria con la posición imparcial del juzgador. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya se pronunció claramente sobre este tema descartando la supuesta contradicción, al decir por lo que respecta al internamiento cautelar que: “de la redacción del precepto [art. 15.1.5., apartado segundo LORPM], claramente se infiere que, a diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí el internamiento cautelar del menor sólo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada.

---

Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: a) La celebración de la audiencia. b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones. c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal. d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto. e) Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia”.

La anterior circunstancia, unida a la de que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva por lo que puede la defensa penal combatir con eficacia dicha resolución limitativa del derecho a la libertad, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, siendo, por lo demás, aplicable al supuesto examinado la doctrina del Tribunal Europeo sustentada en el caso Hauschildt (Sentencia de 24 de mayo de 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, de 16 de diciembre de 1992), según la cual, cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar, dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público-instructor, la acusación y la defensa.

En lo que se refiere a la fase intermedia, se indica que: ninguna violación del Juez imparcial puede producirse por la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la del juicio oral (por lo demás, existente también en el proceso penal ordinario para delitos graves: arts. 622 y ss. de la L.E.Crim.), toda vez que no puede existir asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras allí donde,

por haberse concluido ya la instrucción, tan sólo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y la de su efectiva realización .

A pesar de esta doctrina del Tribunal Constitucional, se siguen alzando voces sobre la constitucionalidad de los preceptos que atribuyen al Juez de Menores facultades de práctica de diligencias limitativas de derechos fundamentales durante la instrucción o adopción de medidas cautelares, ya referidos. Desde la perspectiva del principio acusatorio la imparcialidad se logra cuando el juez que ha de fallar no ha tenido contacto con el material instructorio de modo que cuando se inicie el momento de la vista oral el juzgador acuda a ella dispuesto a emitir un juicio no viciado por ningún prejuicio ni ninguna predisposición derivados del contacto con el material instructorio<sup>240</sup>.

La sentencia del TC 145/1988, de 12 de julio, toma como fundamento de su decisión un hecho que es evidente, cual es que toda instrucción provoca el nacimiento de juicios de valor sobre los hechos investigados en quienes intervienen en ella. Un juicio de valor es, por ejemplo, lo que hace el Juez de Instrucción cuando concluye la existencia o inexistencia de motivos para abrir el juicio oral. Por ello resulta difícilmente creíble que el juzgador no acuda a la vista con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado, si es él mismo quien ha concluido la investigación, ordenando la apertura del juicio oral. Era lógico y acertado, pues, declarar la no constitucionalidad de la identidad de juzgador y de instructor en un mismo procedimiento.

---

<sup>240</sup> SAEZ GONZÁLEZ, J.: *“Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor”*, en Anuario de Justicia de Menores, 2001, nº 1. Editorial Astigi. Sevilla, 2001. Pág. 56.

Pero tampoco parece desacertado afirmar que ese efecto de formarse opinión sobre la culpabilidad del acusado se produce también en cualquiera que de algún modo tiene que entrar en contacto con los hechos y con el acusado. Este problema se plantea cuando esas inmersiones en el transcurso de la instrucción la llevan a cabo quien, a pesar de no ser instructor, tiene que intervenir en la investigación por diversos motivos y, con posterioridad, ha de dictar sentencia sobre el fondo del asunto. Ciertamente que no todo contacto con un sumario o con unas previas tienen que producir ese efecto contaminador. Pero, de antemano, debemos comenzar advirtiéndolo que, cuando menos, una sombra de duda y de sospecha vuela alrededor de estas intervenciones.

En cualquier caso hay que mantener la afirmación de que es cierto que no toda intervención en las actuaciones de un procedimiento de instrucción contamina. A lo largo de las previas, del sumario o del expediente de reforma hay intervenciones que no forzosamente implican el nacimiento de un prejuicio. Por ejemplo, hablando de la Ley Orgánica sobre la Responsabilidad Penal de los Menores, en el artículo 25. VI se establece la posibilidad de que el perjudicado reitere ante el Juez de Menores su petición de personación durante la instrucción cuando haya sido denegada por el Fiscal. No parece, en principio, que una decisión al respecto implique una actividad de la que pueda derivarse valoraciones sobre el fondo del asunto. Los juicios que pueden surgir hacen referencia más bien a aspectos puramente procedimentales, a la observancia o al cumplimiento de los requisitos que la Ley establece para admitir o rechazar la personación.

La jurisprudencia constitucional aprecia que lo que contamina es haber reunido material para celebrar el juicio y haber estado en contacto con las

fuentes que proporcionan la información requerida. Desde esta posición está claro que son éstos los elementos que nos sirven para delimitar cuándo nos encontramos en una situación concordante o discordante con el espíritu de la Constitución o, más simplemente, cuándo la opinión del juez puede aparecer contaminada<sup>241</sup>. En este sentido en el fundamento jurídico 7º de la sentencia referida el TC entiende que Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador toma las decisiones que corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto de la culpabilidad del demandado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora .

Podemos plantear ahora qué condiciones deben darse para que la actividad instructora del Juez no violente el principio del Juez imparcial.

En opinión de GÓMEZ COLOMER<sup>242</sup>, esas condiciones son tres.

La primera, que el Juez que instruya o participe en actividades, aunque mínimas, de instrucción, siendo autoridad instructora del proceso el Ministerio Fiscal, no sea el juez sentenciador o, en el hipotético caso de que lo sea, (lo que no sucede en este proceso), no practique actos de los que pueda obtener un prejuicio acerca de la culpabilidad o inocencia del encausado.

---

<sup>241</sup> SAEZ GONZÁLEZ, J.: “*Imparcialidad y situaciones.....*”, pág. 59.

<sup>242</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Juez y Partes en la propuesta de reforma de 2005/2006 del Proceso Penal de Menores” en *Estudios sobre la responsabilidad del Menor*. Edita Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón 2006, pág. 324.



La segunda, que exista una mínima actividad instructora realizada por el Ministerio Fiscal o solicitada por él antes de intervenir, de manera que la actividad judicial que se pueda producir tenga carácter complementario y no sustitutorio. Ello está implícitamente reconocido en los artículos 6, 16 y 23 LORPM, al establecer las obligaciones del fiscal y la necesidad de investigar antes de formular la acusación; y

La tercera que antes de ejecutarse los actos de instrucción, o medidas restrictivas como consecuencia de la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, que deba ordenar el Juez, sean oídas las partes, en especial el Ministerio Fiscal y así se prevé específicamente por la adopción de medidas cautelares en el artículo 28.1º LORPM.

Nuestro propio Tribunal Constitucional, muy discutiblemente, entiende que la actividad del Juez de Menores no es instructora en esta fase, sino de salvaguarda de las garantías del proceso por vía de recurso<sup>243</sup>. Las normas que arrastran desde la LO 4/92, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores<sup>244</sup> y que han dado lugar a interpretaciones de nuestro órganos jurisdiccionales muy criticables, revelan sin embargo indubitadamente que no sólo hay control de la investigación, sino que existe actividad investigadora, escasa y limitada, pero la hay, en este proceso por parte del Juez de Menores. Y es que el Juez de Menores realiza una cierta investigación cuando autoriza diligencias solicitadas por la defensa que han sido denegadas por el Ministerio Fiscal (arts. 26.1 y 33.e) LORPM) pues no sólo debe observar la legalidad de lo solicitado, sino que también

---

<sup>243</sup> STS 60/1995, de 17 de marzo; y el auto TC 148/1999, de 14 de junio.

<sup>244</sup> Vigente hasta el 13 de enero de 2001.

debe practicarlas por sí mismo cuando el Ministerio Fiscal haya concluido la investigación; cuando decide actos de investigación restrictivos de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3 LORPM), pues debe valorar entonces los hechos y la participación en los mismos del imputado de acuerdo con el principio de proporcionalidad, lo que implica la práctica de actos por el propio juez.<sup>245</sup>

Son situaciones en las que puede haber aportación de datos y de información al Juez de Menores en grado suficiente como para que exista motivo más que suficiente para la duda. No todos los supuestos provocan la misma valoración. Pero es que, además, desde un punto de vista técnico en varios de estos casos es muy difícil establecer cuando hay un riesgo claro de contaminación. Es preciso descender en cada caso al examen concreto de cada asunto para tratar de averiguar si queda pre-enjuiciado o no. Aun así en muchos supuestos no será posible sino establecer una posibilidad de sospecha más que una duda real, tal como sucede en los siguientes casos:

1º.) El menor tiene derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente: (artículo 22.1.d) LORPM).

La expresión Juez o Tribunal es muy genérica. Tanto puede referirse al Juez de Menores como al Juez de Instrucción e, incluso, a la Audiencia Provincial en los posibles recursos que se puedan plantear en la vía civil de los que resulte competente. El hecho de que sea una reiteración del principio básico del proceso como es el de que las partes,

---

<sup>245</sup> APARICIO BLANCO, P.: “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de Menores”. *Revista del Poder Judicial* 2000, núm. 60, pág. 191 y ss y 205 y ss.

y por tanto también el menor, sean oídas no es sino expresión de la voluntad del legislador de reforzar esta garantía. Las resoluciones a que se refiere la ley pueden referirse a posibles medidas cautelares en la instrucción y a las medidas que conlleva la sentencia sobre el fondo del asunto. El problema aquí se plantea desde la perspectiva general, esto es, dependerá de la información a la que le sea necesario acceder al Juez de Menores para adoptar la resolución durante la instrucción para considerar enturbiado por la misma la resolución sobre el fondo. En teoría, al menos, cuanto más próxima al comienzo de las actuaciones se adopte la medida cautelar personal más lejana se encuentra la posibilidad de que el juzgador se encuentre en posición de prejuicio.

2º.) El Juez de Menores debe aprobar la presencia de padres o de otra persona que indique el menor, como parte de esa asistencia afectiva y psicológica a la que el menor tiene derecho (artículo 22.1.e) LORPM).

Este es un supuesto que de algún modo está relacionado con el anterior. Ciertamente, el que una persona asista al menor con su apoyo afectivo es una medida que le repercute personalmente y que, por consiguiente, ha de ser acordada después de haberse procedido al trámite de audiencia al menor visto en el apartado anterior. Sin embargo, en esta ocasión el grado de implicación es mayor. No sólo hay que oír al menor, sino también estudiar las circunstancias que rodean a su persona, valorar su situación psíquica y relacionar todo ello con la naturaleza de los hechos causa de las actuaciones y con las medidas a adoptar. Parece obvio que el menor, aunque no lo acuerde el Juez, si está en su casa recibirá el apoyo de sus padres, por lo menos. La decisión de autorizar la presencia de los padres o de otra persona se da, pues, en un contexto

diferente. Todo ello parece indicar que nos encontramos ante una situación en la que se exige del que ha de autorizar este tipo de ayuda una implicación y un contacto con la información que se está recopilando bastante importante. El riesgo de contaminación es mayor que en el caso anterior.

3º.) Es el Juez de Menores el que autoriza la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (artículo 23.2 LORPM).

Nos planteamos cuál es la tramitación para solicitar al Juez de Menores un registro o la intervención de una comunicación. No creo que pueda ser de aplicación aquí lo previsto en el procedimiento ordinario ya que, en éste, la implicación del Juez de Instrucción es plena y está en condiciones de determinar en cada momento lo que cree más conveniente. En el caso del procedimiento de menores se parte de la base teórica de que el Juez de Menores que ha de autorizar la diligencia es ajeno a lo ocurrido en la instrucción

. De este hecho tan importante dependen varios interrogantes. En primer lugar, si el Juez de Menores está para ejercer algún control sobre los derechos fundamentales o simplemente para dar el visto bueno, puro formalismo, a lo que le pida el Ministerio Fiscal. Si optamos por la segunda opción sobran los comentarios. Más bien parece que hay que inclinarse a favor de la primera de las opciones y, en consecuencia, determinar que efectivamente el Juez está para algo más que para dar trámites inútiles a la instrucción. En tal caso habrá que concluir que el Juez deberá ser informado de las razones que asisten al Ministerio Fiscal, o a la perjudicada, para lograr que este tipo de diligencias sean

autorizadas. Todo parece indicar que en estos casos hay un riesgo claro de que el que ha de juzgar se pueda crear una opinión sobre el tema previa que pone bajo sospecha su imparcialidad.

4°.) La declaración de secreto del expediente de reforma requiere autorización judicial (artículo 24 LORPM).

La misma conclusión es posible en este supuesto. Aquí, sin embargo, el problema no parece estar tanto en la declaración del secreto del expediente, cuanto en el mantenimiento del mismo, es decir, en el control de la duración del secreto del expediente. La declaración del secreto del expediente es una medida llamada a ser adoptada al comienzo de las actuaciones, cuando todavía no hay elementos de juicio suficientes como para poder obtener una valoración sobre los hechos y la implicación de una persona en particular. Es precisamente el éxito en la empresa de averiguar tanto lo uno como lo otro lo que aconseja el secreto. En cambio, el problema está en el control de su duración. El problema reside en el hecho de que cuantas veces desee el instructor prorrogar el tiempo del secreto del expediente habrá de explicar al Juez de Menores las razones por las que lo considera conveniente. Resulta difícil negar la forzosa implicación en el conocimiento de los hechos del expediente en estas situaciones.

5°.) Situaciones ligadas al sobreseimiento.

Nos preguntamos si es posible que el Juez de Menores ordene la continuación del procedimiento pese a la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal. La cuestión es importante desde la perspectiva del tema que nos ocupa, porque sólo si admitimos la posibilidad de que el Juzgador tenga la facultad de rechazar la petición del Ministerio Fiscal de

sobreseer el expediente podemos encontrarnos ante una situación de prejuicio o de contaminación. La admisión del sobreseimiento en la generalidad de los casos específicamente previstos en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y en los casos de sobreseimiento libre a que nos remite la misma Ley supone la finalización del proceso. Esto es, no hay peligro de que nazcan prejuicios en el ánimo del Juez de Menores que resuelve sobre la admisión del sobreseimiento, sencillamente, porque no habrá juicio posterior. Lo mismo puede predicarse de los supuestos de sobreseimiento provisional en tanto duren los efectos del mismo.

Cuando el Juez de Menores entiende que el procedimiento debe continuar, SAÉZ GONZÁLEZ<sup>246</sup> se alinea con la opinión de quienes entienden que, efectivamente, el Juez de Menores tiene la facultad de ordenar que continúe el procedimiento frente a la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal. Hay que admitir que la Ley no es nada clara en este sentido. Es evidente que el sobreseimiento deber ser solicitado por el Ministerio Fiscal. Resulta, igualmente, diáfano que quien decide sobre esta petición es el Juez de Menores, creándose así un control jurisdiccional sobre el mismo. La Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000 entiende que la petición de sobreseimiento por el Fiscal sugiere la duda acerca de si el Juez de Menores goza de las facultades correctoras y de fiscalización que el procedimiento común confiere al órgano jurisdiccional en los artículos 642 y 644 LECr.

La falta de respuesta legal a ese interrogante hace previsible que no falten casos — probablemente excepcionales — en los que por el Juez de

---

<sup>246</sup> SAEZ GONZÁLEZ, J.: “Imparcialidad y situaciones.....”, pág. 68.

Menores se reaccione a una petición de sobreseimiento del Fiscal. Podríamos entender que el Juzgador está atado a las peticiones del Ministerio Fiscal, haciendo una interpretación rigorista del principio acusatorio. Esta interpretación no parece acertada. No tiene sentido que se le atribuya al juzgador una decisión en la que él no decide nada. Si esa es la voluntad del legislador no cabe la menor duda de que no ha elegido la mejor manera de expresarlo. Hubiera sido mucho mejor atribuir la decisión al Ministerio Fiscal y establecer la obligación de informar, simplemente, al Juez de Menores del sobreseimiento, a efectos de archivos y similares. No, no parece ser ésta la intención del legislador. Por el contrario, todo parece indicar que ha pretendido distribuir facultades atribuyendo al instructor la de pedir el sobreseimiento y al juzgador la de admitir o rechazar el mismo. Sin entrar, pues, en mayores discusiones entendemos que es posible que el que va a juzgar decida sobre el sobreseimiento, existiendo así la posibilidad de que el Juez de Menores decida en contra de la petición de sobreseimiento.

Hay varios artículos que tratan del sobreseimiento en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores- De un lado está el sobreseimiento que propone el Fiscal de Menores previsto en el artículo 30.4, según el cual El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso . De otro lado, según el número 4 del artículo 27, el equipo técnico también podrá proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente . En tal caso el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con la propuesta de

sobreseimiento . Finalmente, el sobreseimiento constituye una de las posibles decisiones, previa a la celebración de la vista, del Juez de Menores tal como establece el artículo 33.b).

Los dos primeros preceptos se encuentran necesariamente conectados con el tercero. El Ministerio Fiscal puede pedir el sobreseimiento del expediente *motu proprio*, o bien como consecuencia de la petición que se expresa en el informe que eleva el equipo técnico. Tanto en un caso como en otro la propuesta va ligada a una fundamentación.

En el primer caso esa fundamentación toma como base normativa los motivos que se expresan en la LECr.; en tal sentido, esto es, los supuestos previstos en los artículos 637 y 641. Cada artículo recoge figuras diferentes. El primero de ellos se refiere al sobreseimiento libre, el segundo al llamado sobreseimiento provisional. En el caso del sobreseimiento libre la Ley prevé tres motivos que, aducidos por el Ministerio Fiscal, difícilmente llevarán a una resolución del Juez de Menores contraria a la propuesta como la ausencia de indicios racionales de haberse perpetrado un delito, la ausencia de carácter delictivo del hecho investigado y la exención de responsabilidad en alguno de los sujetos inculpados.

En otras palabras, ausencia del carácter delictivo en los hechos investigados o falta de relación entre el sujeto inculpado y tales hechos. Por consiguiente, con gran frecuencia, la información que pueda aportar el Ministerio Fiscal como base de la petición de sobreseimiento difícilmente tendrá efectos prejudiciales, ya que el resultado final a que naturalmente están avocados es la finalización del procedimiento. Claro



que el Juez de Menores no está obligado por la petición del Ministerio Fiscal.

El Juez de Menores en contradicción con la opinión del Fiscal puede estimar que sí hay motivos para sostener que los hechos sean delictivos y que, en consecuencia, ha de continuar el procedimiento. En estos casos, por poco frecuentes que sean en la práctica, la información recibida por el que ha de juzgar es tanta que le permite decidir la conveniencia de continuar el procedimiento, precisamente porque, frente a lo que opina el Fiscal, entiende que hay unos hechos que calificables como delictivos y un sujeto imputable. Estamos en presencia no de una situación de riesgo, sino de clara creación de perjuicio.

El sobreseimiento provisional cabe cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito y cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

Como se desprende de todo lo dicho en el caso de sobreseimiento libre puede predicarse con mayor claridad en el caso del sobreseimiento provisional, ya que la decisión sobre la procedencia o no de tal tiene marcados unos márgenes más amplios y vagos que los del sobreseimiento libre. Esto supone un mayor grado de implicación por parte del Juez de Menores y, en consecuencia, un mayor grado de certidumbre en las sospechas de perjuicios que recaen sobre el que ha de juzgar.

Pues bien, aún es mayor el grado de implicación del Juez de Menores en los supuestos en los que debe resolver sobre un sobreseimiento

solicitado por el Fiscal como consecuencia de la petición contenida en el informe del equipo técnico, ya que éste puede proponer la no continuación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En éste, como en los anteriores casos el problema se plantea cuando el Juez de Menores decide continuar el procedimiento haciendo oídos sordos de las peticiones del Ministerio Fiscal. Ciertamente el conocimiento que tiene del fondo del asunto, de la vinculación de un posible sujeto, lo colocan en una situación difícilmente aceptable para emitir una sentencia sobre ese mismo asunto con posterioridad.

6°. Informe del equipo técnico remitido al Juez de Menores (artículo 27.5 LORPM).

Este precepto sigue al que regula la propuesta de sobreseimiento motivada por la petición formulada en su informe por el equipo técnico. No obstante, esta remisión opera como un caso independiente, de tal modo que no hemos de contemplar esta situación como un complemento de la anterior. Haya petición de sobreseimiento en el informe técnico o no, el informe se remite al Juez de Menores. Aquí la cuestión consiste en averiguar cuáles son los efectos de este informe.

El informe emitido por el equipo técnico, no es sólo tal, sino que es una alegación, una información que además de ilustrar sobre la adecuación de alguna o algunas medidas concretas, puede recomendar la finalización del proceso. Tiene un cierto carácter pericial en la medida en que pone de manifiesto una serie de aspectos con vistas a la adopción de

las medidas previstas en la Ley. No se trata de una mera enunciación de hechos, se trata de describir técnicamente las circunstancias psicológicas, educativas, sociales, familiares del menor, en función de tales medidas. Pero además el informe contiene propuestas sobre posibles actuaciones reparadoras del menor y sobre la no continuación del proceso. En la generalidad de los casos mencionados el riesgo es mínimo. El uso del informe no tiene razón de ser si no es dentro del tiempo en que se desarrolla la vista oral. En un orden lógico, antes de leer el informe el juzgador vendrá a formar su conocimiento en el transcurso de la vista, en la que, además oirá al equipo técnico.

Sin embargo, hay dos situaciones que podrían crear un prejuicio en la mente del juzgador. La primera de ellas, la más probable, va unida a la petición de sobreseimiento del Fiscal basada, a su vez, en la petición de que el procedimiento no continúe, contenida en el informe del equipo técnico. El Juez tendrá que examinar las razones aducidas y los contenidos del informe. La segunda se produce cuando el juzgador cae en la tentación de examinar los contenidos del informe remitido, antes de que dé comienzo la audiencia. En uno y otro caso no es posible una solución ni una respuesta *a priori* sobre estas actuaciones. Para determinar si puede o no haber riesgo de contaminación no hay más remedio que examinar los contenidos del informe y el alcance de su información.

7º.) Medidas cautelares, recogidas en los números 1 y 2 del artículo 28 LORPM y otras situaciones semejantes.

Como es sabido, pese a que en el proceso de menores el Ministerio Fiscal es el director de la instrucción, una parte de las medidas cautelares

que se adopten se determinan en esta fase del procedimiento y quedan en manos del Juez de Menores ya que afectan a los derechos fundamentales del sujeto que ha de soportarlas. En concreto, la LORPM regula la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado en su artículo 28. Estamos en presencia de una medida importante y que en el proceso de menores adquiere una serie de contenidos desconocidos en el proceso penal de adultos. Estas medidas, dice el número 1 del artículo mencionado, podrán consistir en internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Si las figuras del internamiento y de la libertad vigilada tienen su correspondencia con figuras ya conocidas, la convivencia como medida cautelar abre un abanico de posibilidades totalmente novedosas cuyo alcance es imposible delimitar *a priori*. Tanto unas como otras quedan en manos del Juez de Menores.

En el examen de las medidas cautelares hay que tener presentes a los sujetos que intervienen en la adopción de las medidas, el procedimiento que se sigue y las condiciones o requisitos que se exigen para su adopción.

Por lo que se refiere a los sujetos, el Juez de Menores, es quien resuelve sobre la petición de la medida cautelar, el Ministerio Fiscal es quien pide que se adopte la medida; y el letrado del menor, el equipo técnico y la institución o entidad pública implicada en el internamiento son oídos. Hay que entender que, atendiendo a los casos, la persona o la familia que pueda verse implicada en la medida de convivencia del menor también debe ser oída.

El procedimiento implica la correspondiente petición del Ministerio Fiscal, los correspondientes traslados de petición y citaciones y una comparecencia que viene recogida de forma concreta en el número 2 del artículo 28. En esta comparecencia, a la que acuden los sujetos mencionados en el párrafo anterior, informan todos ellos sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal. Durante la comparecencia se puede proponer prueba que se celebra en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. Evidentemente la prueba tiene por objeto demostrar las condiciones de idoneidad de la medida que se solicita o su falta.

Finalmente se establecen unos criterios generales que pueden servir de base para entender la concurrencia de unas condiciones mínimas que han de ser valoradas por el Juez de Menores. Al comienzo del número 2 del artículo 28 se dice que Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor . Aunque la Ley hable de la medida cautelar de internamiento, hay que entender incluidas en tal expresión las diferentes modalidades que, según hemos visto, puede adoptar esta figura en el proceso de menores.

Una vez dicho lo anterior, no resulta difícil concluir que en todos estos casos hay una clarísima inmersión del que ha de juzgar en la información y en los datos que se han recopilado durante la instrucción. Los sujetos que intervienen, las informaciones que son precisas para adoptar la medida, el grado de implicación del Juez de Menores son tales que es imposible concluir que quien decide sobre estas medidas cautelares no

tenga ya formado un criterio sobre la situación del expedientado, los hechos delictivos que se enjuician y la vinculación entre el primero y los segundos. Estamos en un caso claro en el que hay que concluir afirmando, siempre según los criterios sobre la imparcialidad que fijó la STC 145/1988, que el Juez que interviene en la adopción de estas medidas cautelares debe quedar al margen de la resolución final del asunto.

m) La imparcialidad del Juez de Guardia que dicta sentencias de conformidad

La introducción en la LECrim del artículo 801<sup>247</sup> por la Ley 38/2002 (reformada por las Leyes Orgánicas 8/2002 y 15/2003) por el cual será el Juez de Guardia el que dicte la sentencia de conformidad, ha provocado ciertas dudas acerca de la adecuación de dicho precepto a la exigencia del Juez imparcial, dado que la nueva regulación aún en un mismo

---

<sup>247</sup> “Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.
2. Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
3. Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión”.

órgano jurisdiccional la función de instrucción y fallo, situación ésta desterrada de nuestro proceso penal desde la STC 145/1998.

Las dudas aparecen con más intensidad cuando la conformidad del artículo 801 LECrim viene precedida del reconocimiento de hechos del artículo 779.1.5<sup>248</sup> del proceso abreviado pues, en este caso, es el Juez que ha conocido la instrucción, y no meramente el Juez de Guardia, el que dicta la sentencia.

A partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, también podrán dictar sentencia de conformidad los Juzgados de Violencia sobre la mujer tal como recoge el artículo 87 ter e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>249</sup>.

Dicha cuestión fue objeto de debate parlamentario al plantearse por el CGPJ<sup>250</sup> y determinados grupos parlamentarios<sup>251</sup> la posible merma del

---

<sup>248</sup> “Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801”.

<sup>249</sup> “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: (...) e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley”.

<sup>250</sup> Dicha posibilidad [dictar sentencia por el Juez de Guardia], por otra parte, puede suponer una quiebra del principio básico de separación de funciones: de instrucción y de enjuiciamiento y de la garantía constitucional al Juez imparcial conforme a la doctrina sentada por el TC. (*cf.*: Ss. TC. 145/1988, de 14 de julio y 186/1990, de 16 de noviembre). La circunstancia de que, como se indica, el Juez Instructor de guardia sólo puede dictar sentencia de conformidad no excluye por completo las objeciones aludidas. (Informe del CGPJ de 8 de abril de 2002 a la

derecho fundamental al juez imparcial. Sin embargo, los debates concluyeron con la adopción efectiva de esta nueva situación que para el legislador no suponía ninguna suerte de vulneración del juez no prevenido, por cuanto lo único que existe es una “homologación” de un acuerdo entre el acusador y acusado.

Entre los autores que más recientemente se han ocupado del asunto cabe destacar a MUERZA ESPARZA,<sup>252</sup> quien ha manifestado que “llama la atención esta nueva competencia atribuida a los Juzgados de Instrucción, habida cuenta que la regulación del procedimiento abreviado, que es norma supletoria de este procedimiento rápido, trae causa de la STC 145/1988, de 12 de julio, que restauró en nuestro ordenamiento jurídico el principio tradicional de que en el proceso por delitos el juez que instruye no puede fallar”. Por su parte, LARA LÓPEZ<sup>253</sup>, muestra iniciales dudas sobre la constitucionalidad del artículo 801, aunque acaba concluyendo que, dado que la actividad enjuiciadora queda reducida a un “juicio sobre el derecho”, no se afectaría al derecho fundamental al juez imparcial. Para LÓPEZ BARJA

---

Proposición de Ley 122/000199 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del Procedimiento Abreviado).

<sup>251</sup> Durante la tramitación de la Proposición de Ley se formularon en el Congreso varias enmiendas por parte del Grupo Parlamentario Vasco, Grupo Parlamentario Mixto y Grupo Parlamentario Socialista, todas ellas justificaban que debería ser el Juez de lo Penal el encargado de dictar sentencia de conformidad. (Boletín Oficial del Congreso y Senado, número 223-7, Serie B, 23 de mayo de 2002).

<sup>252</sup> MUERZA ESPARZA, J.: “Los denominados «juicios rápidos»”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial XIX. Madrid, 2006, pág. 413

<sup>253</sup> LARA LÓPEZ, A.: “Prontuario del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”. *Revista General de Derecho Procesal*. Valencia, 2009. Versión electrónica.



DE QUIROGA<sup>254</sup>, la conformidad en los juicios rápidos tiene un “problema de imparcialidad” ya que “vuelven así a resultar fusionadas las funciones instructoras y sentenciadoras en un mismo órgano”. Sin embargo, GUERRERO PALOMARES<sup>255</sup>, entiende que el Juez de Guardia se limita a un control judicial de las cuestiones jurídicas relativas a la calificación jurídica y la pena a aplicar, y desde ese punto de vista y dado que la jurisprudencia respecto de la imparcialidad objetiva es reiterada en el sentido de que es el contacto con los hechos y no las valoraciones jurídicas las que inciden en el derecho fundamental, acepta, no con total certeza, que la regulación superaría el canon constitucional.

Por nuestra parte entendemos que la nueva redacción del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con atribución de competencia al Juzgado de Instrucción para dictar sentencia de conformidad, rompe con la distinción entre juez instructor y juez sentenciador, principio básico del proceso penal.

El Juez de instrucción de guardia ha intervenido en la investigación de la causa y puede verse comprometida su imparcialidad a la hora de dictar la sentencia de conformidad, vulnerándose de esta forma el derecho fundamental del acusado a un juez imparcial.

La institución de la conformidad queda lejos de la intervención del juez a la aplicación pena solicitada-acuerdo del acusado, el juez instructor, que deberá dictar en su caso la sentencia de conformidad, ha

---

<sup>254</sup> LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de derecho procesal penal*. Thompson-Aranzadi. Pamplona, 2007, pág. 1150.

<sup>255</sup> GUERRERO PALOMARES, S.: *La imparcialidad objetiva del juez penal*. Aranzadi. Pamplona, 2009, pág. 131.

de llevar a cabo una valoración que no siempre es sencilla. Mientras no tiene gran complejidad la determinación de si concurren los requisitos del artículo 81 del Código Penal,<sup>256</sup> no siempre es fácil la respuesta acerca de las exigencias que para penas de hasta tres años de prisión se recogen en el artículo 87 del mismo Cuerpo legal<sup>257</sup>.

Puesto que el criterio de la suficiencia de la certificación y de la habitualidad admite interpretaciones, resultará que el juez que ha instruido, y como tal se ha formado una determinada opinión sobre el acusado, incluso si es o no merecedor del beneficio de la suspensión condicional, decidirá obviamente influido por la previa instrucción.

---

<sup>256</sup> El artículo 81 del Código Penal señala que “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código. 2. Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

<sup>257</sup> Dispone el artículo 87 del Código Penal que “1. Aun cuando no concurren las condiciones 1 y 2 previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores. 2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

Entendemos de *lege ferenda* que, ante la conformidad efectuada en el Juzgado de Guardia, el Juez remitiese inmediatamente las actuaciones al Juez de lo Penal para que fuera éste el que dictara la sentencia, con lo que se salvaría la necesaria separación entre fase de instrucción y decisoria y su atribución a distintos órganos.

#### D. Actos que no comprometen la imparcialidad del Juez

La exigencia de imparcialidad es aplicable a todos y cada uno de los supuestos que se someten a Jueces y Magistrados para su resolución. El derecho a la imparcialidad trata de evitar que la función de juzgar pueda verse empañada por la interferencia de sentimientos o pasiones susceptibles de influir en el ánimo del Juez, aun de modo inconsciente, privándole o mermándole aquella serenidad de juicio tan necesaria para que su resolución no tenga otros condicionamientos que la Justicia y la realización de la Ley.

No menor importancia tiene la salvaguarda de la imagen de los Tribunales, base de la confianza y seguridad latentes en justiciables y profesionales. No todo acto de instrucción compromete la imparcialidad del juzgador, sino tan sólo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándose así para conocer del juicio oral<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Vid. Sentencias Tribunal Constitucional, 106/1989, de 8 de junio; 98/1990, de 24 de mayo; 151/1991, de 8 de julio; 170/1993, de 27 de mayo; 320/1993, de 8 de noviembre y 142/1997, de 15 de septiembre.

No comprometen la imparcialidad judicial, según la jurisprudencia, los actos de instrucción consistentes en la mera ordenación procesal<sup>259</sup>, como la acreditación de la sanidad y el peritaje de daños señalar fecha para la celebración del juicio oral admitiendo las pruebas propuestas<sup>260</sup>; el haber actuado los Magistrados en la confirmación de los autos de procesamiento, situación personal y conclusión del sumario<sup>261</sup>. La regla de que “quien instruye no falla” debe referirse a un mismo proceso, por lo que no afecta a la imparcialidad conocer de un delito diferente, aunque similar, a otro que se instruyó con anterioridad<sup>262</sup>. No se compromete la imparcialidad del Juez cuando debe fallar un asunto muy similar a otro enjuiciado por él con anterioridad<sup>263</sup>.

No puede considerarse una actividad instructora que hubiere teñido de parcialidad su intervención posterior en la fase de juicio oral cuando el Juez, por la vía del auxilio judicial, oye al presunto inculcado y hace el ofrecimiento de acciones al perjudicad, habiendo sido cometido de un Juez distinto la iniciación y prosecución del sumario y del procesamiento, porque no consta en la aludida fase de diligencias previas actuación valorativa alguna de la conducta e intervención del acusado<sup>264</sup>.

Existen vacilaciones en la doctrina jurisprudencial española a la hora de determinar que actos tienen contenido instructorio y qué actos

---

<sup>259</sup> STS de 26 de septiembre de 1998.

<sup>260</sup> SSTC 11/1989 de 24 de enero y 164/1998 de 26 de septiembre.

<sup>261</sup> STS de 15 de abril de 1998.

<sup>262</sup> SSTC. 206/1994 de 11 de julio; 138/1994 de 9 de mayo y 180/1991 de 23 de septiembre.

<sup>263</sup> SSTC 206/1994; 138/1994 de 9 de mayo y 180/1991 de 23 de septiembre).

<sup>264</sup> SSTS de 27 de Mayo de 1988 y 8 de Marzo de 1991.

judiciales que, pese a ser adoptados en la fase de instrucción, no tienen naturaleza propiamente instructoria.

a) Actos de mero trámite

Está claro que no tienen tal naturaleza los actos de mero trámite, como son, entre otros; reclamar los antecedentes penales<sup>265</sup>; la simple citación del imputado o querellado, incluso seguida de la información de derechos y del requerimiento para designar abogado y procurador<sup>266</sup>, el ofrecimiento de acciones a los perjudicados<sup>267</sup>, la acreditación de la sanidad del lesionado<sup>268</sup>, o el señalamiento de la fecha de inicio del juicio oral<sup>269</sup>, reclamar antecedentes penales e informes de conducta<sup>270</sup>; tomar declaración al imputado "para ser oído" de los arts. 486 y 488 de la LECr.<sup>271</sup>; revocar las decisiones acordando el sobreseimiento provisional y la finalización del sumario ordenando la continuación de las diligencias judiciales<sup>272</sup>; dar al procedimiento la sustanciación que corresponda<sup>273</sup>; dictar auto de incoación del sumario; o dar traslado a las partes

---

<sup>265</sup> SSTC 145/1988, 164/1988 y 151/1991, SSTS de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993.

<sup>266</sup> STC 98/1990 y STS 13 de mayo de 1993.

<sup>267</sup> STS de 8 de marzo de 1991.

<sup>268</sup> STC 145/1988.

<sup>269</sup> STC 164/1988, SSTS de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993.

<sup>270</sup> STC 11/1989 de 24 de enero y 164/1988 de 26 de septiembre.

<sup>271</sup> STC 106/1989 de 8 de junio y STS de 26 de septiembre de 1988.

<sup>272</sup> STC 85/1992 de 8 de junio.

<sup>273</sup> STC 145/1988 de 12 de julio.

acusadoras para que formulen escrito de acusación o soliciten, en otro caso, lo que proceda en Derecho.

Todas las actuaciones anteriormente mencionadas tienen en común que no presuponen ninguna valoración de la conducta del encausado en relación con el hecho punible que se le imputa, y por lo tanto no pueden generar en quien las practica ningún prejuicio acerca de su culpabilidad o inocencia.

b) Resolución de recursos:

a') Fase de instrucción.

La jurisprudencia sostiene que la resolución de recursos en fase de instrucción no necesariamente "contamina" a los Magistrados que los resuelven<sup>274</sup>. Ello resulta obvio cuando se trata de medidas de estricta ordenación del proceso que no suponen riesgo de contaminación inquisitiva<sup>275</sup>. Para el Tribunal Supremo no afecta a la parcialidad resolver recursos sobre materias que no afectan a la culpabilidad, como por ejemplo si es competente la jurisdicción penal o la militar<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> AATC 33/97 y 100/1998, SSTS de 28 de noviembre de 1997, 2 de marzo de 1998, 15 de abril de 1998 y 16 de octubre de 1998.

<sup>275</sup> STC 85/1992, SSTS de 25 de octubre de 1993 y 3 de noviembre de 1995.

<sup>276</sup> SSTS de 27 de octubre de 1995.

b') Autos sobreseimiento o archivo.

Respecto a los recursos contra autos de sobreseimiento o archivo, la STC 50/1996 considera que no enturbia la imparcialidad revocar un auto de archivo a instancia de parte, y afirma la STS de 7 de marzo de 1997 que no “contamina” a la Sala haber revocado un auto de archivo (por los diferentes papeles que se asumen, en el caso de sobreseimiento de valorar simples indicios, y en el juicio oral de valorar todas las pruebas practicadas). Por otra parte, según el Auto del Tribunal Constitucional 335/1997, no queda afectada de parcialidad la Sala, que revocó el Auto de sobreseimiento dictado por el Juez de lo penal.

c') Autos de prisión.

En materia de recursos contra autos de prisión, entiende la jurisprudencia que resolverlos no necesariamente tacha de parcialidad a la Sala<sup>277</sup> ya que al resolver se tienen en cuenta factores diversos, no sólo el juicio anticipado sobre la culpabilidad<sup>278</sup> pudiendo en ocasiones resolverse la cuestión atendiendo tan sólo a factores como el riesgo de fuga y excluyendo expresamente cualquier pronunciamiento sobre la autoría o cuestión de fondo<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> ATC 100/1998 y las SSTS de 2 de marzo de 1998 y 15 de abril de 1998, entre otras, afirman que no compromete la imparcialidad objetiva haber confirmado en apelación la prisión del acusado.

<sup>278</sup> SSTS de 23 de noviembre de 1994 y ATS de 10 de noviembre de 1993.

<sup>279</sup> STS de 30 de marzo de 1995.

c) Facultades que otorga el artículo 729.2 de la LECr

Muy interesante resulta la cuestión relativa a la excepcional iniciativa probatoria del Juez en el juicio oral, de acuerdo con lo previsto en tal sentido en el artículo 729.2º de la LECr., pues no cabe duda que tal iniciativa puede suponer una actividad inquisitiva encubierta, vulneradora del derecho al Juez imparcial y, por ende, del principio acusatorio. Hay que recordar que el precepto permite la práctica de otras diligencias de prueba distintas de las 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”.

La intervención de oficio del Tribunal acordando prueba no propuesta por las partes, por considerarla “necesaria para la comprobación de cualquiera de los hechos que haya sido objeto de los escritos de calificación”, supone que el Tribunal suplente a las partes convirtiéndose en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o descargo, lo que puede colisionar con el derecho de los procesados a ser juzgado por un Tribunal imparcial (art. 6 CEDH y 24 CE).

Inicialmente el Tribunal Supremo adoptó una postura contradictoria, pues si bien en la STS de 22 de enero de 1992 <sup>280</sup>establece que “En consecuencia, el Tribunal no necesitaba contar con el asentimiento de las partes por la recepción de la prueba y no estaba obligado a escuchar el parecer de las mismas sobre su decisión, que se fundamenta en el llamado “principio de oficialidad” y en su reconocimiento en el art. 729

---

<sup>280</sup> STS de 22 de enero (353/1992 CENDOJ).



.2º LECr.”, sin embargo en la STS de 1 de diciembre de 1993<sup>281</sup> entiende que la “facultad del artículo 729.2º (...) convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo; suple la omisión de las partes, subsanando, en este caso, la deficiencia del Ministerio Público en la proposición de la prueba,(...) y pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria”. Curiosamente ese mismo día otra sentencia del Alto Tribunal consideró que “Se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o, simplemente, para constatar, verificar otras pruebas aportadas por las partes. En este caso se halla la posibilidad conferida al órgano jurisdiccional por el referido artículo 729-2º de la Ley procesal. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la “comprobación” de los hechos. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en que tal precepto se inserta. Así, la prueba acordada se presenta como neutral y no supone vulneración alguna del principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Se trata de lo que podría denominarse “prueba sobre la prueba” y por ello mismo su finalidad resulta descomprometida y no afectante a la imparcialidad objetiva.”<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> STS de 1 de diciembre (8258/1993 CENDOJ).

<sup>282</sup> STS de 1 de diciembre (8261/1993 CENDOJ)

Posteriormente, en sentencia de 23 de septiembre de 1995 considera que dicha facultad entra en contradicción con el principio acusatorio que rige nuestra Ley Procesal, perdiendo su imparcialidad objetiva, porque la simple formulación de la prueba exterioriza un juicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal de que la prueba sea de contenido inculpatario. Sin embargo, la jurisprudencia considera inobjetable el precepto siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de acusación<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> En este sentido la sentencia del TS 1186/2000, de 28 de junio considera que “El art. 729 .2º L.E.Cr., como ha destacado muy recientemente la doctrina es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes (...). Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación. La jurisprudencia de esta Sala ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Mº Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 .2º L.E.Cr., puede ser considerada como “prueba sobre la prueba”, que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, (...) por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (...)”.

Del mismo modo se pronuncia nuestro Alto Tribunal en la sentencia 918/2004, de 16 de julio de 2004, en la que señala que “La jurisprudencia de esta Sala -como recordaban las sentencias 1186/00, de 28 de junio y 328/01 de 6 de marzo - ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el *art. 729 de la LECr* puede ser considerada como "prueba sobre la prueba", que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del *art. 641 de la LECr*, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación”.

Esta cuestión se planteó ante el Tribunal Constitucional, con ocasión de la STC 188/2000, de 10 de julio. La STC señala que “es reiterada jurisprudencia que el derecho a un proceso con todas las garantías integra, entre otros contenidos, la garantía de la imparcialidad del juzgador que, en el ámbito del proceso penal, se presenta indisolublemente anudada a la preservación del principio acusatorio (...). En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECr., no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados”.

En el caso concreto, la STC llegó a la conclusión, por una parte de que “en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes y por otra que la iniciativa probatoria adoptada por el órgano jurisdiccional no había vulnerado derecho fundamental alguno, afirmando que cuando “se adopta una iniciativa probatorio *ex officio judicis*, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el

objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida”.

Y en la STC 130/2002, de 3 de junio, en un supuesto en el que no compareció a la vista de un juicio por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas el policía local propuesto por el Ministerio Fiscal, solicitando la acusación en el acto que se citaran a otros dos policías locales, el Tribunal Constitucional dice que “como alega el Ministerio Fiscal, existe una irregularidad procesal en este caso, pues se acordó admitir a trámite la prueba propuesta por el Fiscal una vez precluido el momento procesal para efectuar tales propuestas , — se infringió el artículo 793 de la LECr (actual 786.2), — [con] la medida ( ) no se le causó indefensión alguna al acusado, ni se desequilibró la igualdad de armas entre las partes en el proceso penal, ya que la admisión y práctica de dichas pruebas testificales no supusieron negarle al recurrente su derecho a interrogar a esos testigos, no se ha tratado de una prueba sorpresiva, máxime al tratarse de dos testigos mencionados en el atestado policial. Respetados además los principios de contradicción e inmediación, no puede apreciarse quiebra alguna de la debida neutralidad del órgano judicial respecto de las partes en el proceso, por lo que no hemos de concluir que la irregularidad procesal denunciada en este amparo no ha vulnerado el derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE) .

Entiende GONZALEZ CASSO<sup>284</sup> que el planteamiento de algunos autores de convertir al Juez en un mero espectador, mudo e inerte, exacerbando la garantía de imparcialidad parte del error dogmático de no distinguir entre el objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto al primero el juzgador no puede tener iniciativa, con respecto al segundo debe atribuírsele, con ciertos límites, la posibilidad de actuar *ex officio*.

#### d) Facultades que otorga el artículo 708 de la LECr

Se ha planteado la duda de si es contraria al principio acusatorio la posibilidad prevista en el artículo 708.2 de la LECr., es decir, la autorización al Presidente a dirigir a los testigos preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es práctica habitual que se permita al amparo de este precepto que las partes acusadoras y acusadas puedan introducir, a través del Juez o Presidente del Tribunal y una vez terminado su turno de intervención, aquellas preguntas que olvidaron formular o que hayan podido surgir a la vista de las manifestaciones del declarante.

La STS de 6 de abril de 1994, señala que la moderada intervención del Presidente del Tribunal, a tenor de este artículo, no conculca el derecho a un Tribunal independiente e imparcial, de lo que se desprende a *sensu contrario*, que si la intervención no es moderada, sí conculca el derecho fundamental. La STS de 28 de septiembre de 1994, establece que “conforme autoriza el *art. 708, párrafo segundo, de la Ley de*

---

<sup>284</sup> GONZÁLEZ CASSO, J.: *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*, Dykinson 2003, pág. 67.

