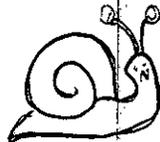


#1130

C-169.  
2-4-08

2º tema



**SOBRE LA  
IMPARCIALIDAD  
DEL JUEZ  
Y LA INCOMPATIBILIDAD  
DE FUNCIONES  
PROCESALES**

(El sentido de las reglas de que quien  
instruye no puede luego juzgar y de que  
quien ha resuelto en la instancia no  
puede luego conocer del recurso)

~~Juan Montero Aroca~~

Catedrático de Derecho Procesal en la  
Universidad de Valencia.

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia  
de la Comunidad Valenciana

**tirant lo blanch**

Valencia, 1999.

Si la palabra «ordinario» del art. 24.2 de la CE no añadiera algo a la palabra «predeterminado», y precisamente el derecho a un juez con las garantías constitucionales, aquélla podría ser suprimida sin consecuencia alguna. Cuando se dice que el derecho al juez legal no es el derecho al juez con todas las garantías constitucionales, sino sólo el derecho al juez predeterminado por la ley, esto es, con la garantía prevista para evitar sólo un riesgo determinado, el del juez *ad hoc*<sup>239</sup>, no se comprende entonces qué puede añadir la inclusión en la CE de la palabra «ordinario».

de la CE deben entenderse incluidos los tribunales militares, por lo que no son contrarios al art. 53.2 de la CE los arts. 453, III, y 518 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que atribuyen a los tribunales militares el conocimiento de un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

<sup>239</sup> DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., pp. 92-3.

### Sección Tercera

## DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ A LA INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES PROCESALES

Vista la jurisprudencia sobre las causas de abstención y recusación relativas a haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia (del art. 219, 10, de la LOPJ), y algunos conceptos instrumentales, útiles especialmente para diferenciarlos de la imparcialidad, es preciso atender ya al concepto de imparcialidad, que sólo puede ser subjetiva aunque la ley la objetivice, para poder concluir que a la misma no se refieren esas causas de abstención y de recusación, las cuales tienen que ver con la incompatibilidad de funciones procesales. La imparcialidad atiende al ánimo del juez, la incompatibilidad se refiere a las actividades a realizar dentro del mismo proceso.

### VII. EL DESINTERÉS OBJETIVO DE LA JURISDICCIÓN

El punto de partida para llegar a comprender lo que es la imparcialidad del juez tiene que consistir en distinguirla de la actuación del Derecho en el caso concreto con desinterés objetivo, que es lo característi-

co de la Jurisdicción. Debe así hablarse de desinterés objetivo, elemento que hace a la esencia de la Jurisdicción, y de desinterés subjetivo o imparcialidad, propio del juez concreto.

Definida la Jurisdicción por Chiovenda como función del Estado, esto es, como función de la soberanía del mismo, y siendo preciso distinguirla de las otras funciones de esa soberanía, y especialmente de la Administración, dado que las dos pueden contraponerse a la Legislación en cuanto que las dos implican actuación de la ley, centraba la distinción en que la actividad de la Jurisdicción es siempre una actividad de sustitución, es decir y precisamente, la sustitución por una actividad pública de una actividad de otro, lo que falta en la Administración<sup>240</sup>

Va a aparecer así la noción de alienitas como elemento caracterizador de la distinción de la Jurisdicción respecto de la Administración, uno de los temas siempre presentes en la doctrina. Chiovenda la expresaba diciendo que «también la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros»<sup>241</sup>. Gómez Orbanéja explica-

<sup>240</sup> CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1922 (trad. de Casáis), pp. 339 y ss., e *Instituciones de Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940 (trad. de Gómez Orbanéja), pp. 1 y ss.; citaremos por esta segunda obra por ser posterior a la primera y reflejar la posición última del Autor.

<sup>241</sup> CHIOVENDA, *Principios*, II, cit., p. 11. En ese mismo sentido hablará hoy PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 10, de la indiferencia de la Jurisdicción respecto de los fines de cualquier otro poder, de los fines de las partes, y de la ausencia de fines propios distintos de la actuación de la ley; de aquí la distinción entre Jurisdicción y Administración por la

ba esta diferencia con un ejemplo: cuando el órgano jurisdiccional declara el divorcio se pronuncia sobre una relación ajena, mientras que cuando el órgano administrativo actúa se pronuncia siempre sobre su propia relación, sobre su derecho a la prestación o sobre su obligación de reconocer, reintegrar o reparar derechos ajenos<sup>242</sup>. Por fin, De la Oliva se ha referido al desinterés objetivo de la Jurisdicción en la tutela y actuación del Derecho en el caso concreto<sup>243</sup>, debiendo entenderse que la Administración actúa siempre con interés objetivo.

Sin ánimo de profundizar en esta distinción, porque no es necesario a los fines perseguidos, sí hay que recordar que la Administración sirve a los intereses generales (art. 103.1 de la CE) y que lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1)<sup>244</sup>. Ese servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcia, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por esto precisamente es por

función pues aquélla no persigue fines propios, no gestiona intereses.

<sup>242</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I (con Herce), Madrid, 1976, pp. 56-7; el ejemplo de Gómez Orbanéja, aparte de desarrollar la noción de Chiovenda, pretendía, además, argumentar en contra de la objeción relativa a las pretensiones constitutivas y de ahí que se refiriera precisamente al divorcio.

<sup>243</sup> DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil*, I (con Fernández López), Madrid, 1995, pp. 26-7.

<sup>244</sup> T. R. FERNÁNDEZ, *Los principios constitucionales del procedimiento administrativo*, en «Gobierno y Administración en la Constitución», I, Madrid, 1988, pp. 113-4.

lo que la Administración es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce, lo que ocurre incluso cuando aparentemente tiene que decidir sobre un conflicto entre particulares, pues su decisión de ese conflicto sólo se justifica en tanto sea un medio para perseguir intereses generales<sup>245</sup>

Posiblemente el camino más idóneo para comprender la diferencia entre el actuar del Derecho objetivo por la Administración y por la Jurisdicción radique en la distinción entre autotutela de la primera y heterotutela de la segunda. Para la mejor gestión de los intereses generales la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone siempre aplicar el Derecho en asunto propio<sup>246</sup>, mientras que la Jurisdicción ejer-

<sup>245</sup> T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II (con García de Enterría), Madrid, 1993, pp. 462-5, partiendo de que la Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y de parte, entiende que el principio de imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida. En realidad, si la Administración es juez y parte no es que se relativice el principio de imparcialidad, que se refiere a los funcionarios concretos, sino que pierde sentido toda referencia a la objetividad, a actuar con desinterés objetivo, pues la Administración actúa con interés objetivo en todos los asuntos.

<sup>246</sup> La legitimidad constitucional de la autotutela de la Administración ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional, pero también la necesidad de tutela judicial efectiva contra la misma. Por ejemplo la STC 78/1996, de 20 de mayo, dice en su F.J. 3: «Hemos declarado en relación con este género de cuestiones que 'el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE' (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la CE (STC 66/1984 y AATC 458, 930 y 1095/1988), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas

ce siempre un sistema de heterotutela, es decir, actúa el Derecho objetivo en asuntos de otros<sup>247</sup>. Es por esto por lo que la Administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide.

En cualquier caso, hay que advertir que el desinterés objetivo de la Jurisdicción y el interés objetivo de la Administración no atienden al juez o al funcionario concreto que conoce de un asunto determinado, sino que se refieren a la función misma que ejercen, esto es, a la caracterización de las dos funciones del Estado. Con esas características no guarda relación el requisito de la imparcialidad del juez y del funcionario, que es algo que se ha de referir a un proceso y a un procedimiento determinados. Debe quedar claro, pues, que en lo que sigue no nos referiremos a estos desinterés e interés objetivos.

cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la ley señala. Mas 'la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos e intereses legítimos reclama la eficacia real de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso' (STC 14/1992), evitando un daño irremediable de los mismos. 'Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos' (STC 238/1992), doctrina conforme con la STC 148/1993 antes citada».

<sup>247</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo*, I (con T. R. Fernández), Madrid, 1997, pp. 498 y ss., justificando materialmente la autotutela en una razón de expeditividad y eficacia en la gestión de los servicios y asuntos públicos (p. 502).

Derecho y Justicia

## VIII. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ O EL DESINTERÉS SUBJETIVO

El desinterés objetivo se refiere a la Jurisdicción, y es uno de los elementos caracterizadores de la misma frente a la Administración. El caso siguiente atiende ya al juez como persona y uno de los principios determinantes de su actuación es el del desinterés subjetivo o imparcialidad, que se refiere a cada uno de los casos concretos que se someten a su decisión.

### I. Naturaleza de la imparcialidad

En correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que quien juzga no puede ser parte<sup>248</sup>, es una exigencia elemental que hace más a la noción de Jurisdicción que a la de proceso, aunque

<sup>248</sup> La palabra fue acuñada por GOLDSCHMIDT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso (La «parcialidad» y la parcialidad)*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pp. 184 y ss., que es seguido por ARAGONESES, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pp. 89 y ss. Frente al primero hay que recordar que la imparcialidad no es propiamente un principio del proceso sino que atiende al titular de la potestad jurisdiccional que hace el proceso, y respecto del segundo conviene advertir que en la 2.ª edición de su obra citada, *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*, Madrid, 1997, se ha limitado a suprimir buena parte del contenido de la 1.ª edición sin actualizarla, lo que conduce a dar al lector la impresión de que en los últimos cuarenta años no ha sucedido nada en la rama de la ciencia jurídica que se llama Derecho Procesal, llegándose al extremo de que no se cita obra alguna publicada durante ese tiempo; en estas condiciones debe seguirse citando la 1.ª edición.

éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden «representar» por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del Derecho objetivo por la Jurisdicción en el caso concreto.

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la Jurisdicción de que ha conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir la *alienità* a la Jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la Jurisdicción, la denominada *parcialidad*.

La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso<sup>249</sup>, esto es, que su

<sup>249</sup> Como decía WACH, *Manual de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1977 (traducción de Banzhaf), p. 36 (el original alemán es de 1885).

juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. Adviértase que, así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo; afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad.

Una misma circunstancia puede tener efectos muy distintos en el ánimo de cada juez. Determinada relación de parentesco con una de las partes de un proceso; puede hacer que un juez se vea influenciado en su imparcialidad, de modo que su decisión no pueda dejar de tomar en consideración aquella circunstancia, con lo que no se limitará a decidir el asunto actuando el Derecho objetivo, mientras que esa misma relación en otro juez puede no tener influencia alguna sobre su imparcialidad. Esta es así algo de indudable naturaleza subjetiva, que depende de cada persona juez, y que radica en ser o no capaz de actuar limitándose al cumplimiento estricto de su función y sin servir a los intereses o fines de una parte en el proceso.

A pesar de que la imparcialidad tiene que ser subjetiva, y no puede dejar de serlo, lo que la ley hace es intentar objetivarla, y para ello suele establecer una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez es sospechoso de parcialidad, e independientemente de que en la realidad un juez concreto sea o no capaz de mantener su imparcialidad, su equidistancia de las partes. La regulación de la imparcialidad en las legislaciones no puede atender a descubrir el ánimo de cada juzgador y en cada caso de los que conoce, lo que sería

manifiestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en una de ellas cuando conoce de un proceso concreto, el juez debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser apartado del mismo.

La imparcialidad, por tanto, no es una característica absoluta de los jueces y magistrados, como es la independencia, sino que ha de referirse a cada proceso que se somete a su decisión. Así como la independencia ha de determinarse con relación a las garantías establecidas en la ley al regular el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, de modo que la única manera de saber de si en un país existe independencia judicial consiste en comprobar si ese estatuto la permite realmente y sin referencia a un proceso concreto, la imparcialidad no puede determinarse con relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda necesariamente relación con un proceso determinado, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso.

Ese carácter concreto de la imparcialidad es el que ha llevado a que la misma, y los medios para garantizarla, no se incluyan en las leyes orgánicas sino en las leyes procesales, como ocurre en Italia<sup>250</sup> y en Alemania<sup>251</sup>, por ejemplo, aunque en España no ha ocurrido

<sup>250</sup> En Italia el R.D de 30 de enero de 1941, sobre el *Ordinamento giudiziario*, todavía vigente aunque con grandes modificaciones, regula los órganos a los que se dota de Jurisdicción y el estatuto jurídico de los magistrados, pero es en los códigos procesales civil y penal donde se regula la abstención y la recusación.

<sup>251</sup> En Alemania la Ley Orgánica de los Tribunales, la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), en origen de 1 de febrero de 1866 pero según texto aprobado el 9 de mayo de 1975, con algunas reformas posteriores, regula los órganos dotados de

así por razones históricas<sup>252</sup>, si bien la doctrina, a pesar de centrarse en el estudio del proceso, ha tenido que atender a la abstención y a la recusación, entendiéndolas instituciones más procesales que orgánicas<sup>253</sup>. Sigue siendo sintomático que la LPL, aunque sea casi a los solos efectos de efectuar una remisión a la LOPJ, atiende específicamente a la abstención y a la recusación en el art. 15.

## 2. Los sistemas de garantizar la imparcialidad

Hemos dicho que la imparcialidad del juez es por esencia subjetiva, al atender al ánimo de cada juzga-

Jurisdicción y su competencia, pero la exclusión y la recusación del juez se regula en las ordenanzas procesales civil y penal.<sup>252</sup> En España la Ley Orgánica del Poder judicial de 1870 después de regular la planta y organización de los Juzgados y Tribunales, el estatuto de los jueces y magistrados y la competencia, regulaba la abstención y la recusación (en los arts. 426 a 471), entre otras cosas porque no existía en aquel momento una regulación completa del proceso y penal y sí sólo la LEC de 1855. Por su parte la LOPJ de 1985 sabido es que contiene buena parte de normas de contenido meramente procesal, sobre todo en el Libro III titulado «Del régimen de los Juzgados y Tribunales», y por ello se refiere también a la abstención y a la recusación.

<sup>253</sup> La doctrina española desde la recepción moderna de las influencias alemana e italiana, lo que se produjo en los años treinta de este siglo (MONTERO, *Evolución y futuro del Derecho procesal*, Bogotá, 1984, pp. 46 y ss., *Del Derecho procesal al Derecho jurisdiccional*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 37 y ss.), se venía centrando en el estudio del proceso, como concepto base que daba contenido a la asignatura o disciplina, pero a pesar de ello tenía que atender a la abstención y a la recusación, y así pueden verse, por ejemplo, GUASP, *Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Madrid, 1962, pp. 151-3, y GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, 10.ª edición (con Herce), Madrid, 1984, pp. 51 y ss.

dor, y concreta, pues ha de referirse a un proceso determinado, pero que la ley ha de tender necesariamente a objetivarla. Esa objetivación puede intentarse de varias maneras como demuestra el examen del Derecho comparado. Antes de atender a la manera propia del Derecho español, vamos a resumir algunos otros sistemas, principalmente el alemán y el italiano.

### A) Exclusión y recusación del juez (Alemania)

La GVG o Ley orgánica de los Tribunales no regula las garantías de la imparcialidad judicial, para lo que debe estarse a las ordenanzas procesales civil (parágrafos 41 a 48) y penal (parágrafos 22 a 32)<sup>254</sup>, las dos basadas en el Derecho común y en la distinción entre *iudex inhabilis* e *iudex suspectus*. En cualquier caso la doctrina alemana se ha centrado en la capacidad del juez<sup>255</sup>.

<sup>254</sup> Decía WACH, *Manual*, II, cit., p. 36, que acertadamente el legislador del Imperio había incluido las normas relativas a las garantías de la imparcialidad en la ZPO y no en la GVG, siguiendo a los legisladores anteriores, y ello por considerar que se trata de instituciones procesales, que hacen a la relación jurídica procesal concreta, mientras que ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1983, p. 40, estima que a pesar de estar incluido en la StPO el tema pertenece al Derecho orgánico y constitucional, poniendo de manifiesto, una vez más, la pobreza conceptual procesal con se maneja la doctrina penal alemana cuando aborda el proceso penal, y ello a pesar de que (o precisamente porque) los profesores alemanes lo son tanto de Derecho penal como de Derecho procesal penal.

<sup>255</sup> No es ocioso recordar que BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, 1964 (traducción de Rosas del original alemán de 1868), pp. 5, 82 y 282-4, estimaba que la capacidad y la insospechabilidad del juez se alegaba y probaba en el proceso romano en la fase *in jure*, debiendo ser en la actualidad un presupuesto procesal.

Entendía Wach que las condiciones para obtener el ser investido de la función judicial, el nombramiento o la pérdida de la condición de juez, son materias que pertenecen a la teoría de la organización judicial o, en su caso, del Derecho político, mientras que los requisitos individuales para ejercer el cargo respecto de un proceso concreto son, en cambio, específicamente procesales, y tienden a evitar que el juez sirva a la finalidad subjetiva de alguna de las partes, en contra de la finalidad objetiva del proceso. Son las normas procesales las que han de regular las garantías de la imparcialidad del juez, en cuanto elementos procesales que excluyen a la persona concreta de un juez del conocimiento de un proceso determinado y en atención a no ser su imparcialidad completamente segura<sup>256</sup>.

Por su parte Goldschmidt, y con relación a la capacidad del juez, distinguía entre capacidad absoluta (que atiende a las reglas para ser juez, al nombramiento y al destino de los magistrados) y capacidad relativa que, presuponiendo la anterior, su falta impide a un juez conocer de un litigio concreto<sup>257</sup>.

Con referencia expresa a la incapacidad o sin referencia a ella, el sistema alemán se basa, asumiendo el Derecho común<sup>258</sup>, en la distinción entre:

<sup>256</sup> WACH, *Manual*, II, cit., pp. 35-6.

<sup>257</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (traducción de Prieto-Castro y notas de Alcalá-Zamora), pp. 149 y ss. y 159.

<sup>258</sup> Lo mismo ocurre en el Derecho portugués. En el *Código de proceso penal* se distingue entre impedimentos (arts. 39 a 42) y recusas y excusas (arts. 43 a 47), con los efectos de que los actos realizados por el juez impedido son nulos (art. 41.3), mientras que los actos realizados por el juez antes de la recusación son válidos, aunque anulables (art. 43.4: «Los actos procesales practicados por juez recusado o excusado hasta el momento en

a) «Iudex inhabilis»

Se trata del juez excluido por la ley del conocimiento de un asunto concreto, lo que exige la existencia de causas taxativamente enumeradas en la norma. Esas causas se enuncian de modos parcialmente diferentes en la ZPO<sup>259</sup> y en la StPO<sup>260</sup>, realizándose una acomoda-

que la recusación o la abstención sean solicitadas sólo son anulados cuando se verifique que de ellos resulta perjuicio para la justicia de la decisión del proceso». En el *Código de proceso civil* se distingue entre impedimentos (arts. 122 a 124) y excusas y sospeições (arts. 126 a 136).

<sup>259</sup> Según el párrafo 41 de la ZPO todo juez queda excluido por la ley del ejercicio de las funciones judiciales: 1.º En las causas en que sea parte o codeudor, coacreedor o deudor por regresión con respecto a alguna de las partes; 2.º En las causas de su consorte, aunque el matrimonio haya sido disuelto; 3.º En los negocios en que intervengan parientes en línea recta por consanguinidad, afinidad o adopción, o colaterales en tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, aunque el matrimonio de que derive la afinidad no subsista; 4.º En las causas en que esté nombrado representante o asistente de una parte o esté o haya estado autorizado para intervenir como representante legal de una de las partes; 5.º En los negocios en que haya intervenido como testigo o perito; 6.º En las causas en que haya intervenido en una instancia anterior, como árbitro o magistrado votante de la sentencia que se impugna; se exceptúa el caso de que su intervención haya sido como magistrado delegado del Tribunal o como juez exhortado.

<sup>260</sup> Según el párrafo 22 de la StPO el juez estará excluido del ejercicio del cargo judicial, por mandato de la ley: 1. Cuando fuera el ofendido por el hecho punible. 2. Cuando fuera o hubiera sido cónyuge o tutor del inculpado, o del ofendido. 3. Cuando estuviera o hubiera estado emparentado por vínculo familiar o por matrimonio con el inculpado o con el ofendido en línea recta, hasta el tercer grado en la línea colateral por vínculo familiar, o hasta segundo grado por matrimonio. 4. Cuando hubiera conocido de la causa como funcionario de la Fiscalía, como funcionario de policía, como abogado del ofendido o como defensor. 5. Cuando fuera oído en la causa como testigo o perito. Y el párrafo 23 añade que el juez que hubiera

dación a cada tipo de proceso. Lo que importa, con todo, de las causas de exclusión es que, concurriendo una de ellas, el juez tiene el deber de abstenerse en el conocimiento del asunto, pero especialmente que el efecto producido por el incumplimiento del deber establecido en la norma es la nulidad *inso iure* del acto o de los actos realizados, por lo que no cabe renunciar al cumplimiento de lo establecido en la ley. Esa nulidad puede invocarse de varias maneras y en cualquier momento del proceso.