*Enjuiciamiento Criminal* 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. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas, complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados —por conocedores directos— relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante”.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del alcance de la facultad que, con carácter general, el artículo 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga a la Presidencia del Tribunal. De hecho, no han faltado resoluciones que estiman vulnerado el principio de imparcialidad por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló “...toda una batería de preguntas inequívocamente incriminatorias que el acusado respondió

afirmativamente<sup>285</sup>. Idéntico criterio ha sido proclamado por el Tribunal Supremo cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio.<sup>286</sup>

La Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha marcado una línea definida sobre esta cuestión. En todo caso, admite mayoritariamente la denominada “prueba sobre prueba” que es aquella que no tiene la

---

<sup>285</sup> STS 1281/2005, 2 de marzo, “El Tribunal perdió su imprescindible imparcialidad cuando, tras negarse el recurrente a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, en ejercicio de su derecho a guardar silencio, el Presidente asumiendo un rol acusador que le es impropio, dirigió toda una batería de preguntas que excedían, y con mucho, de las meras previsiones o matizaciones a que se refiere el *art. 708 LECriminal* que, en relación a los testigos, se refiere a “...preguntas que estime conducentes para depurar los hechos...” lo que ha sido interpretado por la doctrina más autorizada como una práctica judicial de la que se debe hacer un uso muy moderado y sólo para solicitar aclaraciones. Si estas prevenciones son en relación al interrogatorio de los testigos, es obvio que una mayor prudencia y moderación debe ser exigible en relación a preguntas efectuadas por el Presidente del Tribunal al acusado, y es obvio, que cuando éste se niega a responder a la acusación como ocurrió en este caso, no puede el Tribunal reproducir o efectuar un interrogatorio de naturaleza claramente acusatoria sin pérdida de la necesaria imparcialidad que debe guardar.

<sup>286</sup> STS 780/2006, 3 de julio. “En efecto, el Presidente del Tribunal con el interrogatorio claramente inquisitivo que efectuó, totalmente desbordado de las precisiones legales, tomó el partido de la acusación en cuya ayuda corrió, descendiendo a la arena del combate contradictorio y situándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal: “...Los Magistrados deben permanecer durante la discusión, pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates...”. Con ello, se exteriorizó con claridad de posición del Tribunal tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, y consiguientemente, se perdió esa imparcialidad, no porque el Tribunal tuviese un interés particular en el asunto, que no lo tenía, sino que en el aspecto objetivo, la conducta del Tribunal --pues obviamente la acción del Presidente se extiende a todo el Tribunal-- exteriorizó y dio cuerpo a un temor en los acusados de que el Tribunal, ya desde el principio del Plenario tenía un pre-juicio adelantado y exteriorizado en contra de aquéllos por lo que, razonablemente pensaban que no iban a ser juzgados con imparcialidad”.

finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso. No parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esa cuestionada iniciativa probatoria siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se traten de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y defensa de todas las partes implicadas en el proceso.

En la jurisprudencia constitucional, la STC 334/2005, 20 de diciembre, razonaba que “por lo que se refiere al supuesto de que por parte del órgano judicial se proceda a formular una serie de preguntas al acusado o testigos en la vista oral, este Tribunal ha destacado que no cabe apreciar esta vulneración constitucional cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta y de ellas no se derive ninguna indefensión permitiéndose alegar respecto de las mismas”.



## **5. TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE LA IMPARCIALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL VIGENTE**

#### A. La duda de parcialidad. Motivos determinantes

La mención a la imparcialidad judicial efectuada en la legislación vigente se contiene, precisamente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en concreto, en el art. 219.16<sup>a287</sup>. No es de extrañar que las escasas monografías y estudios sobre la imparcialidad judicial y su preservación versen, precisamente, sobre las causas de abstención y recusación a las que este precepto se refiere y del correspondiente incidente para su substanciación.

La regulación de las citadas causas se contenía inicialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en su artículo 54, pero la promulgación de la LOPJ derogó, siquiera tácitamente, esta norma a favor del vigente artículo 219 LOPJ, y lo mismo ocurrió respecto al incidente de substanciación de la recusación y la abstención, al que son ahora aplicables las normas contenidas en los artículos 221 y siguientes de la LOPJ. Respecto del orden civil, las causas y procedimiento de abstención y recusación de jueces y magistrados se regula en los arts. 107 a 113 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

La recusación se ha venido perfilando como un instrumento eficaz, dirigido a garantizar la imparcialidad de los jueces o magistrados que resultan competentes en la resolución de un determinado litigio. En concreto, AGUILERA DE PAZ se refería a esta institución como “el más poderoso dique contra los extravíos de la pasión o contra las tentaciones del cohecho, los impulsos de la venalidad y las demás causas que

---

<sup>287</sup> Artículo 219.16<sup>a</sup> “Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”. Modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

podieran alejar a los tribunales de la independiente y serena abstracción en que deben inspirarse sus fallos<sup>288</sup>. Ha sido por tanto, la duda o sospecha respecto a la potencial parcialidad del juez recusado ínsito en toda recusación, la que ha constituido la base o fundamento sobre el que se ha cimentado el régimen jurídico que define esta figura jurídica<sup>289</sup>.

La dogmática procesal y la jurisprudencia sostienen como principio axiomático el carácter tasado o *numerus clausus* del elenco de causas de abstención y recusación que el legislador ha dispuesto en el artículo 219 de la LOPJ. La evidencia no quita que en otras leyes especiales se puedan identificar otros supuestos de recusación y abstención diversos. Así la Ley Orgánica 5/95 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, modificada por la Ley Orgánica 8/95, de 16 de noviembre, identifica en su artículo 21<sup>290</sup> determinadas causas de recusación no previstas en la LOPJ de 1985.

El carácter garantista de la taxatividad ha constituido el fundamento empleado para la defensa de una interpretación restringida o limitativa de las causas de abstención y recusación. La proscripción de la analogía y de cualquier interpretación extensiva pretende evitar, que a través de una interpretación poco rigurosa y respetuosa con el tenor literal, sean

---

<sup>288</sup> AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1923, T. I., pág. 364.

<sup>289</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 27.

<sup>290</sup> Artículo 21. Recusación. “El Ministerio Fiscal y las partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse”.

incorporadas nuevas causas que no hubieren sido previstas por el legislador. Para BURGOS LADRÓN DE GUEVARA “las causas son taxativas y no susceptibles de interpretación extensiva o analógicas, con el fin de evitar posibles subterfugios que afecten a la economía procesal con dilaciones innecesarias y que pueden llegar a constituir verdaderos fraudes de ley”<sup>291</sup>.

La taxatividad ha venido a constituirse en la regla general, empero la misma pueda ser objeto de matizaciones o incluso de adiciones o excepciones, tal y como ha manifestado el propio Tribunal Supremo. En el ATS de 1 de octubre de 1997, declara “es obvio que las disposiciones legales que concretan y regulan las causas de recusación y abstención han de ser interpretadas y aplicadas con los criterios y pautas sentadas tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y estos criterios y pautas pueden modalizar, atemperar o incluso excepcionar la estricta dicción literal de la norma legal; además no puede olvidarse (...) que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación”.

En el mismo sentido cabe citar el ATS, de 16 de diciembre de 1997 cuando observa “Ciertamente la interpretación que ha de hacerse de las causas de abstención y recusación debe ser flexible y abierta para que,

---

<sup>291</sup> BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: “El juez ordinario predeterminado por la ley (2ª parte)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia II*, 1989, pág. 227.

mediante su utilización, sea posible alcanzar las finalidades que les son propias, esto es, la existencia de un juez realmente ecuánime y equilibrado por una parte, y la ausencia de motivos razonables para desconfiar de su ecuanimidad por otra. Con todo, la razonabilidad de los motivos en los que podría fundarse una sospecha de imparcialidad debe ser siempre examinada (...), apartar a un juez del conocimiento de un asunto que le esté legalmente atribuido, tiene que nacer de datos objetivos racional y equilibradamente interpretados y no ser, en modo alguno fruto de caprichosas conjeturas o interesadas desfiguraciones de la realidad”.

No obstante, la jurisprudencia ha reconocido otras causas que posibilitan la separación del juez no establecidas en las causas legales de recusación. Así la STC 162/1999, de 27 de septiembre, permitió la separación del juez por haber exteriorizado opiniones que permitían hacer temer de una convicción anticipada sobre la resolución que debía dictarse al caso, causa no expresada en el elenco legal de causas de recusación y difícilmente incardinable en el ámbito de comprensión de las ya existentes.

Establecer los motivos que permiten sospechar de la parcialidad del juzgador en un listado cerrado de causas ha determinado que la jurisprudencia siempre se ha mostrado reacia a admitir como causa de apartamiento supuestos que no encajen perfectamente en las previsiones de la norma. Se argumenta para ello que los motivos de recusación deben interpretarse restrictivamente, sin posibilidad de utilizarse la analogía. Sin embargo, no han faltado ejemplos de lo contrario. Así, la STS (1ª) de 29 de marzo de 1901, y la STS (2ª) de 1 de diciembre de 1906 entendían que, pese a la falta de mención expresa al procurador en el apartado

segundo del artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el artículo 54 apartado cuarto de la LECr., éste debía entenderse allí incluido. También se extralimita de los términos en que se expresa la ley la STS (2ª), de 19 de noviembre de 1983, que admite como causa de recusación la amistad existente entre el Letrado de una de las partes y el Magistrado que debe resolver la causa, aun a pesar de que el precepto de la LECr., no refiere como causa de apartamiento la amistad entre ambos. Con la excepción de estos supuestos, la jurisprudencia ha reiterado que los motivos de recusación son *numerus clausus*.

El sistema de *numerus clausus* es más correcto que el que permite el libre apartamiento del juzgador a voluntad de las partes en las causas de recusación. El sistema “evita el peligro de dejar a los recusantes dueños de alegar, inventar o exagerar a su gusto imaginarias causas, para obtener la separación del proceso de un Juez que el litigante quiera eliminar, o su sustitución en un régimen automático, por otro que suponga más complaciente o más proclive a la estimación de sus pedimentos” (STS (2ª), de 17 de febrero de 1975). El sistema cerrado de los motivos de recusación lleva aparejados como consecuencia que no existen más motivos de apartamiento que los previstos en la ley y que se impone una interpretación restrictiva de sus términos, pues la relación no es ejemplificativa o enumerativa de motivos de apartamiento, sino exhaustiva y por tanto completa. Por ello es muy común que la jurisprudencia argumente en este sentido para denegar recusaciones basadas en supuestos de hecho que están fuera de la común

interpretación de los términos en que están redactadas las causas de apartamiento<sup>292</sup>.

Hay una cuestión crucial para determinar el alcance de la tutela de la imparcialidad dispensada por el art. 219 LOPJ. Según entiende SANTOS VIJANDE<sup>293</sup> no está nada claro, a pesar de la existencia de un cuerpo constante de jurisprudencia ordinaria al respecto, que dicha norma establezca un *numerus clausus* de causas de abstención; y aún admitiendo que así fuera —continúa el autor—, ello no exigiría que éstas fueran interpretadas restrictivamente, antes al contrario, podrían interpretarse de forma extensiva e incluso aplicarse analógicamente otros motivos semejantes. La razón que aduce este autor para operar tan generosa lectura del artículo 219 es que “si de lo que se trata es de preservar un derecho fundamental, cual es el derecho a un Juez imparcial como concreción del derecho a un proceso con todas las garantías, entonces el ámbito del deber de abstención y recusación no puede estar limitado por una hipotética pretensión del legislador de enunciar, exhaustiva y tasadamente, las razones que comprometen la imparcialidad del juzgador”.

---

<sup>292</sup> La doctrina del Tribunal Supremo sobre las causas de recusación son taxativas y forman un *numerus clausus* (STS (FJ 9º) de 17 de marzo de 1999, (ver, entre otras, SSTS de 13 de julio de 1984, 4 de marzo y 27 de diciembre de 1994). También el Tribunal Constitucional dese su primera resolución sobre el tema ATC 111/1982, de 10 de marzo entiende que “Con apoyo en el derecho establecido en el artículo 24 de la Constitución al Juez ordinario predeterminado por la Ley, se quiere establecer una nueva causa de abstención y recusación de los Magistrados, no prevista en el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (...); debiendo, por fin, agregarse que las causas fijadas en *numerus clausus* en el artículo 54 no son ampliables”; doctrina que se viene reiterando en sus resoluciones ( ver, entre otras, ATC 136/2002, de 22 de julio, ATC 226/2002, de 20 de noviembre, ATC 376/2004, de 22 de julio).

<sup>293</sup> SANTOS VIJANDE, J.M.: “*Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)*”, *op.cit*, pág. 2.

No le faltan razones a este autor para denunciar una interpretación que, por otro lado, parece inevitable a la vista de la regulación vigente que el legislador no debería tratar de enunciar todas las posibles situaciones en que objetivamente se puede temer por la imparcialidad del juzgador. Pero el nuestro lo ha hecho así, y, por tanto, ya no nos enfrentamos a una hipotética pretensión, sino a una decisión legalmente formulada que debe ser interpretada y aplicada como tal, es decir, conforme a las reglas de interpretación ordinarias que permiten fijar el sentido objetivo de un texto. Ninguna de ellas nos permite entender que el art. 219 LOPJ es un catálogo abierto y, por tanto, contrariamente a lo que dice Santos Vijande, no hay otros motivos por los que se pueda recusar o deba abstenerse un juez, al margen de los contenidos expresamente en dicho precepto. A partir de ahí, la interpretación puede resultar todo lo extensivamente que admita el sentido objetivo del texto, y puesto que no se trata de una norma desfavorable o restrictiva (ni siquiera desde la perspectiva del juez recusado puede entenderse en ese sentido) sino tuteladora de un derecho fundamental —en eso su afirmación no admite duda alguna—, allí donde el texto sea dudoso, debe regir el principio *indubio pro libertate*.

De manera que sólo queda por aclarar la última cuestión planteada, esto es, si cabe aplicar analógicamente el precepto para admitir otras causas de abstención y recusación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>294</sup> rechaza sistemáticamente la aplicación analógica del

---

<sup>294</sup> STS 21-10-1986 “Son principios rectores de la regulación legal el carácter taxativo de las causas de recusación (...), que no admite interpretación extensiva o analógica”; STS 15-6-1987 “Las causas de recusación forman un «*numerus clausus*» que no admite interpretación por analogía, y así las número 4 y 11 se agotan, como los restantes, en relaciones entre personas concretas, sin que quepa extrapolar hacia



precepto para admitir nuevas causas cuando resuelve los recursos de casación que se le presentan por inadmisión de la recusación al amparo de lo previsto en el art. 228 LOPJ. Lo mismo se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional cuando afirma, por ejemplo, en la STC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 4º: “(...) la relación de motivos de recusación del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene carácter de *numerus clausus*, sin que quepa la analogía como regla interpretativa del precepto”. En el mismo sentido se pronuncia la STC 69/2001, de 17 de marzo, en un supuesto cuya “analogía” no planteaba la más mínima duda puesto que aun cuando no estaba recogida en la ley en el momento de rechazarse la recusación, fue expresamente introducida por el legislador poco después.

En el Fundamento Jurídico 21º de la citada sentencia se dice que “Tampoco corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación retroactiva del apartado 12 del art. 219 LOPJ”. La duda ha sido resuelta de manera motivada y razonable por el Tribunal Supremo cuando ha entendido que la causa de abstención y recusación allí establecida sólo puede abarcar a supuestos de hecho ocurridos después de su entrada en vigor. A dicho argumento cabría añadir el carácter *numerus clausus* de las causas legales de recusación. Estas son sólo las previstas en la ley y

---

los respectivos supuestos legales aquellos comportamientos -denuncias, acusaciones, enemistades, etc.-, carentes de proyección directa y segura en el orden individual”; STS 20-1-1996 “Las causas de recusación son taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas. Forman en sí mismas un *numerus clausus* y no es posible su extrapolación a supuestos distintos de los contemplados en la ley”.

han de subsumirse necesariamente en alguno de aquellos supuestos que la norma define como tales<sup>295</sup>.

No obstante, del control constitucional sobre la interpretación judicial del art. 219 LOPJ podemos deducir una cierta flexibilidad en el régimen legal de tutela de la debida imparcialidad del juez, y no porque haya causa supra legales de recusación con fundamento en el derecho a un juez imparcial —que no las hay—, sino porque hay otras causas de parcialidad que, no obstante, no admite recusación, pero cuya concurrencia puede ser declarada por el Tribunal Constitucional como vulneración del derecho al juez imparcial. La primera opción —existencia de causas supra legales de abstención y recusación— ya ha sido expresamente descartada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como hemos visto anteriormente. Operar de otra forma sería convertir el principio de legalidad en papel mojado. Una cosa es que las normas se interpreten de conformidad con la Constitución y otra muy distinta que su contenido se altere para hacer frente a una pretendida valoración de inconstitucionalidad del supuesto de hecho de que se trate. En cambio, no hay ningún impedimento, antes al contrario, en interpretar extensivamente el art. 219 LOPJ precisamente porque el fundamento que subyace en el mismo es, como dice SANTOS

---

<sup>295</sup> STC 157/1993, de 6 de mayo, FJº 1 “Tal interpretación [dada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana] viene a afirmar, de modo implícito, el carácter taxativo y cerrado de los supuestos de abstención y recusación del repetido art. 219.10 [L.O.P.J.]”; ATC 111/1982, de 10 de marzo, FJº 5 “Con apoyo en el derecho establecido en el art. 24 de la Constitución al Juez ordinario predeterminado por la Ley, se quiere establecer una nueva causa de abstención y recusación de los Magistrados, no prevista en el art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (...) debiendo, por fin, agregarse que las causas fijadas en *numerus clausus* en el art. 54 no son ampliables”.

VIJANDE<sup>296</sup>, la tutela de un derecho fundamental. Pero la analogía, como también dice el autor, no es interpretación sino creación de Derecho, con todas las reservas que ello provoca cuando, como es este caso, concurre además otro derecho fundamental y garantía del juicio justo que es el derecho al juez predeterminado por la ley, y cualquier “exceso” interpretativo puede oponerse a la vigencia de este último.

Así, en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJº 8 se dice “a) Como en todas las ocasiones en que se alegan sospechas de parcialidad apoyadas en circunstancias posteriores en el tiempo a la concreción de la abstracta predeterminación legal del Juez, el canon de enjuiciamiento de las dudas alegadas ha de ser especialmente riguroso, pues si la predeterminación legal abstracta del Juez del caso, además de constituir un derecho fundamental autónomo, es, como dijimos antes, una garantía de su actuación independiente y, por ende, imparcial, apartar a un Juez ya determinado por circunstancias sobrevenidas a la asignación del caso, quebrando así la previsión legal inicial, exige fundadas razones que eliminen cualquier posibilidad de utilizar interesadamente este mecanismo de garantía para seleccionar o separar al Juez tomando como base la preferencia o rechazo del justiciable hacia sus cualidades personales”.

A las razones ya apuntadas que abonan la prohibición del recurso a la analogía en el campo de la recusación y la abstención puede sumarse la necesidad de preservar la seguridad jurídica de los integrantes del órgano *ad quem*, a quienes, de otra forma, podría sorprenderles una aceptación de recusación análogamente fundamentada o la desestimación de su

---

<sup>296</sup> SANTOS VIJANDE, J.M.: “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)”, *op.cit.*, pág. 9.

abstención formulada mediante idéntica apelación a causa análoga, con el correspondiente riesgo, en ambos casos, de ser sancionadas disciplinariamente pues en el primer supuesto el juez se encontraría, además, con la posibilidad de ser sancionado por infracción muy grave “por inobservancia del deber de abstención” (art. 418.8 LOPJ) y, en el segundo, por falta grave basada en la “abstención injustificada” (art. 418.14 con relación al art. 221.3 LOPJ).

El Tribunal Constitucional ha declarado que el contenido del derecho al juez imparcial exige que se dé oportunidad a las partes y, en especial al acusado, de recusar a los jueces y magistrados en quienes se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales en el art. 219 LOPJ. En esa medida puede hablarse de un derecho a formular recusación<sup>297</sup>, constitucionalmente garantizado, que comprende la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley<sup>298</sup> y que la cuestión sea enjuiciada por un Juez distinto del que haya sido objeto de recusación. En cambio, el Tribunal no entra a examinar las causas de recusación y su interpretación judicial, sino sólo en la medida en que se haya vulnerado la garantía del

---

<sup>297</sup> Por ello se ha declarado la vulneración del derecho a un juez imparcial en aquellos supuestos en que no se notificó debidamente a las partes o al acusado — según el proceso de que se trate— la composición definitiva del Tribunal sentenciador de forma que éstos no pudieron plantear la oportuna recusación de los magistrados integrantes del mismo. Entre otras, STC 137/1994 y 151/2000.

<sup>298</sup> En la STC 162/1999 FJº 2 se vincula la recusación con la exigencia de agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria previa al amparo: “La recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial, y por ello, cuando la misma es posible por conocerse la causa con carácter previo al enjuiciamiento, es exigido plantearla para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión antes de demandar el amparo (SSTC 138/1991, 238/1991, 230/1992, 119/1993, 282/1993, 384/1993, 142/1997 e, implícitamente STC 205/1997)”.

art. 24.2 CE, esto es, cuando la decisión desestimatoria se ha hecho de manera inmotivada, arbitraria o irrazonable. En la STC 69/2001, FJ°20 se afirma: “ (...) queda por completo al margen de nuestro conocimiento el enjuiciamiento sobre la real concurrencia o no de las causas de recusación alegadas, así como la interpretación de las normas en las que vienen contenidas, pues tan solo nos es dado examinar si se ha infringido o no el derecho fundamental al Juez legal imparcial y si se han cumplido las garantías constitucionales que son exigibles en la tramitación del correspondiente incidente”

Al margen del limitado recurso a la recusación, nos preguntamos si cabe formular por cualquier otra vía la vulneración del derecho a un juez imparcial ante los jueces y tribunales ordinarios. En un principio, la respuesta negativa parece desprenderse de la STC 137/1994, FJ 2º pues “el incidente de recusación es el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión”. Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado en su STS 21-7-2000 que también el recurso de casación puede servir —muy limitadamente, por cierto— de cauce para tutelar la imparcialidad del juzgador si del examen de la sentencia puede deducirse que exterioriza parcialidad: “(...) a los efectos de la cuestión de la imparcialidad del Tribunal es necesario distinguir entre una perspectiva ex ante y otra ex post.

Una vez dictada la sentencia por el Tribunal, cuya recusación fue oportunamente rechazada, la cuestión de la imparcialidad debe ser juzgada a la luz del contenido de dicha sentencia. Esto significa que si el Tribunal pronunció un fallo que es adecuado a derecho, que no

exterioriza la parcialidad de los jueces, pues cualquier otro Tribunal podría haber emitido una sentencia de ese contenido, la imparcialidad del Tribunal que juzgó quedó demostrada. Por lo tanto, el recurrente no puede alegar en casación que ha sido juzgado por un Tribunal que no reunía los requisitos de imparcialidad establecidos en la Constitución, sin demostrar que la parcialidad se exterioriza en la sentencia”. Es evidente que si la sentencia es arbitraria o injusta constituye una prevaricación punible y, por tanto, la prueba de la efectiva parcialidad del juez, pero de ahí no cabe deducir, *sensu contrario*, que toda resolución ajustada a Derecho ha sido dictada por un juez imparcial ni que toda resolución contraria a Derecho demuestra la parcialidad del juez que la dictó.

Tradicionalmente suele distinguirse en la doctrina y jurisprudencia entre causas subjetivas y objetivas de recusación y abstención para referirse a los correspondientes aspectos o perspectivas de la imparcialidad del juez. La totalidad de las causas de abstención y recusación reguladas en la LOPJ conducen todas sus previsiones a relaciones personales del juzgador con las partes intervinientes en el proceso, o a actividades del Juez tendentes a delimitar el objeto del mismo.<sup>299</sup> Entiende el profesor GUASP<sup>300</sup> que el parentesco, la tutela, la amistad, la enemistad, o el tener proceso pendiente determinan una relación con los sujetos, mientras que el haber intervenido como perito, testigo o fiscal, supone una relación formal con el objeto del proceso, y el tener interés directo o indirecto determina una relación material con éste.

---

<sup>299</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y la recusación.....*, pág. 97.

<sup>300</sup> GUASP, J.: *Derecho procesal civil*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 157.

Los sistemas de agrupación doctrinal de los motivos de recusación son varios, aunque todos similares al expuesto. El más claro, por su sencillez y concreción, es el propuesto por PRIETO-CASTRO,<sup>301</sup> que entiende que todos los motivos de recusación pueden reconducirse a relaciones de parentesco, afección, desafección, interés o relación del Juez con el asunto.

La jurisprudencia también se ha ocupado de esta cuestión, así por ejemplo la STS (2ª), de 9 de junio de 1980, afirma que las causas de recusación “se han clasificado de múltiples modos, siendo la más clara y sencilla de dichas clasificaciones la que distingue entre causas influidas por el afecto, causas fundadas en el odio, causas basadas en el interés y causas fundamentadas en el amor propio o en el orgullo personal (...)”.

La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que

---

<sup>301</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho de Tribunales*. Edt. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 278.

se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan<sup>302</sup>.

## B. Causas concretas de abstención y recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

### *1) El vínculo matrimonial*

El vínculo matrimonial entre el juez y cualquiera de las partes se incluye por vez primera dentro del catálogo de causas legítimas de abstención y recusación judicial con la LOPJ 6/1985. La mencionada omisión legislativa como pone de manifiesto ARIAS DOMÍNGUEZ

práctica raramente podía llegar a darse la relación recusable de matrim<sup>303</sup>, precisamente porque la mujer tenía vedado el acceso a la carrera judicial, y por otro, porque en el ámbito civil su capacidad de obrar estaba limitada. Tal argumento es válido para el proceso civil, pero no justifica que la LECr., omitiese toda referencia al vínculo matrimonial como relación recusable, ya que en este ámbito no existía limitación alguna a la capacidad procesal de la mujer para intervenir como sujeto activo o pasivo del proceso penal. En todo caso, la doctrina de forma unánime estimó que el vínculo matrimonial era causa de recusación y lo consideró incluido, de forma implícita en la relación de afinidad.

---

<sup>302</sup> Doctrina extraída de la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJº 5

<sup>303</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*. Edersa, Madrid, 1999, pág. 106.



La regulación actual, si bien hace expresa referencia al vínculo matrimonial que se establece entre el juez con cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal, Letrado y Procurador de las partes, no establece especificación alguna que permita cernir su interpretación de una forma exclusiva al vínculo vigente. La imprecisión legislativa ha motivado que surjan interpretaciones en torno al alcance de este precepto. Concretamente, se hace referencia al vínculo matrimonial vigente, o si por el contrario permite una interpretación flexible que permita la inclusión de los supuestos en los que la relación jurídica matrimonial ha sufrido alguna transformación por mediar separación, nulidad o divorcio.

En la separación del matrimonio, tanto si es de hecho como de derecho, quedaría amparada por el tenor literal de la expresión legal in necesidad de tener que acudir a una interpretación extensiva o analógica para su inclusión, ya que la sentencia constitutiva de separación en ningún caso produce la extinción del vínculo del matrimonio. La controversia quedaría limitada a los supuestos de nulidad y divorcio, en los que verdaderamente deja de existir el vínculo matrimonial.

La doctrina mayoritaria, haciendo invocación de tradicional brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distiguere debemus*, llega a la conclusión de que si el legislador hubiera querido admitir excepciones exigiendo que el vínculo matrimonial fuese actual, habría dispuesto sin duda alguna de las salvedades oportunas en vez de expresarse en términos tan generales. Consecuentemente, propone una comprometida interpretación del precepto que incluya en su ámbito de aplicación el vínculo jurídico redacción vigente consiente la inteligencia de que están incluidos los

matrimonios anteriores, pero de no ser así, por una interpretación<sup>304</sup>. Ahora bien, si nos atenemos a la configuración de nuestro sistema recusatorio no es posible alcanzar esta conclusión, precisamente porque el mismo se expresa en términos excluyentes.

No podrá ser considerado como motivo de recusación ninguna circunstancia que no venga dispuesta de forma expresa y específica en la ley y toda interpretación que se haga de las causas recusatorias debe hacerse de una forma restrictiva. Sin embargo, hay una corriente doctrinal que, desde una perspectiva teleológica y garantista de la imparcialidad de jueces y magistrados, aboga por posibilitar una interpretación más flexible de las causas de recusación. Algunos inclusive llegan a admitir la interpretación analógica, por estimarla más acorde con la finalidad pretendida por el instituto de la abstención y recusación. CALVO SÁNCHEZ<sup>305</sup> se muestra favorable a una interpretación teleológica del precepto a fin de contemplar dentro del mismo a los matrimonios anteriores ahora disueltos, en atención a las dudas que pueden generar sobre la imparcialidad del juez, sin embargo señala que el legislador perdió la oportunidad de contemplar estos supuestos y que en la actualidad la situación de parentesco entre el juez o magistrado queda reducida al parentesco vigente.

El vínculo matrimonial previsto como causa de separación del juez en el conocimiento del proceso se refiere a aquél que vincula al juez con

---

<sup>304</sup> GUTIÉRREZ CARBONELL, M.: *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria: doctrina y jurisprudencia*, T. I, Dirig. Conde-Pumpido, Madrid, 1998, pág. 414.

<sup>305</sup> CALVO SÁNCHEZ, C.: “La recusación de los jueces y magistrados (II)” en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1989, págs. 69-70.

cualquiera de las partes (art. 219.1 LOPJ) y al que vincula al juez con los abogados y procuradores de las mismas (art. 219.2 LOPJ). La previsión legal alcanza tanto a las partes materiales como a las partes en sentido formal. La dificultad que supone este precepto viene dada, precisamente, porque en el ámbito del proceso penal forman parte del juicio y de la decisión, intereses y derechos en los que los titulares no necesitan intervenir como partes en la causa. Tanto el ofendido como el perjudicado por el delito no adquieren la cualidad de parte si no se personan en el proceso penal. Por eso la doctrina ha entendido aplicable

Se ha previsto como relación recusable el vínculo matrimonial que se entable entre el Juez y el Ministerio Fiscal. Esta inclusión se establece sin perjuicio de la vigencia de la causa genérica de incompatibilidad prevista en el artículo 392.2 LOPJ, así como su configuración como causa de abstención del Ministerio Fiscal.

## *2) Parentesco por consanguinidad*

Al igual que ocurría con el vínculo matrimonial, para apreciar concurrente la causa de recusación de parentesco por consanguinidad basta con acreditar la existencia del vínculo de parentesco del juez, con cualquiera de las partes, o con los abogados y representantes de éstas en los grados que previene la norma. El legislador a la hora de perfilar la relación familiar que, definida por un vínculo de parentesco, configura esta causa de recusación, ha establecido una distinta graduación según la posición procesal que ostente la persona con la que se entable el vínculo parental. De esta forma, en el primer apartado dispone la relación de parentesco dentro del cuarto grado cuando se entabla con cualquiera de las partes y lo reduce al segundo grado cuando se refiere a los abogados

o procuradores de cualquiera de ellas. La razón de ser de este diverso alcance se halla en el entendimiento de que la parte, por lógica tiene un interés mayor que el de su abogado o procurador en que el juez resuelva a su favor, por lo que el grado de presión que pretenda ejercer será también de mayor intensidad.

### 3) *Parentesco por afinidad*

La relación de parentesco por afinidad es la que liga a un esposo con los parientes de sangre del otro o, dicho de otro modo, el parentesco político entre dos personas. Un parentesco que configura una relación recusable en los mismos grados que la relación de parentesco por consanguinidad, esto es, dentro del cuarto grado cuando se entable entre el juez y las partes, y hasta el segundo grado inclusive, cuando vincule al juez con los abogados o procuradores de las mismas.

Precisamente por constituir el vínculo matrimonial la causa *ad origen* de la relación de parentesco por afinidad, es por lo que debemos plantearnos qué ocurre con dicha relación una vez se hubiere disuelto el matrimonio. Es lógico que, siendo la relación de afinidad una relación que está en función del vínculo matrimonial, una vez disuelto éste debiera estimarse extinguida la relación de parentesco que la generó. Atendiendo a la literalidad de la norma, la relación de afinidad únicamente permitiría configurar causa de recusación constante el matrimonio del que trae su causa.

La doctrina civilista, sin embargo, no mantiene esta consideración al entender que la permanencia del parentesco de afinidad, es independiente de la disolución del vínculo matrimonial. La objetivación de un sentimiento subjetivo e íntimo que procura el establecimiento del

hecho concreto del que inferir el mismo, constituiría la razón en la que cabría justificar el carácter indefinido de la relación de parentesco por afinidad como causa de recusación con independencia de la permanencia en el tiempo del vínculo matrimonial del que trae su causa. Así los PROFESORES DE DERECHO PROCESAL<sup>306</sup>, dispusieron dentro de las causas de exclusión legal del juez, el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los litigantes, aun cuando el matrimonio del que proceda la afinidad esté declarado nulo o se hallen separados los cónyuges.

Entendemos que el concepto de afinidad debe estimarse concurrente cuando el matrimonio hubiere quedado extinguido por causa de muerte o como consecuencia de la sentencia constitutiva de separación que en ningún caso produce la extinción del vínculo jurídico del matrimonio, ya que solamente provoca una modificación de los derechos y obligaciones que el mismo origina; pero no se puede hacer extensiva a los casos de extinción del matrimonio por nulidad o divorcio. En estos dos supuestos tendría encaje como causa de recusación del juez el número 9 del artículo

*lege ferenda* habría que incluir a los abogados y procuradores de cualquiera de las partes en el ámbito subjetivo que perfila esta relación recusable.

#### 4) *La relación asimilable al matrimonio*

La doctrina ha declarado plausible la equiparación que se hace en materia de recusación entre parejas de hecho y parejas casadas. Son

---

<sup>306</sup> PROFESORES DE DERECHO PROCESAL.: *Corrección y actualización de la LEC*, T. I. Tecnos. Madrid, 1972, pág. 250.

diversos los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que acogen las uniones fácticas de pareja equiparándolas a efectos jurídicos a la relación conyugal<sup>307</sup>.

La realidad social no contempla un único tipo de unión interpersonal, precisamente, en razón de la heterogeneidad de las uniones de hecho existentes. Resulta evidente que cuando el ordenamiento jurídico ha asumido las uniones de hecho para conferirles unos efectos jurídicos que anteriormente eran reconocidos con carácter exclusivo al matrimonio lo ha hecho por considerar que tales relaciones son análogas a él.

La estabilidad de la convivencia constituye un elemento esencial del matrimonio, y en esta institución la proyección de futuro o perdurabilidad de la relación se presume desde el mismo momento de su celebración. Esta solución no es aplicable a las situaciones de hecho, porque estas relaciones interpersonales se singularizan por tener un perfil

---

<sup>307</sup> Entre ellos cabe citar en el ámbito penal la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en el artículo 23 dispone que “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redacción según Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en el artículo 955 establece que “Están legitimados para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable”; Ley Orgánica, 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus, regula en el artículo 3 que “Podrán instar el procedimiento de *Habeas Corpus* que esta Ley establece: El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales”.

anormal. En este contexto la estabilidad en la convivencia sólo es constatable a partir de su desarrollo a lo largo del tiempo.

El Tribunal Supremo entiende que sólo cabe hablar de pareja de hecho cuando la convivencia haya durado varios años, sea pública y haya dado lugar a actuaciones conjuntas de ambas partes<sup>308</sup>. La convivencia potencialmente constitutiva de las uniones de hecho es una convivencia diaria, estable y duradera o, por lo menos con vocación de permanencia en el tiempo. En este sentido la STC 184/1990, de 15 de noviembre, consideraba precisa una unidad de convivencia estable. Asimismo, la no exigencia de formalidad alguna en el momento de su constitución dificulta la determinación del instante a partir del cual resulta computable el transcurso de dicho lapso temporal. Esta indeterminación que se produce respecto al *dies a quo* en que comienza la relación de hecho plantea una cuestión de difícil solución y que no puede ser otra que requerir cierta firmeza o estabilidad en la relación, que se manifiesta bien constatando cierta continuidad a través de su desarrollo durante un lapso temporal determinado, o bien a través de la realización de cualquier acto formal que de forma implícita haga fehaciente cierta proyección de futuro en la relación.

##### 5) Vínculo matrimonial letrado y procuradores

La LOPJ al prevenir el vínculo matrimonial entre el juez y los letrados o procuradores de las partes como causa de recusación pone fin a la

---

<sup>308</sup> STS de 18 de mayo de 1992 (RAJ 4907) “La convivencia “more uxorio”, ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”; STS de 21 de octubre de 1992 (RAJ 8589) y STS de 11 de diciembre de 1992 (RAJ 9733).

polémica que suscitó la omisión de estos últimos y que fue resuelta jurisprudencialmente en sentido afirmativo<sup>309</sup>. Sin embargo, la utilización del término “letrado”, que constituye un término más amplio e indefinido, a cuyo amparo fue posible la inclusión de la figura de los procuradores en el ámbito de comprensión de la norma, una vez se hace expresa referencia a estos últimos suscita cierta vacilación respecto a la precisión de los concretos límites a los que se ciñe esta causa de recusación.

En primer lugar cabe reseñar que el término letrado empleado en la definición de esta causa es un término más amplio que el de abogados. Así mientras que este último concepto limita su ámbito a quienes “incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes (...) se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”<sup>310</sup>, el término Letrado extiende su comprensión también al licenciado en derecho. Por consiguiente, cabe preguntarse si se puede estimar incluida la relación matrimonial del juez con aquél que en calidad de licenciado en derecho hubiese asesorado a cualquiera de las partes con carácter previo al proceso. La expresión “que intervengan en el pleito o causa” zanjaría esta polémica a favor de su sentido más restringido, si entendemos que la acotación que lleva a cabo la misma va referida a la figura del letrado y del procurador. Por tanto no se podría descartar *a priori* que el vínculo matrimonial que relacione al juez

---

<sup>309</sup> SÁEZ JIMÉNEZ, J. y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. II, tomo IV, editorial Santillana, Madrid, 1968, pág. 183, ambos autores citan al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1901 y 1 de diciembre de 1906.

<sup>310</sup> Artículo 9.1 del Estatuto General de la Abogacía, RD 658/2001 de 22 de junio.



competente con el licenciado en derecho que hubiese asesorado previamente a la parte que interviene en el proceso, sea circunstancia integradora de esta causa de recusación<sup>311312</sup>.

En segundo lugar, está la cuestión que suscita la hermenéutica de este precepto de si tal previsión debe hacerse extensiva a los representantes de las partes que como equivalente a letrado y a procurador se establecen en otros órdenes jurisdiccionales. Concretamente, en el orden jurisdiccional social, la remisión que hace el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en su artículo 15 a lo dispuesto en el artículo 219 LOPJ debiera recoger la especialidad que en materia de representación dispone la misma. En el procedimiento laboral, las partes pueden conferir su representación a procurador, graduado social o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. En consecuencia, en el caso de conferir representación a estos últimos también debiera estimarse que la relación familiar que se entable entre el juez y cualquiera de ellos permite configurar esa causa de recusación. GOERLICH PESET<sup>313</sup> considera extensiva esta norma a los

---

<sup>311</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 102.

<sup>312</sup> La STC 7/1997, de 14 de enero, acordó la nulidad de actuaciones por haber intervenido un magistrado que era hermano del jefe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma que intervenía en calidad de parte en el pleito.

<sup>313</sup> GOERLICH PESET, J.M.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. I, Edit. Comares, Granada, 2001, pág. 170.

graduados sociales, del mismo modo se decanta VILLAR DEL MORAL<sup>314</sup>.

*6) Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquier de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de éstas*

de la concurrencia de un sentimiento que define la institución referida. De ahí que para estimar concurrente esta causa de recusación sea suficiente con acreditar la existencia de la relación tutelar en un momento previo al proceso, aunque en la actualidad se hubiese extinguido, con independencia en el tiempo del sentimiento afectivo que se estima implícito.

El diverso ámbito temporal que describe una y otra causa obedece a razones de lógica jurídica, porque cualquiera de los casos que disponen la sujeción de la persona a un régimen de tutela es incompatible con el ejercicio simultáneo de la judicatura. Por eso, sólo el primer supuesto, cuando el juez fuese el sujeto activo de la función tutelar respecto a cualquiera de las partes, el legislador contempla la sujeción a la institución tutelar en una perspectiva de pasado

*7) Estar o haber sido denunciado por alguna de las partes*

La aplicación de esta causa tiene como base la denuncia o querrela interpuesta por una de las partes frente al juez o magistrado, y tiene su fundamento en el resentimiento o sentimiento de venganza que dicha

---

<sup>314</sup> VILLAR DEL MORAL, F.J.: *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso ordinario laboral, en los recursos y en la ejecución*, Edit. Comares, Granada, 2001, pág. 38.

circunstancia pudiera general en el juez o magistrado frente a quien se formula. Para su concurrencia no basta la mera interposición de la denuncia o querrela, porque ello estimularía la interposición de denuncias o querrelas carentes de todo fundamento, con la única finalidad de separar al juez competente en el conocimiento del proceso. Por ello, el legislador siguiendo el criterio unánimemente esgrimido por la doctrina y la jurisprudencia, considera necesario que tales actos procesales reúnan los requisitos necesarios para proceder a la averiguación de los hechos y a la formación de un procedimiento penal, además de requerir con carácter general una interposición previa al inicio del proceso en el que se quiere hacer valer como causa de recusación y su admisión a trámite.

Tal exigencia ha sido una constante en la jurisprudencia<sup>315</sup> que pretende evitar que cualquiera de las partes lleve a cabo uno de estos actos procesales, con el exclusivo propósito de apartar al juez del conocimiento del asunto de una manera subrepticia. Por eso, la condición del carácter previo, en último término, impide que la composición del Tribunal quede a voluntad de cualquiera de las partes<sup>316</sup>.

Asimismo, se requiere que la denuncia o querrela hubieran sido admitidas a trámite, dando lugar a la incoación del procedimiento penal, es decir, se requiere que éstas ofrezcan visos de veracidad. Esta exigencia adicional pretende evitar que cualquiera de las partes, durante la sustanciación del proceso, intente este motivo para apartar al juez que

---

<sup>315</sup> SSTS de 24 de enero de 1958; 29 de julio 1998 (RAJ 5855); 30 de marzo de 1998 (RAJ 4239); 7 de octubre de 1963 RAJ 3955); y el ATS de 25 de mayo de 1994 (RAJ 4605).

<sup>316</sup> STS 29 de julio de 1998 (RAJ 5855); STS 30 de marzo de 1998 (RAJ 4239); ATS 25 de mayo de 1994 (RAJ 4605); ATS 1 de octubre de 1990 (RAJ 9239).

considere molesto<sup>317</sup>. Hasta la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, además de la exigencia de haberse formulado querrela, no bastando la simple denuncia de los hechos, se requería la celebración del antejuicio. Con el antejuicio se pretendía determinar si existían motivos bastantes para admitir la querrela, o si por el contrario, se debía proceder a su inadmisión por estimarla carente de fundamento alguno.

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, incorpora una nueva exigencia en la conformación de esta causa de recusación, que es que el proceso no hubiera terminado con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

#### *8) Haber sido sancionado*

La inclusión de esta causa de recusación viene a solventar las discusiones doctrinales en torno a si debía estimarse implícito en la precedente causa de recusación las quejas elevadas al superior jerárquico que pudiera suponer una sanción disciplinaria al juez. Sólo establece como causa de recusación el expediente sancionador que ya hubiere finalizado condenando al juez con sanción disciplinaria.

---

317

prevaricación no es motivo de recusación puesto que su interposición no la justifica si

que tenga viabilidad esta causa de recusación es indispensable que los hechos que se imputan al recusado revistan los caracteres de delito o falta y que la denuncia ofrezca garantías de veracidad y que hubiera sido admitida dando lugar al correspondiente

9) *Haber emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado*

Esta causa como señala el profesor PRIETO CASTRO<sup>318</sup> sale al paso del absurdo que constituiría un juez recogiendo sus propios argumentos emitidos como defensor o fiscal, o bien valorando el dictamen o las declaraciones que él mismo hubiere prestado en calidad de perito o testigo.

El dictamen en cuanto opinión o juicio que se forma o emite sobre un asunto, puede versar bien sobre el objeto principal, bien respecto a cualquiera de sus incidencias, y no tiene por que adoptar una forma determinada por lo que es admisible que ésta se hubiese verificado tanto de una forma escrita como verbal. En cualquier caso, tradicionalmente se ha considerado que el dictamen debía incorporar alguna sugerencia o instrucción sobre el comportamiento procesal de las partes.

10) *Haber sido fiscal, perito o testigo*

Este inciso pretende garantizar que el conocimiento de los hechos que hubiera podido haber adquirido el juez sea consecuencia de la actividad probatoria desarrollada por las partes en el proceso. La dicción literal del proceso sólo permite estimar constitutivo de la misma el hecho de haber sido propuesto para tal fin, por lo que la apreciación de concurrencia de esta causa requiere que el testigo haya depuesto y el perito haya emitido dictamen. Sin embargo, no podemos olvidar que esta causa en última instancia tiene por finalidad prevenir que el juez afronte el enjuiciamiento con algún prejuicio adquirido a consecuencia de un

---

<sup>318</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho de los Tribunales*. Aranzadi, Madrid, 1986, pág. 279.

conocimiento extraprocesal de los hechos, o de una intervención previa en otro concepto.

Por ello, en lo que concierne a la prueba testifical pudiera parecer más adecuado no limitar el ámbito de esta causa de abstención al hecho de haber intervenido en calidad de testigo, ya que el juez podría haber sido testigo de los hechos y ni siquiera haber sido citado para declarar, en cuyo caso ha tenido ocasión de formarse una opinión o prejuicio del asunto y en este supuesto no sería recusable.

Si lo que se pretende con el establecimiento de esta causa de recusación es evitar que el juez tenga un conocimiento de los hechos previo al que se derive de los autos y las pruebas, debiera prevalecer el aspecto material de la condición de testigo sobre un puro formulismo. El perito es una persona que aporta al proceso conocimientos técnicos, científicos o artísticos que son específicos de un determinado ámbito del saber. El dictamen del perito constituye un medio de prueba cuyo objeto no son los hechos del debate, sino circunstancias no fácticas que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide; por otra parte, el perito aporta el conocimiento de máximas de experiencia o conocimientos técnicos, por lo que su práctica no resulta necesaria cuando el juez las conozca, y a diferencia de lo que sucede cuando el juez hubiere adquirido la condición de testigo, no se puede recusar a un juez por tener unos conocimientos específicos sobre un determinado asunto.

#### *11) Haber sido defensor o representante de alguna de las partes*

La propia literalidad del artículo 219.6 LOPJ sugiere el interrogante respecto a si todos los apartados obedecen a un mismo y único

que justifique una conformación y alcance distinto al de otras causas de recusación que el mismo apartado establece.