Entre las causas de exclusión figura la de haber intervenido en una instancia anterior en el dictado de la resolución que se impugna, y hay que advertir una diferencia entre la ZPO y la StPO, pues la primera la regula como una más en la enumeración del párrafo 41, mientras que la segunda le dedica párrafo propio, el 23.

b) «*Iudex suspectus*»

Atiende a la recusación del juez por la parte y, además de en las causas de exclusión, puede basarse en la concurrencia de temor o peligro de parcialidad, esto es, de «motivos suficientes de desconfianza en la imparcialidad del juez» (párrafo 42 de la ZPO), o «motivo apto para justificar la desconfianza en la imparcialidad» (párrafo 24 de la StPO). Como decía Wach son supuestos de parcialidad todos los elementos que podrían fundar objetivamente, y no sólo por la sensación subjetiva de una de las partes, una sospecha; el legislador no ha realizado aquí una enumera-

participado en dictar una resolución queda excluido por mandato de la ley de participar en el conocimiento del recurso contra la misma.

ción taxativa, en vista de la multiplicidad de posibles manifestaciones, y el intento de realizarla sería científicamente estéril»<sup>261</sup>

La recusación presupone la existencia de un acto de parte que pretende evidenciar la concurrencia del motivo que justifica la desconfianza en la imparcialidad del juez, y por ello la ley ha de fijar el tiempo limitado en que ese acto puede realizarse con eficacia. Así el párrafo 43 de la ZPO alude a «después de haber actuado con el juez o intervenido en la causa sin alegar el motivo de recusación siéndole conocido», y el párrafo 25 de la StPO se refiere «hasta el comienzo del interrogatorio del acusado sobre el asunto». Ahora bien, lo más destacado aquí es que la recusación opera *ope exceptionis*, por lo que si la parte no la alega, y precisamente por medio del procedimiento previsto por la ley, es decir, por el procedimiento de la recusación, el tribunal no la puede tomar en consideración de oficio. Por lo mismo, todos los actos anteriores realizados por el juez son válidos, y ello hasta el extremo de que, después de formulada la recusación, el juez podrá realizar aquellos actos que no admitan demora (párrafos 47 de la ZPO y 29 de la StPO).

Existe, pues, una importante diferencia entre la exclusión del juez por ministerio de la ley (*iudex inhabilis*) y la recusación del mismo por la parte (*iudex suspectus*). En el primer caso se trata de causas taxativas cuya concurrencia lleva a la nulidad de todos los actos procesales realizados por el juez, pues, como decía Wach, la exclusión del juez es un vicio esencial del proceso, lo que obliga a recomenzarlo en todo lo que se haya desarrollado con intervención personal del

<sup>261</sup> WACH, *Manual*, II, cit., p. 39

juez excluido. En la recusación se trata de un derecho de la parte, que se pierde por su no uso, y de ahí que la ley exija que se haga valer en momento determinado y con preclusión, por lo que, aún estimándose la recusación, los actos realizados por el juez antes de la misma seguirán siendo válidos<sup>262</sup>.

### B) Incompatibilidad, abstención y recusación (Italia)

Tampoco en Italia el R. D. de 30 de enero de 1941, regulador del *Ordinamento giudiziario*, atiende a las garantías de la imparcialidad, que deben buscarse en los códigos procesales civil (arts. 51 a 54) y penal (arts. 34 a 44). No debería hablarse aquí de un único sistema<sup>263</sup>.

<sup>262</sup> La diferencia entre exclusión y recusación puede apreciarse claramente en la demanda de nulidad, esto es, en la revisión contra la sentencia firme afectada de faltas de procedimiento graves y enumeradas taxativamente en la ley. Entre esas causas el parágrafo 579 de la ZPO enumera: 2) Si hubiera intervenido en la votación de la sentencia algún juez excluido por la ley (salvo que se hubiera alegado en su momento la recusación y ésta se hubiera desestimado), y 3) Si hubiera intervenido en la resolución del negocio algún juez contra el que se hubiera propuesto recusación por sospecha de parcialidad y la recusación se hubiera estimado. Adviértase que las causas de exclusión se convierten en causas de revisión de la sentencia firme para la demanda de nulidad, siempre que no se hubieran alegado y desestimado en el proceso, esto es, que operan incluso después de la terminación del proceso, porque se parte de que éste es nulo. Por el contrario las causas de recusación sólo tienen incidencia si se alegaron, si se estimaron, y si, a pesar de ello, el juez interviene en dictar la resolución final de ese proceso.

<sup>263</sup> Dado que estamos aludiendo sólo a ejemplos de los sistemas, no desarrollaremos el caso de Francia, en donde se distingue entre reenvío a otro tribunal por parentesco o afinidad (arts. 368 a 377 del *Code de procédure civile*) y recusación (arts. 378

sino de dos, distinguiendo uno y otro Código, pues en el procesal penal aparece la incompatibilidad.

#### a) Proceso civil

En la doctrina italiana se ha considerado que las cuestiones relativas a la constitución de los órganos judiciales y a la selección de los jueces, con su estatuto orgánico, corresponden, bien a la disciplina de la organización judicial, bien a la de la administración de justicia<sup>264</sup>, por lo que deben ser reguladas en las normas orgánicas. Pero existe un momento en el que la determinación del juez entra en la disciplina del proceso, lo que se produce cuando el juez viene considerado en concreto, en su relación con un proceso determi-

a 388 del mismo *Code*). El primer supuesto se refiere tanto al caso de que una parte tenga parentesco o afinidad con algún miembro de algún órgano judicial colegiado (dos jueces del tribunal de primera instancia o tres del tribunal de apelación) hasta el cuarto grado, como al caso de que siendo el mismo juez la parte tenga con otro miembro del tribunal (uno en primera instancia y dos en apelación) ese mismo grado de parentesco o afinidad. El supuesto de la recusación es el común con otros ordenamientos.

<sup>264</sup> Materias que los procesalistas italianos abandonaron cuando en 1935 el plan de estudios de las facultades de derecho cambió la denominación de la asignatura de *Ordinamento giudiziario e procedura civile* para pasar a ser únicamente *Procedura civile*, la que en 1936 se convirtió en *Diritto processuale civile*. Ese cambio de denominación y de contenido, producido en pleno régimen fascista, condujo a que la doctrina procesal dejara de ocuparse de los problemas de la organización judicial y, más específicamente, del estatuto del juez, abandonando todo lo relativo a la independencia. Después de 1947 han sido los propios magistrados y los autores de Derecho constitucional los que se han ocupado de estas cuestiones, mientras que la doctrina procesal seguía —y sigue— anclada en el proceso.

nado que se somete a su decisión. Entonces no se atiende ya al órgano judicial, sino a la persona física del juez, del que debe constatarse su imparcialidad.<sup>265</sup> A partir de estas iniciales consideraciones, la doctrina italiana se divide, aludiendo unos a la capacidad relativa del juez<sup>266</sup> y otros a su legitimación<sup>267</sup>, si bien no existen entre ellos diferencias esenciales<sup>268</sup>.

En este sistema se distingue sólo entre abstención y recusación, si bien la primera: puede ser de dos tipos<sup>269</sup>.

a) Abstención, que puede ser obligatoria para el juez, debiendo producirse cuando concurre alguna de las causas enumeradas taxativamente en el art. 51 del *Codice di procedura civile*<sup>270</sup>, o facultativa para el

<sup>265</sup> SATTA, *Diritto processuale civile*, 6.ª edición, Padova, 1959, pp. 49-50.

<sup>266</sup> COSTA, *Astensione e ricasazione del giudice (diritto processuale civile)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo I, Milano 1957, p. 1462; MONTESANO, *In tema di ricasazione, di difetto di giurisdizione del giudice speciale e nullità della sentenza*, en *Foro Italiano*, 1950, I, p. 449, por ejemplo.

<sup>267</sup> CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1936, p. 183; ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, I, 3.ª edición, Napoli, 1957, p. 177, también por ejemplo.

<sup>268</sup> DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile*, Padova, 1991, pp. 31 y ss.; un buen resumen en COMEZ en *Codice di procedura civile*, de «Le Fonti del Diritto Italiano» (dirigido por Picardi), Milano, 1994, pp. 224-60.

<sup>269</sup> Entre el *Codice* de 1865 y el de 1940 no existen diferencias fundamentales; sobre el primero puede verse MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, II, 3.ª edición, Milano, s.d., pp. 479 y ss.

<sup>270</sup> Según este art. 51, párrafo I, el juez tiene la obligación de abstenerse: 1) Si tiene interés en la causa o en otra relativa a idéntica cuestión de derecho; 2) Si el mismo o su esposa es pariente hasta el cuarto grado, o está ligado por vínculos de afinidad o convive o es comensal habitual de una de las partes

mismo, que permite al juez pedir al *capo dell'ufficio* (presidente del órgano judicial) autorización para abstenerse «en cualquier otro caso en que existan graves razones de conveniencia»<sup>271</sup>.

b) Recusación, concebida como un derecho de la parte, de naturaleza procesal, para apartar a un juez del conocimiento de un asunto concreto cuando concurre una causa de abstención obligatoria y ésta no se ha producido, si bien, al mismo tiempo, se la considera como carga de la parte, dado que, por un lado, si no se ejercita el derecho los actos realizados por el juez son válidos y, por otro, ha de ejercitarse precisamente por el procedimiento de recusación y no por cualquier otro, como podría ser (y no son) los recursos.

Una de las causas de abstención obligatoria y de recusación es el haber conocido como magistrado en otro grado (instancia) del proceso, y la doctrina encuentra su razón de ser en que asegura la diversidad

o de alguno de los defensores; 3) Si el mismo o su esposa tiene causa pendiente o grave enemistad o relaciones de crédito o de deuda con una de las partes o alguno de sus defensores; 4) Si ha dado consejo o prestado patrocinio en la causa, o ha declarado en ella como testigo, o ha conocido como magistrado en otra instancia del proceso, o como árbitro, o ha prestado asistencia como perito; y 5) Si es tutor, curador, procurador, agente o empleador de una de las partes; si, además, es administrador o gerente de un ente, de una asociación incluso no reconocida, de un comité, de una sociedad o establecimiento que tenga interés en la causa.

<sup>271</sup> Cuáles son esas «graves razones» no está claro en la doctrina italiana, pues si unas veces se reducen a las causas de imparcialidad no enunciadas como causas de abstención obligatoria, otras se entiende que esas razones han de ser precisamente distintas de las relativas a la parcialidad. En este sentido DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., p. 205, se refiere a la doble función que cumple esta abstención facultativa, pues no siempre tiene que atender a la imparcialidad.

efectiva de instancias, y de ahí que, sin perjuicio de hacer alguna referencia vaga a la imparcialidad, centre su examen en la existencia de incompatibilidad de las funciones que se ejercitan en los diversos grados del proceso. Naturalmente ese examen pasa por precisar el concepto de grado o instancia y el sentido de conocer del mismo. Esto lleva a concluir que no existe incompatibilidad entre las funciones judiciales ejercitadas dentro de la misma instancia y, más concretamente, que no es causa de abstención obligatoria ni de recusación el haber ejercitado la función de juez instructor para luego integrar el colegio que debe dictar la sentencia<sup>272</sup>. A partir de aquí tanto en la doctrina como en la práctica se procede con gran meticulosidad en la consideración de numerosas hipótesis<sup>273</sup>, una de las cuales es la de la compatibilidad de funciones entre la adopción de medidas cautelares y el pronunciamiento sobre el fondo del asunto<sup>274</sup>.