La finalidad de la previsión normativa es evitar que el juez realice un enjuiciamiento de los hechos con un prejuicio adquirido de su previa intervención en el proceso en concepto distinto al que ahora desempeña, bien como abogado, procurador, fiscal, testigo o perito. No existe unanimidad en lo que concierne al ámbito material de esta causa de recusación, el cual vendrá delimitado por el alcance que se atribuya a la para su definición.

Hay una corriente doctrinal que se pronuncia por la naturaleza objetiva de esta causa de recusación y considera que la previsión de esta causa se circunscribe a eliminar el riesgo que para la imparcialidad judicial comporta la posibilidad de haber obtenido un conocimiento cualificado y extraprocesal de los hechos como consecuencia de las relaciones profesionales que hubiere mantenido con una de las partes. MONTERO

recusación no es ajena al proceso, sino que depende de la actividad que el juez del mismo ha realizado precisamente en él. La causa no existe independientemente del proceso, no es anterior a él, no existirá aunque el

<sup>319</sup>. Por lo tanto limita el ámbito material de aplicación de esta previsión normativa, a la relación profesional de asesoramiento o representación que hubiese tenido lugar

---

<sup>319</sup> MONTERO AROCA, J.: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 235.

respecto al mismo asunto que ahora tiene por objeto la pretensión deducida en el proceso en el que se pretende hacer valer la recusación.

Por su parte, la corriente doctrinal que incide en el aspecto subjetivo de esta causa, considera que el fundamento que subyace es evitar el peligro que a la imparcialidad judicial comporta la relación de afectividad, proximidad o cuando menos, de confianza que supone la relación abogado cliente, sobre todo cuando éste es designado por la parte. FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, consideran que cuando hubiera emitido dictámenes por encargo de alguna de las p

habido una prestación de servicios o una determinada vinculación económica aparece la sospecha sobre la imparcialidad del juzgador por lo

<sup>320</sup>. Para esta doctrina la relación profesional existe entre abogado y cliente objetiva un sentimiento de afecto, desafecto, o interés susceptible de infundir una sospecha razonable respecto de la imparcialidad del juez que mantuvo dicha relación con una de las partes.

Además, la expres  
asesoramiento jurídico llevado a cabo con relación al mismo proceso o en un asunto que guarde relación con el objeto del proceso del que trae su causa, sino que cualquier otra clase de asesoramiento o representación que hubiere mantenido el juez con una de las partes, tenga o no relación con el proceso, debiera tomarse en consideración como hecho constitutivo de este motivo de recusación.

---

<sup>320</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; y VALLS GOMBAU, J.F.: *Derecho Procesal Práctico*, T. II. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 145.



*12) Ser o haber sido denunciante o acusador*

Esta causa de recusación, al igual que la establecida en el número cuatro del artículo 219 constituye un motivo de índole jurídica, cuya existencia encuentra razón de ser en la animadversión o el distanciamiento del juez hacia una de las partes. La doctrina viene considerando que ésta constituye la situación inversa a la del apartado cuatro del artículo 219 LOPJ. Ahora bien, tiene una peculiar configuración a la hora de determinar los requisitos que deben concurrir.

En este motivo de recusación no existe el riesgo de que el hecho constitutivo pudiera haberse configurado de una manera premeditada por parte del recusante, precisamente, porque el hecho que la conforma se condiciona a que concurra una actuación del juez que es objeto de recusación. Por ello, todas las cautelas que han sido previstas para cuando la recusación se funda en la denuncia o querrela que hubiera formulado una de las partes frente al juez, en este concreto motivo de recusación carece de fundamento su exigencia.

ser o haber

ámbito de aplicación de esta causa al actor civil. La denuncia ha de ser directa, lo que presupone una relación personal directa entre el magistrado recusado y el denuncia considerarse hecho configurador de esta causa el que la denuncia hubiese sido interpuesta por una asociación judicial a la que pertenezca el juez recusado<sup>321</sup>.

---

<sup>321</sup> ATC 227/1990, de 4 de junio, reflejaba la existencia de un supuesto en el que la recusación se había fundado en la pertenencia de los magistrados recusados a la

### 13) *Tener pleito pendiente con alguna de éstas*

El término pleito no presenta un significado unívoco por lo que se hace preciso determinar cuál sea el alcance que el legislador ha querido darle.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que este término expresa la existencia de un proceso civil en sentido estricto. La equiparación del término utilizado como concepto de proceso, conllevaría la exclusión del arbitraje del ámbito de esta causa, por cuanto que aun tratándose, al igual que el proceso, de un método de resolución de conflictos intersubjetivos heterocompositivos, no es una actuación judicial. La similitud que presenta con el proceso, en cuanto institución que expresa la esencia más genuina de la jurisdicción que el es *iudicium inter partes*, le ha valido el 1993, de 4 de

mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión con todos Esto debería constituir motivo bastante para interpretar el término pleito en un sentido más amplio, favoreciendo la inclusión del arbitraje, que junto al proceso, es un método de resolución de conflictos heterocompositivos.

La contradicción es otra de las notas que delimitan el concepto de proceso haciéndose necesario que existan dos posturas enfrentadas entre sí, la pretensión y la defensa. Para la aplicación de este motivo de recusación se ha venido exigiendo que el juez y la parte actúen en

---

Asociación Profesional de la Magistratura, la cual estaba personada en la causa como parte, y además como parte acusadora contra él.

posiciones enfrentadas. No obstante la doctrina moderna insinúa un abandono de esta línea restrictiva y defiende la inclusión de aquellos supuestos en los que se produce una actuación litisconsorcial, juez y parte, en la misma posición doctrinal.

#### *14) Amistad íntima o enemistad manifiesta*

En este supuesto se hace invocación de un sentimiento, que puede ser de amistad o enemistad y que, como tal, permanece en lo más recóndito del intelecto humano. La indagación de ese estado psicológico del juez debe hacerse a partir de datos o hechos de naturaleza objetiva que sirvan como instrumento traductor del pensamiento del sujeto. Tanto el sentimiento de amistad entendido como aquel afecto personal puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato, como el de enemistad asimilado por parte de la jurisprudencia al

<sup>322</sup> son conceptos sucintos que comprenden una extensa gama de relaciones con diversa gradación, de ahí que la jurisprudencia, delimitando el propio precepto, requiera una cierta entidad en el mismo.

El legislador ha delimitado el amplio concepto de la relación de amistad y enemis

de esta forma la extensión y alcance de esta causa de recusación.

---

<sup>322</sup> Así lo decía la STS 28 de junio de 1982 (RJA 3581); y 22 de abril de 1983 (RAJ 2300).

La amistad no se concreta en cualquier relación de simpatía, sino que sólo debe apreciarse cuando la relación de afecto aparece connotada por la característica de la intimidad.

La intimidad es un concepto indeterminado, pero en ningún caso es subjetiva.

A este respecto la ATC 226/1988, de 16 de febrero, declara que el sentimiento de amistad aparece caracterizado por la nota de intimidad

aquellas relaciones de mero conocimiento, de cortesía, e incluso afectiva de las cuales, por ser de carácter superficial, no puede inferirse circunstancia de intimidad alguna. La STS 17 de enero de 1964 (RAJ

cortesía aunque ésta sea extremada y fuera de ocasión, tal estrechar la mano del querellado, acompañarle, mandarle sentar cuando el querellante ya lo había hecho, darle el original de la querella permitirle redactar su declaración contra lo acostumbrado, actos estos últimos reclamables dentro del proceso penal si se consideraban objeto de recurso, pero no signos de amistad íntima, medida, según el criterio social, por el trato

e adjetiva el sentimiento de enemistad no presenta una posición doctrinal unánime. Por un lado, están aquellos para quien este calificativo presenta un significado análogo a personal, y que permite justificar la separación del juez en quien concurre. Y por otro lado, los que aprecian que tal locución sólo

compromete un significado de publicidad, por lo que expresa que este sentimiento se haga ostensible y conocido por terceros. DE LA OLIVA SANTOS<sup>323</sup>

de que la animadversión sea real y seria y no imaginaria e<sup>324</sup> para quien

signos externos.

La jurisprudencia del TS aun cuando en la mayoría de los casos ha defendido una asimilación de la adjetivación gramatical que acompaña el término de enemistad, a sostenible o manifestada por hechos externos,

procedencia o no de esta causa de recusación. La STS de 18 de mayo de

expresivo en cualquier forma de mala voluntad, plenamente exteriorizada

señalarse ostensiblemente con otras manifestaciones ex

ser manifiesta, ostensible exteriorizada por actos que la ponga de

STS de 29 de julio de 1988 (RAJ 5855)

---

<sup>323</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil I*. Madrid, 1991, pág. 396.

<sup>324</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*, 4ª edición. Edersa, Madrid, 1989, pág. 230.

sido capaz de afirmar la existencia de algún incidente concreto (enfrentamiento, discusiones de algún tipo, actos positivos de distanciamiento o desprecio). Sólo nos hablan los testigos de rumores y

TS

aceptación de cartas, carecen de relevancia suficiente para demostrar dicha enemistad, sino a lo más falta de amistad que no es motivo de

La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 1983,

tacha de enemistad, son inanes e irrelevantes no demostrando una

En consecuencia, cabría afirmar que el TS en este ámbito mantiene una postura ecléctica, puesto que si viene por un lado exige la exteriorización de ese sentimiento de desafecto, por otro condiciona la concurrencia de esta causa de recusación a la constatación de un sentimiento de enemistad. Es necesaria que el sentimiento de enemistad revista cierta entidad que justifique la prevención acerca de la imparcialidad del juez y que dicho sentimiento se exteriorice a través de hechos externos. El ámbito subjetivo de la relación personal que refiere el precepto se constriñe únicamente a la relación entablada entre el juez y cualquiera de las partes. Por ello debería revisarse la imprevisión legal de la amistad íntima entre el juez y los representantes de las partes como circunstancias que objetiviza una sospecha razonable y justificada de la imparcialidad del juez. Antes de la LOPJ de 1985 esta aspiración doctrinal estuvo reconocida por la jurisprudencia que al amparo de una

legislación imprecisa, que no disponía de los límites subjetivos del precepto, declaró como relación recusable la amistad íntima entre el magistrado y el procurador de una de las partes.<sup>325</sup> Sin embargo, la claridad con la que la LOPJ de 1985 expresa la voluntad del legislador, limitando su comprensión a la relación personal entablada entre el juez y quienes están legitimados para recusar, no permite adoptar ninguna interpretación extensiva.

*15) Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa*

como una inclinación más o menos vehemente del ánimo a que la resolución de la causa se manifieste en un sentido determinado, debido a la conexión que existe entre la relación deducida en el proceso y la relación jurídico material de la que es titular el juez<sup>326</sup>.

La doctrina esp que refiere el artículo 219.10 LOPJ, y el presupuesto que subyace a la legitimación *ad causam*, en cuanto refiere una situación especial en la que se encuentran las partes respecto a la relación jurídico material que se deduce en el proceso. Esta es la razón por la cual se estima que concurre interés directo cuando el juez ostenta legitimación en el interés directo en el pleito no sólo cuando el recusable es parte principal,

---

<sup>325</sup> STS 19 de noviembre de 1983, Justicia, 1984, núm. I, pág. 211-217.

<sup>326</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad judicial op., cit.*, pág. 273.

sino cuando lo fuere adhesivamente, o se hallare con la otra parte en una

327

En aquellos supuestos en los que el juez se encuentre respecto del objeto del proceso que ha de enjuiciar en alguna situación por la que resulte legitimado para actuar como parte procesal o adhesiva, se hace evidente el demérito que a su imparcialidad comporta. En este sentido la STS de 28 de junio de 1982, FJº 2 (CENDOJ 950/1982) declara interés directo o indirecto se ha de entender la confusión de los conceptos de juez y parte, dado que el proceso y la resolución final que en él se dicte suponen una carga o perjuicio o, antes al contrario, una ventaja o utilidad, para el organismo jurisdiccional, de tal modo que, dicha resolución afecta, mediata o inmediateamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado, debiendo desde luego tratarse de un interés meramente personal, bien individual, bien gracias a formar parte el recusado de una persona jurídica de naturaleza privada, sin que pueda equipararse, a la causa de recusación estudiada el denominado interés ideológico y otros de carácter general o abstracto, los cuales de prosperar impedirían a todos los integrantes de la carrera judicial por uno u otro motivo, más o menos especioso, conocer de

Al identificar la doctrina el término interés directo establecido como causa de separación del juez y aquél que subyace a la legitimación para intervenir en el proceso, justifica la aplicación de esta causa en aquellos supuestos en los que, no obstante no haberse constituido en parte, se encuentra legitimado para ello. Esta apreciación viene inspirada en la

---

<sup>327</sup> PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aranzadi, 1982, pág. 326.



existencia de una relación litisconsorcial entre el juez y quienes intervienen en el proceso en concepto de parte.

El litisconsorcio necesario constituye una institución que afecta a la legitimación *ad causam* plurisubjetiva de modo tal que la atribución de la legitimación activa o pasiva a una pluralidad de personas viene impuesta por el ordenamiento jurídico material que exige que todas ellas conforme la posición de parte de consuno. Así, en el supuesto de que el propio juez competente fuese al mismo tiempo litisconsorte necesario de una de las partes, tal circunstancia no sólo determina la concurrencia de una causa de recusación, sino la incorrecta constitución de la relación posición activa o pasiva que necesariamente debe conformar.

necesario impropio, la legitimación se confiere a varios sujetos por separado, porque el derecho se reconoce de manera individual a cada uno de ellos. La correcta cons exige una actuación conjunta de todos ellos. La equiparación que realiza la doctrina entre el interés directo que configura un motivo de recusación y el interés que subyace a la legitimación, invita a efectuar una reflexión acerca de la conveniencia de sustraerlo a la ordinaria disciplina de la recusación, ya que la confusión de juez y parte, pugna con el concepto mismo de proceso como solución heterocompositiva de una controversia existente entre dos partes que se ha de resolver por un juzgador situado *supra partes*<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad....*, *op. cit.*, pág. 279.

El tratamiento jurídico procesal del vicio que supone la implicación del juez directamente interesado en la resolución de la contienda tendría que ser este vicio se incluya como causa de nulidad absoluta del acto procesal por falta de aptitud subjetiva de uno de los miembros del órgano jurisdiccional. Sólo así, puede hacerse efectiva la condición de tercero del juez como requisito *sine qua non*, cuya inobservancia infringe la máxima conforme a la cual nadie puede ser juez en causa propia.

El interés indirecto se define desde una perspectiva negativa en relación con el interés directo. Así vendría constituido por todos aquellos supuestos en los que existiendo un interés por parte del juez éste no sea directo. El interés recusable debe circunscribirse a los supuestos en los que desde la perspectiva de la legitimación haya un interés indirecto. Por tanto, se aprecia en los casos en los que el juez está legitimado para intervenir en el proceso coadyuvando la posición del demandante o demandado en defensa de un interés propio.

#### *16) Haber participado en la instrucción de la causa*

Esta causa de abstención y recusación ha sido analizada en el apartado “El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado”, al que nos remitimos para no reproducir los argumentos allí expuestos.

#### *17) Haber fallado el pleito o causa en anterior instancia*

Parece que la expresión “haber resuelto el pleito” que define esta causa de apartamiento, en su tenor literal significa que no toda intervención que hubiere efectuado el órgano enjuiciador en una instancia anterior conformaría esta causa de recusación. Por el contrario, la actuación referida se circunscribiría a la decisión definitiva que concluye una determinada instancia procesa. El Tribunal Supremo en la

sentencia de 22 de diciembre de 1999, respecto a un supuesto en el que habiendo participado un magistrado en primera instancia y posteriormente en el trámite de apelación señala que “la parte recurrente (...) confunde proceso penal con su característica división de las fases de instrucción y de enjuiciamiento, con el proceso civil que carece de tal división y, por ello, nada obsta a que forme parte de la Sala que resolvió el recurso de apelación el mismo que fue, no instructor, sino juez en la primera instancia que no llegó a poner sentencia”.

Muy crítico con esta posición del Tribunal Supremo, VALLESPÍN PÉREZ que considera que “tanto el trabajo de un instructor en el proceso penal como el del juez de primera instancia en el proceso civil suponen un trabajo físico y psíquico que necesariamente tiene que conducir a formar criterio u opinión sobre el asunto que es lo que crea la sospecha de su parcialidad”<sup>329</sup>.

Ni todo recurso posibilita una nueva instancia, ni todos los supuestos en los que hubiere existido un conocimiento anterior por parte del juez decisor pueden conceptuarse como instancia anterior, como ocurre en aquellos supuestos en los que acordada la nulidad de la resolución se ordena la retroacción de actuaciones al momento en que se cometió el acto declarado nulo. En este caso siendo indudable que concurre una intervención sucesiva del mismo juez en el desarrollo del proceso que debe, una vez subsanada la falta, resolver de nuevo sobre la misma cuestión que ya en su día resolvió, ésta se lleva a cabo en la misma instancia.

---

<sup>329</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D.: “Comentario a la STS de 22 de diciembre en que se considera la problemática de la imparcialidad objetiva civil”, <http://www.sc.ehu.dowlnaa.rvdpa>

Tampoco es considerado ejercicio repetido de jurisdicción el conocimiento reiterado de recursos en un mismo proceso. Así el Tribunal Constitucional en la sentencia 14/2001, de 29 de enero, no estimó que conculcase el derecho al juez imparcial que el órgano de apelación que había revocado la primera sentencia absolutoria, que motivó la celebración de un nuevo juicio oral tras el cual fue dictada una sentencia de condena, fuera el mismo órgano de apelación que confirmase en vía de recurso dicha condena.

El recurso de casación en ningún caso puede ser confundido con una segunda instancia. La apreciación del término instancia en su tenor literal, entendiéndolo por tal aquél que posibilita un nuevo conocimiento del asunto que sustituye la valoración efectuada por el inferior, supondría excluir del ámbito de proyección de la exigencia de imparcialidad objetiva al recurso de casación en particular, acogiendo el sentir mayoritario de la doctrina que niega que la casación constituya una instancia más, y en general los recursos extraordinarios, tasados y sujetos a requisitos especiales. Limitar el alcance material y el significado de esta causa de recusación a aquél que conozca en segunda instancia, habiendo conocido a su vez de la primera instancia, excluyendo de su ámbito de aplicación el conocimiento de los recursos extraordinarios, exige buscar otra interpretación.

La garantía de imparcialidad objetiva comporta una incompatibilidad del juez de primera instancia para conocer de las subsiguientes instancias. De nada serviría posibilitar un nuevo conocimiento del proceso por un órgano distinto del que dictó la resolución impugnada, si dicho órgano pudiera constituirse con jueces o magistrados que ya

hubieren conocido sobre el mismo objeto del proceso, en la instancia anterior<sup>330</sup>.

### *18) Subordinación*

El contenido material de esta causa recogida en el artículo 219.12 LOPJ, se perfila por la relación bilateral de subordinación en sentido unidireccional, esto es, de cualquiera de las partes respecto del juez que debe resolver la contienda litigiosa, no a la inversa. En esta relación de dependencia se distinguen dos modalidades de subordinación, una de carácter orgánico o profesional, y otra de carácter externo o extra profesional.

En la perspectiva orgánica o interna de la relación de subordinación, cabe apreciar, por un lado, una relación jerárquica funcional del personal que presta sus servicios en el juzgado o tribunal del que es titular el juez o magistrado recusado, y por otro, una relación de subordinación del personal que presta sus servicios para el juzgado o tribunal integrado en un cuerpo o escala especializado que auxilia o colabora con los jueces y tribunales.

Dentro del personal al servicio de la Administración que integra y ejerce sus funciones en el órgano judicial del que es titular el juez o magistrado, se comprenden al Secretario judicial y los cuerpos de gestión

---

<sup>330</sup> A este respecto resulta muy interesante el voto particular del magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer a la STC 119/1993 en el que declara “A esta interpretación -formal estricto para excluir de entrada de su ámbito los recursos extraordinarios, cabría oponer, en esta línea de principio, el invocado por este Tribunal en numerosas Sentencias según el cual las garantías procesales del art. 24 de la Constitución, no solamente deben aplicarse a los recursos ordinarios, sino también a los extraordinarios (SSTC 50/1982, 124/1984, 158/1987, entre otras). Y entre estas garantías figura sin duda la del Juez

procesal, de tramitación procesal y de auxilio judicial. Estos últimos, si bien a nivel orgánico se hallan bajo la inmediata dirección del Secretario, es el titular de la función jurisdiccional al que está sometidos funcionalmente por razón de su cometido. Por lo tanto, en relación con las unidades procesales de apoyo directo se puede afirmar que existe una relación de subordinación respecto de jueces y tribunales. No ocurre lo mismo con el Secretario judicial, ni con los servicios comunes procesales a que se refiere el artículo 438 LOPJ. El Secretario judicial integra un cuerpo nacional que como tal actúa, con carácter de autoridad, mediante facultades que le son propias y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. El Secretario judicial, salvo en aspectos concretos, actúa como colaborador o auxiliar necesario de los órganos jurisdiccionales, por lo que en puridad no se puede afirmar en sentido técnico que exista una relación orgánica de subordinación entre el juez y éste, ya que la relación que le vincula es de colaboración. Sin embargo, su adscripción al personal al servicio de la Administración de Justicia, determina que, al margen de que exista en sentido estricto una efectiva relación subordinada, el hecho de mediar una relación laboral hace que también respecto del Secretario judicial que estuviera adscrito al órgano del que es titular el recusado quepa advertir la concurrencia de esta causa.

En lo que concierne a la relación del juez con aquéllos que están integrados en otros cuerpos o escalas especializadas que prestan sus servicios a la Administración de Justicia en general, como médicos forenses, facultativos del Instituto Nacional de Toxicología, policía judicial o traductores no es admisible afirmar en abstracto que tal relación pueda configurar esta causa de recusación.

La relación de subordinación puede tener carácter externo o extra profesional, surgida de las relaciones laborales de prestación de otros servicios, entre los que se incluyen los que están retribuidos así como los gratuitos, siempre que impliquen una relación de dependencia.

La relación de subordinación sólo puede plantearse entre el juez y cualquiera de las partes. No cabe incardinar en el ámbito de aplicación de esta causa la relación de dependencia o de subordinación con cualquier otro interviniente en el proceso en concepto distinto al de parte. La subordinación debe entablarse de forma directa entre el juez y la parte<sup>331</sup>.

### *19) Haber ocupado cargo público*

El precedente normativo de estas causas de recusación se halla en la LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ 6/1985, modificando la relación legal de circunstancias que justifican la sospecha de parcialidad judicial, e introdujo en el artículo 219.12 LOPJ la causa de haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y

Sin duda alguna la actual configuración de estas causas recogidas en los apartados 13 y 16 del artículo 219 LOPJ es heredera de las críticas que suscitó el precedente inmediato entre la doctrina.

---

<sup>331</sup> En este sentido, el TEDH en el caso *Academy Trading Ltd.* (STEDH 4 de abril de 2000) desestimó la petición de la conculcación de la imparcialidad que se justificaba, precisamente, en que las hijas de dos de los jueces trabajaban para un hombre de negocios muy vinculado al presidente de la entidad demandada.

La inclusión de aquellas causas fue objeto de crítica en un doble aspecto por un lado, su carácter oportunista y deficiente; y, por otro su trato asistemático. El hecho de que dicha reforma obedeciese en este concreto aspecto, a un acaecimiento real y determinado del panorama judicial, así se reconoce en la STS de 29 de julio de 1999 dice que

Central de Instrucción, núm. 5 en esta causa y en otras también relativas al llamado grupo GAL fuera políticamente la razón de ser de esa parte de las modificaciones que tal LO 5/1997 introdujo en las materias antes reformar un aspecto específico del régimen recusatorio, tuvo como desencadenante la falta de cohesión de ésta con las demás causas de recusación previstas en los artículos 219 y 220 de la LOPJ. El dato objetivo de haber ostentando un determinado cargo público no era suficiente como hecho conformador de esta causa de separación, sino que además era necesario que el mismo justificase la obtención de un conocimiento cualificado y extraprocesal de la cuestión que constituye el objeto de litigio, o bien la posibilidad de haberlo obtenido. La razón principal que justificaba la previsión de esta causa era evitar que el juez enjuiciador hubiere obtenido un determinado conocimiento cualificado y extraprocesal sobre los que debe resolver, lo que en principio permitió clasificar a esta causa de recusación dentro de la categoría de las causas objetivas.

#### *20) Procesos en los que la Administración es parte*

El artículo 219.14º LOPJ 19/2003, de 23 de diciembre, establece una causa de recusación específica para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte, que viene a sustituir al



antiguo artículo 25 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y al derogado artículo 220 de la LOPJ.

Esta causa de recusación se configura como una causa de naturaleza subjetiva que, en absoluto excluye la aplicación de las demás causas de recusación previstas en el artículo 219.

Se presenta como una causa de recusación específica para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte. Su aplicación debe entenderse circunscrita de forma exclusiva a la relación de proximidad o distanciamiento, jurídico o social, que vincula al juez con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto, o que hubiese informado respecto del mismo, o realizado el hecho por razón del cual se sigue el proceso en alguna de las circunstancias que establece el artículo 219<sup>332</sup>.

*21) Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo*

La última de las causas en que puede ampararse la abstención y recusación es la número 16. Esta causa tiene su antecedente en la anterior causa nº 12 introducida en la LOPJ de 1985 por la LO 5/1997, de 4 de diciembre. Sin embargo, este motivo no se recoge en el Texto del Proyecto de Ley y no se introduce en el artículo 219 de la LOPJ hasta el texto del Dictamen de la Comisión del Senado al aceptarse la enmienda nº 397 del Grupo Parlamentario Socialista del Senado.

---

<sup>332</sup> Números 1 al 9, 12 y 13

En la nueva redacción se extiende la causa a haber ocupado no sólo cargo público, como decía la antigua causa nº12 LOPJ de 1985 y reproducía el Proyecto de reforma de la LOPJ 121/148 de 1998, sino también cargo administrativo, siempre que estos cargos le hayan permitido no sólo tener conocimiento, del que no hablaba expresamente la LOPJ ni el Proyecto 121/1478, sino también haberse formado criterio del objeto del litigio y siempre que conocimiento y criterio afecten a la debida imparcialidad.

La redacción actual por un lado, especifica, como previo a la formación del criterio, el haber podido tener conocimiento; y, por otro, restringe el ámbito de aplicación de esta causa ya que el conocimiento viene referido únicamente al objeto y no a las partes, sus representantes y asesores.

### C. Causas no previstas en la Ley

Hay tres circunstancias que han sido alegadas por las partes para fundamentar una recusación, aunque ninguna ha sido admitida por la jurisprudencia la primera, la influencia de la ideología personal del juzgador sobre las resoluciones a adoptar en un proceso concreto; la segunda, el posible interés que se derivaría de manifestaciones extraprocesales por el Juez sobre el asunto a enjuiciar; y la tercera, la virtualidad de los “juicios paralelos” para desacreditar la imparcialidad del juzgador.

Respecto al significado de Juez político no nos referimos al que participa en política de manera activa dentro del sistema de partidos al

tiempo que ejerce la función jurisdiccional, circunstancia prohibida por la Constitución, sino a “aquel que, siendo partícipe de una ideología determinada, en aras de la misma, no duda en violentar la letra y el espíritu de la Ley con tal de proteger en el proceso los intereses de una clase o grupo social determinado”<sup>333</sup>.

La influencia de la ideología del Juez puede redundar en una pérdida de su imparcialidad, ya que alguna de sus decisiones puede verse influidas, o bien por su propia ideología a la que no puede sustraerse, o por la influencia que sobre él puede ejercer un partido político o grupo de presión por saberle afín a sus posiciones ideológicas.

La posibilidad de excluir a un juzgador por su vinculación con un partido político debería aceptarse también respecto de los jueces y magistrados profesionales, no sólo en virtud del espíritu del artículo 127 de la CE cuando dice que “Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos”, sino también en aras de satisfacer el derecho fundamental a un juez imparcial e independiente”.<sup>334</sup>

Por su parte, ARIAS DOMÍNGUEZ afirma que “una determinada ideología política puede perjudicar la deseable imparcialidad con la que debe conducirse un juez, si de los datos externos que rodean al proceso —no por el simple hecho de la existencia de determinada ideología,

---

<sup>333</sup> GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*. Civitas Madrid, 1981, pág. 53.

<sup>334</sup> VALLINES GARCÍA, E.: *Instrumentos para garantizar la imparcialidad e independencia de los jurados*. Editorial Aranzadi, 2008, pág. 56.

entiéndase bien— pudiera presumir el justiciable y cualquier ciudadano medio que observase el caso desapasionadamente, que dicha ideología va a influir en el fallo del asunto, especialmente en aquellos procesos que se ven rodeados de una carga política innegable por la cualidad del asunto a enjuiciar o las personas en él intervinientes”.<sup>335</sup>

La jurisprudencia ha venido negando con carácter general la posibilidad de excluir a un juez del conocimiento de un asunto por la posible influencia de la adscripción política del Juez sobre el resultado del proceso. El Tribunal Constitucional en el ATC 195/1983, de 4 de mayo en el fundamento jurídico 3º declara que En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad, como se desprende de los números 1 y 2 del art. 16 de la propia C.E. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el art. 14 de la C.E., puede ser discriminado en razón de sus opiniones. Hallándose pues sustraída la ideología al control de los poderes públicos y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación, por parte de un Tribunal, del interés directo o indirecto que el art. 54.9 de la L.E.Cr. conceptúa como causa de recusación posición que reitera en el ATC 358/1983, de 20 de julio, FJ 2º Reduciéndose el problema a la existencia o inexistencia de una entre Jueces y encausados, ha de afirmarse que, aun cuando hipotéticamente se admitiese su existencia, no podría otorgársele relevancia a efectos de recusación, pues, como dijimos en el

---

<sup>335</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y recusación.....*, pág. 233.

Auto antes citado[ATC 195/1983] en el sistema de valores instaurado por la Constitución, la ideología se halla sustraída al control de los poderes públicos, prohibiéndose toda suerte de discriminación en base a la misma. Nadie puede, pues, ser descalificado como Juez en razón de sus ideas y, por tanto, en el caso presente no resultaría constitucionalmente posible remover a los Magistrados recusados, aun cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen. Y, en consecuencia, toda prueba acerca de la certeza o incerteza de las mismas, resulta impertinente y ociosa .

La mera circunstancia de que un juez tenga una ideología política no puede ser hecho a subsumir en la causa de recusación de tener interés indirecto en el pleito o causa, aunque sólo sea porque en el caso contrario [...] se estaría prohibiendo a los jueces tenerla [...] o que además de absurdo es contrario a la Constitución [...]. Sin embargo, el que un juez públicamente se haya comprometido con un partido político sí podría estimarse hecho subsumible en la causa de recusación o interés indirecto, siempre que en el asunto entraran en juego los fines o los medios de ese partido. No es lo mismo ideología política que adscripción a un partido, y por eso la Constitución no prohíbe a los jueces tener ideología política, pero sí les prohíbe pertenecer a un partido, lo que debe entenderse, no ya sólo como tener carné, sino también como compromiso público con sus fines y medios.<sup>336</sup>

Hemos de referirnos también a las manifestaciones extraprocesales realizadas por un Juez con ocasión de un proceso del que debía conocer o estaba conociendo, a los medios de comunicación social sobre el

---

<sup>336</sup> SERRA CRISTOBAL, R.: *La libertad ideológica del Juez*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 204.

desarrollo del mismo. Una de las situaciones que genera dudas sobre la imparcialidad judicial se produce cuando un Juez o Magistrado expresa públicamente su opinión acerca de un asunto de relevancia política o acerca de un asunto que está llamado a decidir. En nuestro ordenamiento jurídico la participación política activa de los Jueces y Magistrados se encuentra constitucional y legalmente muy restringida —lo cual no significa, naturalmente, que carezcan de opiniones políticas, ni que deban contemplar siempre en silencio el desarrollo de los acontecimientos jurídicos—. Pero existen temas de tal relevancia jurídica y política que no puede descartarse que los Jueces, como expertos en derecho, sean preguntados acerca de su opinión.

Por otra parte, es frecuente —y deseable— que los miembros de la judicatura participen en seminarios, conferencias o congresos de carácter académico, y en ese contexto, o en publicaciones especializadas, expresen su opinión sobre cuestiones jurídicas.

No toda limitación en el ejercicio del derecho a la libre expresión implica una vulneración de los derechos fundamentales de los Jueces. Estas restricciones son admisibles en la medida en que están justificadas para el mejor desarrollo de la función judicial, en particular, para garantizar la independencia y la imparcialidad judicial. El Tribunal Constitucional ha declarado que es conforme a la Constitución que determinados grupos de ciudadanos vean limitado su derecho a la libertad de expresión por razón de las funciones que desempeñan al servicio de las Administraciones públicas. Así en la STC 371/1993, de 13 de diciembre declara que “determinados funcionarios públicos pueden encontrarse con límites específicos, en razón de la naturaleza del servicio que desempeñan” y esos límites pueden imponerse no sólo por el grado

de jerarquización o disciplina interna al que estén sometidos, sino también “en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso”.

La limitación del derecho a la libertad de expresión de los Jueces, como cualquier otra limitación, ha de estar prevista legalmente, ser necesaria y proporcionada. Así lo ha señalado el TEDH en relación con un supuesto relativo al derecho a la libertad de expresión de un miembro de la judicatura, en el caso “Wille” (28 de octubre de 1999). Se trata de un supuesto en el que se analiza si se ha restringido indebidamente el derecho a la libertad de expresión de un Juez, que resulta sancionado tras realizar una serie de declaraciones públicas. Según la doctrina del TEDH los presupuestos que han de concurrir para la limitación del derecho a la libertad de expresión son que la limitación debe estar legalmente prevista; y que la restricción del derecho reconocido en el artículo 10.2 CEDH<sup>337</sup> sólo sería admisible si resulta necesaria en una sociedad democrática. Si bien en la apreciación de la existencia de esa necesidad, los estados gozan de un margen de apreciación amplio, ello no impide

---

<sup>337</sup> Artículo 10 Libertad de expresión.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

que tal valoración sea sometida al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los límites a la libertad de expresión de los Jueces sólo son admisibles si respetan el principio de proporcionalidad y se estima que son necesarios para preservar la imparcialidad. El Tribunal Constitucional en el ATC 265/2003, de 15 de julio, sostiene que “cuando se trata de imponer una restricción a la libertad de expresión, como sin duda lo es privar de la condición de Magistrado como consecuencia del contenido de unas manifestaciones, tal restricción no sólo ha de ser necesaria y perseguir un fin legítimo, sino que ha de haber sido establecida legalmente con una previsibilidad y taxatividad que no puede predicarse de los preceptos que se alegan como fundamento de la pretensión de cese”.

Ahora bien, cabe preguntarse si tales limitaciones operan sólo respecto del Juez cuando actúa como tal, o si se extienden también a las situaciones en las que se expresa públicamente como ciudadano. A los fines de preservar la confianza en la función judicial y, en consecuencia, también en la imparcialidad de los Jueces, los Jueces deben mantener tanto en los tribunales como fuera de ellos, una conducta apropiada a la condición de Juez<sup>338</sup>. Y ello no sólo porque no siempre es fácil trazar una distinción entre sus actuaciones como tal, de aquellas en que se expresa como mero ciudadano,<sup>339</sup> sino porque su función tiene necesariamente

---

<sup>338</sup> BACHMAIER WINTER, L.: *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008. Pág. 68.

<sup>339</sup> Así también FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: “El derecho a la libertad de expresión del Juez, límites en consideración a su “status especial de sujeción” en *Justicia y medios de comunicación*, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006. Págs.



una proyección pública que obliga a los integrantes del poder judicial a mantener ciertos comportamientos, también en sus actividades extrajudiciales<sup>340</sup>.

Por su cualificada formación jurídica y su profundo conocimiento del funcionamiento de la administración de justicia, los Jueces se encuentran en una posición idónea para contribuir al desarrollo del derecho y a buscar soluciones para mejorar el sistema judicial. Esa aportación puede producirse a través de diversos canales, ya sea como docente en los programas de ciencias jurídicas, impartiendo conferencias o mediante la publicación de estudios en revistas científicas.

En nuestro sistema judicial existe una aceptación general de que los Jueces y Magistrados deben abstenerse de realizar declaraciones en los medios de comunicación, y suele considerarse que la proliferación de manifestaciones públicas en los medios no es beneficiosa. Como motivo de rechazo suele aducirse que las intervenciones de los miembros de la judicatura en los medios de comunicación dañan a la imagen de imparcialidad de la justicia.

Las manifestaciones realizadas por un Juez pueden ser de muy diversa índole y referirse, por ejemplo, a cuestiones ideológicas, religiosas, políticas, emitir una valoración ética de una conducta, pronunciarse sobre una cuestión jurídica, o contener valoraciones sobre alguna persona. Cada una de esas manifestaciones puede llegar a tener una incidencia

---

1149-150; y AGUIAR DE LUQUE, L...: “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista Centro de Estudios Constitucionales, núm. 14 (1993). Pág. 277.

<sup>340</sup> STS (Sala de lo Contencioso) de 14 de julio de 1999.

diferente en la apreciación de la imparcialidad del Juez. Un juicio anticipado existe cuando antes del momento procesal de dictar sentencia, el Juez anticipa el contenido del fallo, expresando la solución que va a tomar en un caso concreto. La emisión de un juicio anticipado no siempre ha de vincularse con la existencia de un interés directo o indirecto por parte del Juez en que la causa se resuelva de una determinada manera. La infracción procesal de adelantar la posición del Juez respecto de un asunto puede, en efecto, ser expresión de que el Juez tiene un determinado interés en la causa, pero también puede ser simplemente la expresión anticipada de una decisión que no obedece a un interés personal en que el asunto se resuelva a favor o en contra de una de las partes.

Al exteriorizar sus ideas y opiniones, el Juez genera un elemento para apreciar, en primer lugar, si tiene ya formada una convicción; en segundo lugar, valorar si esa convicción es de carácter definitivo o no; y, en tercer lugar, valorar si está basada en elementos no objetivos ajenos al asunto que es llamado a decidir. Lo determinante para la imparcialidad, por tanto, es si al expresar esa opinión puede advertirse una toma de posición definitiva y cerrada a cualquier ulterior argumento o si, por el contrario, esa opinión es de carácter provisional y susceptible de corrección o modificación a la vista de nuevos argumentos. No puede pasarse por alto que ya el hecho de exteriorizar y hacer pública una opinión es un factor que refuerza el grado de fijeza de la convicción del Juez sobre un tema concreto<sup>341</sup>.

---

<sup>341</sup> RIEDEL, J.: *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters*. Berlín, 1980, pág. 145.

La manifestación de la posición del Juez acerca de una cuestión jurídica puede realizarse a través de muy diferentes medios: publicaciones en revistas científicas, en la prensa, en el desarrollo de seminarios o congresos jurídicos, o en entrevistas radiofónicas o televisadas, etc. Sin duda, las que suscitan mayor polémica son las manifestaciones efectuadas en los medios de comunicación, y de ordinario generan desconfianza entre la ciudadanía y son objeto de amplia crítica.

Para GERDES<sup>342</sup> el medio a través del cual se hace pública la posición del Juez carece de relevancia a los efectos de apreciar si la manifestación judicial constituye una toma de posición definitiva contraria a la garantía de la imparcialidad. Si lo decisivo para la apreciación de una conducta que restringe la garantía de la imparcialidad es la convicción interna del Juez, el lugar donde realice la publicación no es un factor que sirva para valorar la existencia de esa convicción interna. Más importante, según esta autora, son los fines que se persiguen con la publicación y el tono y el contenido de la misma. Para otros autores, sin embargo, el medio en el cual se expresa el Juez sí es un factor relevante para la garantía de la imparcialidad, pues, se afirma, no puede valorarse de igual modo la opinión expresada en el editorial de un periódico nacional que la contenida en una publicación científica dirigida a un público reducido y especializado<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> GERDES, C.: *Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund von Meinungsäußerungen des Richters*, Frankfurt a.M., 1992, pág. 69.

<sup>343</sup> STADLER, M.L.: *Die richterliche Neutralität in de Verfahren nach dem Bundesverfassungsgesetz*, Regensbur, 1977, pág.87.

La profesora BACHMAIER WINTER entiende que “el medio en el que se expresa la opinión jurídica no es un factor que por sí solo permita valorar el grado de fijación de la convicción del Juez sobre un concreto tema. Lo decisivo, en efecto, es el tenor y el contenido de esa manifestación, en función de si se expresa en tono objetivo o científico, o si por el contrario, contiene declaraciones que denotan una involucración decidida e inamovible a favor de una concreta posición, con tono desafiante o despectivo respecto de las posiciones opuestas. Ése será el factor determinante a los efectos de la identificación de un riesgo de entidad para la imparcialidad judicial”<sup>344</sup>.

El Tribunal Constitucional al enumerar los factores a tomar en cuenta para valorar la existencia de un prejuicio o toma de posición inamovible por parte de un Juez, cita como elemento relevante el “medio” en el que se manifiesta el Juez.<sup>345</sup> En concreto en el ATC 226/2002, se especifica que lo determinante para valorar las declaraciones que el recusado había realizado en radio y prensa, era si de las mismas podía deducirse la existencia de una toma de partido o juicio de carácter inamovible sobre el objeto a decidir por el Tribunal.

Con relación a las manifestaciones extraprocesales que denoten una toma de posición respecto de una cuestión que forma parte del objeto del proceso, la doctrina se ha manifestado de forma divergente. Así PICÓ I JUNOY, siguiendo la doctrina alemana, entiende que “existe interés indirecto del juzgador cuando ha efectuado manifestaciones de las que se

---

<sup>344</sup> BACHMAIER WINTER, L.: *Imparcialidad judicial y libertad de expresión*..., pág. 105.

<sup>345</sup> AATC; 226/2002, de 20 de noviembre; 61/2003, de 19 de febrero; 81/2008, de 12 de marzo o la STC 5/2004, de 16 de febrero.

deduce claramente su opinión en relación a un asunto sometido a su enjuiciamiento”.<sup>346</sup> Sin embargo, para ARIAS DOMÍNGUEZ, “el interés recusable no se integra por las manifestaciones extraprocerales que haya realizado el Juez sobre el asunto a enjuiciar, sino solamente aquél interés que pueda concretarse en un beneficio, material o espiritual, para el Juez”.<sup>347</sup> No obstante, este mismo autor concluye que las manifestaciones extraprocerales que afectan a la imparcialidad debieran, mediante una interpretación amplia del artículo 210.9º LOPJ —actual artículo 219.10º LOPJ—, integrarse en el concepto de interés indirecto.<sup>348</sup>

Frente a esta concepción limitada de la causa de abstención y recusación de interés directo o indirecto en la causa mantenida tradicionalmente por el Tribunal Supremo, en las decisiones del Tribunal Constitucional se apunta ya la posibilidad de interpretar el interés de una manera más flexible, de tal manera que al amparo de este motivo pueda excluirse al Juez que ha realizado manifestaciones extraprocerales que comprometen su imparcialidad. Esta tendencia se advierte ya en el ATC 380/1993, de 21 de diciembre, en el cual se admitió implícitamente que determinadas manifestaciones públicas —en concreto las que anticipan la solución del proceso— podrían enmarcarse dentro de la causa del artículo 219.9 LOPJ (amistad o enemistad íntima). El ATC 226/2002, de 20 de noviembre —el planteamiento es en esencia seguido por el ATC 61/2003, de 19 de febrero— da un paso más en esta línea, partiendo en su análisis de las manifestaciones procesales, de un concepto muy

---

<sup>346</sup> PICÓ I JUNOY, J.: *La imparcialidad judicial y sus garantías*...., pág. 86.

<sup>347</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y recusación*.....pág. 157.

<sup>348</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y recusación*.....pág. 245.

amplio, de interés como “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración “(FJ° 3°). El Tribunal Constitucional indica que “no cabe excluir que la manifestación o expresión de opiniones e ideas más o menos relacionadas con el objeto del proceso constitucional pueda subsumirse en el concepto de “interés”, entendido éste en la amplia acepción antes descrita”. En esta resolución se admite abiertamente que las manifestaciones extraprocerales que comprometen la imparcialidad judicial puede ser invocadas como motivo de recusación al amparo del actual artículo 219.10° LOPJ. El TC reconoce aquí nuevamente que la imparcialidad puede verse afectada también por otros motivos diversos a los descritos en las causas de abstención y recusación previstas legalmente, y que el hecho de que no exista una concreta previsión legal no puede estrangular la garantía constitucional de la imparcialidad. Superando el concepto restrictivo de “interés”, logra arbitrar un cauce para proceder a la exclusión de un Juez en el que su imparcialidad está bajo sospecha por las manifestaciones realizadas con el objeto del proceso que le toca enjuiciar.

Ahora bien, interpretar que las manifestaciones extraprocerales tienen cabida en el artículo 219.10° LOPJ de momento conlleva también cierta inseguridad. Mientras no se consolide la doctrina constitucional favorable a este solución, no será raro que se den casos en los que los tribunales rechacen inmediatamente este motivo de recusación al amparo de que no figura como tal en la ley; a la contraria, que consideren cualquier tipo de manifestación extraprocerales como expresión de un juicio anticipado y se proceda a la exclusión del Juez o Magistrado en cuestión, por haber mostrado una “inclinación de ánimo”.

Por último respecto a los Juicios paralelos, la atención de los medios de comunicación al “mundo judicial” se mueve en una permanente contradicción. Por un lado, supone una garantía de lo actuado por Jueces y Magistrados, en tanto que le da publicidad; y por otro, una excesiva, y constante atención de los medios de comunicación puede producir efectos extremadamente perniciosos para el justiciable ya que el conjunto de información periodística sobre un proceso en concreto puede servir como un “eventual instrumento de penalización [pena de banquillo] social preventiva dispensadora de inapelables penas-estigma que calan en la memoria colectiva mucho más que la eventual posterior publicación de una sentencia tal vez absolutoria”.<sup>349</sup>

Por “juicio paralelo” se entiende el “conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial”. Esta situación lleva aparejada que “las personas afectadas aparecen ante la opinión pública o, al menos, ante un segmento importante de ella, como inocentes o culpables de determinados hechos. Y ello frecuentemente, con independencia del resultado del juicio o, incluso, de que éste se haya comenzado o tenga lugar en absoluto”.<sup>350</sup>

---

<sup>349</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *Justicia/conflicto.*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988. Pág. 278.

<sup>350</sup> ESPÍN TEMPLADO, E.: “*En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales*”. Poder Judicial, número especial XIII, abril de 1990, pág. 123.