<sup>272</sup> ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., p. 178. Debe recordarse que la figura del juez instructor en el proceso civil es obra del *Codice di procedura civile* de 1940 y que la paternidad de su idea es incierta; véase CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, pp. 27-29, y Francesco Carnelutti *tra il giudice delegato e il giudice istruttore*, primero en la *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, pp. 543 y ss., y luego en «Ideologie e modelli del processo civile», Napoli, 1997, pp. 165 y ss.

<sup>273</sup> Un elenco de esas hipótesis, con la bibliografía y la jurisprudencia, COMEZ en *Codice*, cit., pp. 240-1.

<sup>274</sup> Sobre la que puede verse MORETI, *Imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, 4, pp. 1084 y ss., que propone una interpretación extensiva del art. 51, 4, del *Codice* que consienta comprender en él todas las hipótesis en que exista el temor de que el juez no esté en condiciones de expresar un juicio no condicionado por la actividad precedente desarrollada dentro de la misma causa.

## b) Proceso penal

La tradición italiana en esta materia ha sido en parte distinta en lo que se refiere al proceso penal, y aun debe tenerse en cuenta que el *Codice di procedura penale* de 1988 ha alterado un tanto esa tradición respecto del anterior *Codice* de 1930, sobre todo teniendo en cuenta que en el más moderno el juez ha dejado de asumir la instrucción de la causa.

En el *Codice* de 1930, y en la interpretación más autorizada<sup>275</sup>, debía partirse de que una persona sólo podía ejercitar válidamente la potestad jurisdiccional en el proceso penal si tenía:

1.º Capacidad de adquirir la calidad de juez, que se refería a las condiciones necesarias para poder ser nombrado juez, esto es, nacionalidad, edad, licenciatura en derecho, etc.

2.º Capacidad de ejercicio, que atendía a que hubiera sido efectivamente admitido como juez y a que se hubiera constituido regularmente en el proceso, de modo que se está ante un *iudex capax* cuando concurre:

1.º Capacidad genérica de ejercicio, que se confiere con el nombramiento, con el destino en un órgano judicial y con la asunción efectiva de la función.

2.º Capacidad específica de ejercicio, que aludía a la no concurrencia de las condiciones que hacen a una persona *iudex inhabilis*. Estas condiciones son las causas de incompatibilidad enumeradas por la ley, y

<sup>275</sup> MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, II, Buenos Aires, 1951 (traducción de Sentís y Ayerra), pp. 189 y ss.; también CONSO, *Capacità processuale (Diritto processuale penale)*, en *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, pp., 135 y ss.

que en el *Codice* de 1930 atendían bien a los actos realizados en el mismo proceso<sup>276</sup>, bien a relaciones de parentesco o afinidad entre los miembros del tribunal<sup>277</sup>.

3.º) Insospechabilidad, que atendía a que en el juez no concurriera alguna causa de recusación<sup>278</sup>, pero

<sup>276</sup> Según el art. 61 la incompatibilidad determinada por los actos realizados en el mismo proceso se refería a: 1) El juez que ha pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia en un proceso no puede participar en instancias posteriores del mismo proceso, ni en el juicio de reenvío después de la anulación bien en el recurso de casación bien en el juicio de revisión; 2) El juez que ha pronunciado o concurrido a pronunciar la sentencia de reenvío a juicio, no puede participar en ese juicio, y 3) No puede actuar como juez quien en un proceso ha ejercitado la función de Ministerio Público, de defensor, de procurador o de curador de una parte, ni quien ha sido testigo, perito, ni quien ha formulado denuncia, querrela, instancia o ha concurrido a deliberar sobre la autorización a proceder. El apartado segundo fue el que despertó los problemas relativos a la incompatibilidad entre las funciones de decisión del proceso y de instrucción del mismo, y sobre ellos pueden verse RUBIOLA en el *Commentario breve al Codice di procedura penale* (dirigido por Conso y Grevi), Padova, 1987, p. 298, y CALIA DI PINTO, *Note sull'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nello stesso procedimento*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, pp. 106 y ss.

<sup>277</sup> Según el art. 62 la incompatibilidad determinada por las relaciones de parentesco o afinidad se referían a que en el mismo proceso no podían ejercitar funciones judiciales, incluso separadas o diversas, jueces que estuvieran entre sí unidos por relaciones de parentesco o afinidad hasta el segundo grado.

<sup>278</sup> Las causas de recusación se enumeraban en el art. 64, según el cual el juez podía ser recusado cuando: 1) Tenga interés personal en el proceso o si el imputado, el responsable civil o la parte civil, es deudor o acreedor de él, de su mujer o de sus hijos; 2) Haya dado consejo o manifestado su parecer sobre el objeto del proceso fuera del ejercicio de la función judicial; 3) Tenga enemistad grave con él o con alguno de sus próximos parientes,

también a que no existieran graves razones de conveniencia para abstenerse, aunque estas razones no fueran de las enumeradas como causas de recusación, con lo que se estaba aludiendo al *iudex suspectus*<sup>279</sup>

En el *Codice di procedura penale* de 1988 la capacidad del juez (art. 33.1) se ha reconducido únicamente a la concurrencia de las condiciones previstas para serlo, conforme al R.D. de 1941 sobre *Ordinamento giudiziario*, de modo que, por un lado, se ha dispuesto que sólo existe nulidad absoluta, declarable de oficio en cualquier momento del proceso, cuando no se han observado las condiciones de capacidad del juez o el número de jueces necesarios para constituir el colegio (según lo dispuesto en las normas sobre organización judicial) (arts. 33.1, 178.1, a), y 179.1), y, por otro, que no se consideran atinentes a la capacidad las disposiciones sobre destino de los jueces a los órganos judiciales y a las secciones, ni las propias de la composición de los colegios, ni las de atribución de los procesos a las secciones, colegios o jueces (art. 33.2).

el imputado, el responsable civil o la parte civil; 4) Alguno de los próximos parientes de él o de su mujer haya sido ofendido por el delito, imputado o responsable civil; 5) Si el defensor, el procurador o el curador de alguna de las partes es pariente próximo de él o de su mujer, y 6) Si se encuentra en alguna de las condiciones de los artículos 61 y 62. En general véase REINA, *Il «iudex suspectus» nel processo penale*, Catania, 1965.

<sup>279</sup> Las consecuencias procesales de la incapacidad del juez eran diferentes. Según MANZINI, *Tratado*, II, cit., pp. 204-5, la falta de capacidad en el juez llevaba a que los actos realizados por el mismo fueran absolutamente nulos, pudiendo extenderse la nulidad a todo el proceso (*iudex incapax*), mientras que en los casos de incompatibilidad (*iudex inhabilis*) no se producía la nulidad a no ser que estuviera expresamente dispuesta en la ley, y, por fin, en los casos de insospechabilidad (*iudex suspectus*) si la parte no proponía a tiempo la recusación se producía la subsanación de la irregularidad.

En Capítulo distinto al de la capacidad se regula la incompatibilidad, la abstención y la recusación; para estos supuestos el art. 42 establece que producida la abstención y declarada la recusación el juez no puede realizar acto alguno del proceso y que la resolución que declara la abstención o la recusación debe establecer si y en qué parte los actos ya realizados conservan su eficacia.

1.º La incompatibilidad se reconduce por la doctrina y por la jurisprudencia a la imparcialidad del juez<sup>280</sup>, distinguiendo tres categorías: 1) Derivada del ejercicio de funciones judiciales<sup>281</sup>, 2) Derivada del ejercicio de otras funciones<sup>282</sup>, y 3) Por razones de parentesco, afinidad o matrimonio<sup>283</sup>. Los problemas

<sup>280</sup> Por ejemplo AMODIO y DOMINIONI, *Commentario al nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, p. 224, y MOLARI, *Appunti di procedura penale* (con Pisani, Perchinunno y Corso), Bologna, 1992, pp. 48 y ss.

<sup>281</sup> Según el art. 34.1 y 2 la incompatibilidad por el ejercicio de funciones judiciales se refiere a: 1) El juez que ha pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia en un grado del proceso no puede ejercer función judicial en los otros grados, ni participar en el juicio de reenvío después de la anulación de la sentencia en el recurso de casación o por el juicio de revisión, y 2) No puede participar en el juicio el juez que ha dictado la resolución conclusiva de la audiencia preliminar, ha decretado el juicio inmediato, ha dictado el auto penal de condena o ha decidido sobre la impugnación contra la sentencia de no haber lugar a proceder.

<sup>282</sup> Según el art. 34.3 no puede ejercer en el mismo proceso la función de juez quien ha ejercitado funciones de Ministerio Público o de policía judicial, quien ha actuado como defensor, procurador o curador de una parte, quien ha sido testigo, perito, quien ha interpuesto denuncia, querrela, instancia o petición, y quien ha deliberado o a concurrido a deliberar sobre la autorización a proceder.

<sup>283</sup> Según el art. 35 no pueden ejercitar funciones en el mismo proceso, incluso separadas o diversas, jueces que sean entre sí cónyuges, parientes, afines hasta el segundo grado.

se han presentado respecto del art. 34.2 y específicamente con relación, no tanto a lo que dice, como a lo que no dice, esto es, a las incompatibilidades no declaradas en él.

De entrada hay que advertir que la estructura del nuevo proceso penal, consistente básicamente en atribuir la instrucción al Ministerio Público, ha llevado a que no exista una incompatibilidad que pudiera enunciarse con la regla de que quien instruye no puede luego juzgar<sup>284</sup>, de modo que los supuestos contemplados en el párrafo 2 del art. 34 se han centrado en los actos procesales que sí realiza el juez durante la instrucción, en las resoluciones que dicta, y ello partiendo de los criterios previstos en el punto 67 de la Ley de Bases de 16 de febrero de 1987. Lo que más llama la atención es que ni la Ley de Bases de 1987 ni el *Codice* de 1988 aludan a la adopción de las medidas cautelares, si bien esta omisión ha sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional que, en su sentencia de 15 de septiembre de 1995, núm. 432, ha declarado inconstitucional el art. 34.2 «en la parte en que no prevé que no pueda participar en el juicio el juez de la investigación preliminar que haya aplicado una medida cautelar personal al imputado»<sup>285</sup>.

<sup>284</sup> Como dicen AMODIO y DOMINIONI, *Commentario*, I, cit., p. 226, suprimida en el nuevo Código la fase de instrucción, han perdido sentido las cuestiones relativas a la incompatibilidad de la función jurisdiccional instructora con la de juzgar; las diferencias del art. 34.2 del nuevo *Codice* con relación al art. 61 del anterior de 1930 atienden a «la nueva y diversa estructura del proceso penal».

<sup>285</sup> En los años transcurridos desde la entrada en vigor del *Codice* de 1988 se han formulado diversas cuestiones de constitucionalidad respecto del art. 34.2, y todas ellas se han referido, no a lo que la norma dispone, sino a lo que la norma no dice.