D. Estudio jurisprudencial de las causas de abstención o, en su caso, recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial

El artículo 40.2 de la LOTC dice que “la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

Como regla general la jurisprudencia, excepción hecha de la del Tribunal Constitucional, no constituye en nuestro ordenamiento jurídico una fuente formal de Derecho. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada inmediatamente.

En efecto, no figura en la enumeración formal de fuentes del artículo 1.1 del Título Preliminar del Código Civil, pero a la vez, acentuando una calculada ambigüedad, surge en el artículo 1.6 del citado título cuando dice que “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. No sin discrepancias, la doctrina mayoritaria entiende restrictivamente el precepto y confiere valor jurisprudencial sólo a las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en cuanto contengan criterios que constituyen la *ratio decidendi* y sean reiterados, precisando cuando menos la existencia de dos sentencias<sup>351</sup>.

La realidad nos dice que la jurisprudencia guía y orienta la conducta de los operadores jurídicos y ciudadanos, y, es un buen punto de apoyo

---

<sup>351</sup> VIDAL GIL, E.J.: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch, 1999, pág. 82.



para fundamentar la decisión y resolver de acuerdo con los principios de seguridad y certeza jurídica.

La jurisprudencia, no ya del Tribunal Supremo sino de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, o de las Audiencias Provinciales, si es que no vinculan, sí sujeta y predispone al juez y a las partes a resolver según el precedente<sup>352</sup>. Sin embargo, tampoco con la Constitución la jurisprudencia ha visto reconocida su función como fuente del Derecho, al ser rechazada una enmienda al texto del artículo 161 b) que incluía el control de constitucionalidad de la jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico.

Las causas de abstención y recusación previstas en el artículo 219 de la LOPJ se formulan individualmente, pero no es infrecuente que en un expediente de recusación se articulen varias causas a la vez. Sin duda, las causas de mayor utilización son la 9ª. “amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes”, la 10ª. “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa” y la 11ª “haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”.

Los incidentes de recusación se tramitan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 223 a 228 de la LOPJ, y no es raro encontrar jurisprudencia de inadmisión de plano de la recusación.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de analizar la posibilidad de inadmisión “a limite” de este tipo de incidente y así en sentencia de 12 de julio de 2004 aclara que “esta Sala II en STS de 3 de mayo de 2001 ha

---

<sup>352</sup> GASCÓN ABELLÁN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación*, obra citada por DE ASIS ROIG.: “Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial” en DOXA, Nº 15-16 (1994), T. II, PÁG. 913-928.

declarado que la recusación debe siempre plantearse con oportunidad temporal, de conformidad con el artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que exige que se proponga tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funda, y si dicho conocimiento fue anterior al pleito, que se proponga al inicio del mismo”.

También la doctrina del Tribunal Constitucional, STC 155/2002, de 22 de julio de 2002, declara que excepcionalmente, además de la causa prevista en el artículo 223 de la LOPJ, el propio recusado puede rechazar “a limine” su propia recusación, cuando es patente que la misma responde a fines espurios y es contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal, teniendo ello amparo en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta posibilidad de rechazar, ha de entenderse excepcional. Así, será posible acordarla, continuando con la tramitación del proceso, cuando sea propuesta por quien no es parte, y cuando no se exprese la causa legal en que se funde, con relación a los hechos que le sirven de soporte. También cuando falte alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, (entre ellos, la extemporaneidad), y cuando se aduce causas de recusación notoriamente ilusoria, que en modo alguno se desprende de los hechos alegados como fundamentación. En este sentido, entendió el Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, de 20 de julio, que “la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal como en su invocación arbitraria”. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, en auto de 9 de abril de 2007, inadmite de plano la recusación formulada por el imputado contra magistrados de la Audiencia Provincial. Afirma el

Tribunal que no existe indicio alguno de la comisión por parte de los integrantes de esta Sala de delito de prevaricación o cualquier otro, y ha de considerarse que todas las pretensiones de la representación del acusado no persiguen otro fin distinto a las dilaciones del procedimiento, y en consecuencia están siendo realizadas en un claro y manifiesto fraude de ley.

#### E. Síntesis jurisprudencial artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La jurisprudencia generada sobre las causas de abstención y recusación es enorme, tanto por las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, como por el Tribunal Supremo, sin contar con las resoluciones que en esta materia ha ido dictando el Tribunal Constitucional.

Los incidentes de la recusación han sido considerablemente más utilizados en el proceso penal que en el civil, el contencioso-administrativo o el laboral. Ello revela, sin duda, una concepción de la recusación como instrumento auto-defensivo.

El análisis sistemático del procedimiento de abstención y recusación y de los motivos en los que puede fundarse el apartamiento del juzgador pasa, irremediablemente, por una exposición ordenada de la interpretación jurisprudencial de la legalidad vigente. La elección de las resoluciones transcritas responde, normalmente, a su claridad en el problema planteado.

### *1) Parentesco*

TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, sentencia de 13 de mayo de 2004

La parte actora en su escrito presentado en el Juzgado de procedencia, planteó causa de abstención y en su caso de recusación contemplada en el artículo 291.1 de la L.O.P.J. al existir parentesco del Ilmo. Sr. Magistrado con la parte demandada (Universidad de Barcelona). El motivo de la petición de abstención tiene su fundamento en que una hermana del Ilmo. Sr. Magistrado va ser evaluada en su Tesis Doctoral en la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona, donde presta sus servicios profesionales la parte demandante. La Sala desestima el incidente de recusación presentado por la actora, ya que las causas de abstención y recusación previstas en la LOPJ son de interpretación estricta y no puede extenderse más allá de las previsiones legislativas<sup>353</sup>.

### *2) Defensor o representante*

---

<sup>353</sup> “La parte actora en su escrito (...) planteó causa de abstención y recusación contemplada en el artículo 291.1 de la LOPJ al existir parentesco del Ilmo. Sr. Magistrado con la parte demandada. (...).

El motivo de la petición de abstención tiene su fundamento en que una hermana del Ilmo. Sr. Magistrado Juez va a ser evaluada en su Tesis Doctoral en la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona, donde presta sus servicios profesionales la parte demandante, en su condición de catedrática. (...).

En el presente caso, el hecho de que la hermana del Ilmo. Sr. Magistrado titular del órgano jurisdiccional donde se encuentra en tramitación el recurso interpuesto por la Sra. Alejandra, catedrática de la Facultad de Psicología, donde precisamente la hermana del titular del Juzgado tiene pendiente, a su vez, la lectura de una tesis doctoral, en nada puede afectar a la preceptiva objetividad e imparcialidad que se ha dudado en el incidente de recusación, pues no concurre requisito o condición alguna que permite afirmar lo contrario. No hay que olvidar que las causas de abstención y recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son de interpretación estricta y no puede extenderse más allá de las previsiones legislativas, el presupuesto de hecho que en cada una de dichas causas se ha previsto por el Legislador”.

TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, auto de 23 de septiembre de 2004

Por la empresa demandada se formula incidente de recusación del Magistrado titular del Juzgado de lo Social sobre la base de la previsión contenida el artículo 219.5 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, por haber sido el recusado, abogado defensor de dicha empresa (recusante), en procesos propios del orden jurisdiccional social, al que ahora pertenece, actuando en calidad de tal y como representante, en virtud de poder otorgado en 10-8-1998 por el ahora demandante, Director General de la primera. Se acoge la recusación instada en procedimiento seguido sobre reconocimiento de derecho y cantidad, pues existe una probada sospecha de que las circunstancias subjetivas u objetivas pueden propiciar de algún modo una predisposición para fallar en uno u otro sentido<sup>354</sup>.

---

<sup>354</sup> “La parte recurrente ha aportado prueba que acredita que el recusado, en calidad de Abogado defensor y representante de la empresa (...) ahora demandada intervino en actos de conciliación (...) esta última en 24-9-1998, mediante el poder antedicho, mes coetáneo con el de su nombramiento para prestar servicios como Magistrado en el Juzgado de lo Social de Girona, núm. 3, como consecuencia de su acceso directo como jurista de reconocida competencia.

Aquella circunstancia pone de relieve que, derivada de su relación profesional con la empresa, haya sido más que probable un conocimiento significativo del funcionamiento y proceder general de la misma en las relaciones laborales, para la adecuada defensa de sus intereses en vía judicial.

Esto que en hipótesis, no sería suficientemente significativo transcurrido más de cuatro años y de hecho, (...) el Sr. Federico ha intervenido, ya como titular del tal Juzgado [Social nº 1 de Tarragona], en procesos en los años 2003 y 2004 frente a la ahora empresa recusante, sin que se haya producido recusación del mismo, sí lo es en el proceso concreto en que se formula, ya que el demandante fue quien en su condición de Director General de ésta le confirió poder para representarla y defenderla y su relación ha de presumirse no sólo de confianza sino estrecha, en aras a la mayor defensa de los intereses de la misma y que es precisamente la empresa quien recusa, en razón a tal circunstancia específica del art. 219.6 de la LOPJ.

### 3) *Amistad íntima o enemistad manifiesta*

AP Cádiz, Sección 8ª, auto 14 de noviembre de 2008

La parte acusada formula recusación del Ilmo. Sr Magistrado alegando como motivos amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes (causa 9ª del artículo 219 LOPJ), tener interés directo o indirecto en el pleito o causa (causa 10ª), haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.(causa 11ª), y haber ocupado cargo público, desempeñado 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 (causa 13ª). La Audiencia dicta auto por el que se desestima todas las causas de recusación planteadas por la parte acusada en el proceso ya que ninguna ha resultado acreditada y revela la intención de la recusante de apartar al recusado del conocimiento del asunto por lo que declara su mala fe y le impone una multa. Entre otras declaraciones afirma la Sala que la recusante pretende apartar al Magistrado afirmando que tiene amistad íntima con el Magistrado (sic) que ejerce la acusación particular basándose en un motivo tan inconsistente como que éste último declara que tiene muchas amistades en el partido judicial<sup>355</sup>.

---

(...) el conocimiento del funcionamiento interno de la empresa y su conducta habitual en las relaciones laborales en cuanto puedan incidir sobre el objeto de la litis, así como el hecho de la relación de confianza con él, a la sazón, Director General y poderdante de aquella, han conducido a sospechar a la recusante que la imparcialidad del Sr. Magistrado recusado pueda estar en entredicho y por las pruebas y razones apuntadas así ha de declararse”.

<sup>355</sup> “El Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) indica que la enemistad manifiesta a la que se refiere el art. 219.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “requiere, para poder

AP de Zaragoza, Sección 4ª, auto de 28 de febrero de 2008

La Audiencia Provincial de Zaragoza estima justificada la recusación del Magistrado, al considerar que hay una inclinación o predisposición hacia la parte demandante, con un contenido de las resoluciones que revela una tendencia a que el proceso prosiga en todas sus fases para dictar una resolución estimando las pretensiones en la demanda<sup>356</sup>. El

---

entenderse como causa de recusación, que la enemistad se acredite suficientemente o, al menos, que pueda inferirse razonablemente, de las circunstancias que concurran, que de aquélla pudiera derivar algún óbice para la debida imparcialidad del Magistrado, bajo el entendimiento de que enemistad es aversión, malquerencia, odio, rencor, hostilidad, oposición, mala voluntad o rivalidad”

<sup>356</sup> “La parte demandada formula recusación del Ilmo. Sr. Magistrado alegando como motivos la amistad con una de las partes y/o interés directo o indirecto en la resolución del procedimiento (arts. 219 p 9 y 10 LOPJ) en relación a la carencia de imparcialidad. La recusación se apoya en el contenido de la providencia de 15-1-08 y en el auto de fecha 21-1-08 (...) que anticipa la decisión de una declinatoria, y que anticipa una sentencia condenatoria. Respecto del auto, se alega que su contenido revela una idea preconcebida negativa hacia esa representación; que hay animadversión, que las actuaciones están movidas por prejuicios y convicciones personales, que prejuzga una actitud sobre la prueba, y que anuncia la decisión del proceso y que terminará por sentencia prejuzgando también un recurso de reposición. (...)

El art. 219 LOPJ regula las causas de recusación, aplicable según la Disposición Final Decimoséptima de la LECiv. La recusación se fundamenta en la amistad con una de las partes y/o interés en la resolución del procedimiento en relación a la falta de imparcialidad. El art. 219 LOPJ no incluye expresamente la falta de imparcialidad como causa de recusación. (...).

Las alegaciones de la parte ponen de manifiesto que está en la creencia de que ya no hay imparcialidad, que ya no tiene confianza en ella por causa de amistad y/o interés. Pero en realidad no se atribuye al Ilmo. Sr. Magistrado una relación o vínculo concreto (amistad que, además, ha de ser íntima) con alguna de las partes, ya sea demandante o demandada, sino un interés, una inclinación o predisposición hacia la parte demandante, y más concretamente, una predisposición en su contra. (...).

Se han de considerar conjuntamente el texto de la providencia y del auto, pues de esta manera se puede conocer con mayor exactitud cuál es la real actitud anímica y si hay o no fundamento en la causa de recusación. En principio, expresiones públicas que descalifican a una parte o son desfavorables para ella han fundamentado la estimación de parcialidad (así en la STC núm. 162/1999, de 29 de septiembre SIC, que hace una referencia a anticipar veredictos, st. TEDH de 16-9-99). En este caso

Magistrado dicta una serie de resoluciones que anticipa una sentencia condenatoria: la futura sentencia de este juzgador será similar, salvo en las adaptaciones económicas” efectuando manifestaciones en las que hay animadversión hacia la parte demandada “la colaboración procesal de (...) desde 2004 a 2006 en el normal desarrollo de este macro proceso civil ante este Juzgado de 1ª Instancia ha sido de una deslealtad absoluta... agradeciendo siempre a los demandantes, ... su lealtad procesal constante”.

AP de Madrid, Sección 5ª, auto de 26 de julio de 2007

---

son expresiones vertidas en resoluciones judiciales, por lo que la cuestión ha de examinarse con cautela pues el remedio normal frente a las que son desfavorables se encuentra en los recursos. Pero también se ha contemplado si el contenido de una resolución mostraba nota o elemento que pudiera permitir un atisbo o prejuicio en relación al posterior proceso y su decisión (ATC 81/2003, de 10 de marzo). En este caso, el contenido de las resoluciones revela una tendencia a que el proceso prosiga en todas sus fases para dictar una resolución estimando las pretensiones deducidas en la demanda. La providencia exterioriza un juicio anticipado del fondo del asunto, con predisposición a favor de la parte demandante y en contra de las partes demandadas, no conservando una igualitaria equidistancia entre ellas. Se aprecia que hay una predisposición o inclinación de ánimo a que los demandantes sean resarcido económicamente. Se ha producido un pronunciamiento expreso, tajante e inequívoco respecto al objeto del proceso, anticipando la decisión y con un contenido determinado: mediante sentencia condenatoria y cuantitativamente similar. Desvela todo ello una inclinación de ánimo o especial sensibilidad hacia la parte demandante (el dinero se considera “un derecho subjetivo de los familiares de las víctimas” con una correlativa predisposición no favorable a la parte contraria (sentencia condenatoria, liquidación cuando se publique la nueva sentencia), poniéndose de manifiesto en este momento que, de forma involuntaria o inconscientemente, ha disminuido el alejamiento necesario tanto respecto de los hechos que han de ser enjuiciados, como respecto a las partes intervinientes, configurándose este estado emocional como un supuesto de interés indirecto incardinable en el art. 219 p 10 LOPJ.

En consecuencia, hay que partir de la presunción de imparcialidad. Pero el contenido de las resoluciones mencionadas es la manifestación objetiva, la justificación del temor o dudas de la parte demandada sobre la pérdida de la imparcialidad para decidir sobre el fondo del asunto, y es fundamento para estimar la recusación formulada en base al art. 219 p 10 (interés indirecto en el pleito”.



Se desestima la recusación formulada por un interno, en contra de la Magistrada en cuestión. Las decisiones judiciales desestimatorias no denotan por sí solas una enemistad, como tampoco de una amistad íntima las estimatorias, constituyendo una simple apreciación subjetiva del recusante que carece de la menor apoyatura<sup>357</sup>.

AP de La Coruña, Sección 4<sup>a</sup>, sentencia de 9 de junio de 2006

En el presente caso, por la parte recusante se alega la causa prevista en el núm. 9 del artículo 219 de la LOPJ, enemistad manifiesta, y se basa para ello en la providencia dictada por el Juez recusado en la que acuerda dar traslado del escrito presentado por el letrado (...), al Ministerio Fiscal para el ejercicio, si se estima procedente, de las oportunas acciones por la posible comisión de un delito de calumnia por el letrado. Las causas de recusación y abstención se establecen en las leyes en garantía de la imparcialidad de los Tribunales. La Sala desestima la recusación por la falta de acreditación de enemistad manifiesta con la parte recusante, ya que la actuación procesal consistió

---

<sup>357</sup> “La primera [recusación] constituida por la alegada enemistad manifiesta de la Magistrado hacia el proponente, se apoya en una pretendida: “animosidad manifiesta y enconada” derivada de haber dictado diversas resoluciones a lo largo de cuatro años todas ellas desestimatorias de sus pretensiones (...).

Dicha causa debe ser rechazada, porque las decisiones judiciales desestimatorias no denotan por sí sola una enemistad, como tampoco de una amistad íntima las estimatorias, constituyendo una simple apreciación subjetiva del recusante que carece de la menor apoyatura. (...)

La segunda, haber resuelto el pleito o causa en instancia anterior, se funda en que la misma Magistrada que resuelve el recurso de alzada contra la decisión administrativa, es la competente para resolver el recurso de reforma.

Debe correr la misma suerte desestimatoria, pues se confunde la segunda instancia, que no está previsto legalmente en materia de sanciones penitenciarias, con el recurso de reforma, que no sólo en este caso, sino en todos los demás en esta materia y en cualquier otra, corresponde al mismo juez que dicta la resolución”.

en la mera deducción de testimonio, por si los hechos fueren constitutivos de infracción penal <sup>358</sup>

AP Madrid, Sección 24ª, auto de 10 de noviembre de 2005

Se formula recusación contra el Magistrado Ponente sobre la base de la amistad íntima que le une con la demandante por la asistencia por parte de éste a la ceremonia matrimonial de los litigantes. La Audiencia Provincial estima la causa de recusación, a la vista del resultado de la instrucción llevada a cabo, de la que se desprende un conocimiento y amistad manifiesta entre la demandante y el Magistrado, que se evidencia por la asistencia por parte de éste a la ceremonia matrimonial de los litigantes, justificada la causa recusación alegada, procede apartar definitivamente al recusado del conocimiento de la apelación que se

---

<sup>358</sup> “Se recusó por una de las parte al Juez Titular (...) alegando estar incurso en la causa 9ª del art. 219 de la LOPJ. (...)”

En el presente caso, por la parte recusante se alega la causa prevista en el núm. 9 del art. 219 de la LOPJ, enemistad manifiesta, y se basa para ello en la providencia dictada por el Juez recusado en fecha 6 de marzo de 2006, en la que acuerda dar traslado del escrito presentado por el letrado D. Santiago Alonso de la Peña de fecha 20 de julio de 2004, al Ministerio Fiscal para el ejercicio, si se estima procedente, de las oportunas acciones por la posible comisión de un delito de calumnia por el letrado suscribiente.(...) Respecto de tal causa de recusación procede indicar en principio que la enemistad tiene que ser en su caso con la parte misma, no con su letrado, y sin que tal actuación procesal, la mera deducción de testimonio, por si los hechos fuesen constitutivos de infracción penal, pueda considerarse encuadrable dentro de la causa de recusación alegada, de enemistad manifiesta con la parte, ya que no puede entenderse que concurra tal causa de recusación en el Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ordes, cuando se limitó a comunicar por medio de testimonio al Ministerio Fiscal la situación procesal originada en los autos civiles y respecto a otro juez anterior del mismo Juzgado, no puede ser entendida como un supuesto que otorgue al juez recusado de falta de imparcialidad por enemistad manifiesta con cualquiera de las partes en el procedimiento civil, en el que había acordado deducir testimonio. Del informe del Juez recusado tampoco se desprende circunstancias que permitan apreciar la existencia de enemistad manifiesta del mismo con la parte demandada en el procedimiento civil, de ahí que se rechace la causa de recusación”.

tramita conociendo del mismo, hasta su terminación, por el Magistrado a quien corresponda sustituirle<sup>359</sup>.

AP de Toledo, Sección 1ª, auto de 29 de junio de 2005

La recusación objeto de este incidente se ha formulado alegando como causa de la misma la enemistad manifiesta con la parte recusante de la Juez recusada, por entender que la Juez recusada había llevado a cabo burlas, valoraciones despectivas, comentarios sarcásticos e innecesarias expresiones de confrontación con la parte recusante. Se desestima la recusación formulada por la recurrente, contra la Juez encargada del procedimiento de medidas cautelares. La Sala considera, entre otros motivos, que no existe causa objetiva que pueda justificar la recusación de la Juez, dado que no se ha demostrado la existencia de una pretendida enemistad<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> “(...), atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional (...), y a la vista del resultado de la instrucción llevada a cabo, de la que se desprende un conocimiento y amistad entre Dª. --- y D. ---, que se evidencia por la asistencia por parte de éste a la ceremonia matrimonial de los litigantes, esta Sala considera justificada la causa de recusación alegada, que viene cubierta, incluso analógicamente por el supuesto de no considerar la relación afectiva que nos ocupa tan intensa como para ser calificada de íntima, en la causa 9ª invocada, del artículo 219 de la LOPJ, por tener las circunstancias indudable encaje en las previsiones del mismo, dando exacto cumplimiento a las razones de la figura de la recusación (...).”

<sup>360</sup> “En cuanto a los motivos en que se funda la recusación, aunque no precisados con la amplitud que sería deseable, si constan mínimamente determinados, (...), dado que queda claro del escrito de interposición que se formuló por entender que la Juez recusada había llevado a cabo burlas, valoraciones despectivas, comentarios sarcásticos e innecesarias expresiones de confrontación con la parte recusante, sin impedir además que la contraparte mantuviera asimismo también una actitud despectiva, en general, por mantener una actitud personal hostil, es decir, de enemistad, que se entiende manifiesta de los que se deduce de tales hechos, y ello en la vista del procedimiento en el que se formula la recusación.

AP de Sevilla, Sección 5ª, auto de 19 de mayo de 2005

La Audiencia Provincial desestima la recusación interpuesta (causas 4ª y 9ª) por el recusante contra el Magistrado del Juzgado que venía conociendo de la causa. La Sala considera que las causas alegadas por el proponente sobre la pretendida recusación del Magistrado —haber sido denunciado como responsable de un delito y enemistad manifiesta—, no han sido demostradas, al no existir hechos objetivos que lo demuestren<sup>361</sup>.

AP de Tarragona, Sección 1ª, auto de 27 de octubre de 2004

La Audiencia Provincial de Tarragona desestima la recusación interpuesta, pues las resoluciones no denotan la apariencia de animadversión que denuncia la parte demandada; y no es aplicable a la actuación procesal porque no cabe residir en las decisiones judiciales,

---

(...) la Juez ejerció sus facultades y obligaciones de dirección en la forma y con el contenido que deben ejercerse, y ello no puede nunca calificarse de enemistad manifiesta (...)

<sup>361</sup> “Las dos causas que se alegan por la parte, haber sido denunciado como responsable de un delito y enemistad, tienen, básicamente, el mismo sustrato, es decir, ese componente subjetivo de enemistad, rivalidad, hostilidad, desafección, que quebrantarían esa imparcialidad necesaria en el Juez (...). En relación a la querrela que presentó, ha de señalarse que fue rechazada su admisión de plano, es decir, no llegó a tramitarse. En estas circunstancias no sería de aplicación lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que presupuesto básico y esencial de dicha causa de recusación es su admisión, si ello no ha tenido lugar es evidente que no concurre.

Con respecto a la enemistad, no se aporta ninguna prueba de la que se pueda deducir esa animadversión que se alega, las resoluciones que se han dictado no son descabelladas, irracionales o torticeras, la mera manifestación pública ante un ataque, que se presume injusto, de reservarse las acciones que se estime oportuno, no indica más que expresar un derecho reconocido, dentro del ámbito estricto de la libertad de expresión. Este argumento que se da, carece de la necesaria consistencia y solidez para advenir que existen hechos objetivos que denoten y exterioricen esa animadversión que se alega”.

dictadas durante la tramitación del procedimiento, ese sentimiento personal que debe ser previo y ajeno al proceso<sup>362</sup>.

AP de Cádiz, Sección 3ª, auto de 3 de septiembre de 2004

Considera el Tribunal que no concurre la causa de enemistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes que el recusante ni remotamente fundamenta y que no puede deducirse de la simple existencia de resoluciones dictadas por la Sala no conformes con las pretensiones de la parte, o por la facultad del presidente en la dirección de las sesiones del juicio oral<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> “La causa de recusación alegada, con base en el art. 219.9ª LOPJ en relación con el art. 6.1 CEDH, se sustenta en el contenido de las resoluciones dictadas en el proceso por la Juez recusada, alegando que revelan parcialidad y enemistad manifiesta con los demandados.

Los recusantes, demandados en el pleito, señalan diversas resoluciones judiciales dictadas en la tramitación y las decisiones en la vista del juicio que estiman reveladoras de falta de parcialidad y consideran que han dificultado o impedido la renuncia al letrado, imponiendo el de la codemandada, lo que ha privado del derecho a la libre elección de Abogado. (...).

El artículo 219 LOPJ al enumerar las causas de recusación menciona la “enemistad manifiesta” aquí alegada, pero este concepto ha sido interpretado por reiterada jurisprudencia como relación personal con las partes, entendiendo que la enemistad que puede generar la sospecha de parcialidad ha de derivar de una relación de carácter personal: se trata de enemistad de origen extraprocesal (STS 21 octubre 1988, 8 de febrero 1991; ATC 359/83) entendida como sentimiento entre personas por relaciones particulares; de manera que no es aplicable a la actuación procesal porque no cabe residir en las decisiones judiciales, dictadas durante la tramitación del procedimiento, ese sentimiento personal que debe ser previo y ajeno al proceso”.

<sup>363</sup> “Alega como causas de tal recusación las 7ª y 9ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constando, en relación con la primera de las causas, según su manifestación, que se tramitan Diligencias Previas (...) a instancia como denunciante de dicha Magistrada (...).

No obstante ello, el recusante no prueba la concurrencia de ninguna de las dos causas aducidas, pues la 7ª requiere ser o haber sido denunciante a acusador de cualquiera de las partes, circunstancia que aquí no concurre, pues la Magistrada recusada no ha formulado denuncia alguna contra el recusante ni ha comparecido, por sí o por medio de representación procesal, para ejercer la acción penal en el

AP de la Rioja, Sección 1ª, auto de 22 de abril de 2004

No concurren a juicio de la Audiencia Provincial en el Magistrado “a quo” las causas previstas en el apartado 7 y 9 del artículo 219 de la LOPJ tal y como sostiene la demandada-recurrente y ello aun cuando dicho Magistrado ordenó deducir testimonio de particulares de una causa civil en relación con dicha parte litigante<sup>364</sup>.

---

procedimiento iniciado con motivo de la remisión de una carta de contenido intimidatorio contra su persona con el nombre del recusante, y a mayor abundamiento el propio recurrente niega la autoría de la carta, lo cual es incongruente con la recusación que propugna.

Tampoco concurre la causa 9ª, amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes, que el recusante ni remotamente fundamente y que no puede deducirse de la simple existencia de resoluciones dictadas por la Sala no conformes con las pretensiones de la parte, o por la facultad del Presidente del Tribunal en la dirección de las sesiones del juicio oral.

A este respecto, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1993 señala que “Otra vez hay que traer a colación el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todo comportamiento que lleva implícito de manera inequívoca una postura de fraude de ley, debe ser rechazado.

La postura de quienes sin más recusan a un Juez o a un Tribunal, sin especificar la razón o razones de la enemistad, es absolutamente verosímil entender que lo único que pretende es la obstrucción a la justicia, impedir que el acto procesal continúe con lo que a veces, de procederse como el recusante quiere, la conclusión es que la justicia queda paralizada por la sola voluntad individual, parcial e injustificada del solicitante”.

<sup>364</sup> “En el presente caso, por la parte recurrente se alega la causa prevista en el núm. 7 del art. 219 de la LOPJ, ser o haber sido denunciante de cualquiera de las partes, y respecto de tal causa de recusación procede indicar que fundamentándose la misma en el auto dictado por el Magistrado-Juez recusado en fecha 10 de enero de 2004 (...) en el que se acordaba deducir testimonio [de] particulares de la causa civil en relación con la parte demandada en el proceso civil de referencia, tal y como se ha expuesto con anterioridad, no puede entenderse que concurra tal causa de recusación en el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Logroño.

Por el Magistrado recusado, se acordó deducir testimonio remitirlo al Ministerio Fiscal por si los hechos fuesen constitutivos de infracción penal, sin que tal actuación procesal pueda considerarse como encuadrable dentro de la causa de recusación indicada (...).

#### 4) *Interés directo*

ATS, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2012.

Se cuestiona la imparcialidad del Magistrado de la Sala alegando la concurrencia de la causa de recusación del artículo 219.10 de la LOPJ, tener interés directo o indirecto en la causa. Entiende la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en casos excepcionales la recusación pueda rechazarse de plano por el propio órgano al que pertenezca el Magistrado recusado, como ha confirmado el Tribunal Constitucional que reconoce la constitucionalidad de esta posibilidad fundándose en lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya virtud los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidencias y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal<sup>365</sup>.

---

La remisión del testimonio a los fines indicados al Fiscal Jefe del TSJ de La Rioja no puede ser entendida como un supuesto que otorgue al Magistrado recusado la condición de ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes en el proceso civil, en el que había acordada deducir testimonio.

Esta comunicación ni siquiera otorgó al Magistrado-Juez la condición de parte, no ya en las diligencias informativas o de información que pudiere iniciar el Ministerio Fiscal sino también en las diligencias que se pudieran abrir a instancias del Ministerio Fiscal en el Juzgado correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 303, siguientes, 754, siguientes y concordantes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues la remisión del testimonio no supone ejercicio de acción ni constituye en parte al Juez, Magistrado-Juez o Tribunal que la formula (...).

En cuanto a la causa de recusación del mismo Magistrado-Juez (...) al amparo de lo dispuesto en el núm. 9 del art. 219, enemistad manifiesta con la parte demandada en el procedimiento civil, apreciada según la parte recusante en el informe emitido por el Magistrado-Juez recusado una vez formulada la causa de recusación primera, examinado el mismo tampoco puede estimarse que concurra esta causa de recusación subjetiva, pues si la causa subjetiva o imparcialidad subjetiva se deriva de lo que puede entender y pensar en su fuero interno el Juzgador en orden a las partes en el procedimiento, tal circunstancia lógicamente a determinar con datos objetivos que puedan obrar en el procedimiento, tampoco puede apreciarse, pues del informe del Magistrado-Juez recusado no se desprende ninguna circunstancia que permita apreciar la existencia de enemistad manifiesta del mismo con la parte demandada en el procedimiento civil, de ahí que se rechace también esta causa de recusación”.

<sup>365</sup> “La posibilidad de rechazar de manera preliminar los incidentes de recusación es, ciertamente, un remedio extraordinario cuyo uso debe restringirse a aquellos supuestos en los que no quepa duda alguna del ejercicio abusivo o desviado por las partes de las facultades que la constitución y las Leyes les confieren para defender en el proceso sus derechos e intereses legítimos.

ATS, Sala de lo Penal, de 10 de septiembre de 2009

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no admite a trámite el incidente de recusación promovido al amparo del artículo 219.10ª de la LOPJ, al no expresarse concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde<sup>366</sup>.

---

Así, en aquellos casos como el contemplado en la STC 234/1994, de 20 de julio, en el que se aduce una causa de recusación ilusoria, que en modo alguno se desprende de los hechos en que intenta fundarse, siendo evidente *prima facie* que el presupuesto fáctico no podía servir de fundamento al motivo esgrimido y que se formulaba la recusación "*con el solo objeto de entorpecer el legítimo ejercicio de la función instructora*", el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión que lo que debería haber hecho el órgano jurisdiccional de instancia "*es haber repelido la recusación por temeraria, abusiva y contraria al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". En idéntico sentido, la STC 136/1999, de 20 de julio declaró que "*la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria*". Asimismo, la STC 155/2002, de 22 de julio, estableció que la enemistad manifiesta, por su carácter infundado, pudo haber sido objeto de un rechazo liminar. También en el auto 109/2010 del Pleno del Tribunal Constitucional, Auto de 29 de septiembre de 2009, recuerda la doctrina del tribunal sobre la posibilidad de rechazo preliminar de la recusación de magistrados que "puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirven de fundamento. Asimismo es lícito inadmitir a trámite las recusaciones que, por el momento en que se suscitan, su reiteración u otras circunstancias legadas al proceso concreto, son formulados con manifiesto abuso del derecho o entrañan un fraude de ley o procesal, añadiendo, en el caso concreto que se analiza que las alegaciones en las que se pretende basar la recusación "resultan manifiestamente infundadas".

En consecuencia, conforme a la doctrina jurisprudencial indicada, no existe obstáculo constitucional para que el propio recusado o la Sala a la que pertenece pueda rechazar "a limine" su propia recusación, cuando sea patente que la misma responde a fines espurios y sea contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal, con amparo en lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en los arts. 24 y 126 de la Constitución, que proclaman el derecho al Juez natural predeterminado por la ley (sin que la parte a su libre elección pueda descartarlo con causas de recusación en fraude de Ley) y el derecho a la tutela judicial efectiva (que comprende un procedimiento sin dilaciones maliciosas)".

<sup>366</sup> "De forma taxativa el art. 223 L.O.P.J. para la admisión a trámite de un incidente de recusación exige que en el escrito se exprese concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde, acompañando un principio de prueba sobre los mismos; y reitera el art. 225 LOPJ que no se admitirán a trámite las recusaciones en las que no se expresaron los motivos en que se funde o a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el apartado 2 del art. 223 LOPJ.

Pues bien en los escritos en que se promueve el incidente de recusación no se cumple el requisito antes indicado. En efecto, en el de la Procuradora Aroca Flores en nombre de Jesús María, se señala como casusa legal el art. 219-10º LOPJ y como fundamento o motivo el "estar contaminados (los magistrados) por la anterior



ATS, Sala Especial, 11 de junio de 2008

La parte presenta escrito mediante el cual se procede a recusar a todos los Magistrados que componían la Sección Séptima. La causa de recusación invocada se produce por “tener interés directo o indirecto en la causa”, ex artículo 219.10ª de la LOPJ. Sostiene la parte recusante que la actuación de los Magistrados recusados, con su "injustificada negación a conocer de la pretensión" -se arguye- en otros recursos contencioso administrativos, (...), pone de manifiesto su falta de imparcialidad. Se desestima la recusación invocada por “tener interés directo o indirecto en la causa” al entender la Sala que no se han señalado las circunstancias de carácter objetivo, que superen una mera conjetura, que si no aparece acompañado de otros datos, carece de la justificación objetiva necesaria para entender comprometida la imparcialidad<sup>367</sup>

---

decisión que tomaron” en esta causa, lo cual no es exposición de ningún motivo en relación con el nº 10 del art. 219 LOPJ, pues no se expone ningún interés directo o indirecto en la causa que pudieran tener los Magistrados, pues, evidentemente, la razón expuesta nada tiene que ver con la causa alegada”.

<sup>367</sup> “Se funda dicha recusación en la causa prevista en el artículo 219.10ª de la LOPJ, por “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”. Sostiene la parte recusante que la actuación de los Magistrados recusados con su “injustificada negación a conocer de la pretensión” (...) pone de manifiesto su falta de imparcialidad. (...).

Atendidos los términos en los que se suscita la presente recusación, la misma se encuentra abocada al fracaso. Bastaría para ello con señalar que el contenido del escrito inicial de este incidente no describe hechos que revelen un “interés directo o indirecto en el pleito” (artículo 219.10ª LOPJ) de los cinco Magistrados recusados. Y ello es así, no porque no se haya presentado un “principio de prueba”, como exige el artículo 223.2 de la citada Ley Orgánica, o porque no se haya acreditado los hechos narrados en el escrito acusatorio. No. Sucede simplemente que lo relatado no revela un interés directo o indirecto de los Magistrados recusados en el pleito, ni configura, por tanto, tacha alguna de parcialidad, objetiva o subjetiva, en el recurso contencioso administrativo en el que han sido recusados.

Pero es que, además, en relación con la imparcialidad objetiva, única a la que parece referirse el alegato de la parte recusante, cuando alude en general a todos los

TS, Sala 4<sup>a</sup>, auto de 10 de noviembre de 1999

En el escrito deducido por el interesado se solicita expresamente la recusación del Magistrado que figura como componente de la Sala, aduciendo como causa que éste es miembro del Consejo Asesor de la revista judicial que edita la codemandada. No ha lugar al incidente de recusación instado por el accionante contra una Magistrado de la Sala, por entender que no tiene interés directo o indirecto en el pleito<sup>368</sup>.

---

magistrados de la Sección, esas referencias a los recursos contencioso administrativos anteriores interpuestos por la misma parte recurrente ante la citada Sección y que concluyeron mediante resoluciones adversas a dicha parte no puede configurar el motivo de recusación esgrimido, pues no revelan interés directo o indirecto en resolver el nuevo recurso de manera también adversa. No puede estimarse la concurrencia de la causa prevista en el artículo 219.10<sup>a</sup> de la LOPJ pueda hacerse depender del grado de estimaciones de las pretensiones de la parte esgrimidas en recursos anteriores ante la Sección cuyos magistrados se recusa, por la sencilla razón que tal circunstancia, sin más, no expresa interés ni directo, ni indirecto, ni remoto”.

<sup>368</sup> “Entrando en el análisis de la causa de recusación alegada, que, aun cuando no se invoca formalmente, hay que entenderla referida al núm. 9 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [según redacción anterior a la LOP 19/2003, de 23 de diciembre], esto es, “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de fijar su concepto que, en principio pudiera parecer jurídicamente indeterminado.

En particular, resulta importante destacar la sentencia de 22 de febrero de 1954, en la que se declara que “el interés directo o indirecto que la ley señala como causa de recusación es solamente aquél de carácter personal, mas no el de índole profesional, atinente sólo al más depurado ejercicio de las funciones del cargo”, complementando la idea la de 27 de septiembre de 1956, en la que se ha sostenido que; “el interés directo o indirecto ... no puede reconocerse existente mediante deducciones derivadas de actos de la autoridad judicial que sea expresión de criterios o aptitudes adoptadas en el ejercicio legítimo de sus funciones”.

Para que el interés integre la causa recusatoria, la resolución que en el proceso dicte el recusado debe suponer “una carga o perjuicio, o antes, al contrario, una ventaja o utilidad para el órgano jurisdiccional, de tal modo que, dicha resolución, afecte, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado” (Sentencia del Tribunal Supremo, 2<sup>a</sup>, de 28 de junio de 1982).

Finalmente, se ha de señalar que el interés debe referirse, por imperativo legal, al pleito o causa en cuestión”.

AP de Madrid, Sección 6ª, auto de 17 diciembre 2010

La parte que ha promovido el incidente de recusación contra la Magistrado fundamenta la misma en la circunstancia de que en el auto de señalamiento del juicio oral se inadmitió la prueba pericial propuesta por la Acusación Particular, por lo que estima que la juez a quo tiene un interés directo o indirecto en el pleito. La Sala desestima la recusación ya que el mero hecho de que la parte procesal no comparta una resolución judicial que entienda desfavorable ó considere que no se encuentra motivada no implica que el juez a quo tenga un interés en el pleito<sup>369</sup>.

5) *Instrucción de la causa*

ATS, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2009

El incidente de recusación promovido es inadmitido a trámite al entender la Sala que la recurrente sólo fundamenta la sospecha de imparcialidad del Magistrado en la presunción de que el auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación—pendiente de

---

<sup>369</sup> “Esta Sala considera que no resulta procedente el incidente de recusación promovido, pues partiendo de lo expuesto en las SSTS de 20 de enero de 1996 de que "las causas de recusación son taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas. Forman en sí mismas un *numerus clausus* y no es posible su extrapolación a supuestos distintos de los contemplados en la *Ley*") y en la de 20 de mayo de 1997, y en la jurisprudencia constitucional,) según la cual "las causas fijadas en *numerus clausus* en el *art. 54 (de la LECRIM)* no son ampliables", ( ATC 111/1982, de 10 de marzo ), y STC 138/1994, de 9 de mayo , en la que se dice que "la relación de motivos de recusación del *art. 219 de la LOPJ* tiene el carácter de *numerus clausus*", hay que convenir que la causa de recusación invocada por el recusante no tienen encaje legal en el *nº10 del artículo 219 la LOPJ* , pues el mero hecho de que el juez en el auto de señalamiento inadmita la práctica de cualquier medio de prueba no implica que tenga un interés directo ni indirecto en el pleito en el sentido del *nº 10 del artículo 219 L.O.P.J.*".

dictar—se va a ver condicionado por lo que se resolvió en el auto declarado nulo de 12 de junio de 2007<sup>370</sup>.

TSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, auto de 6 de julio de 2010

---

<sup>370</sup> “La recurrente formula incidente de recusación con fundamento en la causa 11 del art. 219 de la LOPJ. Considera la recurrente que, al haberse dictado auto de inadmisión del recurso de casación con fecha 12 de junio de 2007, declarado nulo posteriormente mediante Auto de 18 de noviembre de 2008, dicho Magistrado estaría “contaminado” para seguir conociendo del asunto, por su decisión previa sobre el mismo.

Es doctrina del Tribunal Constitucional (ATC 26/2007 de 5 de febrero) que la enumeración establecida actualmente en el art. 219 de la LOPJ es taxativa y de carácter cerrado, de suerte que los motivos de recusación han de subsumirse necesariamente en algunos de aquellos supuestos que la Ley define como tales (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, F. 21 y 157/1993, de 6 de mayo, F. 1., citadas en ATC 61/2003, de 19 de febrero, F. 1). Por otra parte en el escrito en el que se proponga una recusación se debe expresar concreta y claramente la causa de recusación prevista por la Ley, sin que baste afirmar un motivo de recusación; es preciso expresar los hechos concretos en que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan “en principio” los que configuran la causa invocada (ATC 109/1981, de 30 de octubre, F.2, en el mismo sentido, AATC 115/2002, de 10 de julio, F. 1 y 80/20005, de 17 de febrero, F.3).

La causa de recusación invocada por la recurrente es la número 11 del art. 219, de la LOPJ; según esta disposición la causa consiste en haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia; ninguna de las dos circunstancias objetivas que contempla se produce en este caso; de un lado, no estamos en una causa penal y, por otra parte, el Magistrado al que se refiere la causa no ha resuelto el pleito en una instancia anterior.

La recurrente pretende hacer una interpretación extensiva de la causa de recusación que no autoriza la doctrina del Tribunal Constitucional antes invocada, que incide en la necesidad de una interpretación restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial; lo pretendido por la recurrente nos llevaría a la inaceptable conclusión de que la decisión de cualquier incidente promovido en una causa civil legitimaría a una de las partes —la que no se ha visto favorecida por la decisión del mismo— para apartar del proceso al juez predeterminado.

La recurrente sólo fundamenta la sospecha manifestada de imparcialidad del Magistrado a que afecta, desde su particular premisa de que el recurso de casación debe ser admitido, por ello la única razón en la que funda la recusación es su presunción de que el auto que resuelva sobre la admisión de casación —pendiente de dictarse va a ver condicionado por lo que se resolviera en el Auto declarado nulo de 12 de junio de 2007, manifestación que está carente de cualquier apoyo objetivo”.

Las causas de recusación que aducen los proponentes son varias de las previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial y que el Tribunal termina por encuadrar en el apartado 11º del artículo 219.

En los escritos presentados por las representaciones de los recusantes se reflejan expresamente las resoluciones que ha dictado, como Ponente y en su condición de miembro de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, la Ilma. Sra. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado cuya recusación se pretende y que, en opinión de las mismas, comprometen la imparcialidad objetiva de aquélla. Al respecto la Ilma. Sra. Magistrada contra la que se formula la recusación reconoció en su informe su participación, como Ponente, en diez resoluciones que, resolviendo recursos de apelación contra decisiones del Juez instructor, supusieron un "contacto" con la instrucción que, en principio, pudiera integrar la causa de recusación regulada en el apartado 11º del artículo 219 LOPJ.

La Sala declara la concurrencia de las causas de recusación prevista en el citado apartado<sup>371</sup>.

---

<sup>371</sup> “Una doctrina jurisprudencial muy consolidada viene advirtiéndolo que no basta para integrar una causa de abstención o recusación el hecho de haber dictado una o varias resoluciones por vía de recurso contra decisiones del Juez Instructor, sino que será imprescindible valorar cuidadosamente la intensidad de ese "contacto" que en el caso concreto tales resoluciones hayan podido suponer con el asunto.

Algún sector doctrinal ha mantenido que el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado no tiene la consideración de Magistrado Ponente, ni tampoco le están atribuidas las funciones que, a dicho Ponente, se especifican en el artículo 147 LECrim. Ello ha llevado a decir que " *el sistema actual impuesto por la Ley del Jurado, constituye al Juez profesional, primero, en un mero director de las actuaciones, después, en una especie de relator de un complejo guión penológico a través del que un grupo de legos en la materia va a desenvolver su Veredicto, y, al final, imponerle dictar una sentencia basada en juicios de valor ajenos, y sin la menor libertad de criterio para poder disentir de los mismo* ".

Esta Sala, por el contrario, como ya señaló en su sentencia de 16 de mayo de 2003, no comparte esa interpretación minimizadora de tales funciones, pues, sin soslayar la importancia que ya de por sí tiene el hecho de constituir al Magistrado Presidente en "director de las actuaciones", lo que lo erige en auténtico garante de que el juicio se celebre con estricto acatamiento de todas las garantías constitucionales y procesales exigibles, en la LOTJ se le fijan a aquél una serie de funciones y potestades, tanto antes, durante y después del propio juicio oral, de enorme trascendencia.

En el caso que se analiza, a la luz de las precisiones que anteceden y tras un análisis pormenorizado de cada una de las resoluciones con motivo de las cuales la Ilma. Sra. Nieves ha tenido ocasión de conocer las vicisitudes habidas en la instrucción de la

AP de Sevilla, Sección 7ª, auto 12 de agosto de 2008

Declara la Audiencia justificado el auto del Magistrado declarando su abstención para conocer del procedimiento abreviado iniciado por delito de años por incendio. Considera la Audiencia que el auto de abstención del Magistrado es conforme a derecho en atención a que participó en la instrucción de la causa penal del presente procedimiento, por lo que en respecto al derecho al juez imparcial debe considerarse justificada la causa de abstención alegada<sup>372</sup>.

TSJ de Galicia, Sección 1ª, auto de 18 de enero de 2006

---

causa para cuyo conocimiento ha sido designada Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado la Sala ha llegado a la conclusión de que hay contacto relevante con la instrucción o, si se quiere, un contacto con el procedimiento que puede inducir a cualquiera de las partes a sospechar razonablemente que la recusada puede haber formado criterio en orden a la resolución del asunto en una determinada dirección.

No es óbice para ello que la recusación verse respecto de su actuación como Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado, pues, como se ha concretado en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la presente resolución, la importancia y trascendencia de las funciones atribuidas al Magistrado Presidente requieren la concurrencia de una absoluta imparcialidad objetiva en el mismo y que, en el supuesto examinado, ha de ser puesta seriamente en duda”.

<sup>372</sup> “Ciertamente la causa indicada (anteriormente encuadrada en el apartado 10º del citado artículo 219 LOPJ) ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en cuanto a la separación de las actividades instructoras y enjuiciadoras como reflejo de un derecho exclusivo del acusado, que no de la acusación particular. (...)”

El Magistrado que se ha abstenido decretó en su día la apertura de diligencias previas, intervino en la instrucción realizando diligencias como la declaración de la imputada y de varios testigos y clausuró la instrucción abriendo la fase intermedia del procedimiento abreviado contra la Sra. Encarna como imputada, habiendo fijado en dicha resolución los hechos que estimaba indiciariamente cometidos por ellos y estableciendo, siquiera de una forma provisional, su calificación jurídica.

Así las cosas, es patente que el devenir de la causa refleja la posibilidad de que la actividad instructora llevada a cabo por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que se abstiene para esclarecer los hechos y su posible responsable provoque “en su ánimo prejuicio e impresiones” sobre los hechos a enjuiciar, por emplear términos similares a los de la STC núm. 136/1992. En consecuencia, puede afirmarse que ha quedado afectada tanto su imparcialidad objetiva como subjetiva para el enjuiciamiento de la causa, visto el artículo 219.11ª LOPJ”.

El Tribunal rechaza el incidente de recusación promovido, al entender que el Magistrado recusado no ha tenido el más mínimo contacto previo con el objeto de la causa penal<sup>373</sup>.

TS, Sala 2<sup>a</sup>, auto de 17 de junio de 2004

Se desestima la recusación formulada por el condenado contra magistrado en el recurso de casación. El Alto Tribunal considera que la decisión adoptada aplicando un determinado criterio jurídico no podría nunca suponer contaminación de la imparcialidad de quien decide, pues, en tal caso, se produciría el absurdo de la inhabilitación de cualquier juzgador que conociera de una determinada cuestión respecto de todas las que guardasen relación de naturaleza jurídica con ella<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> En relación a la causa 11<sup>a</sup> del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), causa objetiva de recusación, se ha de poner de manifiesto que el juicio o valoración jurídica efectuados en el recurso de apelación civil número 296/2000 y aquel que sea de llevar en la querella mencionada en el hecho primero de esta resolución, son absolutamente dispares de manera que no es posible sostener que el Magistrado recusado haya tenido el más mínimo contacto previo con el objeto de la causa penal.(...)

En consecuencia, ni el Magistrado recusado ha participado, es evidente, en la instrucción de causa penal alguna ni ha resuelto el pleito o causa en anterior instancia porque no debemos olvidar, dada la naturaleza objetiva de la causa de recusación esgrimida, que la finalidad del último inciso de la causa undécima del artículo 219 de la LOPJ no es otra que preservar la esencia y efectividad de los recursos devolutivos a fin de que no sean los mismos jueces los que intervengan en ambas instancias”.

<sup>374</sup> “Fundamenta el recusante su pretensión en la afirmación de la “intensa contaminación” (sic) que el Magistrado recusado, a su juicio, sufre, respecto del conocimiento del Recurso de Casación 717/2002, al haber participado como ponente en la anterior Causa Especial 2530/1995, por la que se le condenó en concepto de autor de un delito de Malversación, entre otros, quien ahora recurre en Casación frente a su nueva condena también por un delito de Malversación. (...)

En primer lugar, el recusante apoya su pretensión en el artículo 219.11<sup>a</sup> del texto vigente de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que literalmente se refiere al supuesto de “Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala especial del art. 77 de la LOPJ), auto de 27 de septiembre de 1999

La recusación formulada contra los Magistrados que formaban parte de la Sala que confirmó el sobreseimiento provisional de unas diligencias previas, es desestimada por el TSJ de Castilla-La Mancha al no haber actuado los Magistrados recusados como instructores de causa penal<sup>375</sup>.

---

Evidentemente, la intervención del Magistrado objeto de la recusación en este caso en un procedimiento distinto del que ahora se tramite ante este Tribunal, excluye una aplicación estricta del referido precepto que requiere obligadamente, como hemos visto, la participación del recusado en la misma causa.

Del mismo modo, tal circunstancia hace automáticamente también inaplicable a este supuesto la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo, relativa a la ponderación de la relevancia que, en orden a la pérdida de la imparcialidad, puede tener el contenido de las Resoluciones dictadas por quien previamente intervino en la causa.

(...) la decisión adoptada aplicando un determinado criterio jurídico nunca podría suponer contaminación de la imparcialidad de quien decide, pues, en tal caso, se produciría el absurdo de la inhabilitación de cualquier Juzgador que conociera de una determinada cuestión respecto de todas las que guardasen relación de naturaleza jurídica con ella”.

<sup>375</sup> “Articulan los recusantes su petición sobre la base de estimar que los dos Magistrados afectados por la recusación incurrirían en la causa décima del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[según redacción LO 7/1988, de 28 de diciembre, (actual causa nº 11)], que prescribe como causa de abstención, y en su caso, de recusación para los Jueces y Magistrados la siguiente:

“Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”.

Aunque la parte proponente de recusación no especifica cuál de las dos variables contenidas en el precepto serían de aplicación al supuesto que nos ocupa —la de haber actuado los Magistrados como instructores o la de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia—, parece claro que en ningún caso podríamos entender que se refieran a la primera, pues ninguno de los dos Magistrados recusados actuaron en momento alguno en la instrucción de las Diligencias Previas, sino que conocieron de las mismas —del sobreseimiento acordado—, por vía de apelación.

Sentadas así las cosas y fijada la causa de recusación, la actuación judicial consistente en resolver una causa en anterior instancia ha de venir forzosamente referida al mismo orden jurisdiccional, en que, efectivamente, la imparcialidad del Juez o Magistrado podría verse comprometida si, por ejemplo, hubiese dictado



### 6) *Subordinado*

AP de Zaragoza, Sección 5ª, auto de 21 de octubre de 2005

Se desestima por la Sala la recusación formulada al no apreciar la existencia de relación directa de subordinación que sólo es de apreciar cuando subordinado y principal se hallen destinados en el mismo organismo<sup>376</sup>.

---

Sentencia que finalizase un pleito en primera instancia y luego formara parte del órgano judicial encargado de resolver un recurso contra dicha sentencia.

Pero no es el caso; en la vía penal, los hoy recusados formaban parte de la Sala, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que por vía de recurso de apelación confirmó el sobreseimiento provisional de unas diligencias previas, seguidas por un presunto delito de apropiación indebida. Ello conllevaba un estudio técnico-jurídico sobre la existencia o no de infracción penal, con las características propias de tal orden jurisdiccional, y sobre la base de los elementos de instrucción y diligencias de prueba que se habían practicado, en su caso. Concluyó el órgano judicial estimando que la resolución apelada era conforme a derecho, y por ende quedó archivado el procedimiento penal.

En cambio, ahora se trataría de dilucidar, también por mor de un recurso de apelación, si una sentencia civil, dictada en reclamación de daños y perjuicios, con igualdad de litigantes y en resolución de conflictos derivados de un arrendamiento de vivienda, aparece igualmente conforme al Ordenamiento Jurídico. Los presupuestos a examinar en el orden civil son claramente distintos a los que se ventilaron en la causa penal, tanto de tipo fáctico como, sobre todo, de naturaleza jurídica, y ello es algo que por su obviedad dispensa de mayor argumentación; valga sólo como referencia que el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 23-9-1991, rechazó un recurso de amparo por la diferencia de naturaleza entre las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa, donde se viene a establecer de forma tangencial, que el haber resuelto en anterior instancia ha de referirse a igual orden jurisdiccional, no a uno distinto.

En consecuencia, al no haber actuado los Magistrados recusados como instructores de causa penal alguna, ni poderles ser aplicada la causa de recusación invocada —ni cualquier otra que aprecie esta Sala—, por actuar en órganos judiciales de distinto orden jurisdiccional, procede rechazar sin más la pretensión de los recusantes”.

<sup>376</sup> “La causa de recusación consiste en haber sido el actor subordinado del juzgador cuando éste desempeñaba su cargo de interventor militar de Calatayud ostentando el cargo de Teniente Coronel, y el demandante ser militar con el cargo de Sargento en dicha localidad.

### 7) *Haber ocupado cargo público*

ATS, Sala de lo Civil, de 18 de abril de dos mil ocho

Se desestima la causa de recusación ya que los criterios de interpretación y aplicación del derecho aplicado por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional no pueden servir de presupuesto para fundamentar una recusación por falta de imparcialidad objetiva<sup>377</sup>.

---

Según se infiere del informe del juzgador y de la documentación remitida por el Ministerio de Defensa, se desprende que efectivamente el juzgador y litigante estuvieron destinados como militares desde 1985 a 1990, el primero como interventor militar y el segundo con destino en el Instituto politécnico nº 2, pero no ha sido acreditado que entre ambos hubiera otra relación jerárquica que la derivada de la graduación militar, en tanto que no estuvieron destinados en el mismo organismo.

Ciertamente el artículo 219.12 LOPJ contempla como causa de recusación ser o haber sido una de las partes subordinado del Juez que deba resolver la contienda, pero tal subordinación no es la que deriva meramente de la jerarquía que se ostenta en un cuerpo, sino la que implica una dirección directa de subordinación, como se encarga de señalar el ATS nº 10/1999, de 11 de abril, que sólo es de apreciar cuando ambos, subordinado y principal se hallan ejerciendo sus funciones en un mismo órgano”.

<sup>377</sup> “Se formula incidente de recusación del Magistrado Ponente antes reseñado con base en la causa 16ª del art. 219 LOPJ. (...) Estima que dicho Magistrado ya ha formado criterio con respecto a lo que constituye el objeto del recurso de casación, y eso le impide formar parte de la Sala que lo resuelva, añadiendo que no se trata de que el referido Magistrado haya resuelto en otra alzada sobre una cuestión parecida a la que aquí se discute: es que se ha pronunciado exactamente respecto de lo que constituye una de las pretensiones de las partes. (...)

La causa de recusación que se examina debe desestimarse por las razones siguientes:

Con independencia de que es más que discutible que la expresión “cargo público” de la causa 16ª del art. 219 LOPJ quepa extenderla a cargo público “judicial”, en el sentido de desempeño de función jurisdiccional, porque en una correcta y coherente hermenéutica del supuesto normativo resultaría redundante en relación con la previsión de las causas 11ª y 13ª del propio artículo, las cuales satisfacen cumplidamente la garantía de imparcialidad objetiva en la perspectiva de la relación del juez con el “tema decidendi”, en cualquier caso, la norma legal exige que, con ocasión del cargo, se haya tenido conocimiento del objeto del litigio, y, además, formado criterio en detrimento de la debida imparcialidad, con lo que se hace referencia a lo que se debate en “un pleito concreto y su decisión”. En el supuesto que se examina se trata de dos procesos diferentes, sin coincidencias completa de

### 8) *Haber sido sancionado disciplinariamente*

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, auto de 28 de marzo de 2011

Se formula recusación contra la Magistrada al haber sido sancionada en vía administrativa en expediente sancionador iniciado a partir de denuncia del recusante ante el Consejo General del Poder Judicial<sup>378</sup>.

---

partes, por lo que no concurre el presupuesto de “identidad de litigio”. Y no cabe interpretar la exigencia como identidad de materia o cuestión jurídica, porque ni siquiera la causa 16ª, a diferencia de la 13ª del propio artículo, contiene la referencia a “otro asunto relacionado con el objeto del pleito.” (...)

La causa 16ª del art. 219 LOPJ no es aplicable al criterio jurídico que los jueces hayan manifestado al resolver asuntos sometidos a su decisión. De mantenerse una interpretación distinta se produciría el absurdo de que los jueces sólo podrían conocer del mismo tema jurídico una única vez, pues de volverse a plantear, como ya expuso con anterioridad un criterio, le estaría vedado intervenir, por lo que tendría que abstenerse. Y las conclusiones que llevan al absurdo no pueden mantenerse en derecho (SSTS 21 de noviembre de 1994 y 28 de febrero de 1996), conforme al principio general reconocido por la jurisprudencia de que debe rechazarse toda interpretación e inteligencia que conduzca al absurdo (STS 9 de junio de 1956). (...)

Por consiguiente, los criterios de interpretación y aplicación del derecho expresados por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional no pueden servir de presupuesto para fundamentar una recusación por falta de imparcialidad objetiva sin perjuicio de la operatividad, en sus términos estrictos, de las causas números 11ª, 13ª y 16ª del art. 219 de la LOPJ”.

<sup>378</sup> “El legislador estable en el *artículo 219 de la LOPJ* un amplio elenco de causas de abstención y recusación, destinadas a evitar que dichas relaciones del Juez con las partes, puedan alterar la necesaria objetividad e imparcialidad con la que se ha de abordar toda actuación judicial.

En concreto en el apartado 5 de dicho precepto se establece como causa de abstención o recusación: “*Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes*”. En el presente caso y como hemos expuesto, consta acreditado que la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Socorro fue sancionada por el Consejo General del Poder Judicial como autora de una falta grave precisamente por denuncia o a instancia del ahora recusante y parte en el procedimiento, por lo que procede estimar la recusación interpuesta, todo ello en aras de la imparcialidad y objetividad que debe presidir toda actuación judicial”.

#### F. Manifestación formal de la duda de parcialidad.

La imparcialidad ha de predicarse no sólo del personal jurisdiccional, sino que se extiende a los distintos sujetos que prestan servicio en los órganos jurisdiccionales (secretarios judiciales y demás funcionarios de la oficina judicial) e, incluso, a otros profesionales que pueden intervenir en el proceso civil como cooperadores y colaboradores con la justicia, ya sean funcionarios de carrera, sustitutos o interinos, de modo que todos ellos deberán abstenerse o podrán ser recusados cuando se cuestione razonablemente su imparcialidad en el pleito.

##### a). Por el juez. La abstención

Los institutos de la abstención y recusación no están regulados, ni siquiera previstos, en nuestra Constitución. Ha sido el legislador ordinario quien se ha ocupado de desarrollar ambas instituciones sin perjuicio del ulterior control por parte del TC en su caso. Es por ello que el régimen general común de la abstención y la recusación para nuestro sistema judicial se encuentran en los arts. 217 a 228 de la LOPJ, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de LOPJ. En estos artículos se establecen tanto las causas de abstención y recusación, como las normas procedimentales básicas que serán de aplicación a los distintos órdenes jurisdiccionales.

El establecimiento de los aspectos básicos en la LOPJ debe considerarse acorde con el mandato constitucional contenido en el artículo 122.1 CE, en relación con el 81.1 de la misma norma, que remite a la Ley Orgánica la regulación de las cuestiones esenciales sobre el estatuto jurídico de jueces y magistrados (entre las que deben incluirse,

sin duda, las causas de abstención y recusación y las reglas para la tramitación de los correspondientes incidentes), sin perjuicio de las necesarias especialidades en cada orden jurisdiccional.

Por su parte, las leyes procesales ordinarias se limitan a recoger algunas especificidades para cada proceso (básicamente el órgano competente), en todo caso sobre la base de la normativa contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que opera también en este caso como supletoria respecto del resto de órdenes jurisdiccionales. Así, los arts. 99 a 128 y concordantes LEC, que completan las previsiones de la LOPJ para el proceso civil, resultan igualmente de aplicación al resto de órdenes<sup>379</sup>.

El artículo 217 de la LOPJ según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, así como el artículo 100.1 LEC imponen la abstención de jueces y magistrados cuando en ellos concurra alguna de las causas establecidas legalmente. Este deber comporta la espontánea inhibición del conocimiento del asunto a ellos repartidos, en cualquier estado en que éste se encuentre, desde el momento en el que observen que se encuentran incursos en alguna de las causas establecidas, siendo indiferente que crean en conciencia que su objetividad no se romperá a pesar de la existencia de la causa pues el apartamiento se produce para evitar el peligro, no la real influencia del motivo de abstención. De modo

---

<sup>379</sup> Véanse al respecto los arts. 4 LEC; 15 del Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; 54 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y la DF 1ª de Ley 29/1998, de 27 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; previsiones todas ellas que remiten en cuanto a las causas de abstención y recusación a la normativa de la LOPJ (aplicable a todos los supuestos) y en lo referente al procedimiento al régimen de la LEC, introduciendo únicamente las lógicas especificidades en relación con el órgano competente para aceptar la abstención o resolver sobre la recusación planteada.

que no puede ser apreciada de oficio por un sujeto distinto que el propio afectado, quien si no se abstiene incurrirá en su caso en la responsabilidad correspondiente<sup>380</sup>.

El ámbito objetivo de la abstención de jueces y magistrados no se restringe a los integrantes de la Carrera Judicial, sino también a los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 80 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), a los jueces sustitutos (art. 212.2 LOPJ), a los magistrados suplentes (art. 200.3 LOPJ), a los jueces en situación de provisión temporal (art. 432.1 LOPJ), a los jueces de paz (el art. 1 del Reglamento 3/1995, de los Jueces de Paz) e, incluso, a los miembros legos integrantes de un tribunal del jurado (arts. 8 a 12, 21 y concordantes de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado); supuestos todos ellos en que se remite al régimen establecido para los integrantes de la Carrera Judicial en la LOPJ y, en su caso, en la LEC.

La abstención carece de plazo de preclusión, siendo posible activarla en cualquier estado de la causa, incluso cuando se actúa en virtud de competencia funcional. La ausencia de plazo preclusivo determina que todo lo actuado con anterioridad a la abstención permanecerá válido, incluso en el supuesto de que el proceso estuviese muy avanzado. En todo caso, el límite lo marca la resolución definitiva del pleito, aquella que determine que el sujeto ya no intervenga en el mismo (inhibición), o el planteamiento de la recusación, en cuyo caso se ofrece al recusado la

---

<sup>380</sup> El Tribunal Constitucional en su auto 81/2008, de 12 de marzo de 2008 establece que “(...) dado que no es competencia del Pleno promover la presentación de abstenciones, pues ello pertenece a la libre decisión personal de los Magistrados, sino sólo aceptar o rechazar las abstenciones que se formularen (...).

oportunidad de que admita la concurrencia de la causa, acelerando la tramitación del incidente.

La doctrina se ha planteado, especialmente cuando ha precluido la posibilidad de recusar, antes incluso de la consideración legal de la abstención como deber, que el incumplimiento de dicho deber produce, por sí solo, la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial. Todos los pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido han entendido que el incumplimiento de la obligación de abstención no libera a la parte de ejercitar la recusación.

El Tribunal Constitucional en el auto 168/1990, de 23 de abril, establece “ A ello ha de añadirse que el hecho de que la Ley establezca, junto a las causas de recusación, el deber de abstención de los Jueces y Magistrados en los casos en que ésta proceda, no exime a quien recurre en amparo del cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos por la LOTC para la válida formulación de la queja constitucional, entre ellos, el de agotar los remedios previstos en la vía judicial -en este caso, la recusación- con carácter previo a la formalización de su demanda ante esta sede

En efecto, debe

destacarse que el recurrente no intentó oportunamente la recusación de los dos Magistrados que formaron parte de la Sección

Esta falta de

proposición de la recusación «tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde», como manda el art. 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

debe ser reconocida por este Tribunal. Es

patente, en efecto, que la recusación, pese a lo alegado por el recurrente, pudo intentarse por él en diversos momentos, según se desprende con claridad en las actuaciones

. Y no era un obstáculo para haber

propuesto diligentemente la recusación lo establecido en el art. 56 de la

L.E.Crim, que dice que la recusación podrá proponerse en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral, porque allí mismo se añade «a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad», .Resulta claro, en consecuencia, que el demandante de amparo tuvo muy distintas ocasiones de hacer valer su derecho fundamental ante la Audiencia mediante la recusación y, en cambio, no lo hizo hasta que recayó una Sentencia condenatoria . La pasividad del recurrente, incumpliendo los requisitos procesales legalmente exigibles, hace, en definitiva, inviable el enjuiciamiento de esta pretendida lesión del derecho a un Juez imparcial .

Por su parte el TS en la sentencia de 28 de septiembre de 1992 manifiesta . En este caso la objeción a los Magistrados del Tribunal por haber fallado el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, no se hizo valer a través de la recusación en la forma prevista en el artículo 223 de la L.O. del Poder Judicial, y, consecuentemente, su pasividad hace inviable el examen de esa pretendida lesión del derecho a un Juez imparcial, según previene la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1991, y la reciente resolución de esta Sala de 23 de abril de 1992”.

Otra característica de la abstención, siguiendo con ello nuestra tradición jurídica, es que sólo puede instarse por encontrarse, el Juez o Magistrado, incurso en alguno de los supuestos de parcialidad tasados en la ley (artículo 219 LOPJ). No es factible, por tanto, un apartamiento que no se argumente en alguno de estos motivos. La consecución del objetivo de la abstención es la separación del proceso, de quien se entiende sospechoso de parcialidad, y no depende de la única voluntad del abstenido, ya que una vez inhibido del conocimiento del asunto ha de



comunicar a la Sección o Sala de la que forme parte o al órgano judicial al que corresponda la competencia funcional para conocer de los recursos contra las sentencias que el juez dicta, para que estos realicen un control de los presupuestos que justifican su apartamiento. Control que se limita a examinar si los hechos alegados por el abstenido son encuadrables en alguno de los motivos tasados de parcialidad y si éstos tienen la entidad y relevancia que el abstenido le concede.

Por último, y como una de las características más importantes, está el establecimiento de sanciones ante el incumplimiento del deber de abstención previsto por la LO 16/1994, de 28 de noviembre. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 16/1994, de reforma de la LOPJ, la doctrina, ante la ausencia de sanciones contra el incumplimiento de la obligación de abstención, se cuestionaba si debía considerarse a la abstención como un deber o simplemente como una facultad. GUASP<sup>381</sup> sostenía que la naturaleza jurídica de la abstención es una obligación sólo en apariencia y no en realidad, puesto que su incumplimiento no da lugar a sanción alguna. La modificación del artículo 417 LOPJ efectuada por la LO 16/1994 ha clarificado la cuestión al incluir en su apartado 8º como falta muy grave la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas. El incumplimiento por el juez del deber de abstención cuando concurre causa legal no impide al justiciable ejercer su derecho de controlar la imparcialidad del juzgador mediante el ejercicio de la recusación.

---

<sup>381</sup> GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1943, pág. 595.

### *Tramitación de la abstención*

La abstención ha de plantearse por medio de un escrito razonado en el que el juez o magistrado exponga los hechos y determine la circunstancia del art. 219 LOPJ que entiende que concurre. No se exige una forma específica para esta resolución, pero habrá de ser necesariamente motivada y su adopción determina la necesidad de suspender provisionalmente el proceso, en tanto en cuanto se decide definitivamente si procede o no el apartamiento definitivo. Esta paralización cautelar será adoptada por el propio abstenido o por la sala o sección a que pertenezca. En todo caso, no tiene efectos retroactivos, de manera que no afecta a las actuaciones ya realizadas.

El escrito motivado se remite al órgano correspondiente, quien deberá confirmar o revocar dicho apartamiento.

La competencia funcional para resolver esta cuestión viene determinada en atención al destino del propio abstenido. Así, si sirve como magistrado en un órgano colegiado, trasladará su decisión al propio órgano al que pertenece, sala o sección que será la competente para resolver. Por el contrario, si se trata de un juez o de un magistrado titular de un órgano unipersonal, el órgano competente será aquel al que le corresponda conocer de los recursos frente a sus sentencias (apelación); es decir, la Audiencia Provincial por lo general, o el Juzgado de Primera Instancia exclusivamente en relación con la abstención de los jueces de paz.

A continuación, una vez recibida la propuesta de abstención por el órgano correspondiente, éste debe adoptar una decisión alternativa, aceptar la separación para el caso concreto o rechazarla. Legalmente no

se prevé trámite alguno, no se exige pieza separada ni incoación de incidentes, luego debe atenderse en principio a la información remitida en su escrito por el abstenido, sin perjuicio de que, si lo considera preciso, promueva las actuaciones oportunas para requerir información complementaria del propio juez o magistrado, de las partes o del Ministerio Fiscal.

En todo caso, la decisión del órgano debe ampararse en la posible subsunción de los hechos en alguno de los apartados del art. 219 LOPJ y atendiendo a la debida acreditación de los circunstancias concurrentes. La respuesta estimatoria o desestimatoria adoptará la forma de auto y debe darse en el plazo de diez días, plazo que no aparece recogido en la LEC, pero que sí encontramos en el art. 221.1 LOPJ.

Si se entiende que el motivo alegado por el abstenido se encuadra en alguno de la relación de causas de apartamiento, y los argumentos esgrimidos convencen acerca de la virtualidad del motivo de abstención, se convalidará la inicial abstención. Puede hacerlo de dos maneras distintas, o bien comunicándole al abstenido en el plazo de diez días — que el órgano competente tiene para resolver sobre la abstención—, su decisión afirmativa o bien no manifestándose en sentido alguno, lo que se entenderá como silencio positivo, ya que en el apartado 2 del artículo 221 LOPJ se establece que la abstención suspenderá el curso del proceso hasta que se resuelva sobre ella o transcurra el plazo previsto para su resolución.

Aceptada la abstención, el abstenido —su sala o sección— dictará auto apartándose o apartándole definitivamente del asunto y ordenando

que se remitan las actuaciones a quien deba sustituirle (sustitución conforme a los arts. 207 a 214 LOPJ).

El efecto principal de la abstención es apartar definitivamente al abstenido del conocimiento del asunto. Efectos secundarios que derivan de éste son la remisión de las actuaciones al que deba sustituirle y la comunicación a las partes intervinientes en el pleito o causa de la decisión de convalidar la abstención.

La separación definitiva del juzgado supone que el abstenido no podrá intervenir en ninguna de las posteriores vicisitudes del pleito, ni siquiera en la resolución de los recursos en caso de que hubiera promocionado, pues es de suponer que la causa de abstención perdurará en el tiempo.

Por lo que respecta a la remisión de las actuaciones, debemos precisar que este supuesto está pensado para cuando el abstenido sirve en un Juzgado, pues si forma parte de un Tribunal no hay actuaciones que remitir. Simplemente, a partir de la convalidación de su inhibición el Tribunal se compondrá con otro Magistrado. La remisión de actuaciones a otro Juzgado debe llevar aparejado el traslado físico de los autos originales del pleito o causa al órgano jurisdiccional que haya de sustituirle legalmente, saliendo de la esfera del Juez que acordó su propia abstención, y dándole entrada en el Juzgado sustituto con la numeración que le corresponda<sup>382</sup>. Un efecto indirecto de la remisión de actuaciones al sustituto, una vez convalidada la abstención, es que la competencia funcional para conocer de los recursos devolutivos interpuestos por actuaciones del sustituto vendrá determinada en razón del Juzgado que

---

<sup>382</sup> MORENO CATENA, V.: “Algunas notas sobre la abstención del Juez”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1988, núm. 3, pág. 562.

en definitiva resolvió el proceso, es decir, del órgano jurisdiccional que sustituyó al abstenido.

La última consecuencia de la aceptación de la abstención es la comunicación a las partes de esta circunstancia, incluyendo el nombre del sustituto. Y ello con el doble objetivo de que, por un lado, conozcan con quién van a entenderse las sucesivas actuaciones del pleito o causa y, por otro, que las partes puedan recusar al sustituto si lo entendiesen oportuno.

#### b). Por las partes. La recusación

La iniciativa para recusar corresponde exclusivamente a las partes del proceso o al Ministerio Fiscal en su caso, cuando cualquiera de ellos considere que la imparcialidad del personal jurisdiccional puede ser cuestionada porque concurre motivo suficiente al respecto, singularmente por encontrarse el juez o magistrado incurso en alguna de las causas legalmente previstas al efecto. Se trata de un derecho a promover el apartamiento forzoso del sujeto que no se ha abstenido o cuya abstención no ha sido aceptada.

Esta concepción determina que la concurrencia de causa justa permita instar el apartamiento, pero no obligue, pudiendo considerarse que esa situación no afecta a su objetividad, obviando por tanto la posibilidad de recusar. Con todo, este derecho precluye si no se ejercita en plazo, impidiendo su invocación *ex novo* en un momento posterior al conocimiento del motivo de recusación, en concreto, al hilo del recurso

frente a una resolución contraria a nuestros intereses que se pretenda viciada de parcialidad<sup>383</sup>.

Esta posibilidad de elección determina que si a pesar de la existencia de la causa no se recusa, el proceso es válido en su totalidad, y, por tanto, lo es también la sentencia en él dictada.

Las consecuencias que impone esta particular manifestación del principio dispositivo es tan fuerte en esta materia que no puede alegarse que no se recusó en la creencia de que el juez se abstendría del asunto, pues el ahora recusado bien pudo no advertir que concurre en él un motivo de apartamiento. Además, no cabe duda de que “la Ley ha contado con la posibilidad de que el Juez no se abstenga de oficio y que, precisamente por ello, ha instrumentado un procedimiento de recusación que otorga a la parte el derecho a reclamar dicha abstención”.<sup>384</sup>

La recusación debe plantearse nada más tener conocimiento de la existencia de una causa de tacha legítima del juez, con independencia, en principio, del momento en el que se encuentre el proceso. Así de claro se manifiesta el número 1 del artículo 223 de la LOPJ cuando afirma que la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, y añade que, en otro caso, no se admitirá a trámite.

---

<sup>383</sup> STS de 7 de octubre de 1998 (ROJ 5711/1998 CENDOJ) “No procede entrar, en este estado procesal, en el análisis de la alegada causa de abstención y recusación, cuya aplicación al presente caso está, en principio, fuera de lugar. La parte pudo proponerla en el momento procesal oportuno, que determina el art. 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y debió seguirse por los trámites que establecen los artículos siguientes (...)”

<sup>384</sup> STC 384/1993, de 21 de diciembre.

Con el establecimiento de un momento preclusivo a partir del cual no pueda cuestionarse la parcialidad del juzgador, ni siquiera en el supuesto de que la causa alegada existiese en realidad, se quiere impedir que puedan efectuarse recusaciones dilatorias de “última hora” por aquella parte que no tiene perspectivas favorables en el proceso. Conforme establece al artículo 107.2 LEC, este derecho debe ejercitarse a través de una solicitud expresa y específica presentada por escrito —en su caso siguiendo a la recusación planteada oralmente al inicio de la vista o juicio— ante el órgano en que presta servicio el juez o magistrado recusado. Las exigencias al respecto son mínimas pero inexcusables, pues su ausencia determinará el rechazo de plano, su inadmisión o desestimación en última instancia.

En cuanto al contenido de la petición, en principio debe invocarse expresamente alguna de las causas legalmente previstas, indicando incluso el apartado correspondiente del artículo 219 LOPJ. Más aún, no basta invocar una causa justa, sino que la solicitud de recusación ha de incluir inexcusablemente el relato de los hechos relevantes a estos efectos; es decir, los aspectos fácticos que determinan la concurrencia de las circunstancias alegadas en el supuesto concreto y que se aducen como motivos que fundamentan la pretensión de apartamiento.

Cuestión especialmente relevante en relación con el planteamiento de la recusación es el tiempo hábil previsto al efecto para poder ejercitar este derecho. En este sentido, el artículo 107.1 LEC se decanta por no señalar un plazo concreto, optando por una determinación imprecisa, ya que indica únicamente que se inadmitirá por extemporánea la recusación cuando no se proponga al inicio del proceso si la causa se conociera con anterioridad; o cuando se plantee pendiente el proceso pero con

posterioridad al momento en que se conozca dicha causa. Estas previsiones deben ponerse en conexión con el artículo 223.1 LOPJ, precepto que, por el contrario, sí fija un plazo determinado a estos efectos, de manera que, en los supuestos en que la causa de recusación se conozca con anterioridad al proceso, el plazo para instar el apartamiento del juez o magistrado será de diez días desde que se notifique la primera resolución en que conste la identidad del recusado. Al margen de dicha restricción, la recusación puede plantearse en cualquier momento del proceso, pero siempre de forma inmediata, como reacción automática al conocimiento de la concurrencia de causa legal, de modo que ese conocimiento opera de forma independiente para cada uno de los sujetos legitimados. Sin embargo, habrá que acreditar fehacientemente el momento de dicho conocimiento para que pueda admitirse a trámite la recusación<sup>385</sup>.

#### *Tramitación de la recusación*

Instada la recusación, pese al silencio de la ley, parece adecuado que el propio recusado compruebe la concurrencia de los requisitos esenciales y, en su caso, dicte providencia teniendo por presentada dicha solicitud.

---

<sup>385</sup> ATC 109/2009 de 31 de marzo de 2009 “(...) este Tribunal ya ha reiterado que en los procesos constitucionales cabe el rechazo preliminar de una recusación por el incumplimiento de sus requisitos formales (por todos, ATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 2), y sin perjuicio de cualquier otro eventual defecto formal en que se pueda haber incurrido en su solicitud, debe inadmitirse a trámite la presente recusación por la extemporaneidad de su presentación, ya que ésta se formalizó el 19 de febrero de 2009 y, por tanto, transcurrido en exceso el plazo de diez días a que se refiere el art. 223.1 LOPJ, desde el momento en que el recurrente tuvo conocimiento efectivo de que el Magistrado recusado formaba parte de la Sección de este Tribunal que debía decidir sobre su admisión”.



La posibilidad de que el propio juez o magistrado rechace de plano la recusación debe considerarse ciertamente excepcional, restringida a posibles defectos formales y siempre que no se haya procedido a su subsanación siendo ésta posible. La tónica dominante es considerar esta posibilidad como algo excepcional<sup>386</sup>.

Concurriendo los requisitos esenciales, se dará traslado al resto de partes para que, en el plazo de tres días y se entiende que por escrito, formulen las alegaciones que estimen convenientes, dándoles la oportunidad de que se opongan o se adhieran a la recusación planteada, pudiendo, en su caso, invocar nuevas causas de recusación siempre que dicha pretensión no resulte ya extemporánea (artículo 107.3 LEC).

El propio recusado deberá emitir informe admitiendo o rechazando las causas alegadas, y remitirá todas las actuaciones al órgano instructor, dejando el pleito principal en suspenso. En este punto, la LOPJ (artículo 223.3) introduce una previsión que no aparece en la LEC, cual es que el propio recusado presente el informe al día siguiente hábil al de finalización de ese plazo de tres días. Esto entra en contradicción con el artículo 109.1 LEC y el propio 225.1 LOPJ, que prevén que el día en que finalice el plazo (se supone que el de tres días) o al día siguiente hábil se remitan al instructor los documentos relativos a la recusación con el informe del recusado. Siendo esto así, debería elaborar dicho informe sin conocer las posibles alegaciones del resto de partes.

---

<sup>386</sup> SAP Burgos de 12 de julio de 2004 (ROJ 864/2004 CENDOJ) “La regla general es que la recusación sea examinada por un órgano distinto del recusado (*artículos 60 y siguientes de la LECr. (...)*). La previsión general antes mencionada, no quiere decir que no sea posible un rechazo de la recusación planteada de modo preliminar o de plano, incluso por el mismo órgano cuya recusación se pretende. Esta posibilidad, relacionada con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha de entenderse excepcional”.

Por otra parte, y respecto de la sustitución, debe destacarse una nueva contradicción entre el régimen de la LEC y de la LOPJ. Así, el artículo 109.4 LEC señala que la recusación no suspende el pleito, de manera que, presentado el informe por el recusado, éste pasará los autos a su sustituto, quien seguirá la tramitación hasta la citación para sentencia. Esta solución no parece adecuada, ya que, en el caso de que se desestime la recusación obligaría a anular todas las actuaciones orales realizadas por el sustituto en aplicación estricta del principio de inmediación, que obliga a estar presente al juez sentenciador (artículo 137.3 LEC).

Por el contrario, el artículo 225.4 LOPJ señala que la recusación sí suspende el pleito salvo en el orden penal, luego la intervención del sustituto en las causas civiles habría de restringirse necesariamente a la adopción de decisiones de carácter urgente no resolutorias.

El órgano recusado se limita a la recepción de la solicitud y a iniciar la tramitación del incidente, que de forma casi inmediata pasará al instructor. Por su parte, la competencia para la instrucción viene determinada por la categoría y destino del recusado.

La instrucción se atribuye a un juez o magistrado adscrito a determinado órgano en atención al destino del recusado, designación que se realiza siguiendo un turno específico en función de la antigüedad en el escalafón de la Carrera Judicial; esto supone un cambio positivo respecto regulación anterior, que atribuía siempre la competencia al magistrado más antiguo. Más aún, se prevé igualmente que, si no fuera posible cumplir lo previsto, la sala de gobierno correspondiente designará instructor procurando que sea de mayor categoría o, al menos, de mayor antigüedad que el recusado (artículo 108.2 LEC).

Cuando se recusan magistrados de órganos colegiados, se distinguen dos supuestos. Así, si se trata de magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, la instrucción corresponde a un magistrado de la misma sala, salvo que se recuse a todos, en cuyo caso será un magistrado del tribunal. Por el contrario, si se recusa a magistrados de las audiencias provinciales, instruirá el incidente un magistrado de la misma audiencia, salvo que se recuse al presidente del tribunal, en cuyo caso corresponde a un magistrado de la sala de lo civil y penal del tribunal superior de justicia correspondiente.

Por su parte, si se recusa a titulares de órganos unipersonales, la instrucción se atribuye a un magistrado de la audiencia provincial, salvo que se trate de la recusación de un juez de paz, en cuyo caso instruirá el juez de primera instancia correspondiente.

Continuando con el procedimiento, parece lógico que, recibidas las actuaciones, el instructor decida sobre la admisión a trámite de la recusación, y complete la tramitación del mismo, reservando exclusivamente la resolución definitiva para el órgano competente conforme al artículo 110 LEC.

Una vez admitida a trámite la recusación, las actuaciones a realizar variarán según el sentido del informe dado por el recusado (artículo 109.3 LEC). Así, para el supuesto de que éste haya reconocido la concurrencia de la causa o causas alegadas por las partes, el legislador prevé que se resuelva el incidente sin más trámites. Esto no significa que la decisión haya de ser necesariamente estimatoria de la recusación aunque el recusado se avenga a su apartamiento. Esta posición viene

avalada porque la exclusión del profesional cuya imparcialidad se cuestiona se anuda en todo caso a la concurrencia de causa justa, no puede considerarse suficiente la mera apreciación subjetiva por parte del recusante y del recusado, sino que se debe acreditarse de forma objetiva la concurrencia de motivos suficientes.

Ahora bien, no siendo reconocida por el recusado la concurrencia de la causa o causas alegadas por el recusante, el instructor debe acordar, en el plazo de diez días, la práctica de la prueba que considere pertinente y necesaria conforme a los criterios generales.

Una vez practicada la prueba, el instructor remitirá todas las actuaciones al órgano encargado de adoptar la decisión definitiva al expediente (salvo en el caso de la recusación del juez de paz, supuesto en que el mismo instructor será competente para resolver), finalizando así su intervención (artículo 109.3 LEC).

La competencia para decidir sobre la recusación, como regla general se atribuye a un órgano colegiado, distinto en atención al destino y la categoría del recusado (artículo 110 LEC). Así, la resolución del incidente de recusación de un magistrado destinado en un órgano colegiado se distribuye conforme a los siguientes criterios. Si se trata de magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la decisión la adoptará la misma Sala, salvo que se recuse al Presidente o a varios magistrados, en cuyo caso corresponde a la Sala Especial del artículo 61 LOPJ. Idéntico criterio se aplica en relación con los magistrados de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia decidiendo la misma Sala, salvo que se recuse al Presidente o a varios

magistrados, en cuyo caso corresponde a la sala especial del artículo 77 LOPJ.

En cambio, si se trata de magistrados de las audiencias provinciales, la competencia para resolver corresponde a una sección distinta de la misma audiencia, salvo que sea el presidente de dicha audiencia o varios magistrados de una misma sección, en cuyo caso se atribuye a la sala especial del artículo 77 LOPJ.

Por el contrario, si se trata de los titulares de los juzgados de primera instancia, de lo mercantil o de violencia sobre la mujer, la decisión corresponde al órgano que conoce de los recursos devolutivos frente a las resoluciones de dichos órganos, la audiencia provincial. Y respecto del juez de paz, ya adelantamos que instrucción y decisión corresponden al mismo juez de primera instancia en todo caso.

El órgano decisor, una vez recibidas las actuaciones, dará traslado al Ministerio Fiscal para que presente informe en el plazo de tres días y con ello finalice la tramitación del incidente (artículo 109.3 LEC).

También hay que hacer referencia a la tramitación especial prevista por el legislador para dos supuestos concretos (artículo 111 LEC) la recusación promovida en un procedimiento que siga los trámites del juicio verbal; y para el caso de que se recuse a jueces o magistrados con posterioridad al señalamiento de la vista por haberse alterado la composición del órgano.

Para la recusación en el juicio verbal, se establece un procedimiento simplificado con concentración de funciones en el instructor. En este caso, si el recusado rechaza la concurrencia de la causa, el instructor convocará a las partes a una comparecencia en el plazo de cinco días

(debemos entender que con asistencia igualmente del Ministerio Fiscal), en la que podrán formular alegaciones y se propondrán, admitirán y practicarán las pruebas que se estimen oportunas, de manera que se procederá a la resolución del incidente de forma inmediata.

De otro lado, cuando se pretenda recusar a jueces o magistrados con posterioridad al señalamiento de la vista por haberse alterado la composición del órgano, el legislador nos remite expresamente a los artículos 190 a 192 LEC. Conforme a lo previsto en estos preceptos, se admite la recusación formulada incluso de forma oral al inicio del juicio —provocando su suspensión—, si bien dicha solicitud deberá presentarse por escrito en el plazo de tres días para su efectiva tramitación; caso contrario, la recusación será inadmitida y se impondrá al recusante una multa entre 150 y 600 €. Y en el caso de que se celebre la vista sin que se plantee recusación en la misma, se impone al órgano la obligación de esperar tres días antes de resolver o de proceder a la votación y el fallo, para permitir que durante ese plazo se interese la recusación por causas no conocidas en el momento de celebrarse el juicio. En este supuesto, planteada y estimada la recusación, la vista quedaría sin efecto y habría que celebrar de nuevo el acto con los sustitutos correspondientes. Por el contrario, si se rechaza, comenzará el plazo para resolver una vez desestimada la recusación.

La desestimación de la recusación es la regla general, ya porque se aprecie la concurrencia de causas de inadmisión, ya porque se rechace la pretensión por motivos de fondo —al no concurrir causa suficiente o no resultar acreditados los motivos invocados—. La consecuencia de la denegación del apartamiento forzoso, independiente del motivo, provoca automáticamente la devolución de los autos al recusado, quien alzaré la

suspensión y continuará con la tramitación de la causa en el estado en que se encuentre.

Como complemento a esta decisión, el legislador prevé la condena en costas al promotor del incidente, salvo que se aprecien motivos excepcionales que lleven al órgano a declarar las costas de oficio. Más aún, y al objeto de evitar recusaciones meramente dilatorias, se establece igualmente la posibilidad de que se imponga al recusante temerario una multa en cuantía de 180 a 6.000 €, siempre que se declare de forma expresa la existencia de mala fe en el planteamiento del incidente. Pese al mandato imperativo de estas previsiones, la condena en costas no se adopta de forma generalizada y la imposición de multa es ciertamente excepcional (fluctuando su cuantía entre los 600 y los 2.000 €), sin que se incluya, por lo general, referencia alguna al respecto<sup>387</sup>.

La decisión estimatoria determina lógicamente que el recusado sea apartado de forma definitiva del pleito, procediéndose a su sustitución en

---

<sup>387</sup> AAP Barcelona, Sección 12ª, de 16 de junio de 2005 (ROJ3424/2005 CENDOJ) “La ley prevé también en dicho precepto legal que cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa entre las cantidades que señala. Y en el presente incidente la apreciación de la existencia de mala fe se deriva, sin duda, del hecho mismo de interponer una recusación carente de fundamento como se infiere del hecho de que en el escrito se limita a reiterar una serie de hechos procesales, ya conocidos por el recusante, sin alegar causa alguna de las legalmente previstas como causa de recusación, precisamente ante la ausencia de la misma para poder ser alegada, por lo que procede imponer una multa de seiscientos euros”.

AAP Toledo, Sección 1ª, de 29 de junio de 2005 (ROJ 279/2005 CENDOJ) “Esta Sala considera que la recusación formulada carece de motivo justificado que la apoye, como se ha expuesto, pero no estima que deba por ello serle impuesta multa por temeridad a la parte recusante, (...). En este caso, la Sala considera que la recusación formulada obedece a un acaloramiento impulsivo de la parte, lo que en modo alguno justifica la recusación, pero al no obedecer a los móviles espurios antes descritos en contra de los fines y garantías del ordenamiento jurídico, no se aprecia temeridad motivadora de la imposición de multa”.

el mismo conforme establecen los artículos 210 a 212 LOPJ. Esta declaración no tiene efectos retroactivos, de manera que no afecta a las actuaciones realizadas por el recusado con anterioridad a la suspensión del proceso, que se entenderán perfectamente válidas y eficaces.

c) La duda de imparcialidad en cooperadores y  
colaboradores con la Justicia

Además del juzgador encargado de la resolución de los asuntos que se le presentan, aplicando el Derecho, en la Administración de Justicia intervienen otros profesionales. Estos, cuya labor es diferente de la del mencionado en primer lugar.

Entre los diversos miembros de la segunda categoría, hemos de distinguir aquellos que, siendo funcionarios públicos, trabajan de modo permanente en el seno del órgano jurisdiccional, frente a otros que, también con similar condición de funcionarios, no desarrollan su labor adscritos a un determinado órgano, así como los que no pertenecen a plantillas oficiales de la Administración.