2.º) La abstención se concibe como un deber del juez, por lo que su incumplimiento puede dar lugar a la recusación, pero, sobre todo, no produce la nulidad de los actos procesales, sino que simplemente puede ser causa de responsabilidad disciplinaria del juez y aun de responsabilidad penal. El art. 36 enuncia taxativamente las causas de abstención<sup>286</sup>, y lo hace partiendo de que las causas de incompatibilidad se convierten en causas de abstención, aparte de añadir algunas otras, finalizando con una causa general e indeterminada: «otras graves razones de conveniencia»<sup>287</sup>.

Algunas de ellas se han estimado, pero en todas es manifiesto que las declaraciones de incompatibilidad responden a la manera como se ha estructurado el nuevo proceso.

<sup>286</sup> Según el art. 36.1 el juez tiene el deber de abstenerse: a) Si tiene interés en el proceso o si alguna de las partes privadas o un defensor es deudor o acreedor de él, de su cónyuge o de sus hijos; b) Si es tutor, procurador o empleador de una de las partes privadas, o si el defensor, procurador o curador de una de dichas partes privadas es pariente próximo de él o de su cónyuge; c) Si ha dado consejo o manifestado su parecer sobre el objeto del proceso fuera del ejercicio de la función judicial; d) Si existe enemistad grave entre él o un pariente próximo y una de las partes privadas; e) Si alguno de los parientes próximos de él o de su cónyuge ha sido ofendido o perjudicado por el delito o por la parte privada; f) Si un pariente próximo de él o de su cónyuge desarrolla o ha desarrollado funciones de Ministerio Público; g) Si se encuentra en alguna de las situaciones de incompatibilidad establecidas en los arts. 34 y 35 o por las leyes de la organización judicial, y h) Si existen otras graves razones de conveniencia.

La expresión «pariente próximo» debe entenderse conforme a lo dispuesto en el art. 307, IV, del *Codice Penale*, según al cual a los efectos de la ley penal, se entienden como *prossimi congiunti* los ascendientes, los descendientes, el cónyuge, los hermanos, las hermanas, los afines en el mismo grado, los tíos y los sobrinos.

<sup>287</sup> Las «graves razones de conveniencia» no son causa de abstención facultativa, sino de abstención obligatoria, y como decía

3.º) La recusación presupone que no se ha producido la abstención y el art. 37 enumera las causas de modo taxativo, excluyendo expresamente la relativa a las graves razones de conveniencia<sup>288</sup>.

### C) Abstención y recusación (España)

Como hemos indicado anteriormente<sup>289</sup> la primera regulación general de la abstención y de la recusación se encuentra en la LOPJ de 1870, aunque existieron algunos antecedentes parciales. La comprensión de aquella y de éstos requiere conocer, aunque sea sumariamente, el sistema para garantizar la imparcialidad en la fase anterior a las leyes de trascendencia que se dieron ya en el siglo XIX, pues esas leyes tendieron a corregir los defectos existentes.

#### a) Los antecedentes

En nuestro derecho histórico el medio para garantizar la imparcialidad fue el de la recusación, si bien en la misma debía tenerse en cuenta

BORGHESE, *Astensione del giudice*, en *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, p. 953, han de disminuir la libertad de decisión del juez o dar lugar, según la opinión común, a sospecha fundada de una no completa imparcialidad.

<sup>288</sup> Según el art. 37 son causas de recusación las enumeradas por el art. 36 en las letras a) a g), excluyendo expresamente la causa de la letra h), pero añadiendo otra relativa a que el juez, en el ejercicio de sus funciones y antes de que se haya pronunciado la sentencia, haya indebidamente manifestado su convencimiento sobre los hechos objeto de la imputación; esta causa completa la causa c) del art. 36.

<sup>289</sup> En la Sección Primera, II, 1.

1.º Inicialmente la recusación de los jueces podía hacerse sin alegación de causa, aunque era necesario jurar que no se procedía con malicia (en este sentido pueden verse, por ejemplo, Partida III, IV, 1, y Novísima XI, II, 25 a 28). Más adelante se comenzó a distinguir entre la recusación de jueces inferiores y la de jueces superiores, de modo que para estos últimos sí debía alegarse y probarse una causa, aunque éstas no estaban lo suficientemente perfiladas: si algunas causas se encontraban previstas de modo disperso<sup>290</sup>, no existía norma alguna que fijara una relación tasada de las mismas, sino que se permitía, al contrario, la alegación de cualesquiera otra análogas o parecidas.

2.º Desde otra perspectiva la recusación podía ser total, que separaba al juez recusado del conocimiento del pleito, o parcial, que permitía al juez recusado seguir conociendo del pleito aunque tenía la obligación de «tomar un acompañado»; la primera se refería a los jueces delegados, mientras que la segunda era propia de los jueces ordinarios (Partida III, IV, 22)<sup>291</sup>.

Todo este maremagnum empezó a aclararse con la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830 que en sus artículos 96 a 107, y con la rúbrica «De la recusación en los Tribunales de

<sup>290</sup> Por ejemplo interés en la causa (Partida III, IV, 9 y 10), afección por parentesco, amistad o gratitud (Novísima Recopilación XI, I, 7 a 9) u odio (Partida III, VI, 6).

<sup>291</sup> Pueden verse Conde DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios...*, I, 2.ª edición, Madrid, 1794, Parte Tercera, Capítulo VI; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Tratado acedémico-forense de procedimientos judiciales*, I, 1.ª edición, Madrid, 1848, pp. 68 y ss.; DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, I, Madrid, 1856, pp. 401 y ss.

comercio», reguló la recusación y lo hizo partiendo de estas reglas básicas.

1.º La recusación de los jueces de los tribunales de comercio debía hacerse siempre con expresión de causa y con juramento de no hacerlo de malicia (art. 96).

2.º Las causas de recusación eran las enumeradas taxativamente en la ley (en el art. 97)<sup>292</sup>, sin hacerse alusión a la abstención.

<sup>292</sup> Según el artículo 97: «Serán causas justas de recusación: 1.º) El parentesco de consanguinidad con las partes litigantes dentro del cuarto grado, y el de afinidad dentro del segundo computado civilmente, 2.º) La sociedad de comercio que exista pendiente el pleito entre el juez y el litigante, aunque sea de la accidental o cuenta en participación, pero no la anónima, 3.º) La amistad entre el juez y el litigante antes o después de comenzado el pleito, que se manifieste por una estrecha familiaridad, 4.º) Si el juez dependiese del litigante en clase de factor, administrador o bajo cualquiera otro género de dependencia o relación de servicio que le produjese sueldo o interés en el giro del mismo negociante, o si fuese su banquero o comisionista durante el pleito o después de haber comenzado éste, 5.º) Por haber recibido el juez del litigante beneficios de importancia para sí o su familia que empeñen su gratitud hacia el mismo, 6.º) Cuando medie odio o resentimiento del juez contra el recusante por hechos conocidos o que en los seis meses anteriores al pleito, o a la época en que el juez hubiere entrado en el ejercicio de sus funciones, le hubiese amenazado en disensiones privadas, 7.º) Si hubiese pleito pendiente entre el juez y el recusante, o le hubiere acusado criminalmente antes o después de incoarse aquel, o en cualquier ocasión le hubiere hecho daño grave en su persona, honor o bienes, 8.º) Si el juez hubiere recibido dádivas del litigante, pendiente el pleito, o hubiere dado recomendaciones sobre él antes o después de principiado, 9.º) Si siendo juez hubiere manifestado su opinión sobre el pleito antes de proferirse sentencia, y 10.º) Siempre que por cualquier causa o relación tenga el juez interés en las resultas del pleito».

3.º) Formulada la recusación el tribunal debía pronunciarse primero sobre si la causa aducida era una de las previstas legalmente, y si así se estimaba podía el juez «abstenerse» del conocimiento del pleito, caso en el que se le tenía por recusado sin más (art. 103)<sup>293</sup>; si el juez no se «abstenta» se procedía a la práctica de la prueba y a dictar sentencia sobre la recusación (art. 101).

En esta primera manifestación moderna de la recusación se dio un gran paso, consistente en fijar taxativamente las causas de recusación, aunque es manifiesto que quedó sin regulación la abstención. La distinción entre abstención y recusación tampoco quedó perfilada en la LEC de 1855<sup>294</sup>. En ésta se partía igualmente de la existencia de dos reglas básicas: la necesidad de la alegación de causa para recusar (art. 120) y la enumeración cerrada de las causas de recusación (art. 121)<sup>295</sup>. Se regulaba luego el procedimien-

<sup>293</sup> No cabía en este caso hablar de abstención propiamente dicha, dado que se estaba ante algo muy similar a lo ahora regulado en el artículo 225 de la LOPJ de 1985, esto es, ante la admisión por el juez de ser cierta la causa de recusación, caso en el que se procede a resolver sobre la misma sin más trámites.

<sup>294</sup> Como decía MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, 4.ª edición, Madrid, 1919, p. 465, la LEC de 1855 no contenía disposición alguna que autorizase a los jueces a abstenerse de conocer, sin esperar a ser recusados, lo que dio lugar a dudas en torno a si cabía o no la abstención, no siendo uniforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto; por ello el Pleno de éste acordó, el 6 de mayo de 1862, «que en punto a abstención de oficio por causa de impedimento legal, aquéllas (las Audiencias) y éstos (los jueces) debían atemperarse a lo que sobre el particular establecían las leyes o tenía recibido la jurisprudencia general», que fue una manera de no decir nada.

<sup>295</sup> Según el art. 121: «Son únicamente causas legales de recusación: 1.º) La consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado

to, y en él lo más importante era la determinación temporal, pues si la recusación no se proponía en el momento oportuno precluía la posibilidad de hacerlo después.

### b) El sistema actual

A pesar de todas las modificaciones posteriores el sistema actual para garantizar la imparcialidad del juez se basa todavía en la configuración dada por la LOPJ de 1870. En ella:

1.º) Se dispuso que los jueces y magistrados en los que concurra una causa de recusación «se inhibirán del conocimiento del negocio sin esperar a que se les recuse. Contra esa inhibición no habrá recurso alguno» (art. 429).

2.º) Se estableció que la recusación sólo podía efectuarse «por causa legítima» (art. 426) y que lo eran sólo las enunciadas taxativamente en la ley (art. 428)<sup>296</sup>.

civil con cualquiera de los litigantes, 2.º) Haber sido defensor de alguno de los litigantes, o emitido dictamen sobre el pleito como letrado, 3.º) Tener interés directo en el pleito u otro semejante, 4.º) Tener el juez o alguno de sus consanguíneos o afines dentro del cuarto grado civil, directa participación en cualquier sociedad o corporación que litigue, 5.º) Tener pleito pendiente con el litigante que recuse, 6.º) Ser o haber sido denunciador o acusador del litigante que recuse, 7.º) Estar acusado o haberlo sido por el mismo, 8.º) Haber sido denunciado por el mismo como autor de cualquier falta o delito, 9.º) Amistad íntima, y 10.º) Enemistad manifiesta.