Adscritos a un determinado órgano tenemos al Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales y Cuerpos Auxiliares y de Gestión; y como colaboradores con carácter temporal a los miembros del Tribunal del Jurado, testigos y peritos.



### a') Ministerio Fiscal

Al analizar la institución del Ministerio Fiscal, uno de los aspectos donde quizás exista más consenso reside en el hecho de admitir que estamos ante una figura de contornos imprecisos<sup>388</sup>, y aunque voces de la propia Fiscalía digan que no ha de ser contemplado como un arcano<sup>389</sup>, también se afirma que es una institución sometida a la inevitable tensión entre sus fines constitucionales y su propia configuración orgánica<sup>390</sup>.

La STS de 22 de enero de 1999 nos recuerda “el Ministerio Fiscal no es, desde un punto de vista material, una parte en el proceso puesto que defiende un interés público y ejerce funciones con arreglo a los principios de legalidad e imparcialidad, pero sí lo es formalmente, puesto que “promueve la acción de la justicia” debiendo ajustar su actuación a las normas y pautas que rigen la de las demás partes”.

Otra interesante cuestión es la relativa a su parcialidad o imparcialidad en el proceso. Es bien sabido que tanto el artículo 124 CE como el artículo 2.1 de su Estatuto Orgánico (según redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre) aluden a la imparcialidad como uno de los principios rectores de la actuación del Ministerio Público. Llegados a este punto, el viejo dilema radica en cohonestar su condición de parte con la exigencia de una actuación imparcial. Aparentemente esta cuestión encierra tal paradoja,

---

<sup>388</sup> MARCHENA GÓMEZ, M.: *25 años de Constitución y Ministerio Fiscal*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 603, 11 diciembre 2003, pág. 1. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, Tribunales de Justicia, núm. 1, enero 1997, pág. 10.

<sup>389</sup> En este sentido TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *El Ministerio Fiscal en los procesos penales*, “Jornadas de actualización jurídica. Últimas reformas en materia procesal”, ICA de Barcelona, 3 de enero de 2004.

<sup>390</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso, en “La reforma del proceso penal”*. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 81.

que CARNELUTTI<sup>391</sup> ya advirtió que tratar de construir una “parte imparcial” venía a ser algo similar al antiquísimo dilema geométrico de la cuadratura del círculo, es más, según este autor interesa que el Ministerio Público sea un celoso acusador, pues por la misma razón por la que el Juez –colocado supra partes– debe ser imparcial, se exige que el Fiscal actúe con parcialidad<sup>392</sup>. O que en su intervención siguiera las directrices apuntadas por CALAMANDREI<sup>393</sup>, de forma que, “como sustentáculo de la acusación debiera ser tan parcial como un abogado, y como guarda inflexible de la ley, debiera ser tan imparcial como un juez”. Ni que decir tiene que la exigencia de imparcialidad tiene que ser entendida como la ausencia de cualquier interés subjetivo, por lo que al Fiscal sólo le mueve el interés estatal en la persecución de los delitos<sup>394</sup>.

La imparcialidad del Ministerio Fiscal también se ha visto cuestionada desde el ámbito de otro de sus propios principios informadores, por lo que la crítica se ha dirigido al carácter dependiente de la Institución. Si la independencia está al servicio de la imparcialidad, necesariamente habría que concluir que la clara dependencia jerárquica de la Fiscalía pone en entredicho una actuación verdaderamente imparcial. Sin embargo, su auténtico principio rector no es otro que el de legalidad, debiendo ser

---

<sup>391</sup> CARNELUTTI, F.: Poner en su puesto al Ministerio Público, en *Cuestiones sobre el proceso penal*. (Traducción de Sentís Melendo). Ed. Ejea. Buenos Aires, 1961, pág. 211.

<sup>392</sup> CARNELUTTI, F.: *Principios del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. Pág. 44.

<sup>393</sup> CALAMANDREI, P.: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. (Traducción Sentís Melendo e I.J. Medina). Ed. Casa Góngora. Madrid, 1936, pág. 40.

<sup>394</sup> ORTEGO PÉREZ, F.: *El juicio de acusación*. Editorial Atelier. Barcelona, 2007. Pág. 99.

considerado el de dependencia como un mero principio técnico que obedece a criterios organizativos y estructurales de la Institución.

Pero el Fiscal español no es un libre intérprete de la legalidad, sino que las líneas esenciales le vienen impuestas por los órganos en que se personifica la cúpula jerárquica del Instituto. Lo cierto es que su estructura piramidal obliga a acatar las directrices emanadas de la Fiscalía General del Estado.

Esta circunstancia es la que hace que ante las incuestionables connotaciones políticas en el método de designación del Fiscal General del Estado, la imparcialidad del Ministerio Fiscal quede ensombrecida, o incluso neutralizada, como una muestra más del principio de dependencia jerárquica.

#### b') Secretarios Judiciales y Cuerpos Auxiliares y de Gestión

##### *Secretarios Judiciales*

La imparcialidad del Secretario Judicial no significa otra cosa sino que este profesional del Derecho, en todas y cada una de las funciones inherentes al cargo, debe ser neutral, ecuánime, recto, desinteresado, objetivo, carente de predisposiciones a favor o en contra de cualquiera de los contendientes en un proceso o de cualquier otra actuación encomendada en el ejercicio de sus funciones, ajeno a filias y a fobias hacia los contendientes o hacia la materia objeto de tratamiento, cuanto a la existencia de prejuicios que puedan suponer obstáculos para un actuar neutral, justo y acorde a derecho. Por ello resulta indiscutible que en el desempeño de estas labores su proceder debe ser neutral, objetivo,

desinteresado o sin relación influyente con las partes, ajeno a cualquier atisbo de prejuicio o favoritismo.

El Secretario Judicial, tanto en su faceta de dación de fe (máxima garantía), como en el aspecto amplio de dirección y ordenación técnico-procesal, debe acudir al proceso concreto, que incluye litigantes (partes) determinados y específicos, con la imagen y actitud de austeridad, respetabilidad, objetividad, neutralidad, incorruptibilidad, rectitud, ecuanimidad, etc. sin prejuicios o inclinaciones –positivas o negativas– hacia nada, ni hacia nadie.

Bien es cierto que al gozar de menor protagonismo e incidencia dentro del proceso que el Juez, toda vez que no es el elemento decisor definitivo y supremo, la importancia de la imparcialidad del Secretario Judicial baja varios enteros; pero ello no excluye o sirve como disculpa para despreciar o ignorar la necesaria concurrencia de este principio en todas y cada una de sus ocupaciones procesales. Lo que exterioriza el Secretario Judicial en un documento y bajo el manto de la fe pública, por mucha objetividad o frialdad que se quiera dar al documento y al sistema, es fruto personal y creación intelectual, sometido a un contexto reo de sus virtudes y miserias; lo que nos obliga a tener que asumir una mínima dosis de subjetividad y personalidad en el cometido – es un ser humano-.

El Secretario Judicial debe ser fiel, objetivo, neutral, pero esta exigencia no está reñida con la posibilidad de que el autor del acta, en algún caso y con matices, pueda versionar la situación, elaborar y verter sobre el documento el resultado de un proceso reflexivo e intelectual. En otros casos, por mucho realismo que se quiera plasmar y mucha atención

sensorial que se dispense, pueden omitirse detalles; omisiones que a veces son salvadas por los propios interesados pero que en otras será el propio fedatario judicial quien decida la inclusión o no, por razones materiales y temporales, de un determinado aspecto o punto del acta.

Desde el mismo momento en que el acta es el reflejo de un pensamiento, consciente o inconscientemente, éste puede estar sometido a demasiadas circunstancias e ineludibles imponderables que lo mediatizan o relativizan; por ello y en la medida de lo posible, el Secretario Judicial cuando no se limite a “autenticar” o “cotejar” algo mecánicamente, sino que va más allá, pues participa en la creación y mediatiza el resultado procesal, debe ser lo más imparcial posible, habida cuenta que el acta es documento sucinto y conciso cuya confección, como regla general, se deja al buen hacer y mejor criterio selectivo del Secretario Judicial. Confiamos en que a estas alturas pocos duden de que el acta extendida por el Secretario Judicial puede (y debe) tener enorme trascendencia procesal. Conviene colacionar el adagio latino: “*quod non est in actis, non est in mundo*” que adquiere formato normativo en diversos preceptos orgánico-procesales como en los artículos 229.1º, 238.5º LOPJ y 146 y 147 LEC., y del cual también se ha hecho eco la doctrina jurisprudencial al matizar que el acta “...sólo puede acreditar la realidad de las manifestaciones y demás actos que en tal diligencia acontecieron, pero no la verdad o falsedad de las declaraciones que en el mismo se recogen, que es lo que precisamente ha de valorar el Tribunal que presidió el acto con la libertad de criterio que la ley reconoce...”<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> STS (Sala Segunda) FJ 2º, de 22 de julio de 1993 (ROJ 5607/1993).

Las causas de abstención y recusación legalmente previstas y tasadas – *numerus clausus*- como atentatorias contra la imparcialidad del Secretario Judicial son las previstas en los artículos 219 y 446 LOPJ; excepto las previstas en los apartados 11, 13 y 16 del reformado art. 219 LOPJ, debiendo acudir siempre al caso particular y concreto, parece incuestionable que la concurrencia de cualquiera de ellas puede incidir en la imparcialidad del Secretario Judicial para aquellos campos procesales donde ejerce sus funciones y tenga capacidad real de influencia. El Secretario Judicial, como el Juez, es humano y por ello estas circunstancias le pueden afectar fundamentalmente en la funciones de fe pública y resolutoria, en especial para aquellos casos donde goce de competencia en exclusiva; otra cuestión es que su labor admita mayor o menor grado de influencia en comparación con la del Juez como elemento que valora y decide en última instancia y jurisdiccionalmente, pero esto no impide y sí justifica la vigencia y oportunidad de este principio en el ámbito secretarial.

Nos planteamos si sería razonable que un Secretario Judicial redacte el acta de un juicio seguido contra su mayor enemigo (“enemistad manifiesta”) o resuelva un expediente de jurisdicción voluntaria solicitado por su hermano. Simples y básicas razones humanas y de ética procesal justificarían su apartamiento como profesional en ambas hipótesis. Por ello resulta no sólo elogiable que el legislador conceda este tratamiento orgánico procesal al Secretario Judicial, sino también necesario e ineludible dentro de un sistema procesal que se precie de ser un mínimo garantista.

### *Cuerpos Auxiliares y de Gestión*

La abstención y la recusación han girado siempre alrededor de la figura del Juez o Magistrado; postura comprensible si tenemos presente el protagonismo y significado de esta figura judicial, pero que no justifica la indiferencia o despreocupación hacia otros miembros relacionados directa o indirectamente con las instituciones reseñadas el Secretario Judicial, Ministerio Fiscal, Gestores, Tramitadores y Cuerpo de Auxiliares. La materia ha sido tratada por la doctrina científica, pero siempre, o generalmente, supeditada a la figura de Jueces y Magistrados. No obstante, muchos de los aspectos generales y fundamentales tratados al referirse a estos profesionales pueden y deben ser extrapolados a los Cuerpos de Gestores y de Auxilio Judicial.

Así las cosas, en términos generales y amplios, podríamos definir la abstención como un acto, voluntario y espontáneo, realizado por el Juez, Secretario Judicial, Gestor (antiguo Oficial), Tramitador (antiguo Auxiliar) o Auxilio Judicial (antiguo Agente Judicial), en virtud del cual rehúsa o se aparta de actuar en un asunto concreto, donde por ley le corresponde intervenir, al entender que se halla inmerso en un causa o motivo de abstención<sup>396</sup>.

Mientras que la recusación se puede concretar como un acto procesal de parte por medio del cual se pretende el rechazo del Juez, Secretario Judicial, Gestor, Tramitador o Auxilio Judicial que interviene dentro de un determinado asunto en el que dicha parte tiene interés, porque existiendo a juicio de este litigante cierta tacha personal en el mentado

---

<sup>396</sup> STS (Sala Segunda), de 22 de abril de 1983 y STS (Sala Segunda), de 9 de junio de 1980.

funcionario, se recela o sospecha, o se tiene la certidumbre de que no actuará con la serenidad, ponderación, rectitud, neutralidad e imparcialidad que deben caracterizar las actuaciones judiciales en general y de este funcionario en particular<sup>397</sup>.

Así pues, frente a la falta de capacidad subjetiva en abstracto que genera el funcionario *inhabilis*, la abstención y la recusación son institutos que suponen una incapacidad subjetiva concreta ante la sospecha (funcionario *suspectus*) de que concurren una o varias de las causas-motivos tasados previstos por el legislador para un proceso y momento puntual. En definitiva, el fundamento de ambas no es sino pretender objetivar y garantizar un proceso imparcial, preservando la imprescindible neutralidad y objetividad de este funcionario ante un asunto concreto y determinado. La *ratio essendi* de ambos mecanismos procesales<sup>398</sup> estriba en prevenir toda disfunción en el actuar del funcionario, aunque resulte involuntario e inconsciente; separar a éste, en la medida de lo posible, de las funciones inherentes al cargo, excluyendo el ánimo de las pasiones, los afectos y el peso de los intereses ante él surgidos y agitados por quienes ante su actuación se ven sometidos; procurar, en suma, la imparcialidad. Tras esta premisa resulta incuestionable, tanto por la doctrina científica como la jurisprudencial<sup>399</sup>,

---

<sup>397</sup> SSTS (2ª): 22 de abril de 1983, 13 de febrero de 1988, 31 de enero de 1995; SSTC 7/97, de 14 de enero y 64/97 de 6 de abril, entre otras.

<sup>398</sup> En palabras de la STS(Sala Segunda) FJ 7º, de 3 de noviembre de 1995, “ La propia Ley Orgánica del Poder Judicial pone de relieve en el capítulo V del Libro III que intitula “De la abstención y recusación”, esa simbiosis o íntima relación entre la “profiláctica” o preservadora primera medida a adoptar antelativamente por el Juez, y la “terapéutica”, por iniciativa de parte,”

<sup>399</sup> STS (Sala Segunda) FJ 6º de 3 de noviembre de 1995 y STC 157/93, FJ 2º, de 6 de mayo “ (artículo 175.1 de la Constitución), su recusación; remedios, uno y otro, que



que la abstención y la recusación, son unos instrumentos, entre otros, preparados para garantizar y salvaguardar la “imparcialidad judicial”.

La LEC regula la materia dentro del Título IV “De la abstención y la recusación”, integrado en el Libro I “De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”. En cuanto al ámbito procesal de aplicación, el art. 99 LEC, en relación con el art. 1 del mismo texto legal, deja asentado que se circunscribe al “proceso civil”; si bien a tenor de esas pretensiones de supletoriedad (art. 4 LEC) y generalidad predicada en la Exposición de Motivos, esta regulación será aplicable a la normativa procesal específica que guarde silencio sobre el particular o que se remita a la LEC. Los preceptos a tener presentes son los artículos 99, 100 y 104.

La abstención “... sólo procederá cuando concurra alguna de las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención... de Jueces y Magistrados”. Se hace una remisión al 219 de la LOPJ, se sigue la línea basada en un sistema de *numerus clausus*, taxativo y cerrado, de las causas o motivos, acompañado de criterios restrictivos y férreos en la interpretación jurisprudencial de las causas. La LEC en su artículo 100 configura la abstención como un *deber* u obligación legal que tiene el “oficial, auxiliar o agente judicial”<sup>400</sup> (la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ ha sustituido los cuerpos de

---

sirven para asegurar de este modo la exigencia de imparcialidad del Juez que se deriva del art. 24.2 C.E. y la confianza misma de los justiciables .

<sup>400</sup> La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ ha sustituido los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes por los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial.

oficiales, auxiliares y agentes por los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial).

De la recusación de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial se ocupan los arts. 120 a 123, ambos inclusive, integrados en el Capítulo V, Título IV, Libro I de la LEC. Sólo será posible por las causas legalmente previstas; de nuevo se hace una remisión al artículo 219 de la LOPJ.

### c') Miembros del Jurado

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en otras leyes sobre protección de la imparcialidad de jueces y magistrados que pueden también ser aplicadas a los jurados, no parece necesario abundar en la necesidad de extender la protección de imparcialidad de jueces profesionales a quienes ejercen la misma función desde su consideración de legos (art. 3 LOTJ). La imparcialidad es la nota esencial de la función jurisdiccional y, por tanto, se predica de todos aquellos que la ejercen, sean legos o profesionales. El jurado debe ser también juez y no parte, un tercero ajeno y desinteresado llamado a resolver un conflicto conforme a Derecho y, como tal, debe revestirse a su función de cuantas garantías sean necesarias para cumplir ese objetivo.

La Ley del Jurado determina en su art. 7.2 que “el desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal”. Esta función de los jurados debe desempeñarse “con imparcialidad, sin odio ni afecto”. La ley contiene

normas para garantizar la independencia de la función que caracteriza al estatuto personal del jurado (arts. 3.3 y 4 LOTJ) así como la posibilidad de denuncia de los atentados a la misma de que sea objeto, también se consagra su responsabilidad y sumisión a la Ley.

Las primeras disposiciones de la ley tendentes a garantizar que el jurado sea y actúe imparcialmente en el ejercicio de su función se refieren a las incompatibilidades y prohibiciones para ser jurado (Capítulo II, Sección 2ª de la Ley). El artículo 10 enumera las causas de incompatibilidad aplicables a todas las personas que desempeñan determinadas ocupaciones por su naturaleza política o profesional como ser nombrados para ocupar cargos políticos e institucionales, miembros de la carrera judicial y fiscal, forenses, personal de la Administración de Justicia, de la Policía, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, letrados y demás profesionales jurídicos, miembros del cuerpo diplomático, etc.

Por su parte, el art. 11 determina causas por las que no puede formar parte de un jurado aquel en quien personalmente concurren ciertas circunstancias que se estiman equivalentes a las causas de abstención de los jueces y que la Ley denomina como prohibiciones. En efecto, la Ley prohíbe ser jurado a toda persona que conozca de una causa por concurrir alguno de los siguientes motivos.

1. Ser acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil.

La razón de la prohibición se encuentra, como es obvio, en la incompatibilidad de ocupar la posición formar de parte y de tercero en un mismo proceso.

2. Mantener con quien sea parte relación de parentesco o alguno de los vínculos a que se refiere el art. 219.1.8º LOPJ.

En este caso la prohibición se dirige a evitar que entre el jurado y partes existan intereses —o lo parezca— que pudieran sobreponerse al criterio legalmente aplicable al caso por amistad, enemistad o interés con favorecer o perjudicar las pretensiones de una parte. La redacción del artículo 11.2 es la original de la LOTJ y, por tanto, data de 1995, sin embargo, el texto vigente del artículo 219 de la LOPJ es resultado de una reforma legislativa operada por la LO 19/2003. Esta reforma sin alterar en nada el texto del artículo 11 de la LOTJ, introdujo una nueva causa de abstención y recusación, creando un nuevo apartado 5º; como consecuencia los apartados siguientes, con algunas ligeras modificaciones, cambiaron de numeración y los antiguos apartados 5º, 6º, 7º y 8º se convirtieron en los vigentes apartados 6º, 7º, 8º y 9º, respectivamente. Por eso, sobre la base de una interpretación histórica y teleológica del artículo 11.2 de la LOTJ entendemos que la “amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes” es hoy, como lo fue entre 1995 y 2003, causa de prohibición para ser jurado.

3. Mantener con el Magistrado-Presidente, miembro del Ministerio fiscal, secretario judicial, abogado o procurador intervinientes en la causa las relaciones de amistad o parentesco mencionadas en los números 1, 4, 7, 8, 11 del art. 219 LOPJ.

El fundamento de la prohibición es, en parte, similar a la anterior. La apariencia de imparcialidad se vería seriamente cuestionada si existiera alguno de los vínculos mencionados, pues aun cuando no existiera interés a favor o en contra del acusado, el jurado podría aparecer alienado

con alguna de las funciones que desempeñan dichas personas. De modo similar a lo que indicábamos en el apartado anterior, la redacción del artículo 11.3 data del año 1995. En cambio el actual texto del artículo 219 de la LOPJ es resultado de la reforma operada por la LO 19/2003. De ahí que las remisiones que contiene el artículo 11 de la LOTJ hayan de entenderse hechas a las mismas causas materiales que previó el legislador en 1995, con independencia de su nueva ubicación en el artículo 219 de la LOPJ. En consecuencia, siguen siendo correctas las remisiones del artículo 11.3 de la LOTJ a las causas de los “apartados 1,2,3,4” del artículo 219 de la LOPJ; pero las remisiones a las causas de los apartados “7, 8 y 11” deben entenderse hechas a los actuales apartados 8, 9 y 12 respectivamente.

4. Haber intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete.

Nuevamente podemos apuntar como fundamento de estas prohibiciones la incompatibilidad de ser jurado con desempeñar funciones que auxilian a las partes en sus pretensiones.

5. Tener interés directo o indirecto en la causa.

En este último supuesto se evidencia la incompatibilidad de ser jurado y parte, siquiera sea materialmente, al tener interés con el objeto del proceso. El candidato a jurado deberá excusarse o advertir personalmente al Magistrado que vaya a presidir el Tribunal la concurrencia de alguna de las citadas causas de incompatibilidad o prohibición (art. 20 LOTJ) y aun en caso, de no hacerlo, podrá ser propuesta su recusación por el Ministerio Fiscal o las partes basada en las mismas (art. 21 LOTJ). En su caso, las partes podrán alegar la vulneración del derecho a un jurado

imparcial mediante el correspondiente recurso de apelación y, en su caso, la nulidad de todo lo actuado.

También se contienen disposiciones relacionadas con la garantía de imparcialidad en el procedimiento de constitución del Jurado.

La primera de ellas exige que el primer día señalado para el juicio se interrogue nuevamente a los candidatos sobre la concurrencia de alguna causa de inidoneidad por la que no pudieran ser nombrados como jurado; ese interrogatorio corresponde efectuarlo al Magistrado-Presidente y, si lo desean, también podrán hacerlo las partes. Entre los candidatos convocados tras el oportuno sorteo, podrán las partes recusar sin alegación de motivo determinado hasta tres de ellos tras su interrogatorio (art. 40 LOTJ). Las preguntas que se les formule deben ser admitidas como pertinentes por parte del Magistrado-Presidente (art. 40.3 LOTJ) pero, más allá de esta previsión, no se contienen indicaciones de ningún tipo en la Ley acerca del sentido y finalidad de las mismas. Parece claro que las partes tratarán de evitar a los jurados hostiles o que manifiesten algún tipo de prejuicios relevantes sobre los hechos o los acusados en el juicio.<sup>401</sup>

---

<sup>401</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia 1105/07, de 21 de diciembre de dos mil siete, analiza las alegaciones del recurrente que entiende que uno de los miembros del Tribunal del Jurado, no debió formar parte del mismo, al haber reconocido a preguntas de la defensa su prejuicio sobre la culpabilidad del acusado. Así señala que dicho candidato a jurado el día de la constitución del tribunal, a preguntas de la defensa manifestó claramente y con total sinceridad su prejuicio sobre la culpabilidad del procesado, en concreto que él consideraba a priori, por la información que tenía que el procesado era culpable y que podría cambiar su opinión si a lo largo del procedimiento se le convencía de su inocencia. La defensa había realizado ya las cuatro recusaciones establecidas en el art. 40.3 LOTJ, por ello solo pudo poner de manifiesto ante el Presidente del Tribunal de Jurado la vulneración del derecho fundamental que se produciría de aceptarse a ese candidato a jurado. No obstante el jurado fue aceptado y la defensa realizó la correspondiente protesta. Considera el

Las exigencias relativas a la imparcialidad del Tribunal son aplicables también al Tribunal del jurado, tanto respecto del Magistrado Presidente como de quienes integran el jurado, pues el derecho individual al juez imparcial se predica respecto de cualquier Tribunal, sin excepciones, y el Tribunal del jurado es un Tribunal más, integrado en la organización judicial, con sus peculiaridades y su propia competencia<sup>402</sup>.

Entiende el TS que las manifestaciones del jurado considerando *a priori*, por la información que tenía que el procesado era culpable y que podría cambiar su opinión si a lo largo del procedimiento se le convencía de su inocencia, deben ser valoradas como emitida por una persona lega en derecho y por lo tanto no es imposible entender, por encima de su literalidad, que no implican necesariamente su prejuicio respecto de lo que se va a someter a su consideración. Recordando la opinión doctrinal “la noción de imparcialidad no depende de un estado psicológico carente de toda influencia del ambiente social en el que se debe cumplir con el deber de juzgar, sino en la ausencia de circunstancias precisas que, de acuerdo con lo establecido en la Ley, hayan sido consideradas por el legislador como incompatibles con la imparcialidad”<sup>403</sup>. Lo importante no es que el jurado conociera los hechos por otras informaciones u opiniones, lo que resulta de la máxima importancia es que sea consciente de que su decisión no depende sino de la valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal del Jurado y así debe resultar de la motivación de su decisión.

---

recurrente que debe aplicarse a los miembros del Jurado la misma jurisprudencia que existe respecto a la imparcialidad de los Jueces y Tribunales.

<sup>402</sup> STS 223/2005, de 24 de febrero de 2005.

<sup>403</sup> SSTS 1886/2000, de 5 de diciembre y 529/2005, de 27 de abril.

Respecto de la forma de celebrarse el juicio, la LOTJ contiene previsiones absolutamente novedosas por razón de la intervención del jurado pero, también, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOTJ porque se acoge un cuerpo de doctrina constitucional que trata de enervar tradicionales defectos de nuestra ley procesal. Entre ellos, el refuerzo de las garantías del acusado a un juez imparcial tanto para la instrucción y procesamiento como para el enjuiciamiento. Ello se manifiesta en el papel atribuido al juez durante la instrucción, al procedimiento de decisión de apertura de juicio oral y a la consagración del plenario como el momento verdaderamente decisivo para practicar toda la prueba. En la ley cabe encontrar numerosas referencias a las llamadas garantías funcionales o procesales de imparcialidad del Juez en la instrucción y del Magistrado en el juicio oral. En cuanto al Jurado, se garantiza legalmente su posición de tercero imparcial que resuelve tras asistir a un debate entre acusación y defensa sobre pruebas practicadas en condiciones de oralidad, inmediación y publicidad; precisamente por ello se impide la disposición del material sumarial en esta fase, aunque continúa habiendo prácticas forenses que lo vulneran abiertamente.

Sobre la protección de la llamada imparcialidad personal o subjetiva, la ley no contiene referencias concretas ni medidas de protección para preservarla, lo que ha sido denunciado por la doctrina<sup>404</sup>.

La Ley del Jurado también protege la imparcialidad de los jurados con la previsión de que permanezcan incomunicados durante las deliberaciones, tal y como dispone su artículo 56. Tan pronto acabe el juicio oral, el Magistrado-Presidente someterá al Jurado por escrito el

---

<sup>404</sup> Así por ejemplo, GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*. Ed. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 65.



objeto del veredicto, previa audiencia de las partes y, seguidamente, el jurado se retirará a deliberar. Dicha incomunicación no es aplicada, sin embargo, desde la finalización del juicio oral, sino sólo a partir del momento de entrega del objeto de veredicto. Es indudable que durante ese tiempo inmediatamente anterior a su toma de decisión, el Jurado puede verse sometido a presiones externas indebidas y, a falta de denuncia expresa por parte de sus integrantes, es difícil hallar en la protesta y subsiguiente apelación, un mecanismo idóneo para denunciar y subsanar la vulneración del derecho al juez imparcial.

Ante el elevado número de circunstancias que pueden influir a los jurados como consecuencia de su falta de profesionalidad en el oficio de impartir justicia, el Derecho regula una serie de instrumentos que tienen por finalidad preservar la debida imparcialidad de los jueces legos. Los instrumentos legales para hacer frente a la contaminación de los jurados resultan imprescindibles si se desea que el Jurado funcione correctamente. El Pleno del CGPJ, en su “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado” llamaba la atención sobre “la necesidad de medidas de seguridad tendentes a la protección de los miembros del Jurado, evitando cualquier posibilidad de extorsión, amenaza, chantaje, represalias o cualquier tipo de presión”; y asimismo afirmaba que “la imparcialidad del Jurado no sería real si no se adoptasen las medidas necesarias para salvaguardarlas en cada caso”.<sup>405</sup> En este sentido compartimos la opinión de VALLINES GARCÍA cuando manifiesta que “un sistema de Jurado en que no existan esos instrumentos abre la puerta a jurados parciales y dependientes, como

---

<sup>405</sup> Boletín de Información del CGPJ nº 117. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Madrid, 1994. Págs. 546 y 570-575.

nuestra experiencia histórica se ha encargado de demostrar; en definitiva, un sistema de Jurado sin esos instrumentos, es un sistema abocado al más rotundo fracaso desde el punto de vista del valor de justicia”.<sup>406</sup>

En el ámbito del Tribunal del Jurado, el concepto de recusación es algo más amplio. La diferencia que hace que el concepto de recusación tenga mayor amplitud respecto de los jurados, es que la solicitud de exclusión del juez lego puede basarse en cualquier tipo de causa, de modo que el concepto de recusación no está ligado únicamente a una falta de imparcialidad del juzgador. Lo que caracteriza a la recusación de un jurado es la petición de que sea excluido del tribunal, y no tanto el motivo por el que esa exclusión se pide. La recusación de un jurado puede basarse —como la de un juez profesional— en una contaminación que afecte a su propia imparcialidad para enjuiciar el caso, y, además, en cualquier otra causa relacionada con la aptitud legal para ser jurado. En tales casos se habla de “recusación con causa” o “recusación causal” de los jurados.

Pero, incluso la ley permite que la recusación se base en la simple voluntad de alguna de las partes de querer excluir del Jurado a un determinado ciudadano, hablándose entonces de una “recusación sin causa”. El fundamento tradicionalmente esgrimido a favor de la recusación sin causa ha sido el de la imparcialidad de los jurados. En este sentido, se dice, con razón, que hay circunstancias contaminadoras de difícil prueba o que, simplemente, las partes intuyen que existen, aunque no sean capaces de explicar el porqué. La Exposición de Motivos de la LOTJ (IV.2.VI) señala que “el fundamento de la recusación admitida,

---

<sup>406</sup> VALLINES GARCÍA, E.: *Instrumentos para garantizar...*, pág. 36.

incluso sin alegación de causa por el recusante, no es otro que el de lograr no ya la imparcialidad de los llamados a juzgar, sino que tal imparcialidad se presente como real ante los que acuden a instar la justicia”. Del mismo parecer es PACHECO cuando en su obra “La Ley del Jurado comentada” nos dice “¿Quién es capaz de enumerar todas las causas por las cuales podría recusarse a un juez? ¿Quién es capaz de reducir a cifras y a fórmulas todos los motivos por los cuales un procesado puede creer que el juez no será imparcial al juzgar su causa”. Porque “hay motivos de recusación que la ley no puede expresar por su vaguedad [...]. No basta, pues, con la recusación motivada. Para que la recusación sea un derecho serio y cabal de las partes es preciso llegar a una fórmula bastante amplia a fin de que pueda hacerse la recusación sin necesidad de alegar sus motivos y bastante eficaz para que el solo deseo de una de las partes de que un juez sea recusado excluya a aquel juez de formar parte del tribunal”.<sup>407</sup> Lograr un Jurado imparcial e independiente es, sin duda, un muy loable objetivo, pretender alcanzarlo mediante la recusación sin causa parece, sencillamente, una ingenuidad del legislador. Con la recusación sin causa, cada parte intenta excluir del Jurado a los candidatos que considera favorables al contrario y a conseguir que se incorpore al Tribunal los candidatos que cree proclives a su pretensión.

En definitiva, con las recusaciones sin causa, cada parte procesal intenta obtener un Jurado que esté compuesto por el mayor número de personas de las que se puede predecir un voto favorable a sus pretensiones particulares, esto es, un Jurado convenientemente

---

<sup>407</sup> PACHECO, F.: *La Ley del Jurado comentada*. Imprenta de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1888. Págs. 606 y 607.

contaminado. En este sentido GASTALDI MATEO dice que “es sorprendente la candidez del legislador” cuando presupone que la recusación sin causa contribuirá a garantizar la imparcialidad en el colegio de jurados, llegando a afirmar que “nada más lejos de la realidad”, puesto que permite “una cierta intervención libérrima de los contendientes [...] para asegurarse un Jurado favorable a su tesis”.<sup>408</sup>

Los actos procesales que llegan a conocimiento de los jurados deben permitirles llevar a cabo su función con imparcialidad e independencia. Ahora bien, los actos del proceso pueden también llegar a constituir una contaminación extrínseca de tipo procesal. Se trata de una serie de actos, generados en el seno de las actuaciones, que no deben ser tenidos en cuenta para dictar el veredicto, pero que, a pesar de ello, se erigen en determinantes del voto de los jurados a favor o en contra del acusado. El resultado es que los jurados habrán basado su decisión en datos de los que debían haber prescindido, desviando su atención de los resultados probatorios y de la ley penal aplicable que sí debieron haber analizado con detenimiento para formar su convicción.

Por otra parte, existe otro tipo de contaminación generada por actos procesales a los que las leyes han prestado atención. No se trata, en este caso, de actos procesales realizados por las partes, sino de actos realizados por el Magistrado Presidente. En concreto, las instrucciones que el Magistrado Presidente dé a los jurados pueden convertirse en una vía para que aquél sugiera a éstos cual debe ser el sentido del veredicto. Aunque no ocurrirá con todos los jurados, sí es probable que haya algunos que,

---

<sup>408</sup> GASTALDI MATEO, A.: “*Técnicas y procedimiento de selección de candidatos*” en Estudios Jurídicos- Ministerio Fiscal 1988. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid, 1998. Págs. 95-96.

cautivados por la *autoritas* que caracteriza la figura del Magistrado, decidan votar lo que éste les haya sugerido, despreciando así los resultados probatorios obtenidos en el juicio.

a) Inadmisibilidad de ciertas alegaciones.

Durante la sustanciación del proceso ante el Tribunal del Jurado, las partes tienen distintas oportunidades de formular alegaciones ante los jueces legos en muy diversos momentos procesales. Las alegaciones que hagan las partes habrán de ser pertinentes, es decir, guardar relación con el hecho punible que se está juzgado; ahora bien, existen algunas alegaciones que las partes pueden querer exponer ante los jurados con la finalidad de que éstos queden influidos y, de ese modo, voten a favor de la postura mantenida por la parte que expuso la alegación, con independencia de cuál sea el resultado de las pruebas.

Un tipo de alegación inadmisibile frente a los jurados es la de pretender extraer conclusiones incriminatorias del silencio del acusado, cuando éste se ha acogido a su derecho a no declarar contra sí mismo, (artículo 25 CE), sin perjuicio de que dicho silencio pueda ser objeto de valoración por el juzgador cuando “el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del acusado acerca de los hechos”.<sup>409</sup>

Pero sobre todo, la alegación que compromete la imparcialidad de los jurados es la de la mención de los antecedentes penales del acusado. La falta de profesionalidad de los jurados en el oficio de juzgar puede hacer que, si llegan a conocer los antecedentes penales o policiales del acusado, se inclinen a favor de un veredicto de culpabilidad, en la indebida creencia de que su participación anterior en otros hechos punibles, más o menos

---

<sup>409</sup> STS 2ª 1443/2000, de 20 de septiembre, FJº 3, apartado 3.

acreditada, es razón más que suficiente para entender que existe responsabilidad en el caso actual que se está juzgando.<sup>410</sup>

El artículo 52.1.c) de la LOTJ establece que los jurados deben pronunciarse en el veredicto sobre los hechos que determinen una “modificación de la responsabilidad”. Pues bien, conforme al artículo 22.8 del Código Penal la reincidencia es una circunstancia que agrava —y, por tanto, modifica— la responsabilidad criminal. Por eso, un sentido literal del artículo 52.1.c) llevaría a admitir que los jurados pudieran tener conocimiento de todas las alegaciones y pruebas relativas a la reincidencia del acusado. Como el Magistrado Presidente tendría el deber de mencionar los antecedentes penales en el escrito con el objeto del veredicto, nada de malo habría en que las alegaciones y pruebas de las partes sobre ese extremo puedan llegar a los jurados con anterioridad. Sin embargo, se impone una interpretación que contribuye a la mayor efectividad del derecho fundamental al juez (jurado) imparcial. Y lo que pretende la norma (art. 52.1.c de la LOTJ) es que los jurados se pronuncien sobre un hecho cuya certeza se discute. La reincidencia tal y como está definida en el artículo 22.8 del CP es una circunstancia que, de ordinario, no guarda relación con el hecho punible que se está juzgando. Por eso compartimos la idea de VALLINES de que “el MP no debe mencionar los hechos determinantes de la reincidencia en el escrito con el objeto del veredicto”<sup>411</sup> y, en consecuencia, debe “dejar el examen de los

---

<sup>410</sup> SANJURJO REBOLLO, B.: *Los Jurados en USA y en España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004. Pág. 480.

<sup>411</sup> VALLINES GARCIA E.: *Instrumentos para garantizar ...*, pág. 151.

antecedentes para el momento de la pena, una vez emitido el veredicto de culpabilidad”.<sup>412</sup>

#### b) Las instrucciones del Magistrado–Presidente

Las instrucciones que el Magistrado Presidente dirige al Jurado son el mecanismo más habitual para remediar la contaminación provocada por las alegaciones o pruebas que han introducido indebidamente en el proceso. Ahora bien, las instrucciones son, ciertamente, un arma de doble filo; por un lado, tienden a prevenir la contaminación pero, por otro, pueden ser la vía a través de la cual el Magistrado–Presidente dirija, según su preferencia, el voto de los jurados en una u otra dirección. En tales casos, la contaminación proviene directamente de un acto del Magistrado Presidente, nacido de su propia voluntad de querer influir en el veredicto sobre la base de orientar a los jurados.

Para lograr que el Magistrado–Presidente dé a los jurados las instrucciones con ecuanimidad y objetividad, la LOTJ adopta diversas cautelas, como prohibir el resumen final del Magistrado–Presidente sobre la prueba y sobre las conclusiones definitivas de las partes; prever el control de las partes durante las instrucciones y, finalmente, permitir formular protestas y recurrir la sentencia sobre la base de la indebida influencia ejercida por el Magistrado–Presidente en los jueces legos. No obstante, a pesar de estas prohibiciones de resumen final por parte del Magistrado–Presidente, FAIRÉN GUILLÉN apunta que la previsión del artículo 52.2 de la LOTJ puede conducir a riesgos de contaminación parecidos a los que generaría un resumen final del Magistrado–Presidente. De conformidad con el precepto citado, se impone al

---

<sup>412</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, pág. 573

Magistrado–Presidente el deber de recabar — en el escrito con el objeto del veredicto, que sirve de base a las instrucciones finales— el criterio del Jurado sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la penal y la petición o no del indulto en la propia sentencia. De este modo, dice FAIRÉN GUILLÉN “se ordena a los jurados pronunciarse [...] sobre un evento futuro e incierto, como es la imposición de una pena en una sentencia que no existe aún, y sobre una consecuencia posible de tal penal, como es la remisión condicional. Ello [...] supone una invitación, una sugerencia favorable a condenar por parte del Jurado”<sup>413</sup>.

#### d’) Testigos

Dice MITTERMAIER que testigo “es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza”<sup>414</sup>. Según BENTHAM, “los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”<sup>415</sup>. Pueden ser independientes e imparciales, actuar con interés, pasión, simpatía, antipatía, espíritu de solidaridad o de partido, con buena o mala fe para decir la verdad, con sinceridad o disimulo. Debe tratarse de una persona física e individual, es decir, ni jurídica ni colectiva, por cuanto que sólo la persona física puede captar, psíquicamente, los hechos, retenerlos, recordarlos y narrarlos al tribunal. En definición del Tribunal Supremo “testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y

---

<sup>413</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El Jurado. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. Pág. 389.

<sup>414</sup> MITTERMAIER, C.J.A.: *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 9ª edic. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2004. Pág. 313.

<sup>415</sup> BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Osorio Florit, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1959, II. Pág. 83.



naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia"<sup>416</sup>.

El reconocimiento constitucional del derecho a la prueba (artículo 24 CE) de las partes en el proceso (con independencia del orden jurisdiccional de que se trate), que es definido como el derecho que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, pone de relieve la destacada importancia que nuestro texto constitucional atribuye a los medios de prueba en el proceso.

El interrogatorio de testigos se configura como un medio de prueba en el proceso civil al que se puede acudir para formar la convicción judicial sobre lo discutido en el proceso que puede ser propuesto junto con otros medios de prueba, o bien que sea el único propuesto, y que, en caso de ser inadmitido improcedentemente, puede vulnerarse el derecho a la prueba del artículo 24.2 CE<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> SSTS 3 de octubre de 1995 (4838/1995 CENDOJ) y 18 de julio de 1996 (4478/1996 CENDOJ).

<sup>417</sup> STC 23/07, de 12 de febrero de 2007, "Recientemente, este Tribunal ha recordado en la STC 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2, su consolidada doctrina sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, derecho inseparable del derecho mismo de defensa (SSTC 169/1996, de 15 de enero, FJ 3, y

inadmisión de una prueba testifical basada en la apreciación judicial de la dudosa credibilidad de unos testimonios que no se han producido y sobre los que, por tanto,

inadmisión de una prueba testifical, propuesta en tiempo y forma, con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos apreciado de oficio, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa del acusado, no puede aceptarse. Procede, por tanto la estimación de esta queja, debiéndose declarar que se ha

El conocimiento del testigo que constituye la base de la declaración tiene el carácter de subjetivo, en la medida en que se adquiere a través de la percepción de hechos acaecidos fuera y con anterioridad al proceso por cualquiera de los sentidos. Al tratarse de un conocimiento subjetivo, existen riesgos en la percepción, es decir, que se haya percibido el hecho o los hechos de una forma fragmentada y no global, que se haya adquirido el conocimiento por una percepción alterada del hecho concreto o, incluso, parcial. A este respecto, algún autor pone de relieve que “este medio probatorio presenta muchos puntos vulnerables a causa de que no todas las personas posibles testigos poseen las mismas facultades intelectuales, ni la misma memoria ni retentiva, ni igual capacidad de percepción y de interna crítica, lo que hasta cierto punto justifica que el testimonio del hombre sea muy falible, debiéndose agregar el riesgo de falta de objetividad, ausencia de imparcialidad, connivencias y mentiras”<sup>418</sup>.

La utilidad del testigo en el proceso deriva del conocimiento extraprocesal de los hechos, ya sea de forma casual, ya de forma intencionada, que recae sobre datos que no eran procesales para el testigo en el momento de su observación. Son hechos del pasado, dado que se trata de un conocimiento histórico. El testigo aporta afirmaciones o noticias sobre hechos relativos al proceso que se percibe antes y fuera del mismo por cualquiera de sus sentidos, bien de forma directa, bien a través de referencias.

---

vulnerado el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes

<sup>418</sup> PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1985. 2ª edición. Tomo I. Págs. 677, 679-680.

El Tribunal Supremo declara que “la tacha de los testigos, que no es un verdadero medio de prueba a pesar de su enclave legal, es simplemente un sistema o procedimiento para cuestionar, en principio, la prueba testifical, ya que es una alegación de parte procesal, por la cual se pretende desvirtuar la fuerza probatoria de lo declarado por aquellos testigos que pueden ser parciales en sus declaraciones. Por ello, con las tachas, no se demuestra directamente la falta de veracidad del testigo, sino que se puede sospechar que puede no haber sido veraz, y por ello la declaración del testigo tachado será válida, sin perjuicio del valor que le dé el juez al apreciar la prueba testifical, según las reglas de la sana crítica”<sup>419</sup>.

La tacha no es una incapacidad que impida al testigo emitir su declaración, sino que es un aviso al juzgador de una sospecha de parcialidad de su testimonio por el influjo de alguna de las causas objetivas y tasadas en el artículo 377 LEC. Es una denuncia de parte sobre esa posible falta de parcialidad del testigo. No impide que emita su testimonio o que, una vez emitido, no sea valorado, sino que es una censura, que no obsta a que el testigo emita su testimonio, con independencia de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica que le merezca al juzgador, es decir, las tachas no se refieren a los requisitos, sino a los efectos del testimonio a la hora de su valoración. La concurrencia en un testigo de una causa de tacha no demuestra su falta de veracidad ni tampoco impide al juzgador valorar su declaración<sup>420</sup>. Las

---

<sup>419</sup> STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1998 (3861/1998 CENDOJ).

<sup>420</sup> STS, Sala 1ª, de 11 de octubre de 2000 (7310/2000 CENDOJ), “La tacha, por tanto, no impide que el testimonio prestado sea tenido en cuenta y creído por el juzgador si adquiere el racional convencimiento de que el testigo tachado se ha pronunciado verazmente en su declaración”.

tachas no vinculan al juzgador en cuanto a su apreciación, sino que éste valorará las tachas formuladas y los resultados de la prueba sobre ésta según las reglas de la sana crítica en conjunción con la declaración emitida, la razón de la ciencia expuesta y las circunstancias que concurran (artículos 376 y 379.3 LEC).

Como hemos mencionado, las circunstancias objetivas de tacha se contienen en el artículo 377 LEC de forma taxativa, agrupadas en cinco causas:

1ª) “Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo” (artículo 377.1.1º LEC).

Esta causa de tacha comienza con la expresión “ser o haber sido”, es decir, se refiere a las relaciones presentes o pretéritas tanto de afinidad hasta el cuarto grado inclusive como a las conyugales con respecto a la parte que propuso al testigo, a su abogado o a su procurador. También aquí deberían entenderse incluidas las relaciones familiares que podemos denominar de “hecho”. A tales relaciones alude el legislador sin duda cuando incluye esa referencia a vínculos “análogos”. Las relaciones de consanguinidad parece lógico pensar que existan.

2ª) “Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar al servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses” (artículo 377.1.2º LEC).

Esta causa se centra en que media una vinculación laboral, una relación de sociedad o de intereses entre el testigo y la parte proponente, su abogado o su procurador.

3ª) “Tener interés directo o indirecto en el asunto del que se trate” (artículo 377.1.3º LEC).

La Ley de Enjuiciamiento Civil alude a “tener interés directo en el asunto de que se trate” como causa de tacha del testigo. No se menciona el tener interés en otro pleito semejante, por lo que el interés debe circunscribirse al concreto proceso en que se ha de prestar testimonio.