<sup>296</sup> Según el art. 428: «Son causas legítimas de recusación: 1.º) El parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con cualquiera de los expresados en el artículo anterior (que alude a las partes), 2.º) El mismo parentesco dentro del segundo grado con el Letrado de alguna de las partes que intervengan en el pleito o en la causa, 3.º) Estar o haber

Con esta base la LEC de 1881 se limitó a introducir leves modificaciones, la más importante de las cuales fue la de que en su art. 190 se sustituyó la palabra «inhibirán» por «abstendrán»<sup>297</sup>, con lo que se empezó a hablar de abstención y de recusación, terminología que es la que se ha impuesto, a pesar de que el art. 55 de la LECRIM insitió en el se «inhibirán». Por fin, la LOPJ de 1985, en sus arts. 217 a 228, y dentro del Capítulo V del Título II del Libro III, con la rúbrica «De la abstención y recusación»:

1.º Concibe la abstención como un deber de los jueces y magistrados cuando concurre una causa legal (art. 217), deber cuyo incumplimiento se tipifica como falta muy grave (art. 417, 8); en sentido contrario la abstención injustificada se considera falta grave (art. 418, 14). Por primera vez en nuestro derecho moderno se regula el procedimiento de la abstención, confiando el control de la misma a la Sala de Gobierno del tribunal correspondiente (arts. 221 y 222), esto es, a un órgano administrativo.

2.º Regula la recusación como un derecho procesal de las partes y como un deber del Ministerio Fiscal (art. 218), que tiene que ejercitarse o cumplirse en un

sido denunciado o acusado por alguna de ellas como autor, cómplice o encubridor de un delito, o como autor de una falta, 4.º) Haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o proceso como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo, 5.º) Ser o haber sido denunciador o acusador privado del que recusa, 6.º) Ser o haber sido tutor o curador para bienes de alguno que sea parte en el pleito o en la causa, 7.º) Haber estado en tutela o guardaduría de alguno de los expresados en el número anterior, 8.º) Tener pleito pendiente con el recusante, 9.º) Tener interés directo o indirecto en el pleito o en la causa, 10.º) Amistad íntima, y 11.º) Enemistad manifiesta».

<sup>297</sup> MANRESA, *Comentarios*, I, cit., p. 465.

momento dentro del proceso (art. 223), precluyendo en caso contrario la posibilidad de formularla; tradicionalmente este derecho de las partes se ha concebido como referido a la imparcialidad del juzgador.

3.º Las causas de abstención y de recusación son las mismas y no pueden aducirse más que las enunciadas taxativamente por la ley (arts. 219 y 220)<sup>298</sup>. No existe

<sup>298</sup> Según los arts. 219 y 220 de la LOPJ, con la reforma operada en ellos por la LO 5/1997, de 5 de diciembre, son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1.º) El vínculo matrimonial, o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de las partes, 2.º) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa, 3.º) Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas, 4.º) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, 5.º) Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo, 6.º) Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes, 7.º) Tener pleito pendiente con alguna de éstas, 8.º) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes, 9.º) Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, 10.º) Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, 11.º) Ser una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa, 12.º) 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 asesores, y 13.º) En los procesos en que sea parte la Administración, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1 a 8, 11 y 12 anteriores.

ni distinción entre abstención obligatoria o facultativa, ni cláusula general o abierta de recusación relativa a motivos suficientes de desconfianza en la imparcialidad del juez o motivo apto para justificar la desconfianza en su imparcialidad u otra de esta índole.

Desde este concreto sistema de garantía de la imparcialidad debe reexaminarse la construcción teórica que está en la base de la doctrina establecida por el TEDH y que ha sido asumida por nuestro TC y, como consecuencia, por nuestros tribunales ordinarios.

### 3. Crítica al concepto de imparcialidad del TEDH

La doctrina del TEDH quedó plasmada en la Sentencia de 1982 dictada en el caso *Piersack* y desde entonces se ha reiterado una y otra vez en lo general, aunque se hayan efectuado acomodaciones en lo particular. En lo que nos importa ahora esa doctrina se asienta en dos consideraciones que no resisten la crítica:

a) «La imparcialidad se define ordinariamente — dice el TEDH — por la ausencia de prejuicios o parcialidades», y con ello no está diciendo nada útil para entender lo que sea la imparcialidad judicial a la que el art. 6.1 del Convenio de 1950 califica de derecho. Sin insistir en que ese concepto es de tal pobreza que llega a incluir el definido en la definición, lo más grave es que del mismo no se desprende noción o idea alguna de contenido técnico, quedando todo reducido a lo que deba entenderse por «prejuicio» que, significando juzgar de algo antes de tener los datos necesarios para ello, es desde luego insuficiente e incorrecto para dar contenido cabal a lo que sea la imparcialidad del juez.

La comprensión de qué es la imparcialidad judicial pasa por precisar primero lo que es la función jurisdiccional, esto es, por dejar establecido que ésta consiste en actuar el Derecho en el caso concreto<sup>299</sup> y por entender que aquélla se pierde o, por lo menos, existe el riesgo de perderla, cuando concurre una circunstancia que puede influir en que la función no se cumpla en sus exactos términos, al poder ocurrir que en la decisión judicial influya algo distinto de la mera actuación del Derecho objetivo; la parcialidad supone que un juez y en un caso concreto puede no servir a su función, sino a los objetivos perseguidos por una de las partes en el proceso. Por ello la imparcialidad es algo siempre subjetivo, que está en el ánimo del juez y, por tanto, lo mismo tiene que ocurrir con la parcialidad. Cuando se dice que se tiene derecho a un juez imparcial, lo que se está diciendo es que se tiene derecho a un juez que decida el proceso pretendiendo cumplir con la función jurisdiccional que le está atribuida y sin que en esa decisión influya motivo alguno distinto. Se trata de que en el ánimo del juez no incidan circunstancias ajenas a la función, circunstancias que le pueden llevar a inclinarse por una u otra de las partes.

La imparcialidad no puede referirse más que a equidistancia entre las partes, y la parcialidad, por lo mismo, equivale a riesgo de decidir a favor o en contra de una de las partes. Por ello no puede afectar a la imparcialidad el «prejuicio», esto es, el decidir habiéndose formado una convicción previa, no a favor o en contra de una de las partes, sino sobre el contenido de

<sup>299</sup> Sobre la función jurisdiccional puede verse MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, I (con Ortells, G. Colomer y Montón), Valencia, 1998, pp. 120 y ss, donde se resumen otros trabajos que allí se citan.

la resolución a dictar. El tener un juicio previo sobre cómo debe decidirse en un proceso no es algo que determine parcialidad, es decir, no implica predisposición para decidir sirviendo los intereses particulares de una parte en un proceso determinado, sino que afectará, en todo caso, al incumplimiento de la función por no formarse la convicción del modo previsto en la ley. Esta, al regular el proceso precisamente de una manera determinada, persigue, por ejemplo, que la convicción sobre los hechos se forme atendiendo a la prueba practicada válidamente, y no de cualquier otra manera, por lo que el pre-judicio es un modo de incumplir la función jurisdiccional que atiende al proceso sin que pueda vincularse a la relación del juez con las partes o a tener interés en el proceso. Es un modo de no cumplir correctamente la función jurisdiccional, pero distinto del modo que atiende a la parcialidad.

Entendido que la imparcialidad y la parcialidad son subjetivas, en cuanto sólo pueden radicar en el ánimo del juez, el paso siguiente en cualquier sistema para garantizar la imparcialidad radica en constatar que es imposible descubrir el ánimo de cada juez y respecto de cada proceso, en su relación con las partes o con su interés en el proceso, por lo que los ordenamientos jurídicos tienen que renunciar a cualquier medio de garantizar la imparcialidad que consista en pretender llegar al conocimiento de ese ánimo, y de ahí que se conformen con enunciar los hechos que, de concurrir, se estiman que ponen en peligro la imparcialidad con su mera existencia. Se produce así el salto de lo subjetivo a lo objetivo.

b) La imparcialidad —sigue diciendo el TEDH— puede ser apreciada de diversas maneras, pues cabe distinguir en ella un aspecto subjetivo, «que trata de averiguar la convicción personal de un juez determi-

nado en un caso concreto», y otro objetivo: «que se refiere a si éste (el juez) ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto».

Esta concepción descansa en un error de partida evidente. No existe ordenamiento alguno en el que se trate de averiguar la convicción personal de un juez en un caso concreto, y no existe porque esa supuesta averiguación pretende lo imposible, pero es que, además, ningún ordenamiento regula un sistema de garantía de la imparcialidad en el que se atienda a las «garantías suficientes». Todos los ordenamientos han llegado a la conclusión obvia de que la imparcialidad puede garantizarse sólo mediante la previsión legal de una serie de situaciones, constatables objetivamente, que se estima que pueden llevar a poner en riesgo la imparcialidad. Afirmada y acreditada la concurrencia de una de esas situaciones se habrá de producir la exclusión del juez, su incompatibilidad, su abstención o su recusación.

Proscritas la abstención y la recusación sin causa, sólo resta en algunos ordenamientos, bien la abstención facultativa, en la que el juez tiene que afirmar la existencia de una «grave razón de conveniencia» (art. 51 del *Codice di procedura civile* y art. 36 del *Codice di procedura penale* italianos), bien la recusación por «motivo serio y grave, adecuado para generar desconfianza sobre su (la del juez) imparcialidad» (art. 43.1 del *Código de processo penal* portugués) o por «motivo que sea apto para justificar desconfianza hacia la imparcialidad del juez» (parágrafo 24 de la StPO alemana), pero aquí también la parte ha de afirmar y probar una circunstancia de hecho que pueda entenderse subsumible en ese «motivo».

Resuelta así que el pretendido aspecto subjetivo no puede concurrir y que el llamado aspecto objetivo no se resuelve en la falta de «garantías suficientes», por lo

que uno y otro acaban referidos a la concurrencia o no de las circunstancias que en cada ordenamiento el legislador estima que pueden poner en riesgo la imparcialidad, y que esas circunstancias son siempre objetivas. Esto es, presuponen la afirmación por la parte de un hecho que la ley ha tipificado como uno de aquellos de los que la experiencia considera como capaces de afectar a la imparcialidad, y ello independientemente de que en el caso concreto el juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad.

La única diferencia entre unos ordenamientos y otros radica en la existencia o no en ellos de una cláusula general. En el ordenamiento español ni siquiera existe una cláusula general como las que antes hemos dicho, sino que todo se resuelve en la concurrencia o no de uno de los hechos o situaciones que la ley eleva a causa de abstención y de recusación. Si el hecho o la situación se afirma por el juez, y puede incluirse en una de las causas, aquél debe abstenerse; si el hecho o la situación se afirma y se prueba por una de las partes, el juez quedará recusado.

Dicho lo anterior el paso siguiente tiene que consistir en percatarse de que afirmaciones como la de que «en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia» (caso *Piersack*), o «no sólo hay que hacer justicia, sino que ha de parecer también que se hace» (casos *Delcourt* y *De Cubber*), son mera literatura. En el ordenamiento español las causas de abstención y de recusación son las enumeradas por el legislador, y el juez no puede abstenerse ni puede ser estimada su recusación simplemente con la alusión a razones legítimas para dudar de su imparcialidad; esas razones sólo pueden ser las legales.