4ª) “Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador” (artículo 377.1.4º LEC).

La ley procesal civil de 2000 amplía los sujetos con los que el testigo guarda relación de amistad a diferencia de la antigua causa de tacha de la Ley de 1881, puesto que se va a predicar no sólo respecto de una de las partes, sino también en conexión con el procurador o el abogado de esa parte. No se exige que la enemistad sea manifiesta, de modo que el campo subjetivo de aplicación es mayor al no determinarse el grado de enemistad.

5ª) “Haber sido el testigo condenado por falso testimonio” (artículo 377.1.5º LEC).

Reproduce íntegramente la vieja tacha del artículo 660.4º de la LEC de 1881. Es evidente que se hace mención al hecho delictivo regulado en los artículos 458 y siguientes del Código Penal. Ha de tratarse de una condena por sentencia firme.

En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurren en el civil, no existe tacha de testigos, sino que toda persona que haya tenido algún tipo de conocimiento acerca del hecho que constituye el objeto del proceso, es apta para testificar, lo que no impide que el Tribunal conforme al principio de la libre valoración de la prueba que consagra el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueda dotar de mayor o menor credibilidad éste o aquel testimonio, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada testigo.<sup>421</sup>

### e') Peritos

La prueba constituye una fase esencial del proceso en la que el órgano jurisdiccional debe formar su convicción sobre la veracidad de las alegaciones vertidas por las partes en el proceso. Con ella se busca la demostración de la existencia de un hecho o de la verdad de una afirmación, tratando de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado.<sup>422</sup>

Ciñéndonos al ámbito del proceso civil, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación de parte, son los litigantes quienes

---

<sup>421</sup> En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1989 señala que “el sistema de apreciación en conciencia de la prueba en el proceso penal establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se manifiesta, en el caso de la testifical y frente a lo que ocurre en el proceso civil, por la ausencia de incompatibilidades y tachas”. También la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004, se pronuncia igualmente por la inexistencia en el proceso penal del incidente de tacha de testigos, incompatible con la regla general que establece el artículo 741 Ley Enjuiciamiento Criminal.

<sup>422</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA). Ed. Colex. Madrid, 1996. Págs. 199 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, (con MONTEROAROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR). Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia, 2000. Págs. 253-254.

deben introducir los hechos y la prueba sobre esos hechos necesitados de prueba, teniendo tal carácter aquellos controvertidos en los que exista discusión entre las partes. La carga de la prueba recae principalmente sobre las partes, valiéndose de los medios de prueba previstos legalmente, si bien, excepcionalmente, el juez puede acordar de oficio alguno de estos medios de prueba a través de las denominadas por la ley diligencias finales, siempre y cuando concurran los presupuestos establecidos legalmente (art. 435 LEC).

La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos que el órgano jurisdiccional no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado.

Por tanto, la función del perito es precisamente esa, la de aportar dichos conocimientos en razón fundamental a la circunstancia de que por su profesión, por su pericia o por su experiencia, esté en posesión de tales elementos de conocimiento que precise el órgano jurisdiccional para poder resolver o apreciar los hechos o algún hecho de influencia en el pleito. El fundamento pues de la intervención de los peritos en el proceso no es otro que la necesidad surgida en el mismo de unos conocimientos especializados que el juez precisa para llevar a cabo su función y esta necesidad es la que concreta la función y el objeto de su

intervención en el proceso, articulándose por medio de la prueba pericial.<sup>423</sup>

En cuanto a las personas que pueden ser peritos, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la intervención como perito es incompatible con la condición de juez en el mismo proceso y con la posición de parte. Perito es pues un tercero, o sea, una persona ajena al proceso, que posee unos conocimientos técnicos especializados, con o sin título profesional, y que los lleva al proceso tras haberlos aplicado a los hechos u otros elementos objeto de la prueba.

La ley quiere que el perito proceda a elaborar su dictamen de una forma objetiva. Esto es básico teniendo en cuenta que el perito tiene por misión auxiliar al juez en el desempeño de su función.

Para garantizar la imparcialidad de los peritos, la nueva Ley procesal civil contempla la recusación de los peritos de designación judicial y la tacha de los presentados por las partes.

Otra novedad importante y que persigue la misma finalidad es el deber de abstención del perito designado por el órgano jurisdiccional en el caso de que concurra alguna de las causas previstas legalmente; abstención que, como dice el art. 105 LEC, puede ser oral o escrita siempre que esté debidamente fundamentada. Como sigue diciendo este precepto si la causa de la abstención existe al tiempo de ser designado, el perito no aceptará el cargo, y será sustituido en el acto por el perito suplente, cuando éste hubiere sido designado. Si el perito suplente también se negare a aceptar el encargo, por concurrir en él la misma u otra causa de

---

<sup>423</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999, pág. 186.



abstención, y el tribunal la estima suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente hasta que se pudiere efectuar el nombramiento (art. 342.2 LEC). Si la causa es conocida o se produce después de la aceptación del cargo el perito deberá abstenerse igualmente elevándola al juez, magistrado o magistrado ponente, quien decidirá la cuestión previa audiencia de las partes, sin que contra el auto quepa recurso alguno (art. 105.2 LEC).

En la ley procesal civil en primer lugar se establece el deber de abstención de los peritos que incurran en las causas de recusación y, a continuación, a falta de tal abstención, se dispone en el art. 124.1 LEC el tribunal mediante sorteo podrá ser

Sin embargo, frente a la previsión de este precepto, el art. 343 LEC, que se ocupa de la tacha de los peritos, no limita la recusación a los peritos designados por sorteo sino que se refiere a todos los peritos de designación judicial, esto es a los señalados por acuerdo de las partes (art. 339.4 LEC), por consentimiento de los litigantes cuando por la singularidad de la materia sólo se disponga del nombre de una persona entendida (art. 341.2 LEC), por el procedimiento establecido en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita cuando el litigante carezca de recursos para litigar (art. 339.1 LEC) o por el juez de oficio en los supuestos establecidos en el art. 339.5 LEC.

En un principio, podría pensarse que la discordancia entre los dos preceptos debería ser salvada a favor del art. 124.1 LEC y limitar, por tanto, la recusación a los peritos designados por sorteo, en cuanto carece de sentido que las mismas partes que han llegado a un acuerdo o han

consentido el nombramiento de una persona concreta lo recusen; sin embargo, se comprende todavía menos que se impida la recusación del perito designado con el procedimiento previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita o el que nombra el juez de oficio en los supuestos del art. 339.5 LEC.

Por tanto, debe concluirse, con FONT SERRA, que el art. 124.1 LEC debe ser interpretado de conformidad con el art. 343 LEC considerando que todos los peritos designados judicialmente pueden ser recusados.<sup>424</sup>

La recusación se reserva por tanto a los peritos de designación judicial, siempre y cuando concurra alguna causa de recusación de las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 219 y 220) o alguna de las que la nueva ley procesal civil señala expresamente (art. 124.3).

De acuerdo con este precepto son causas específicas de recusación para los peritos las siguientes: haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso; haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo; y tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Si la causa de la recusación fuera anterior a la designación, el escrito deberá presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento. Si fuera posterior a la designación, pero anterior a la emisión del dictamen, el escrito de recusación podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista o al comienzo de los mismos. Después del juicio o vista no podrá recusarse al perito, sin perjuicio de que

---

<sup>424</sup> FONT SERRA, E.: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Ed. La Ley. Madrid, 2000, págs. 102 y 103

aquellas causas de recusación existentes al tiempo de emitir el dictamen pero conocidas después de aquélla podrán ser puestas de manifiesto al tribunal antes de que dicte sentencia, y si esto no fuese posible, al tribunal competente para la segunda instancia (art. 125 LEC).

En la nueva regulación del proceso civil se contempla junto a la recusación de los peritos de designación judicial, la tacha de los no recusables, siempre y cuando concurra alguna de las causas de tacha de peritos (art. 343.1 LEC).

Estas circunstancias son las siguientes: 1) Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de una de las partes, de sus Abogados o Procuradores; 2) Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante; 3) Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores; 4) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes o sus abogados o procuradores; 5) Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Consiguientemente, la tacha tiene por finalidad, a diferencia de la recusación, no el impedir la presentación del correspondiente dictamen pericial, sino evitar que un dictamen pericial carente de objetividad pueda influir en la decisión judicial, advirtiéndolo al juez en el momento de su valoración acerca de la concurrencia de alguna de las circunstancias antes referidas y que ponen de relieve la existencia de algún interés de tipo partidista en relación con ese dictamen pericial.

## G. Consecuencias de las decisiones judiciales viciadas de parcialidad

### a) Recurso de casación penal

En España las leyes de enjuiciamiento han venido considerando a la casación como una vía de retracción cuando se produce por un motivo procesal y como una vía de reforma cuando lo es por infracción de ley material. En el primer supuesto, junto a la declaración de haber lugar al recurso la Sala “ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho” (art. 901 bis a) LECr). En el segundo, evidentes razones de economía procesal, que todavía perduran, llevaron al legislador de 1870 a reunir en el Tribunal Supremo tanto la labor propiamente casatoria como la de tribunal de apelación, si bien distinguiendo nítidamente ambas funciones ya que el Tribunal viene obligado a dictar al mismo tiempo pero de forma separada, dos sentencias (art. 902 LECr.), una, la primera, que declarando haber lugar al recurso casa o anula la resolución impugnada, y, otra, la segunda, dirigida a resolver sobre el fondo del conflicto mediante la aplicación de la ley, tal y como ésta ha sido definida o interpretada en la primera sentencia.

En materia civil la mencionada regulación se plasmó inicialmente en la LEC de 1855(art. 1060) y de ahí pasó a la LEC de 1881 (art. 1745). No obstante, dicha previsión fue derogada en 1984 por la Ley de 6 de agosto y desde entonces ambas funciones se unifican en una sola sentencia<sup>425</sup>. Los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECr (este último según la

---

<sup>425</sup> Artículos 1715 de la de derogada LEC y 487.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

redacción dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) permiten la interposición del recurso cuando se haya infringido un precepto constitucional.

Según HINOJOSA SEGOVIA<sup>426</sup> a las funciones primordiales de la casación (control en la aplicación de la ley por los tribunales de instancia y unificación de criterios jurisprudenciales) se ha añadido una tercera, como es la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales. Nos encontramos ante una modalidad casacional distinta a las tradicionales de infracción de ley y quebrantamiento de forma pudiendo tener una u otra naturaleza dependiendo de la infracción denunciada. Este tipo casacional es el adecuado para la denuncia de todas las infracciones que afecten a principios, derechos o garantías procesales de relevancia constitucional.

El recurso de casación es un recurso extraordinario, en virtud del cual, las partes únicamente podrán hacer valer las causas que de forma restrictiva se contemplan en la ley, dando lugar a que la cognición del tribunal sea limitada.

PRIETO-CASTRO<sup>427</sup> entendía que la casación es “un recurso ordinario especial y se le califica de extraordinario, únicamente en el sentido de que no se puede interponer *ad libitum* simplemente porque el sujeto interesado crea que ha sufrido perjuicio por la resolución de instancia, sino que las posibilidades de interposición se hallan reducidas

---

<sup>426</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Derecho Procesal Penal*. (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.). Editorial Cera. Madrid, 2003, pág. 590.

<sup>427</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y Proceso de Ejecución*, volumen I. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1985, pág. 468.

a causas taxativas y la infracción que se impute a dicha resolución ha de ser alguna de la que como comprendidas en ellas, con carácter excluyente, se contemplan en la Ley en calidad de motivos de casación”.

La casación ha perseguido dos fines: el control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unidad de la jurisprudencia. La primera finalidad se encuentra presente en nuestra casación civil y penal. De un lado, la LEC recoge un solo motivo casacional, según el cual el recurso podrá fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por otro lado, la LECr., recoge como motivo casacional por infracción de ley, la infracción de precepto penal de carácter sustantivo y otra norma jurídica de otro carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. En cuanto a la segunda función, en el ámbito civil, la casación siempre ha estado dirigida a lograr la unidad jurisprudencial. En el ámbito penal, esta finalidad se logra de manera distinta. En el proceso penal la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo por los tribunales de instancia no es motivo casacional. La unidad jurisprudencial se logra porque el Tribunal Supremo al conocer de los recursos de casación resuelve de igual manera los casos iguales.

Como sostiene MONTÓN REDONDO<sup>428</sup>, este recurso “cumple esencialmente una función de garantía de los intereses de las partes, lo que no excluye que, al tiempo, se configure como proteccionista del ordenamiento jurídico cumpliendo una labor unificadora en la interpretación y aplicación de la ley”. De esta forma, al fijar la recta

---

<sup>428</sup> MONTÓN REDONDO A.: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR). Editorial Tirant Lo Blanch .Valencia, 2011. Pág. 402.

aplicación de la ley al caso concreto (función nomofiláctica) se consigue mantener la unidad jurisprudencial.

La vulneración de un precepto constitucional con el que se atribuye al Tribunal Supremo una función de salvaguarda constitucional del quehacer de los tribunales puede ir referida tanto a la infracción de ley<sup>429</sup> como al quebrantamiento de forma con, a su vez, sus variedades previstas, en los artículos 850 (error *in iudicando*), y 851 (error *in procedendo*). En el supuesto de infracción de ley, la sentencia que dé lugar a la casación es rescisoria y rescindente, pues si estima el recurso se dictan dos sentencias: una anulando la originaria y otra resolviendo, definitivamente –a salvo el amparo constitucional– el supuesto enjuiciado. En los casos de quebrantamiento de forma, la sentencia del Tribunal Supremo se limita a anular lo que es objeto de impugnación, reenviándolo al tribunal de instancia para que, teniendo en cuenta lo declarado por el tribunal de casación, resuelva nuevamente el supuesto enjuiciado. La estimación de una vulneración de un precepto constitucional dará lugar, según los casos, a la anulación y nueva sentencia o a su anulación y reenvío al tribunal de instancia según que la vulneración apreciada sea asimilable a la infracción de ley o al quebrantamiento de forma.

El apartado 4 del artículo 5 de la LOPJ supuso la introducción de un elemento de distorsión en el modo tradicional de concebir el recurso de casación penal a propósito del posible acceso de la vulneración constitucional a este remedio extraordinario que, y pese a la oportunidad

---

<sup>429</sup> Error de derecho, por aplicación indebida o inaplicación de un precepto penal, y por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en un documento que lo acredite.

para ello, no ha remediado su copia, casi literal, el actual artículo 852 LECr., introducido por la LEC 1/2000.

La redacción de aquél es la que sigue: “En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

De la misma manera se deduce, entendemos que sin la menor duda, que el legislador orgánico no ha tenido la intención de alterar lo más mínimo la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, el cual, como sabemos, no procede sino contra las resoluciones determinadas por la ley (artículos 847 y 848 de la LECr.) en base a los motivos o causas taxativamente fijados en la misma (artículos 849, 850 y 851 del mismo Cuerpo legal). Esto y no otra cosa es lo que significa la expresión “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación...”, es decir, que respetados los cauces de la admisibilidad del recurso en cuanto a las resoluciones recurribles a su través, el artículo especifica que uno de aquellos motivos tasados en que el mismo puede fundamentarse es la infracción de un precepto constitucional<sup>430</sup>. También así lo entiende PÉREZ TREMPs<sup>431</sup>, cuando dice que “... lo único que hace es reconocer la sustantividad de los preceptos constitucionales para incluirlos en los supuestos en que cabe casación (...) dicho de otra forma, no se modifica

---

<sup>430</sup> LÓPEZ CASTILLO, M.: *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Comares. Granada, 2007, pág. 263.

<sup>431</sup> PÉREZ TREMPs, P.: *Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces Ordinarios*. Documentación Jurídica, núm. 45 y 46, tomo XII. Madrid, 1985, pág. 34.



en nada por el primer inciso del artículo 5.4 el régimen de casación; lo único que se quiere decir es que la infracción de la Constitución es un tipo de “infracción de las normas del ordenamiento jurídico”.

La dicción literal del artículo 5.4º de la LOPJ, y la del art. 852 LECr., exenta de cualquier tipo de criterio distintivo al respecto, “ ... será suficiente para fundamentar la infracción de precepto constitucional”, ha dado pie para que el Tribunal Supremo interprete el alguna de sus sentencias que, cualquier disposición, sea cual fuere su naturaleza, con tal que se halle incluida en el texto constitucional, puede dar lugar a que sea solicitada la reparación de su vulneración a través del instituto casacional. En tal sentido se pronuncia la STS de 13 de junio de 1998, al consagrar que “el número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (...) equivale a la vulnerabilidad, de cualquier resolución contra la cual quepa interponer recurso de casación, con tal que ésta se ampare en la transgresión de un precepto inserto en la Constitución, cualquiera que sea aquél”. Y en la STS de 28 de diciembre de 1990, insiste en dicha consideración cuando afirma que “el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, al disponer que, cualquier infracción de precepto constitucional, sin distinguir entre los normativos y los simplemente programáticos, servirá de fundamento para la interposición de recurso de casación, ha producido una cierta distorsión del fundamento, naturaleza y fines de este extraordinario medio impugnativo”.

El problema fundamental que plantea el recurrir en casación la vulneración de un precepto constitucional consiste en encontrar y determinar cuál es la vía adecuada para la alegación ante el Tribunal Supremo de dicha violación y, en consecuencia con ello, el tratamiento

procesal correcto para la estimación de un violación de tal naturaleza, teniendo en cuenta que en el ámbito penal persisten, claramente diferenciadas, las dos tradicionales modalidades de este tipo de recurso: infracción de ley (artículo 849 de la LECr.), limitado, en principio, al control de los errores *in iudicando*, lo que presupone la absoluta prohibición de alterar la base fáctica de la que parte la sentencia recurrida<sup>432</sup>, y el recurso de quebrantamiento de forma (artículos 850 y 851 LECr.), destinado al control de los errores *in procedendo*.

#### b) Recurso de amparo constitucional

En último término, al Tribunal Constitucional corresponde velar por la garantía de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo que, en este caso, se articula, fundamentalmente, por el derecho al juez predeterminado por la ley o, más frecuentemente, por la del derecho a un juez imparcial incardinado en el derecho al proceso con todas las garantías —art. 24.2 CE— sin que falten alusiones, incluso, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

En la primera de las vías enunciadas se sitúa la STC 162/1999, cuando en su FJ 8º afirma: que “A este Tribunal, al que no compete determinar en cada caso si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial (SSTC 234/1994 y 205/1998), corresponde únicamente analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del derecho fundamental a ser juzgado por un Tribunal imparcial”.

---

<sup>432</sup> Si bien el párrafo segundo permite un limitado control de los errores de hecho, siempre que la referencia para determinarlo sea una prueba documental obrante en autos.

Ahora bien, puesto que su interposición está condicionada al previo agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria para su debida reparación conforme prescribe el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, éste tendrá que constatar si cabía que el recurrente formulara tal recusación en tiempo y forma y lo había hecho<sup>433</sup> o bien que no era posible hacerlo así, en cuyo caso entrará, sin mayor problema a valorar el fondo de la cuestión. Cuando el Tribunal Constitucional otorga el amparo al recurrente, declara que ha sido vulnerado su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial y, para restablecerle en su derecho, además de anular las correspondientes actuaciones del órgano de que se trate, retrotrae las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a la vulneración a fin de que la función jurisdiccional se lleve a cabo por un órgano judicial competente integrado por Jueces o Magistrados, según los casos, cuya imparcialidad no se encuentre comprometida (art. 55 LOTC).

En la STC 136/1999 se alegó la indebida desestimación de la recusación de un miembro del Tribunal que, no obstante, el TC no juzgó irrazonable; pero lo más relevante de este caso es que, además, se denunció una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) así como el derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE), porque, a juicio de los demandantes, el Tribunal no adoptó medida alguna para preservar su independencia frente a las presiones recibidas

---

<sup>433</sup> Como recuerda la STC 136/1999 en su FJ 5º sólo puede rechazarse preliminarmente la recusación por incumplimiento de requisitos formales, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento.

de las instancias políticas por un lado<sup>434</sup> y, por otro, de los propios medios al informar de la decisión que supuestamente adoptarían los Magistrados de la Sala al enjuiciar la causa (FJ 7º). Es el propio TC el que en su respuesta vincula la existencia de riesgos derivados de los juicios paralelos para las distintas vertientes de la imparcialidad de los Jueces y Tribunales, y entre otras, la pérdida de respeto a la Administración de Justicia, la usurpación de funciones a los Tribunales si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia, que las partes sufran un pseudo-juicio en los medios de comunicación y, sobre todo —como destaca el FJ 8º—:” (...) el menoscabo, según sea su tenor, finalidad y contexto, de la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales”.

El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo en una sola ocasión (STC 162/99) por vulneración del derecho a un Tribunal imparcial, desestimando la petición en, al menos, otras diez ocasiones. En dicha sentencia describe el Tribunal una situación que no tenía vinculación estricta alguna con las causas tasadas en el artículo 219 LOPJ y argumentando, sencillamente que, a la vista de las circunstancias concurrentes, existían sospechas objetivamente fundadas para creer que

---

<sup>434</sup> Destacados miembros del Gobierno—, que habrían ejercido presiones sobre el Tribunal sentenciador mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación.

el juez del caso no era idóneo para juzgar estableciendo en su FJ 5<sup>a</sup> que “Las sospechas pueden surgir de cualquier tipo de relaciones jurídicas o de hecho en el que el Juez se vea o se haya visto envuelto<sup>435</sup> Lo relevante del caso y que permite mostrar lo endeble de la recusación como único instrumento vigente para tutelar el derecho a un juez imparcial es que de todas las sospechas de parcialidad alegadas contra uno de los Magistrados que dictó sentencia, la que dio lugar a la concesión del amparo, no tenía encaje entre las llamadas causas objetivas y subjetivas, sino que corresponde a una sospecha objetivamente fundada en una actuación improcedente del juez ajena al proceso y que había sido intencional e ilegítimamente provocada por el mismo recurrente, lo cual permitió, en cierto modo, poner en manos del acusado el resultado del juicio.

---

<sup>435</sup> En el mismo sentido SSTC 137/1997, FJ 2º, 60/1995, FJ 3º., 7/1997, FJ3º, y 64/1997, FJ 3º.

## **6. LA IMPARCIALIDAD EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS**

A partir del primer tercio del siglo XX y, especialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, se generaliza en Europa occidental la convicción de la importancia de establecer mecanismos efectivos para la tutela de los derechos fundamentales de las personas, para contener los excesos provenientes del poder público en todas sus manifestaciones, incluyendo por tanto al legislador. Esto se traduce en la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales encargados de velar por la supremacía de la Constitución y por la plena vigencia de los derechos en ellas consagrados.

La particular forma de protección de los derechos fundamentales que cada Estado sigue en su texto constitucional está influida por los acontecimientos que en cada país ha tenido lugar. Podríamos decir que los repertorios de derechos reunidos en las constituciones de los diversos Estados son invariablemente acusaciones hechas retrospectivamente contra excesos o deficiencias de regímenes anteriores, y que con objeto de enmendar las experiencias negativas del pasado son incorporados en el texto constitucional para evitar que se repitan en el futuro<sup>436</sup>.

#### A. Textos Constitucionales Americanos:

##### a) EEUU y Canadá.

##### *Estados Unidos de América*

La Declaración de Derechos de Virginia de 1776, en su primer artículo recoge el derecho a la igualdad y la organización política bajo la división de poderes y en su artículo octavo consagra por primera vez de forma

---

<sup>436</sup> AYMERICH OJEA, I.: *Lecciones de derecho comparado*. Universitat Jaume I. Castellón, 2004, pág. 74.

expresa, la garantía a un juicio rápido “*speedy trial*” por un jurado imparcial del vecindario. Luego —y si bien en la Constitución de 1789 no vuelve a referirse a esta garantía— se incorpora por la enmienda Sexta, en 1791, en la forma de derecho a un “jurado imparcial del propio Estado y distrito”.

Ha sido ésta la primera referencia constitucional expresa de una garantía de imparcialidad. La imparcialidad que debe caracterizar al juzgador aparece inequívocamente recogida en la Decimocuarta Enmienda de 1868 diciendo que “Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de los límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”. Aquella impone al juzgador el deber ético de abstenerse cuando la imparcialidad puede ser razonablemente cuestionada, y ello puede ocurrir por la concurrencia de factores tanto extra como intraprocesales, debiendo mantenerse activamente a todo lo largo del mismo. En el caso de no cumplirse lo anteriormente afirmado se producirá una violación del derecho a un proceso debido y será motivo suficiente para impugnar el proceso en el que no se haya respetado la imparcialidad.<sup>437</sup>

En el proceso penal de Estados Unidos la imparcialidad es la nota consustancial y se predica tanto del juez que valora la existencia de indicios racionales de criminalidad contra un sujeto para ser procesado y juzgado, como del jurado (y del juez que preside el juicio) llamado a decidir sobre la acusación. La imparcialidad viene respaldada por la propia estructura del proceso, en la que queda meridianamente claro que

---

<sup>437</sup> ESPARZA LEIBAR, I.: *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 108.



la posición del juez es siempre y únicamente la de un órgano jurisdiccional, es decir, que resuelve conflictos entre dos partes y no se identifica ni personal ni funcionalmente con ellas.

### *Canadá*

La Constitución de Canadá está integrada por una serie de documentos escritos, que no se encuentran, como característica especial, en un sólo documento. La Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades es una declaración de derechos que forma parte de la Constitución actual de Canadá, aprobada en 1982. La Carta exige que en el ejercicio del gobierno se respeten los derechos y libertades previstos en ella. Unos derechos concebidos para proteger a las personas y garantizar la equidad en procesos legales, particularmente en materia penal. Cualquier persona acusada en virtud de una ley federal o una ley provincial tiene el derecho de ser informada sin demora de la infracción de que se le acusa, de ser juzgada en un plazo razonable, de no ser obligada a declarar en contra de sí misma en un juicio proseguido en contra suya, de ser supuesta inocente mientras no sea declarada culpable por un tribunal independiente e imparcial en un proceso público y justo<sup>438</sup>.

#### b). Países sudamericanos

Uno de los principales fenómenos que se producen en los países sudamericanos es la proliferación de Constituciones desde su independencia hasta nuestros días, habiendo países con más de 25

---

<sup>438</sup> Artículo 11 d), Carta Canadiense de Derechos y Libertades: “Todo inculpado tiene el derecho: A la presunción de inocencia a no confesarse culpable, a un proceso público por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley”.

Constituciones en poco más de dos siglos. No obstante, se observa en términos generales una notable expansión de los derechos fundamentales enunciados por las constituciones de los países sudamericanos.

La constitución Boliviana, aprobada por referéndum 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que toda persona tiene derecho a un tribunal imparcial<sup>439</sup>, en la misma línea que el Estado venezolano<sup>440</sup>. México que mantiene una constitución desde el año 1917 ya proclamó que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia completa e imparcial<sup>441</sup>. Del mismo modo, aparecen referencias a la imparcialidad de los tribunales en las constituciones de Ecuador, Paraguay y República Dominicana<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> Constitución de Bolivia de octubre de 2008, art. 120.I: “Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa”.

<sup>440</sup> Constitución de Venezuela de 1999, art. 26: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

<sup>441</sup> Constitución de México de 1917, art. 17: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

<sup>442</sup> Constitución de Ecuador de 1998, art. 24: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 11. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el

Por su parte el legislador ordinario ha ido regulando en los códigos procesales penales la imparcialidad como garantía, unas veces como principio básico garantizado constitucional o procesalmente, y en otros regulando la abstención y recusación de jueces y magistrados<sup>443</sup>. En el primer grupo encontramos leyes procesales que regulan a la vez, independencia e imparcialidad<sup>444</sup>; en otros países sólo se hace mención a

---

efecto.17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; Constitución de Paraguay de 1992, art. 16: “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”; Constitución de la República Dominicana de 2002, art. 8.2, j): “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa”.

<sup>443</sup>Código Penal de Argentina (Ley 11.922), artículo 47.13 (causas de recusación) “si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad [de jueces y magistrados]”; Código Procesal Penal de Paraguay (Ley 1286/98), artículo 50. 13 (motivos de excusación y recusación): “Cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecten a su imparcialidad o independencia”; Código de Procedimientos Penales de Perú, artículo 31: “También podrá ser recusado un juez (...) siempre que exista un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad”.

<sup>444</sup> Código de Procedimiento Penal de Bolivia (26 de marzo de 1999) artículo 3: “Los jueces serán imparciales e independientes, sometidos únicamente a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y a las leyes”; Código Procesal Penal de El Salvador, artículo 3: “Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo están sometidos a la Constitución de la República y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes”; Código Procesal Penal de Guatemala, artículo 7: “El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes sólo sometidos a la Constitución y a la ley”; Código Procesal Penal de Honduras (febrero de 2002) artículo 7: “El juzgamiento de los delitos y faltas, así como, el control de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, corresponderá a jueces y magistrados independientes e imparciales, sólo sometidos a la Constitución de la República, a los tratados y a las leyes”; Código Judicial Proceso Penal de Panamá (29 de agosto de 2008) artículo 6” “Se garantiza la independencia interna y externa de los jueces, así como su imparcialidad: La imparcialidad de los jueces exige su

la imparcialidad como garantía consustancial a la función jurisdiccional<sup>445</sup>.

Caso peculiar lo encontramos en el Código Federal de Procedimientos Penales de México de 20 de agosto de 1934, reformado el 19 de agosto de 2010, en el que la imparcialidad se predica a favor de la víctima o el ofendido<sup>446</sup>.

## B. Textos Constitucionales Europeos

### a) Alemania

La Constitución alemana de 1949, dedica el Capítulo IX a la jurisdicción, pero sin que entre los artículos que lo componen (92 al 104)

---

inmovilidad en el cargo, su desempeño con la debida probidad y el respeto al principio del Juez natural”; Código Penal de Paraguay (Ley 1286/98) artículo 3” “(...) los jueces valorarán en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad”; Código Penal de la República Dominicana (Ley 76-02 de 19 de julio de 2002), artículo 5: “Los jueces sólo están vinculados a la ley. Los jueces deben actuar en forma imparcial y son independientes de los otros poderes del Estado (...)”; Código del Proceso Penal de Uruguay (Ley 16.893 de 1997) artículo 2: “Los Tribunales serán imparciales e independientes y estarán instituidos por la ley (...)”.

<sup>445</sup> Código Procesal Penal de Chile, artículo 1: “Ninguna persona puede ser condenada (...) sino en virtud de una sentencia dictada por un tribunal imparcial”; Código Proceso Penal de Colombia (2005), artículo 5.-Imparcialidad: “En el ejercicio de sus funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”; Código Orgánico Proceso Penal de Venezuela (13 de diciembre de 2002), artículo 1 “Nadie podrá ser condenado sin juicio previo, oral y público, realizado, sin dilaciones debidas, ante un juez imparcial”.

<sup>446</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, art. 141: “La víctima o el ofendido tendrán los derechos siguientes: VIII-Acceder a la justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas.

se efectúe mención alguna a la imparcialidad de jueces y magistrados. Sí hay referencia a la independencia de los jueces, que sólo estarán sometidos a la ley, así como a su inamovilidad, que aparece regulada en el artículo 97 donde expresamente se establece su independencia (*unabhängig*) su sometimiento sólo a la ley y que no podrán ser trasladados contra su voluntad sino en virtud de una resolución judicial y por los motivos y con las formalidades que las leyes especifiquen.

#### b) Francia

No hay referencia alguna en el Texto Constitucional francés de 4 de octubre de 1958 al concepto de imparcialidad. Únicamente en el Título VIII, “De la Autoridad Judicial” (artículos 64 a 66) se garantiza por el Presidente de la República la independencia judicial y se establece que los magistrados serán inamovibles. Cuando Francia ratificó completamente, en el año 1971, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el legislador francés adecuó algunas normas nacionales para que fueran acordes con el artículo 6 CEDH; entre ellas, el CPP (Código de Procedimiento Penal) que en su artículo 49 prevé que el juez de instrucción no puede “bajo sanción de nulidad, participar en el juicio de los asuntos penales que conoció en su calidad de juez de instrucción”. En el mismo texto legal, en el artículo 668 nos encontramos con una referencia a la imparcialidad cuando establece que cualquier juez o magistrado podrá ser recusado por manifestaciones suficientemente graves como para hacer sospechar de su imparcialidad; y los artículos 304 y 885 están referidos a las formalidades del juramento que prestan ante el magistrado encargado del juicio, como a las condiciones que

deben darse en los miembros del jurado, apareciendo en ambos casos la mención del concepto de imparcialidad.

### c) Italia

En la Constitución italiana, la imparcialidad del Juez está garantizada, en particular, por las normas que prevén: la prohibición de la iniciativa del proceso de oficio (art. 24, párrafo 1); la garantía del juez natural (art. 25, párrafo 1); la prohibición de designar a jueces extraordinarios o especiales (art. 102); y la sujeción de los jueces a la ley (art. 101, párrafo 2). Los principios contenidos en estas disposiciones han sido ulteriormente reafirmados y reforzados por el artículo 6 del Convenio Europeo sobre los Derechos del Hombre, que Italia ha acogido en su ordenamiento con la Ley 848/1955, de 4 de agosto, y que han constituido la base de la modificación del art. 111 de la Constitución, efectuada por la Ley Constitucional 2/1999, de 23 de noviembre<sup>447</sup>.

En la legislación procesal penal italiana, *Codice di Procedura Penale*, sólo aparece una vez el término imparcial, “*imparziale*”, y es en el artículo 732 que establece que la sentencia extranjera no podrá ser reconocida si no ha sido dictada por un juez independiente e imparcial.

---

<sup>447</sup> “La jurisdicción se ejerce en el ámbito de un proceso justo regulado por la ley. En todo proceso habrá contradicción entre las partes, en condiciones de igualdad, y se desarrollará ante un juez imparcial”, art. 111 Constitución de Italia.

d) Portugal.

La referencia al término “imparcialidad” en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 se encuentra en el artículo 113 (De los principios generales de derecho electoral) en el apartado 3º. “Imparcialidad de los entes públicos ante las candidaturas”; en el Título VI (Del Tribunal Constitucional) artículo 222 (De su composición y del estatuto de los Magistrados) apartado 5º. “Los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de las garantías de independencia, inamovilidad, imparcialidad e irresponsabilidad y están sujetos a las incompatibilidades de los Jueces de los demás Tribunales” y que paradójicamente no se establece en el Capítulo III (Estatuto de los Jueces) artículo 216 (Garantías e incompatibilidades). La referencia al término “imparcialidad” lo encontramos, por último, en el artículo 266.2 (Principios fundamentales de la Administración Pública).

En el Código de Proceso Civil, actualizado en el año 2006, el juez no puede abstenerse voluntariamente, pero si puede solicitar la dispensa para intervenir cuando entienda que puede sospecharse de su imparcialidad<sup>448</sup>, del mismo modo en el Código de Proceso Penal de 2007, como causa de recusación, se establece que la intervención de un

---

<sup>448</sup> Art. 126 Código de Proceso Civil portugués: “El juez no puede declararse voluntariamente sospechoso, pero puede pedir ser excusado de intervenir en la causa cuando concurra alguno de los casos previstos en el artículo siguiente y también en otras circunstancias graves, en que se pueda sospechar de su imparcialidad”. En el artículo 127 se establece las causas que puede alegar el juez, tales como, “consanguinidad, afinidad hasta el cuarto grado, amistad íntima o enemistad manifiesta”

juez en el proceso puede ser rechazada cuando exista motivo que permita dudar de su imparcialidad<sup>449</sup>.

e) Otros

En el resto del continente europeo y como consecuencia de la aparición de las nuevas repúblicas, que se han ido desmembrando del área de influencia de la antigua URSS, encontramos varios países que han incluido el concepto de la imparcialidad en sus textos constitucionales, como son, entre otros la República Checa<sup>450</sup>, Polonia<sup>451</sup>, Eslovaquia<sup>452</sup>, Eslovenia<sup>453</sup> y Serbia<sup>454</sup>.

---

<sup>449</sup> Art. 43 Código de Proceso Penal portugués: “La intervención de un juez en el litigio puede ser rechazada si el riesgo de ser considerado sospechoso por existir motivo, serio y grave, genera sospechas sobre su imparcialidad”.

<sup>450</sup> “Los jueces serán independientes en el ejercicio de su jurisdicción. Nadie puede poner en peligro su imparcialidad”, art. 82.1, Constitución República Checa de 16 de diciembre de 1992.

<sup>451</sup> “Cada uno tendrá el derecho a un proceso público de su caso, sin retraso excesivo, ante un tribunal competente, imparcial e independiente”, art. 45.1, Constitución de Polonia de 2 de abril de 1997.

<sup>452</sup> “La judicatura será administrada por los tribunales independientes e imparciales de la República eslovaca”, art. 141.1, Constitución de Eslovaquia de 1 de septiembre de 1992.

<sup>453</sup> “Cada uno tiene el derecho a tener un juicio público, sin retraso excesivo, ante un tribunal independiente, imparcial constituido por la ley”, art. 23, Constitución de Eslovenia de 23 de diciembre de 1991.

<sup>454</sup> “Cada uno tendrá derecho a un juicio público ante un tribunal independiente e imparcial (...)”, art. 32, Constitución de Serbia de 30 de septiembre de 2006.



## **7. LA IMPARCIALIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se incorporan los valores inherentes a la persona humana, los cuales han sido identificados por la doctrina y por los mismos instrumentos internacionales con distintas denominaciones, como la de derechos naturales, derechos innatos, derechos originarios, derechos del hombre, derechos del hombre y del ciudadano, libertades públicas, derechos individuales, derechos fundamentales, derechos públicos, subjetivos, etc.

Las garantías del debido proceso —como derechos civiles— forman parte de los derechos individuales. Estos derechos, libertades fundamentales y garantías del debido proceso y que están reconocidos en los diferentes ordenamientos constitucionales y en el derecho internacional, son y deben ser precisamente —en una sociedad democrática y en el marco de un Estado constitucional de Derecho— objeto de protección prioritaria por parte de los jueces y tribunales.<sup>455</sup>

Los tratados internacionales son de carácter vinculante, es decir, que jurídicamente son instrumentos obligatorios para los Estados Partes. Por lo tanto, los compromisos adquiridos por los Estados Partes de los tratados sobre derechos humanos los vinculan jurídicamente y les obligan a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos internacionalmente reconocidos.

La Asamblea General de la ONU ha aprobado importantes declaraciones internacionales sobre derechos humanos relacionadas con la administración de justicia, citándose entre ellas las siguientes; la

---

<sup>455</sup> MELÉNDEZ, F.: *Instrumentos Internacionales aplicables a la Administración de Justicia*. Cuadernos Electrónicos – Derechos Humanos y Democracia. Chile, 2003. [www.portalfio.org/cuadernos](http://www.portalfio.org/cuadernos)

Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>456</sup> adoptada por la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge los derechos humanos considerados básicos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>457</sup> es un tratado multilateral, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por España el 27 de abril de 1977, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño<sup>458</sup>, adoptada por la resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado también declaraciones relacionadas con la administración de justicia, entre las que cabe reseñar; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>459</sup> (1948), fue aprobada por la IX

---

<sup>456</sup> El artículo 10 dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

<sup>457</sup> Dispone el artículo 14 que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

<sup>458</sup> Estableciendo en el artículo 40.2 b) apartado iii) que “La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley (...); y en el apartado v): Si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

<sup>459</sup> El artículo XXVI reconoce el derecho a un proceso regular y “presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos anticipándose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>460</sup>, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, y por ello también conocida como Convención de San José, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978.

En el continente europeo el Tratado internacional que regula los derechos relacionados con la administración de justicia es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>461</sup>, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979<sup>462</sup>

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>463</sup> también conocida como la Carta de Banjul, es el instrumento internacional

---

<sup>460</sup> Que en el artículo 8 dedicado a las garantías judiciales establece que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>461</sup> El artículo 6.1 regula el derecho a un proceso equitativo y dispone que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

<sup>462</sup> BOE de 10 de octubre de 1979.

<sup>463</sup> El derecho a un tribunal imparcial aparece recogido en el artículo 7.1 estableciendo que “Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial”

que tiene por objetivo promover y proteger los derechos humanos y las libertades básicas en el continente africano, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia). La Carta entró en vigor el 21 de octubre de 1986, en honor de lo cual el 21 de octubre se declaró Día de los Derechos Humanos en África.

Otras instancias internacionales, íntimamente relacionadas con la administración de justicia han elaborado resoluciones encaminadas a garantizar el derecho de los ciudadanos a una justicia imparcial e independiente.

En nuestra cultura jurídica, el concepto “código” nos reenvía a un sistema jurídico cerrado y exhaustivo. Sin embargo, los “códigos éticos” no son tanto un catálogo exhaustivo de conductas éticas, sino más bien el enunciado de determinados principios que manifiestan unas reglas generales susceptibles de interpretación en el caso particular. La inquietud por elaborar instrumentos específicos de codificación de las reglas éticas en el ejercicio de la función judicial es relativamente moderna. La finalidad de fijar unas reglas de ética judicial tiene su proyección en dos planos diferentes: en el ámbito interno, las normas éticas refuerzan la independencia e imparcialidad de los jueces; y en el ámbito externo, el establecimiento de unas pautas de comportamiento de los jueces ajustadas a la ética afianzan y aumentan la confianza de la sociedad en la justicia.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, aparece un primer grupo bajo la denominación de “estatutos del juez”. Estos estatutos tienen un ámbito material más amplio, pues intentan establecer las bases

del estatuto del juez, fijando derechos, deberes, condiciones y requisitos relativos al ejercicio de la función jurisdiccional.

Dentro de los diferentes estatutos del juez existentes unos han surgido dentro del ámbito de las asociaciones judiciales internacionales, como el caso del Estatuto Universal del Juez aprobado por la Unión Internacional de Magistrados en la reunión del Consejo Central celebrado en Taipei (Taiwan), el 17 de noviembre de 1999, que en el artículo 1 dispone que “En el conjunto de sus actividades, los jueces deben garantizar los derechos de toda persona a un proceso justo. Deben poner en marcha todos los medios de que dispongan para permitir que los asuntos sean vistos en audiencia pública en un plazo razonable, ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley,(...)” y en el artículo 5. Dice que “El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada.”; o el Estatuto del Juez de Europa elaborado por la Asociación Europea de Magistrados, aprobado en 20 de marzo de 1993.

Otros se han aprobado en el seno de organizaciones internacionales, como son los casos del Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia (Santa Cruz de Tenerife, 2001), que en su artículo 39.” Debido proceso determina que “Los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes y, en particular, velando por dispensarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio motivado por la diferencia de condiciones materiales entre ellas y, en general, toda situación de indefensión” o la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez ,

aprobado por el Consejo de Europa en 1998 que en sus principios generales proclama en el artículo 1.1 que “El estatuto de los jueces tiende a asegurar la competencia, la independencia y la imparcialidad que toda persona espera legítimamente de cada una de los jueces a los cuales es confiada la protección de sus derechos.”

Un paso más hacia la compilación de las normas de ética judicial se ha dado a través del denominado Código de Bangalore de 2002. El Borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial de 2001, aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal y como fue revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002, establece como principio que la imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión y que establece en el artículo 2.1 al decir que “Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio. 2.2. Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura.”

En los ordenamientos internos existen numerosos códigos que abordan la regulación de la ética judicial. Existen códigos de conducta judicial en numerosos países de todos los continentes. Así, en África, tienen códigos que regulan la conducta judicial, países como Uganda<sup>464</sup>, Namibia<sup>465</sup>,

---

<sup>464</sup> Código de Conducta para Jueces, Magistrados y otros Funcionarios Judiciales

Tanzania<sup>466</sup>, Zambia<sup>467</sup>, Kenia<sup>468</sup>, Ruanda<sup>469</sup> o Sudáfrica<sup>470</sup>; en Asia, podemos citar países como Pakistán<sup>471</sup>, China<sup>472</sup>, Filipinas<sup>473</sup>, India<sup>474</sup> o Bangladesh<sup>475</sup>; en América, Canadá<sup>476</sup>, Estados Unidos<sup>477</sup>, Honduras<sup>478</sup>, Venezuela<sup>479</sup>, Código de Ética Judicial de la provincia de Santa Fe (Argentina, 2002) que dispone en el artículo 3.3 sobre imparcialidad: que “El juez debe tanto conservar íntimamente como poner de relieve sin ambages, en todo momento, que mantiene respecto de las partes

---

de Uganda, adoptado por los Jueces de la Corte Suprema y de la Corte Superior, julio 1989.

<sup>465</sup> Código de Conducta para Magistrados

<sup>466</sup> Código de Conducta para Funcionarios Judiciales de Tanzania, adoptado por la Conferencia de Jueces y Magistrados, 1984.

<sup>467</sup> Código de Conducta Judicial, aprobado por el Parlamento de Zambia, diciembre de 1999

<sup>468</sup> Código de Conducta de los Funcionarios Judiciales de Kenia, julio de 1999.

<sup>469</sup> Code d’etique judiciaire (2 de mayo de 2003).

<sup>470</sup> Code of conduct for magistrates (27 de octubre de 1994).

<sup>471</sup> Código de Conducta a observar por Jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Pakistán.

<sup>472</sup> Código de Ética Judicial para Jueces de la República Popular China, aprobado el 18 de octubre de 2001.

<sup>473</sup> El Código de Conducta Judicial de las Filipinas, septiembre de 1989.

<sup>474</sup> Restablecimiento de Valores de la Vida Judicial, adoptado por la Conferencia de los Presidentes de Tribunales Superiores de la India, 1999.

<sup>475</sup> El Código de Conducta para los Jueces de la Corte Suprema de Bangladesh, mayo de 2000.

<sup>476</sup> Principies deontologie judiciaire (noviembre de 1998).

<sup>477</sup> Código de Conducta para los Jueces de Estados Unidos (6 de julio de 1998).

<sup>478</sup> Código de Ética para Funcionarios y Empleados Judiciales de Honduras (1 de julio de 1993).

<sup>479</sup> Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana (16 de octubre de 2003).



procesales una igualitaria equidistancia y que, en el supuesto de no conservar esa actitud, procurará apartarse de la causa judicial.”, Chile<sup>480</sup> o Brasil<sup>481</sup>; en Oceanía, Australia; o en Europa, Código Ético de Italia de 1994 , Macedonia<sup>482</sup>, Países Bajos.

---

<sup>480</sup> Principios de Ética Judicial (1 de agosto de 2003).

<sup>481</sup> Código de Ética dos Servidores do Supremo Tribunal Federal (18 de diciembre de 2002).