Naturalmente lo anterior es extensible al Tribunal Constitucional y a los tribunales ordinarios españoles

en la medida en que han asumido, sin el menor atisbo crítico, la concepción del TEDH y han repetido sus mismas palabras, sin percatarse de que el buen sentido aconsejaba adecuar a la técnica jurídica y a las particularidades de la legislación española las afirmaciones generales y literarias de un órgano que ha de decidir atendiendo a ordenamientos jurídicos muy distintos. Incluso podría estimarse que lo que es admisible en las sentencias del TEDH deja de serlo en las resoluciones de nuestro tribunales.

#### 4. Las causas de abstención y de recusación

El sistema de garantía de la imparcialidad del juez se resuelve en el Derecho español en la abstención (deber del juez) y en la recusación (derecho instrumental de las partes al servicio de su derecho a un juez imparcial), siendo comunes las causas de una y de otra. El estudio de esas causas exige algunas matizaciones generales.

##### A) Su carácter tasado

Frente al sistema anterior a las grandes leyes del siglo XIX, en el que la recusación podía hacerse sin expresión de causa, todas las regulaciones modernas parten de las reglas básicas de que la recusación precisa alegación de causa y de que éstas son únicamente las previstas por el legislador. Por ello en todas nuestras leyes se ha efectuado siempre una enumeración y ésta se ha estimado tasada por la jurisprudencia ordinaria<sup>300</sup> y

<sup>300</sup> La relación de resoluciones podría ser muy larga, pero bastará recordar las SSTS de 20 de enero de 1996 («Las causas de

por la constitucional<sup>301</sup>. Además no faltan pronunciamientos en los que se insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de esas causas<sup>302</sup>.

La razón de ser de la pretendida interpretación restrictiva de las causas de abstención y de recusación no llegamos a descubrirla. Una cosa es que por la vía de la interpretación no pueda llegarse a la creación de causas distintas de las legales, lo que es plenamente asumible, y otra muy distinta el que las causas ya establecidas por el legislador tengan que interpretarse

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 de 20 de mayo de 1997.

<sup>301</sup> El Tribunal Constitucional se ha limitado a asumir la doctrina del Tribunal Supremo, y ya en el ATC 111/1982, de 10 de marzo, estimó que «las causas fijadas en *numerus clausus* en el art. 54 (de la LECRIM) no son ampliables», lo que se reiteró, por ejemplo en la STC 138/1994, de 9 de mayo, diciendo que «la relación de motivos de recusación del art. 219 de la LOPJ tiene el carácter de *numerus clausus*».

<sup>302</sup> Por ejemplo dice la STS de 14 de junio de 1991: «Mas ha de partirse de que las causas enumeradas en el art. 54 de la Ley Procesal y 219 de la LOPJ han de ser objeto de interpretación restrictiva, refiriéndose a la invocada al hecho de haber sido recusado el instructor de la causa, precisamente la que motiva y da lugar al juicio oral presidido por el Tribunal del que forma parte el que en su momento intervino en la instrucción de la causa. Por la circunstancia de que se incorpore al sumario testimonio de unas declaraciones obrantes en causa distinta, en la que hubiere intervenido como Juez el magistrado integrante del Tribunal que juzga, no puede hacerse presente súbita y sorpresivamente una causa de recusación; de ser ello así se prestaría a estrategias procesales encaminadas al logro de unas abstenciones y recusaciones interesadas, a las que indudablemente el legislador no prestó cobijo». También en la STC 138/1994, de 9 de mayo, se concluye que no cabe «la analogía como regla interpretativa del precepto» (el art. 219 de la LOPJ).

de modo restrictivo, para lo que no descubrimos apoyo legal. Antes al contrario, si la recusación entra en juego contraponiendo dos derechos de rango fundamental, como son el derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a la imparcialidad del juez, de lo que se tratará es de hacer compatibles esos dos derechos, pero no de sacrificar uno al otro con base en una pretendida necesidad de interpretar de modo restrictivo las causas de recusación.

Cosa muy distinta ocurre con relación al carácter tasado de las causas. Por un lado parece evidente que el legislador ha de tener la posibilidad política de establecer cuáles son las circunstancias que, de concurrir en un caso concreto, hacen a un juez sospechoso de parcialidad, esto es, de inclinarse a favor o en contra de una de las partes, posibilidad que se ejercerá atendida la experiencia acumulada durante siglos y su percepción de la realidad social en el momento de dictar la ley, sin que luego los tribunales puedan incrementar esas circunstancias desde sus propia perspectiva de la realidad social<sup>303</sup>. Ni siquiera el Tribunal Constitucional podría llegar a crear *ex novo* causas de abstención y de recusación en sentido estricto, pues ello supondría, no controlar la constitucionalidad de la actividad legislativa, sino suplantar al legislador en su función<sup>304</sup>.

<sup>303</sup> En sentido contrario PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva del juez a examen*, en *La Ley*, 24 de febrero de 1998, p. 3. Debe tenerse en cuenta que el legislador a que nos referimos en el texto no tiene que ser siempre el español. Si España ratifica un convenio o tratado internacional en el que se establece una o más causas de abstención o de recusación, distintas de las previstas en el derecho interno, esas causas se incorporan a nuestro Derecho y deben ser consideradas causas de creación legal.

<sup>304</sup> Estamos refiriéndonos a las causas de abstención y de recusación en sentido estricto, no a las causas de incompatibilidad de

Las causas de abstención y de recusación no suponen que, de concurrir, el juez sea parcial, sino simplemente que se convierte en sospechoso de serlo, esto es, que existe el riesgo de parcialidad, de favorecer o de perjudicar a una de las partes. Cuando se dice que la ley tiene que garantizar en todo caso que un juez parcial pueda que ser recusado, se está olvidando que la recusación no persigue descubrir el ánimo del juez en un caso concreto, sino simplemente poder apartar del conocimiento de un asunto al juez en el que concurre una causa que le hace sospechoso, y que esa sospecha sólo existe si antes el legislador ha fijado las causas.<sup>305</sup>

funciones procesales dentro del mismo proceso, a las que aludiremos después.

<sup>305</sup> En realidad cuando PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad*, cit., p. 3, con cita de BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, p. 302, y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El juez imparcial*, en «Jurisdicción y competencia penal», CCGPJ, Madrid, 1996, pp. 357-8, dice que «la ley tiene que garantizar en todo caso que un juez no imparcial pueda ser excluido del ejercicio de sus funciones», está confundiendo lo que es la imparcialidad misma. En términos literales y en sentido teórico su afirmación parece irrefutable, pues puede entenderse obvio que un juez parcial no debe juzgar un asunto, pero la aplicación de esa afirmación a la realidad práctica es imposible. Advertido que no cabe descubrir el ánimo de un juez en un proceso, el legislador tiene que asumir esa realidad y tiene que limitarse a objetivar unas circunstancias disponiendo que si una de ellas concurre la experiencia demuestra que la sociedad desconfía de la imparcialidad del juez, por lo que éste puede ser apartado del conocimiento del asunto. En la determinación de cuáles son esas circunstancias tiene que existir necesariamente una valoración política, una apreciación por el legislador de qué circunstancias son las que la sociedad entiende que ponen en sospecha la imparcialidad del juez, y esa política asunción de la realidad social, de «descubrir» el sentir de la sociedad, no puede ser de la competencia de los tribunales, ni querrá del Tribunal Constitucional. Cosa distinta ocurre con la incompatibilidad de funciones procesales, como veremos después.

La STC 157/1993, de 6 de mayo, es un claro ejemplo de confusión conceptual, al mezclar la determinación de las causas de abstención y de recusación por el legislador, para garantizar la imparcialidad del juez que, como decimos, no pueden ser creadas por los tribunales, con la posibilidad de que esas causas se establezcan por tratados y convenios internacionales suscritos por España<sup>306</sup>. No puede desconocerse que el legislador ordinario no está libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular los derechos procesales reconocidos en el art. 24.2 de la CE, incluido el derecho a un proceso con todas las garantías, en el que se inserta el derecho a un juez imparcial, pero ello no supone que el Tribunal Constitucional

<sup>306</sup> Dicen el F.J. 2.º de la STC 157/1993: «A este respecto, la Constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2; pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho, que comprende, como se ha dicho, la preservación de la imparcialidad judicial. La Constitución impone determinados condicionamientos al legislador que ha de ordenar esas causas de abstención y recusación, condicionamientos que derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de 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. Con relación a esos mandatos, y en lo que aquí importa, baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello».

pueda establecer causas que hagan a un juez sospechoso de parcialidad, pues para ello tendría que asumir interpretándola la realidad social, hacerse cargo de lo que la sociedad estima circunstancias que ponen en riesgo la imparcialidad, esto es, tendría que suplantar lo que es función típicamente legislativa.

### B) Clasificaciones

Si se atiende a las causas enumeradas en los arts. 219 y 220 de la LOPJ es fácil advertir que las mismas pueden clasificarse desde varios criterios. Expliquemos, primero, los generales, para atender, después, al criterio especial que creemos de más interés a nuestros fines actuales

#### a) Por su condición subjetiva u objetiva

Este es un criterio ya tradicional en la doctrina que suele referirse a causas de abstención y de recusación subjetivas y objetivas<sup>307</sup>:

1.º Por las relaciones del juez con las personas, normalmente con las partes pero también con los abogados y procuradores que asumen la defensa y representación de aquéllas.

En este apartado deben incluirse las causas 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª y 11.ª del art. 219 y la del art. 220. Se trata en todas ellas de que el juez tiene alguna relación (vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable,

<sup>307</sup> Por ejemplo GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pp. 589 y ss., y GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 29 y ss.

parentesco por consanguinidad o afinidad, defensor judicial o pertenencia a organismos tutelares, haber denunciado o acusado o haber sido denunciado o acusado, tener pleito pendiente, amistad o enemistad, subordinación) normalmente con una de las partes pero en algún supuesto con su abogado o procurador.

El legislador acude aquí a su experiencia y estima que concurriendo una de estas relaciones personales se pone en riesgo la imparcialidad del juez o, si se prefiere, asume el sentir de la sociedad de que concurriendo una de estas relaciones cabe desconfiar de la imparcialidad del juez. En la determinación de estas relaciones (si la amistad íntima lo es sólo con la parte o también con el abogado de la parte), y en su mayor o menor extensión (si el parentesco con una de las partes debe comprender hasta el tercero, cuarto o quinto grado civil), el legislador actúa con la discrecionalidad política que le es propia, sin que para ello esté vinculado jurídicamente por la Constitución. Por lo mismo las críticas a las decisiones del legislador no pueden ser jurídicas, debiendo ser políticas, y no pueden provenir de los tribunales, los cuales no podrán determinar ni las relaciones ni su ámbito, es decir, no podrán incrementar las causas de abstención y de recusación previstas legalmente.