<sup>482</sup> Code of Judicial Ethics (1994)

## **8. CONCLUSIONES**

Primera:

La imparcialidad es una cualidad, quizás la más importante, de los sujetos, los actos o los procedimientos jurídicos. Su definición parece más accesible en negativo, es decir, como ausencia de parcialidad. Es más fácil definir lo que resulta parcial que aquello que resulta imparcial, por lo que para dar contenido a la imparcialidad hay que comenzar por definir los indicios de parcialidad. La imparcialidad se percibe como un bien que debe buscarse y la parcialidad como un mal que debe evitarse. Generalmente uno se acerca a la imparcialidad con la idea de que se trata de una exigencia irrenunciable. Pero, al mismo tiempo, se percibe también una dificultad intrínseca o, incluso, un cierto carácter utópico. Tal dificultad está ligada a la imposibilidad de renunciar a la parcialidad propia de la condición humana, la tendencia natural a ver las cosas desde el propio punto de vista. La imparcialidad “pura”, si fuera posible, resultaría tan difícil y utópica como lo es la justicia absoluta.

Segunda:

En las causas de parcialidad cabe distinguir según que éstas provengan de algún vínculo respecto de las partes o por el contrario aquéllas que afectan a la imparcialidad del juzgador sin que tenga que ver su relación con las partes en el proceso. En cualquier caso toda parcialidad, sea estrictamente personal o debida a causas funcionales, debe probarse y, en consecuencia, objetivarse a través de los medios de prueba, lo cual, en ocasiones, no deja de ser una tarea difícil. Por ello, la imparcialidad será siempre subjetiva (personalizada en un juez), mientras que su invocación si se pretende que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano judicial.

En la imparcialidad por causas subjetivas englobamos el tener interés directo o indirecto en el asunto, mientras que en la imparcialidad por causas objetivas debemos incluir haber sido instructor, intervenido como testigo, perito, fiscal, letrado o haber emitido dictamen. La diferencia radica en que en el primer grupo el resultado del proceso no le es indiferente al juez, ya que la cuestión que se dirime le afecta personalmente lo que, evidentemente, le influiría a la hora de decidir el resultado. Sin embargo, en el segundo supuesto, no existe ese interés personal del juez en la cuestión, ya que el resultado de ésta en principio le es indiferente.

La finalidad de la exigencia de imparcialidad por causas objetivas es evitar que el juzgador tenga formado juicio con anterioridad a la práctica de las pruebas, por haber conocido de la cuestión y haber tenido que pronunciarse sobre la misma en circunstancias que le obligan a una toma de posición respecto del fondo que, aunque provisional, tiene entidad suficiente para desaconsejar que se le vuelva a someter la cuestión.

Tercera:

La imparcialidad judicial comporta el derecho de las partes a ser tratadas de igual forma por el juez, sin interés del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra. La imparcialidad judicial necesita tres sujetos: dos partes que están enfrentadas y un tercero, el juez, que dirimirá el litigio. Es obvio que el juez no es, ni debe ser, parte en el litigio que resuelve, sin embargo, al juez no le corresponde sólo resolver el conflicto, sino ordenar la sucesión de actos que conforman el proceso. Por lo tanto, perderá su imparcialidad si las funciones que se le atribuyen en el proceso le vinculan con alguna de las partes.

Cuarta:

Los jueces no pueden aportar prueba al proceso, es quien acusa al que corresponde probar la acusación, no es esta una función del juez que sólo dirige el debate y lo dirime. Aportar prueba le alinearía con una de las partes en el litigio en perjuicio de la debida imparcialidad.

En materia civil la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 dota a los jueces de ciertas facultades en materia probatoria. Se trata de las previsiones establecidas en los artículos 429.1 II y III y 435 de la LEC. En el primero de los artículos citados la LEC permite al juez que a la vista de los medios de prueba propuestos a instancia de parte, pueda advertir a actor y demandado de la posible insuficiencia de la prueba propuesta. El segundo (435 LEC) prevé la posibilidad de que el juez ante una situación de insuficiencia probatoria, pueda ordenar la práctica de determinadas pruebas.

Los términos en los que está redactado el artículo 429.1, II LEC debe entenderse como una facultad judicial y no con el carácter de deber, a pesar de la forma utilizada “lo pondrá de manifiesto”. La imposición de un deber judicial debería acompañarse con una redacción más imperativa. Si las partes no atendieran las indicaciones de insuficiencia ello no equivaldría a que el juez pueda acordar prueba de oficio, pues al remediar la insuficiencia probatoria de una parte, podría estar perjudicando a la adversa, además de arrogarse una función de asesor legal que le compete al abogado; y en ningún caso el juez puede suplantar la función de su dirección técnica.

La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* produce una más que palmaria pérdida de la imparcialidad judicial. Las diligencias finales

tienen como objeto que ante situaciones de insuficiencia probatoria, por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente, puedan acreditarse hechos dudosos que previamente hayan sido alegados por las partes.

Quinta:

El juez que conoce de una causa penal no puede haber investigado el hecho enjuiciado, ya que la actividad instructora pone al juez que la lleva a cabo en contacto directo con el imputado y con los hechos y datos que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios a favor o en contra del acusado influyentes a la hora de sentenciar. La investigación directa es, por tanto, el núcleo de la actividad instructora y justifica el apartamiento del juez al poder influir sobre su imparcialidad por haberse formado una determinada convicción sobre la participación del imputado en el hecho punible.

Sexta:

La independencia consiste en la ausencia de subordinación del Juez a ningún criterio distinto del que se establece en la Ley, y la no sumisión a ningún Poder del Estado, ni siquiera al Poder Judicial. La independencia ha de garantizarse a todos los integrantes del Poder Judicial respecto de los demás miembros de dicho Poder, especialmente de los superiores jerárquicos, así como frente a otros Poderes públicos o privados. La independencia no es, ni con mucho, la garantía fundamental de aseguramiento de la imparcialidad de la justicia. Ahora bien, afirmar que la independencia no es garantía suficiente y ni siquiera necesaria para la imparcialidad no implica que se proponga, a renglón seguido, su sustitución. La independencia se ha revelado como un mecanismo útil

para combatir la presión de otros Poderes sobre los jueces. No hay una sola razón que justifique su supresión o su sustitución.

Séptima:

De nada valdría la imparcialidad de jueces y magistrados si la competencia sobre un asunto les fuera atribuida mediante criterios *ad hoc* y *post factum* y no por criterios generales legalmente predeterminados; es decir, el juez legalmente predeterminado exige que la competencia le haya sido conferida con anterioridad al hecho que da lugar a la actuación judicial.

Octava:

El derecho al juez imparcial tiene unos titulares que son las partes que actúan en el proceso, sea éste del carácter que fuere, es decir, civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, jurisdicción militar y constitucional.

Ahora bien nos encontramos con una serie de supuestos en que se plantea la duda sobre de la posible titularidad a este derecho. El abogado, en cuanto defensor de una parte, no es titular del derecho fundamental al juez imparcial porque no lo recoge expresamente la Ley (artículo 218 LOPJ) que sólo habla de partes en el proceso y no de quienes colaboran con la Justicia, ya sean como representantes o defensores. El letrado no es ni parte ni justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa.

La acusación particular puede invocar la lesión del derecho al juez imparcial en la instrucción de un proceso penal cuando se den

circunstancias subjetivas como tener interés directo o indirecto, amistad íntima o enemistar manifiesta en el juez que dirige el proceso.

El imputado es titular al derecho al juez imparcial durante la fase de instrucción, pues en esta fase, el juez no sólo dirige la instrucción, sino que, además el ciudadano sometido a investigación y a la adopción de medidas cautelares afectantes a sus derechos fundamentales, tiene que disponer de la plenitud del derecho fundamental al juez imparcial. En suma, el imputado es titular del derecho al juez imparcial.

Novena:

En el proceso penal se dan supuestos dudosos de imparcialidad. En el caso de las resoluciones interlocutorias relativas a la adopción de medidas cautelares provisionales, implica una toma de posición, con las que trata de asegurarse la finalidad del proceso y son adoptadas por un órgano jurisdiccional cuya convicción está en periodo de formación; no se entiende que se pierda la imparcialidad por el juez aunque adopte una medida cautelar cuya finalidad es claramente instrumental. La pérdida de imparcialidad ocurrirá cuando el mismo juez o magistrado que adoptó las medidas cautelares personales celebre el juicio oral, siendo en este caso motivo de recusación.

Por su parte, el auto de procesamiento que pone fin a la fase sumarial y la revisión del mismo por la vía de apelación supone un conocimiento pleno y exhaustivo de todo lo actuado y a continuación decidir sobre la impugnación alegada. Es cierto que la resolución que se dicte por el órgano *ad quem* puede tildarse de provisional en el sentido de que es requisito para el pronunciamiento sobre el fondo, el que sea que pueda dictarse. En este caso, y confirmando el auto de procesamiento, el órgano



que va a presidir las actuaciones del juicio oral ha tenido un conocimiento pleno de lo actuado y ha decidido, que es lo importante a efectos de imparcialidad. Lo más conveniente es que la aplicación prevista en el artículo 384 LECR, sea resuelta por quien no va a conocer de la fase del juicio oral, bastaría asignarla a una Sección distinta de la Audiencia Provincial de aquella ante la cual se celebrará el juicio.

En la fase intermedia la toma de posición es más evidente cuando hay que decidir si continuar con el proceso, mediante la apertura del juicio oral, o bien dictar auto de sobreseimiento. La atribución de las fases de instrucción e intermedia al juez de instrucción es la única manera de evitar al juez prevenido, ya que la atribución a la Audiencia Provincial de las fases intermedias y juicio oral supone la necesaria pérdida de la imparcialidad, salvo, claro está que se produzca la entrada de un tercer órgano jurisdiccional en el proceso en la forma de otra Sección de la Audiencia. Solución no viable por su coste económico y que tampoco podría aplicarse en aquellas Audiencias Provinciales en las que sólo existiera una Sección.

En los casos de coimputación y en aquellos otros en los que se permita la ausencia del imputado declarado en rebeldía, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el proceso continúa respecto de los restantes. No cabe duda de que el juez o tribunal que enjuicia la causa respecto de alguno de ellos no puede dejar de formarse una convicción sobre la participación del rebelde en los hechos. Parece imposible no reconocer que el derecho al juez imparcial requerirá que el órgano jurisdiccional que enjuicie al rebelde en el segundo proceso tiene que ser distinto del que conoció del primero.

El Juez de Menores realiza durante la instrucción funciones limitativas de derechos fundamentales y dicta sentencia lo que no deja de ser una actividad contradictoria con la posición imparcial del juzgador. La imparcialidad se logra cuando el juez que ha de fallar no ha tenido contacto con el material instructor. Ciertamente no toda intervención en las actuaciones de un procedimiento de instrucción lleva aparejada una pérdida de la imparcialidad. Pero el Juez de Menores realiza una cierta investigación cuando decide actos de investigación restrictivos de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3 Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) y valora los hechos y la participación en los mismos del imputado; también cuando autoriza diligencias solicitadas por la defensa que han sido denegadas por el Ministerio Fiscal (art. 26.1 33 e) LORPM).

Son situaciones en las que puede haber aportación de datos y de información al Juez de Menores para que exista motivos más que suficientes para dudar de la imparcialidad del juez. En la adopción de medidas cautelares de internamiento (art. 28 LORPM) es el Juez de Menores quien resuelve sobre la petición. En la comparecencia informan el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la institución o entidad pública implicada en el internamiento, sobre la idoneidad de la medida que se solicita o su falta. Todo ello conlleva a una clara implicación del Juez de Menores que decide sobre estas medidas cautelares formándose un criterio sobre la situación del menor, los hechos delictivos que se enjuician y la vinculación entre el primero y los segundos. Por consiguiente, es un caso claro en que el Juez que interviene en la adopción de estas medidas debe quedar al margen de la resolución final del asunto.

Décima:

No todo acto de instrucción compromete la imparcialidad del juzgador, sino tan sólo aquellos que, por provocar una convicción anticipada, pueden crear en su ánimo prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándose así para conocer del juicio oral. Las actuaciones que no presupongan ninguna valoración de la conducta del encausado en relación con el hecho punible que se le imputa no pueden generar en quien las practica ningún prejuicio sobre su culpabilidad o inocencia.

El artículo 729.2 de la LECR, permite la práctica de otras diligencias de prueba distintas de las propuestas por las partes. La iniciativa del Tribunal no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso; iniciativa que además tiene que ser asumida por las partes, y en virtud de una decisión razonablemente fundada como consecuencia de la aparición de una fuente adicional de prueba que podría corroborar los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o exculpar, sino de adoptar una decisión resolutoria del conflicto. Este precepto alude a la posibilidad excepcional de que el Tribunal acuerde de oficio pruebas para la comprobación de hechos ya introducidos por las partes en sus escritos de calificación provisional. No se trata, de que el Tribunal tenga potestad alguna en materia de aportación fáctica y, en consecuencia, la utilización de dicha facultad no vulnera el principio acusatorio ni quiebra la imparcialidad judicial.

Decimoprimer:

La abstención y la recusación son los dos institutos establecidos para garantizar la imparcialidad de los jueces y magistrados que resulten

competentes en la resolución de un determinado litigio. La relación de causas de abstención y recusación establecida en el artículo 219 LOPJ es de carácter tasado o *numerus clausus*, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 5/95 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado que dice “El Ministerio Fiscal y las partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley”.

El catálogo del artículo 219 no es abierto, no hay otros motivos por los que se pueda recusar o deba abstenerse un juez, al margen de los contenidos expresamente en dicho precepto. La interpretación puede resultar todo lo extensivamente que admita el sentido objetivo del texto y allí donde el texto sea dudoso, debe regir el principio *in dubio pro libertate*. Pero lo que no tiene cabida es aplicar analógicamente el precepto para admitir otras causas de abstención y recusación. Porque la analogía no es interpretación sino creación de Derecho que conculcaría la seguridad jurídica de los recusados a quienes podría sorprenderles una aceptación de recusación análogamente fundamentada o la desestimación de su abstención mediante idéntica apelación a causa análoga.

En resumen, el derecho al juez imparcial es garantía del proceso, pues donde no se garantiza la imparcialidad no puede haber juicio justo. La imparcialidad judicial se salvaguarda también a través de las apariencias, pues en este punto está en juego la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y, por consiguiente, un proceso justo requiere apartar todo atisbo de parcialidad que pueda afectar a los tribunales.

La dimensión jurídica de la imparcialidad despliega sus efectos en dos terrenos; por una parte, en las relaciones del juez con las partes y por otra, en la práctica de las pruebas y el uso de los medios probatorios.

La previsión de las situaciones específicas en las que se considera que la imparcialidad del juez está en peligro y por tanto se prevea que deba abstenerse o pueda ser recusado, no reflejan la realidad de las múltiples situaciones en las que el juez podría no ser imparcial. En las sociedades modernas las situaciones en las que el juez puede verse condicionado son muchas otras y más numerosas que la que los legisladores han previsto hasta ahora.

La imparcialidad, el deber de imparcialidad, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional.

## **9. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES CITADAS**

## **TRBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **1981**

-STC 5/81, de 13 de febrero.

-STC 16/81, de 18 de mayo.

### **1982**

-ATC 111/82, de 10 de marzo.

-STC 47/82, de 12 de julio.

-STC 50/82, de 15 de julio.

-STC 80/82, de 20 de diciembre.

### **1983**

-STC 7/83, de 14 de febrero.

-ATC 147/83, de 13 de abril.

-STC 31/83, de 27 de abril.

-ATC 195/83, de 4 de mayo.

-STC 47/83, de 31 de mayo.

-ATC 358/83, de 20 de julio.

-STC 370/83, de 25 de octubre.

-ATC 460/83, de 25 de octubre.

### **1984**

-STC 38/84, de 4 de abril.

-ATC 261/84, de 5 de mayo.

**1984**

- STC101/84, de 8 de noviembre.
- STC 124/84, de 18 de diciembre.

**1985**

- ATC 6/85, de 6 de febrero.
- STC 25/85, de 21 de febrero.
- STC 44/85, de 22 de marzo.
- STC 54/85, de 18 de abril.
- STC 60/85, de 6 de mayo.
- STC 66/85, de 23 de mayo.
- STC 74/85, de 10 de junio.
- STC 84/85, de 8 de julio.
- STC 89, 85, de 19 de julio.
- STC 96/85, de 29 de julio.
- ATC 799/85, de 13 de novbre.

**1986**

- STC 23/86, de 14 de febrero.
- ATC 320/86, de 9 de abril.
- STC 59/86, de 19 de mayo.
- STC 108/86, de 29 de julio.
- STC 134/86, de 29 de octubre



**1987**

- ATC 171/87, de 11 de febrero.
- STC 53/87, de 7 de mayo.
- STC 96/87, de 10 de junio.
- STC 113/87, de 3 de julio.
- STC 148/87, de 28 de septiembre.
- STS 158/87, de 20 de octubre.
- STC 199/87, de 16 de diciembre.

**1988**

- STC 10/88, de 1 de febrero.
- STC 17/88, de 16 de febrero.
- ATC 226/88, de 16 de febrero.
- ATC 265/88, de 29 de febrero.
- STC 90/88, de 13 de mayo.
- STC 95/88, de 26 de mayo.
- STC 145/88, de 12 de julio.
- STC 153/88, de 20 de julio.
- STC 164/88, de 26 de septiembre.
- STC 176/88, de 4 de octubre.
- STC 225/88, de 28 de noviembre.

**1989**

- STC 11/89, de 24 de enero.

**1989**

-ATC 59/89, de 2 de febrero.

-STC 33/89, de 13 de febrero.

-STC 106/89, de 8 de junio.

-STC 117/89, de 22 de junio.

-STC 136/89, de 19 de julio.

-STC 163/89, de 16 de octubre.

**1990**

-STC 22/90, de 15 de febrero.

-STC 55/90, de 28 de marzo.

-STC 80/90, de 26 de abril.

-ATC 227/90, de 4 de junio.

-STC 98/90, de 8 de junio.

-ATC 371/90, de 16 de octubre.

-STC 184/90, de 15 de noviembre.

**1991**

-STC 36/91, de 14 de febrero.

-STC 138/91, de 20 de junio.

-STC 151/91, de 8 de julio.

-STC 180/91, de 23 de septiembre.

-STC 238/91, de 12 de diciembre

**1992**

- STC 11/92, de 27 de enero.
- STC 76/92, de 14 de mayo.
- STC 83/92, de 28 de mayo.
- STC 85/92, de 8 de junio.
- STC 113/92, de 14 de septiembre.
- STC 136/92, de 13 de octubre.
- STC 230/92, de 14 de diciembre.

**1993**

- STC 119/93, de 19 de abril.
- STC 157/93, de 6 de mayo.
- STC 157/93, de 6 de mayo.
- STC 170/93, de 27 de mayo.
- STC 224/93, de 1 de julio.
- ATC 219/93, de 1 de julio.
- STC 282/93, de 27 de sept.
- STC 288/93, de 4 de octubre.
- STC 307/93, de 25 de octubre.
- STC 320/93, de 8 de noviembre.
- STC 327/93, de 8 de noviembre.
- STC 372/93, de 13 de diciembre
- STC 384/93, de 21 de diciembre.

**1993**

-ATC 380/93, de 21 de diciembre

**1994**

-STC 19/94, de 27 de enero.

-STC 32/94, de 31 de enero.

-STC 39/94, de 15 de febrero.

-STC 59/94, de 28 de febrero.

-STC 137/94, de 9 de mayo.

-STC 138/94, de 9 de mayo.

-STC 171/94, 7 de junio.

-STC 204/94, de 11 de julio.

-STC 205/94, de 11 de julio

-STC 206/94, de 11 de julio.

-STC 234/94, de 20 de julio.

-STC 299/94, de 14 de noviembre.

**1995**

-STC 60/95, de 17 de marzo.

-STC 95/95, de 19 de junio.

-STC 160/95, de 6 de noviembre,

**1996**

-ATC 132/96, de 27 de mayo.

-STC 36/96, de 11 de marzo.

**1996**

-STC 50/96, de 26 de marzo.

**1997**

-STC 6/97, de 13 de enero.

-STC 7/97, de 14 de enero.

-ATC 33/97, de 10 de febrero.

-ATC 63/97, de 6 de marzo.

-STC 64/97, de 7 de abril.

-ATC 117/97, de 23 de abril.

-STC 98/97, de 20 de mayo.

-STC 137/97, de 21 de julio.

-STC 142/97, de 15 de septiembre.

-ATC 335/97, de 13 de octubre.

-STC 205/97, de 25 de noviembre.

**1998**

-STC 6/98, de 13 de enero.

-ATC 100/98, de 22 de abril.

-STC145/98, de 30 de junio.

-STC 164/98, de 14 de julio.

-STC205/98, de 26 de octubre.

**1999**

-ATC 148/99, de 14 de junio.

**1999**

STC 136/99, de 20 de julio.

-STC 162/99, de 27 de septiembre.

**2000**

-STC 151/00, de 12 de junio.

-STC 188/00, de 10 de julio.

**2001**

-STC 14/01, de 29 de enero.

-STC 60/01, de 26 de febrero.

-STC 64/01, de 17 de marzo.

-STC 69/01, de 17 de marzo.

-STC 87/01, de 2 de abril.

**2002**

-STC 130/02, de 3 de junio.

-ATC 136/02, de 22 de julio.

-ATC 226/02, de 20 de noviembre.

**2003**

-ATC 61/03, de 19 de febrero.

-ATC 265/03, de 15 de julio.

**2004**

STC 5/04, de 16 de febrero.

-STC 39/04, de 22 de marzo.

**2004**

-ATC 376/04, de 7 de octubre.

**2005**

STC 41/05, de 28 de febrero.

STC 334/05, de 20 de diciembre.

**2008**

ATC 81/08, de 12 de marzo

**TRIBUNAL SUPREMO****1901**

-STS (1ª), de 29 de marzo.

**1906**

-STS (2ª), de 1 de diciembre.

**1932**

-STS (2ª), de 18 de mayo (AJ 2023).

**1951**

STS, de 26 de febrero (RAJ 185).

**1955**

-STS (2ª), de 13 de abril.

**1956**

STS, de 27 de noviembre (RAJ 3349).

**1958**

-STS, de 24 de enero (RAJ 64).

**1958**

-STS, de 2 de diciembre.

**1963**

-STS, de 7 de octubre (RAJ 3955).

**1964**

-STS, de 17 de enero (RAJ 248).

-STS, de 4 de julio (RAJ 3379).

**1975**

-STS (2ª), de 17 de febrero.

**1980**

-STS (2ª), de 9 de junio (RAJ 2570).

**1982**

-STS, de 28 de junio (CENDOJ 950/1982).

**1983**

-STS, de 22 de abril.

-STS, de 24 de abril (RAJ 2300).

-STS (2ª), de 19 de noviembre

**1986**

-STS, de 21 de octubre.

**1987**

-STS, de 15 de junio



**1988**

- STS, de 13 de febrero.
- STS, de 27 de mayo.
- STS, de 29 de julio (RAJ 5855).
- STS, de 26 de septiembre.

**1989**

- STS, de 5 de abril.
- STS (2<sup>a</sup>), de 25 de junio.

**1990**

- STS (2<sup>a</sup>), de 25 de junio.
- ATS, de 1 de octubre (RAJ 9239).
- STS, de 28 de diciembre.

**1991**

- STS (2<sup>a</sup>), de 8 de marzo.
- STS, de 11 de noviembre.

**1992**

- STS, de 22 de enero (353/1992 CENDOJ)
- STS, de 27 de enero.
- STS, de 18 de mayo (RAJ 4907).
- STS, de 21 de octubre (RAJ 8589).
- STS, de 19 de noviembre.
- STS, de 11 de diciembre (RAJ 9733).

**1993**

- ATS (2ª), de 8 de febrero.
- STS, de 5 de mayo.
- STS, de 13 de mayo.
- STS (2ª), de 22 de julio (CENDOJ 5607/1993).
- STS (2ª), de 8 de septiembre
- STS (2ª), de 23 de octubre.
- STS, de 25 de octubre.
- STS, de 8 de noviembre.
- ATS, de 10 de noviembre.
- ATS, de 23 de noviembre.
- STS, de 1 de diciembre (8258/1993 CENDOJ)
- STS, de 1 de diciembre (8261/1993 CENDOJ)
- STS, de 18 de diciembre.

**1994**

- STS, de 8 de febrero.
- STS, de 6 de abril.
- ATS, de 25 de mayo (RAJ 4605).
- STS, de 27 de mayo.
- STS, de 28 de septiembre.
- STS, de 23 de noviembre.
- STS, de 27 de diciembre.

**1995**

- STS, de 31 de enero (414/1995 CENDOJ)
- STS, de 30 de marzo.
- STS, de 23 de septiembre.
- STS, de 27 de octubre
- STS, de 3 de octubre (4838/1995 CENDOJ).
- STS, de 3 de noviembre.

**1996**

- STS, de 20 de enero.
- STS, de 20 de mayo.
- STS, de 18 de julio (4478/1996 CENDOJ).

**1997**

- STS, de 7 de marzo.
- STS, de 20 de mayo.
- STS (Sala Militar), de 21 de junio.
- ATS, de 1 de octubre.
- STS (Sala Militar), de 18 de octubre.
- STS, de 28 de noviembre.
- ATS, 16 de diciembre.

**1998**

- STS, de 2 de marzo.
- STS, de 30 de marzo (RAJ 4239).

**1998**

- STS, de 15 de abril.
- STS, de 27 de mayo. (3861/1998 CENDOJ)
- STS, de 13 de junio.
- STS, de 30 de junio (RAJ 5285).
- STS, de 29 de julio (RAJ 5855).
- STS, de 26 de septiembre.

**1999**

- STS, de 22 de enero.
- STS, de 7 de abril.
- STS, de 17 de marzo.
- STS, de 14 de abril.
- STS, de 15 de mayo.
- STS (Sala de lo Contencioso), de 14 de julio.
- STS, de 29 de julio.
- ATS, Sala 4ª de 10 de noviembre
- STS, de 21 de diciembre.
- STS, de 22 de diciembre.

**2000**

- STS, de 28 de junio (5309/2000 CENDOJ).
- STS, de 21 de julio.
- STS 2ª 1443/2000, de 20 de septiembre.

**2000**

-STS 1ª de 11 de octubre (7310/2000 CENDOJ).

-STS 1886/00, de 5 de diciembre.

**2001**

-STS, de 27 de febrero.

**2003**

-STS, de 21 de enero.

STS (2ª) 1084/03, de 18 de julio.

**2004**

-ATS (2ª), de 17 de junio.

-STS (2ª), de 16 de julio.

-STS, de 10 de diciembre.

**2005**

-STS (2ª) 223/05, de 24 de febrero.

-STS (2ª) 291/05, de 2 de marzo (ROJ 1281/2005).

-STS (2ª) 529/05, de 27 de abril.

**2006**

-STS 780/06, de 3 de julio (ROJ 4514/2006)

**2007**

-STS (2ª) 1105/07, de 21 de diciembre.

**2008**

- ATS (2ª), de 18 de abril.
- ATS, (Sala Especial), de 11 de junio.

**2009**

- ATS (1ª), de 8 de septiembre.
- ATS (2ª), de 10 de septiembre.

**2012**

- ATC (2ª), de 19 de enero.

**TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- ATSJ Castilla-La Mancha (Sala especial art. 77 LOPJ), de 27-9-1999.
- STSJ Cataluña, (Sala Contencioso-Administrativo), Sección 4ª, de 13-5-2004.
- ATSJ Cataluña (Sala de lo Social), Sección 1ª, de 23-9-2004.
- ATSJ Galicia, Sección 1ª, de 18-1-2006.
- ATSJ Andalucía, (Sala de lo Civil y Penal), de 6-7-2010.

**AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- AAP La Rioja, Sección 1ª, de 22-4-2004.
- AAP Cádiz, Sección 3ª, de 3-9-2004.

- AAP Sevilla, Sección 1ª, de 27-10-2004.
- AAP Toledo, Sección 1ª, de 29-6-2005.
- AAP Zaragoza, Sección 5ª, de 21-10-2005.
- AAP Madrid, Sección 24ª, de 10-11-2005.
- SAP La Coruña, Sección 4ª, de 9-6-2006.
- AAP Madrid, Sección 5ª, de 26-7-2007.
- AAP Zaragoza, Sección 4ª, de 28-2-2008.
- AAP Sevilla, Sección 7ª, de 12-8-2008.
- AAP Cádiz, Sección 8ª, de 14-11-2008.
- AAP Madrid, Sección 6ª, de 17/12/2010.
- AAP Madrid, Sección 16ª, de 28-3-2011.

## **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- STEDH “Neumeister”, de 27 de junio de 1968.
- STEDH “Delcourt”, de 17 de enero de 1970.
- STEDH “De Wilde, Ooms y Versyp”, de 18 de junio de 1971.
- STEDH “Ringelsen”, de 16 de julio de 1971.
- STEDH “Engel”, de 8 de junio de 1976.
- STEDH “Le Compte, Van Leuven y De Meyère”, de 23 de junio de 1981.
- STEDH “Piersack”, de 1 de octubre de 1982.

- STEDH “Duinhof”, de 22 de mayo de 1984.
- STEDH “De Jong”, de 22 de mayo de 1984.
- STEDH “De Cubber” de 26 de octubre de 1984.
- STEDH “Ben Yaacoub” de 27 de noviembre de 1987.
- STEDH “Barberá, Messegué y Jabardo” de 6 de diciembre de 1988.
- STEDH “Hauschildt”, de 24 de mayo de 1989.
- STEDH “Langborger”, de 22 de junio de 1989.
- STEDH “Oberschlick”, de 23 de mayo de 1991.
- STEDH “Salabiaku”, de 7 de noviembre de 1992.
- STEDH “Saint-Marie”, de 16 de diciembre de 1992
- STEDH “Padovani ”, de 23 de febrero de 1993.
- STEDH “Casado Coca”, de 24 de febrero de 1994.
- STEDH “ Prager y Oberschlick”, de 26 de abril de 1995.
- STEDH “Worm”, de 29 de agosto de 1997.
- STEDH “Castillo de Algar”, de 28 de octubre de 1998.
- STEDH “Wille”, de 28 de octubre de 1999.
- STEDH “Academy Trading Ltd”, de 4 de abril de 2000.
- STEDH “Pescador Valero”, de 17 de junio de 2003.
- STEDH “ Salov”, de 6 de septiembre de 2005.
- STEDH “Cardona” de 26 de octubre de 2010.
- STEDH “Moczulski”, de 19 de abril de 2011.



## **10. BIBLIOGRAFÍA**

- AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14 (1993).
- AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus. Madrid, 1923, T. I.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2ª ed. México, 1970.
- ALMAGRO NOSETE.: *Justicia Constitucional “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. Madrid, 1980.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ÁLVAREZ, C.: *El Poder Judicial*, Tecnos. Madrid, 1986.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso, en “La reforma del proceso penal”*. Tecnos. Madrid, 1990.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *Justicia/conflicto*, edit. Tecnos. Madrid, 1988.
- APARICIO BLANCO, P.: “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de Menores”. *Revista del Poder Judicial 2000*, núm. 60.
- APARICIO PÉREZ.: Prólogo a la obra de Dieter Simón. *La independencia del juez*. Madrid, 1985.
- ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid, 1960.
- ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

ARGÜELLES, A.: *Discurso Preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*. Reimpreso en Madrid en la Imprenta que fue de García, 1820.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*. Edersa. Madrid, 1999.

ARROYO DE ALDAMA: *El sistema constitucional en las diferentes formas de gobierno*. Establecimiento Tipográfico de Fortanet. Madrid, 1901.

ASENCIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup> “Disposiciones Generales sobre la prueba en la LEC”, en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Gómez-Colomer, J. L. (coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

ASENCIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup>: en AAVV, *Proceso Civil Práctico*, t. V. La Ley, Madrid, 2001.

AYMERICH OJEA, I.: *Lecciones de derecho comparado*. Universitat Jaume I, 2004.

BACHMAIER WINTER, L.: *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*. Aranzadi. Pamplona, 2008.

BARONA VILAR, S. “Comentarios al art. 428 LEC”. AAV *El Proceso Civil*, vol. IV. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

BARONA VILAR, S.: “*La prisión provisional en la LOTL*”. Revista General de Derecho, número 618, marzo 1996.

BARRY, B: *La justicia como imparcialidad*. Edit. Pairós, Barcelona, 1977.

BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Osorio Florit. EJEA. Buenos Aires, 1959.

BERMÚDEZ OCHOA, E.: “La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva”, *Justicia* núm. 1, 1997.

BERMÚDEZ OCHOA, E.: “*Problemas orgánicos y procesales de la llamada “contaminación procesal”. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, en Cuestiones de Derecho Procesal Penal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Abril, 1994.

BONET NAVARRO, J.: “*La transformación de procedimiento por delito a juicio de faltas y el derecho a un juez imparcial*”. Tribunales de justicia, núm. 7, julio 1997.

BORGHESE, S.: “*Astensione del giudice*”. *Enciclopedia del Diritto* (Dir. Calosso, F) Secc. III, Giuffré, Milán, 1958.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: “El juez ordinario predeterminado por la ley (2ª parte)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia II*, 1989.

CALAMANDREI, P.: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. (Traducción Sentís Melendo e I.J. Medina). Editorial Casa Góngora. Madrid, 1936.

CALAMANDREI, P.: *Proceso y Democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.

CALVO SÁNCHEZ, C.: “La recusación de los jueces y magistrados (II)” en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1989.

CARNELUTTI, F.: Poner en su puesto al Ministerio Público, en *Cuestiones sobre el proceso penal*. (Traducción de Sentís Melendo). Ed. Ejea. Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, F.: *Principios del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, F.: *Sistema di diritto processuale civile*, t. IV. Cedam. Padua, 1936.

CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*. FCE. México, 1998.

CARRO MARTÍNEZ.: *La Constitución española de 1869*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1952.

CASAS COBO, P.A.: (“Problemas del juicio ordinario en la nueva LEC en su primer año de vigencia”, en *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Picó i Junoy (dir). J.M. Bosch editor. Barcelona, 2002.

CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*.

CHIOVENDA, G.: *Institución II*, núm. 140.

CHIOVENDA, G.: *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Ed. Reus. Madrid, 1950.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1996.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA) *La cosa juzgada penal*. Ed. Real Colegio de España. Bolonia, 1975.

CORTES GENERALES. *Trabajos parlamentarios de la CE*. Madrid, 1980.

DAMIÁN MORENO, J.: “Comentarios a los arts. 429 y 430 LEC” en AAVV, *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Lorca Navarrete (dir.), t. II. Lex Nova. Valladolid, 2000.

DAMIÁN MORENO, J.: en AAVV, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I. Tecnos, Madrid 2000.

DE DIEGO DÍEZ, L. A.: “El principio “el que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el Enjuiciamiento Penal”. *Poder Judicial*, núm. 8, 1987.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil I*. Madrid, 1991.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil, I*. Madrid, 1993.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ed. Cera, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, Tribunales de Justicia, núm. 1, enero 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Jueces imparciales, fiscales e investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Edt. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*. Edit, Ramón Areces, 1992.

- DE OTTO, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989.
- DÍAZ CABIALE, J. A.: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Ed. Comares. Granada, 1996.
- DIETER, S.: *La independencia del Juez*. Ariel. Barcelona, 1985.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Art. 24 Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, tomo III. Edersa / Cortes Generales. Madrid, 1996.
- DIÉZ-PICAZO, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel Derecho. Barcelona, 2000.
- ESPARZA LEIBAR, I.: *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- ESPÍN TEMPLADO, E.: “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”. *Poder Judicial*, número especial XIII, abril de 1990.
- ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El Jurado. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: “La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un Juez objetivamente imparcial”. *Revista General del Derecho*, 1989, núm. 534.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. con DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil, tomo II, 4ª edición*. Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; y VALLS GOMBAU, J.F.: *Derecho Procesal Práctico*, T. II, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: “El derecho a la libertad de expresión del Juez, límites en consideración a su status especial de sujeción” en *Justicia y medios de comunicación*, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones Históricas Españolas*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Iurgium, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, M. A.: “El derecho fundamental al juez imparcial. Su restricción en el proceso penal actual”, en, *La restricción de los derechos fundamentales de la personal en el proceso penal*, VV.AA., CGPJ, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El juez imparcial*. Comares. Granada, 1997.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995.

FIESTAS LOZA, A.: “Calificación procesal y estado de la administración de justicia (1875-1915)” en AA.VV. *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura, Siglo XIX*. Madrid, 1985.

FONT SERRA, E. *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Ed. La Ley Madrid, 2000.



FONT SERRA, E.: “Manifestaciones de la justicia preventiva”, en *El sistema de medidas cautelares*, VV.AA. Universidad de Navarra, Ediciones S.A. Pamplona, 1974.

FRAILE CRIVILLES.: *Introducción al Derecho Constitucional Español*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1975.

GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G.: *La Prueba civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación*, obra citada por DE ASIS ROIG.: “Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial” en DOXA, Nº 15-16 (1994).

GASTALDI MATEO, A.: “Técnicas y procedimiento de selección de candidatos” en Estudios Jurídicos- Ministerio Fiscal 1988, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

GERDES, C.: *Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund von Meinungsäußerungen des Richters*, Frankfurt a.M., 1992.

GIMENO SENDRA, V.: “La reforma urgente y la aceleración del procedimiento Civil”. Revista Proserpina, 1985, nº3.

GIMENO SENDRA, V.: “Los derechos al Juez imparcial y de defensa en el proceso penal abreviado”, *Primeras Jornadas sobre problemas*

*actuales de la Justicia Penal*. Ed. Universidad de Granada. Granada, 1994.

GIMENO SENDRA, V.: “*Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*” en *Revista de Derecho Procesal* II/III 1978.

GIMENO SENDRA, V.: AAVV, *Proceso Civil Práctico*, t. V. La Ley, Madrid, 2001.

GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V.; (con VIVES ANTON, T.S). *La detención* . Ed. Bosch. Barcelona, 1977.

GOERLICH PESET, J.M.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. I, Edit. Comares, Granada, 2001.

GOLDSCHMIDT LANGE, W.: *La imparcialidad como principio básico del proceso. (La “partialidad” y la parcialidad)*, Monografías de Derecho Español, núm. 1, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: (con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR) *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000*, Valencia.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Juez y Partes en la propuesta de reforma de 2005/2006 del Proceso Penal de Menores” en *Estudios sobre la*

*responsabilidad del Menor*. Edita Publicacions Universitat Jaume I, Castellón 2006.

GONZÁLEZ CASSO, J.: *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*. Dykinson 2003.

GONZÁLEZ MONTES, J. L.: *Instituciones de Derecho Procesal*. Edit. Tecnos. Madrid, 1993.

GRANADOS PÉREZ, C.: “Derecho a Tribunales independientes e imparciales”, en *La Declaración Universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*. Bosch. Barcelona, 1998.

GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1943.

GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, t. I (actualizado por Aragonese Alonso). Civitas. Madrid, 1998.

GUASP, J.: *Derecho procesal civil*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GUTIÉRREZ CARBONELL, M.: *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria: doctrina y jurisprudencia*, T. I, Dirig. Conde-Pumpido, Madrid, 1998.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en *El sistema de medidas cautelares*, VV.AA. Universidad de Navarra, Ediciones S.A. Pamplona, 1974.

HERA OCA. “*Los principios del proceso penal*”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 5.

HERCE QUEMADA, V con GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal penal*. Ed. Autor Editor 3. Madrid, 1984.

HERRERO PEREZAGUA, J.F.: (en AAVV), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J.A.). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Cera. Madrid, 2003.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad judicial y Derecho al Juez imparcial*. Aranzadi Dº Constitucional.

JIMÉNEZ BLANCO: *Estructura social e ideologías*, en el colectivo “Historia social de España. Siglo XIX”.

LIEBMAN, E.T.: “Fundamento del principio dispositivo”. Riv. Dir. Proc., 1960.

LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos. Madrid, 1996.

LÓPEZ CASTILLO, M.: *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Comares. Granada, 2007.

LORENTE HURTADO, F.: “Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional 145/1988, de 12 de julio”, Poder Judicial nº 11

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la LEC*, Tomo I, Ed.: Reus, 7ª ed. (Jurisprudencia aumentada para esta edición por: Dago Sains, H. y Molinonuevo Juno, J.), Madrid, 1952.

MARCHENA GÓMEZ, M.: *25 años de Constitución y Ministerio Fiscal*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 603, 11 diciembre 2003.

MARRERO FRANCÉS, I.: “Análisis del art. 429.1 II y III LEC”, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Abel Lluch (coords). Bosch editor. Barcelona, 2003.

MARTÍN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores”, *La Ley*, 22-3-1994.

MAZA MARTÍN, J.M.: “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXVIII, 1995.

MELÉNDEZ, F.: *Instrumentos Internacionales aplicables a la Administración de Justicia*. Cuadernos Electrónicos – Derechos Humanos y Democracia. [www.portalfio.org/cuadernos](http://www.portalfio.org/cuadernos)

MITTERMAIER, C.J.A.: *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 9ª edic. Editorial Reus, S.A. Madrid.

MONTERO AROCA, J.: (con GOMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, S.). *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

MONTERO AROCA J.: (con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO) *Derecho Jurisdiccional*, T. 1. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

.

MONTERO AROCA, J.: *Independencia y responsabilidad del Juez*. Madrid, 1990.

MONTERO AROCA, J.: *Principio del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, J.: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999.

- MONTÓN REDONDO, A. (con MONTERO AROCA, J; GÓMEZ COLOMER, J.L y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional, Tomo III. Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la ley Orgánica 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 1996.
- MORENO CATENA, V.: “Algunas notas sobre la abstención del Juez”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1988, núm. 3.
- MORENO CATENA, V.: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, núm. Especial II, 1987.
- MORENO CATENA, V.: *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.
- NIETO GARCÍA, A.: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel. Barcelona, 1996.
- ORTEGO PÉREZ, F.: *El juicio de acusación*. Ed. Atelier. Barcelona, 2007.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Jurisprudencia del TEDH, sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*. Justicia, 1993.
- PACHECO, F.: *La Ley del Jurado comentada*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1888.

PÉREZ TREMPES, P.: *Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces Ordinarios*. Documentación Jurídica, núm. 45 y 46, tomo XII. Madrid, 1985.

PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria de oficio del juez civil. A propósito de un caso”, en *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003.

PICÓ I JUNOY, J.: “Nuevas reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Justicia 96*, núm. 1, 1996.

PICÓ I JUNOY, J.: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch. Barcelona, 1998.

PICÓ I JUNOY., “La imparcialidad objetiva del Juez a examen”, *La Ley*, núm. 4486, 1998.

PREGO DE OLIVER Y TOLIVA.: “Aproximación doctrinal al significado del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y doctrina jurisprudencial”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 28.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, 1982.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: “Puntos de vista generales sobre la reforma de las Leyes de justicia”. *Revista de Derecho Procesal*, 1965, III.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho de Tribunales*. Edt. Aranzadi. Pamplona, 1986.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y Proceso de Ejecución*, volumen I y II. Aranzadi. Pamplona, 1985.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.; G. DE CABIEDES, E.; ALMAGRO NOSETE, J. y GONZÁLEZ-DELEITO, N.: *Tribunales españoles, organización y funcionamiento*, 4ª. Edic. Madrid, 1977.

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL.: *Corrección y actualización de la LEC*, T. I. Madrid, 1972.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *El proceso penal. Lectura Constitucional*, J.M. Bosch, editor. Barcelona, 2001.

RAMOS MÉNDEZ.: *El sistema procesal español*, 2º ed. Bosch. Barcelona 1995.

RIEDEL, J.: *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters*. Berlín, 1980.

SA, P. & ASOCIADOS, *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde la praxis profesional*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 2001.

SAAVEDRA RUIZ, J.: “*La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. X, 1994.

SACRISTÁN REPRESA. G.: (“Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en revista *Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo de 2001).

SAEZ GONZÁLEZ, J.: “*Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor*”, en Anuario de Justicia de Menores, 2001 nº 1. Editorial Astigi. Sevilla.



SÁEZ JIMÉNEZ, J. y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. II, tomo IV, editorial Santillana. Madrid, 1968.

SANCHÍS CRESPO, C.: “La prueba en los proceso de consumo” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barona Vilar, S. (coord.), ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

SANJURJO REBOLLO, B.: *Los Jurados en USA y en España: Dos contenidos distintos de una misma expresión*. Dykinson, Madrid, 2004.

SANTOS VIJANDE, J.M.: “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)”, *La Ley*, núm. 4719, 1999.

SANZ GUTIÉRREZ, M.<sup>a</sup> R.: en AAVV, *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cabañas Rodríguez, J. C. (coord.), ed. Trivium. Oviedo, 2000.

SATTA , S.: *Astensione del giudice*,\_“*Enciclopedia del Diritto*”, tomo III, Edit. Giuffrè. Milán, 1958.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L. (*La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002.

SERRA CRISTOBAL, R.: *La libertad ideológica del Juez*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “El juicio jurisdiccional”, *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel. Barcelona, 1969.

SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial. Madrid, 1994.

SOLÉ TURA Y AJA: *Constituciones y períodos constituyentes en España. 1808/1936. Siglo XXI de España Editores. Madrid, 1977.*

STADLER, M.L.: *Die richterliche Neutralität in de Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerischtgesetz, Regensbur, 1977.*

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (en AAVV, “Comentarios al artículo 429 LEC), en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Cerdón Moreno (coord.) Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *El Ministerio Fiscal en los procesos penales*, “Jornadas de actualización jurídica. Últimas reformas en materia procesal”, ICA de Barcelona, 3 de enero de 2004.

VALDECABRES ORTIZ, M.I.: *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: “Comentario a la STS de 22 de diciembre en que se considera la problemática de la imparcialidad objetiva civil”, <http://www.sc.ehu.dowlonaa.rvdpa>.

VALLINES GARCÍA, E.: *Instrumentos para garantizar la imparcialidad e independencia de los jurados*. Editorial Aranzadi, 2008.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*, 4ª edición, Madrid, 1989.

VERGÉ GRAU, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Ed. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1994.

VIDAL GIL, E.J.: *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch, 1999.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: En AAVV, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III. Tecnos. Madrid, 2000.

VILLALAÍN RUIZ.: “*¿Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes?*” Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 22.

VILLAR DEL MORAL, F.J.: *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso ordinario laboral, en los recursos y en la ejecución*, Edit. Comares. Granada, 2001.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.