2.º Por las relaciones del juez con el objeto del proceso.

En este otro apartado las relaciones jurídicas (que no la relación fáctica, ni el contacto) del juez pueden haberse producido con el objeto del proceso propiamente dicho<sup>308</sup>, que es lo que ocurre en las causas 9.ª y

<sup>308</sup> No es del caso desarrollar ahora lo que es el objeto del proceso, bien en el proceso civil (véase ORTELLS, *Derecho Jurisdiccio-*

12.<sup>309</sup> Lo dicho antes sobre la determinación política de las relaciones puede repetirse aquí, advirtiendo que ninguna de estas causas se refiere a ser parte en el proceso, dado que entonces existe más bien incompatibilidad de funciones procesales, al no poderse juez y parte al mismo tiempo.

Parece claro que la imparcialidad se pone en peligro cuando el juez tiene una relación determinada con los elementos identificadores de la pretensión, esto es, con las partes y con el objeto del proceso, a los que el legislador añade algún otro supuesto de relación con personas que actúan en el proceso. Esto es completamente lógico, si el juez tiene que ser un tercero ajeno al proceso, el estar o el haber estado en relación con lo que identifica al proceso (partes y objeto) no puede afectar a su condición de tercero, pero sí a su completa «ajeneidad» respecto del mismo.

Las causas objetivas, aunque no atienden a las relaciones del juez con las partes (o con quienes las defienden o representan), sí atienden al riesgo de que el juez decida un proceso concreto a favor o en contra

nal, II (con Montero, G. Colomer y Montón), Valencia, 1998, pp. 35 y ss.), bien en el proceso penal (véase GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, III (con Montero, Ortells y Montón), Valencia, 1998, pp. 94 y ss.), y en los dos casos MONTERO, *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, I, Valencia, 1998, pp. 374 y ss., y *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, (con Flors y López Ebrí), Valencia, 1998, pp. 160 y ss., y también *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, pp. 111 y ss.

<sup>309</sup> En este número 12.º del art. 219 de la LOPJ (añadido por la LO 5/1997, de 4 de diciembre) se mezclan dos causas: Una subjetiva (cuando en el cargo público se ha formado criterio sobre las partes, sus representantes o asesores) y otra objetiva (criterio formado sobre el objeto del pleito o causa).

de una de las partes. El beneficio que el juez puede obtener o el perjuicio que puede evitar decidiendo de una determinada manera, pasa siempre por decidir a favor o en contra de una de las partes en el proceso; esos beneficio o perjuicio no se logran o evitan de modo directo, sino siempre por el medio indirecto de decidir sirviendo los intereses particulares de una de las partes, aunque la finalidad última sea servir a los intereses del juez mismo.

Se habrá advertido que en esta sistematización de las causas de abstención y de recusación no nos hemos referido a las expresadas en los números 5.º y 10.º del art. 219, es decir, a haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo (el núm. 5.º), y a haber actuado como instructor en la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia (el núm. 10.º). Estas causas no pueden incluirse en ninguno de los dos apartados anteriores; no en el de relación con las partes del proceso, pero tampoco en el de relación con el objeto del proceso propiamente dicho. Adelantemos que estas causas no se refieren a la imparcialidad del juez, sino a la incompatibilidad de funciones procesales, como desarrollaremos a continuación.

#### b) Por su naturaleza abstracta o concreta

En otro orden de cosas las causas de abstención y de recusación pueden sistematizarse desde un criterio no habitual en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque el mismo nos parece útil por lo menos desde la claridad conceptual. Este criterio lleva a distinguir entre:

1.º Causas concretas, en las que su enunciación por la ley se refiere al hecho mismo que de concurrir

determina la desconfianza en la imparcialidad del juez.

De esta clase son todas las causas que enuncian simples hechos, cada una de ellas uno, que se acredita además de modo directo, por medio de una prueba que se refiere al hecho mismo, que es lo que ocurre con la mayor parte de las causas. Por poner unos ejemplos, el vínculo matrimonial, el parentesco dentro de un determinado grado, el haber sido denunciante o acusado o el tener pleito pendiente, es algo que existe o no objetivamente y que puede acreditarse documentalmente ya con el mismo escrito formalizando la recusación, sin sea preciso otro medio de prueba.

En todos estos casos hecha la afirmación por el recusante de la existencia del hecho, el que el legislador ha tipificado como causa de recusación, lo normal será que el juez recusado, al entregársele la copia del escrito y de los documentos y requerírsele para que informe sobre la recusación, acepte como cierta la causa, resolviéndose sin más trámite el incidente (art. 225.2 y 3 de la LOPJ), y ello si el juez no se abstenido antes.

2.º Causas abstractas, en las que se enuncia, no tanto un hecho concreto, cuanto situaciones en las que se encuentra el recusado bien respecto de la parte, bien respecto del objeto del proceso.

En estas otras causas el legislador no ha descrito en la ley en un hecho concreto, sino situaciones complejas, esto es, conformadas por toda una serie de hechos. La amistad íntima o la enemistad manifiesta, por ejemplo, no son algo que pueda estimarse acreditado con la mera afirmación de un hecho y la presentación de un documento, por cuanto aquéllas se refieren a verdaderas situaciones que sólo pueden probarse de modo indirecto, es decir, probando la existencia de

todo un conjunto de hechos, desde los cuales se podrá llegar a la conclusión de la existencia de la situación. Salvo que el juez acepte como cierta la causa, en estos casos se precisará la prueba de varios hechos, uno a uno, los cuales aparecerán como indiciarios para, desde ellos y mediante el oportuno razonamiento, llegar a establecer como presumida una situación.

En la práctica las recusaciones se refieren normalmente a estas segundas causas, pues las primeras, dadas su condición de objetivas, provocarán normalmente la abstención. Las causas abstractas exigen, no sólo la prueba de un conjunto de hechos, sino también una verdadera valoración de los mismos para poder concluir que, por ejemplo, existe la amistad y que la misma es íntima, o que existe la enemistad y que es manifiesta. Por ello la jurisprudencia ha necesitado entrar a dilucidar el sentido jurídico de las expresiones «amistad íntima» y «enemistad manifiesta», en cuanto conceptos indeterminados, mientras que ello no ha sido preciso para las causas concretas.

Un criterio especial: la relación con el proceso

El criterio de clasificación que consideramos más importante no ha sido abordado por la jurisprudencia ni por la doctrina y atiende a si la causa de abstención y de recusación dependen o son ajenas al proceso.

a) Falta de relación con el proceso

Todas las causas de abstención y de recusación de los arts. 219 y 220 de la LOPJ, con las excepciones que luego diremos, tienen en común el que se refieren a hechos o situaciones que son ajenos al proceso de que conoce el juez y respecto del que concurre una de esas

causas. En efecto, el vínculo matrimonial con el juez o su parentesco dentro de determinado grado con una de las partes, o la amistad íntima, es algo que no guarda relación directa con el proceso, es algo independiente del proceso, de los actos procesales que se realizan en el mismo, y que existiría aunque no hubiera proceso, sin perjuicio de lo cual aquel vínculo de parentesco o de amistad, por estimarse que ponen en duda la imparcialidad del juez, se convierten en causas de abstención y de recusación.

Lo mismo puede decirse del resto de las causas, siempre con las excepciones a las que aludiremos. El haber sido denunciante o acusador de la parte, o el haber sido denunciado o acusado por ella, sigue siendo algo ajeno al proceso concreto, algo que no guarda relación con los actos que se hayan realizado o que se van a realizarse en éste<sup>310</sup>. El tener pleito pendiente, y seguimos con los ejemplos, es algo que está fuera del proceso en el que se cuestiona la imparcialidad del

<sup>310</sup> Ni siquiera en el caso de que la recusación se formule con base en que la parte ha interpuesto querrela contra el juez por actos realizados por éste dentro del mismo proceso y que se consideran delictivos, podría sostenerse que la causa de recusación depende del proceso o guarda relación con él. En efecto, el que el juez haya realizado un acto delictivo en el proceso no es la causa de recusación; ésta se tipifica respecto del mero hecho de haber sido acusado como autor de un delito por la parte (aunque luego la jurisprudencia ha entendido correctamente que, por lo menos, la querrela ha de haber sido admitida a trámite), sin relación alguna al tipo de delito imputado, ni a si el mismo se ha cometido o no en el ejercicio del cargo, ni a si cometido en el desempeño de la función judicial guarda o no relación con el proceso de que está conociendo el juez. Si la causa de recusación no es el haber cometido un delito o falta en la tramitación del proceso en el que se recusa, no puede decirse que exista relación entre el proceso y la recusación.

juez. En todos estos casos la causa de abstención y de recusación, la circunstancia de hecho o la situación existe y existirá aunque el proceso no hubiera llegado a incoarse.

La única duda en lo que decimos puede referirse a la causa 9<sup>a</sup>: «Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», pero tampoco aquí puede decirse que la causa queda vinculada al proceso, a sus actos procesales, pues el interés sólo podrá convertirse en causa de abstención y de recusación cuando el mismo responda a que el juez es titular de una relación jurídica material sobre la que incida, de modo directo o de modo reflejo, la sentencia que llegue a dictarse en el proceso<sup>311</sup>. De modo

<sup>311</sup> Por eso se ha dicho, con razón, que el interés tiene que ser personal, bien individual, bien por formar parte el titular del órgano judicial de una persona jurídica privada, sin que pueda equipararse a un denominado interés ideológico, u otros de carácter similar (VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Abstención de jueces y magistrados*, en Tapia, 1998, núm. 99, p. 72). En el Auto de 11 de enero de 1994 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana puede leerse: «En general debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha rechazado como causa de recusación la alegación de corporativismo para impedir que un juez juzgue a otro juez (Sentencia de 28 de junio de 1982), la confesión de la misma religión (Sentencia de 12 de junio de 1967) e incluso y expresamente la ideología política (Sentencia de 21 de octubre de 1986). Por ese mismo camino el Tribunal Constitucional, en los autos de 4 de mayo y 20 de julio de 1983, ha afirmado que 'la ideología política es un problema privado, un problema íntimo, respecto del que se reconoce la más amplia libertad, como se desprende de los números 1 y 2 del artículo 16 de la propia Constitución. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 de la Constitución, puede ser discriminado en razón de sus opiniones'; y más aún, 'la ideología se halla sustraída al control de los poderes públicos, prohibiéndose toda suerte de discriminación en base a la misma'.

Directo se producirá la afectación cuando el juez sea titular de la misma relación jurídica que se debate en el proceso (caso, por ejemplo, de las obligaciones solidarias, en el que se demanda a un deudor solidario siendo el juez otro de esos deudores solidarios), y de modo indirecto cuando el juez sea titular de una relación jurídica dependiente de la deducida en el proceso.<sup>312</sup>

Dicho lo anterior, que es plenamente compartido por esta Sala, no creemos que fuera objetable distinguir entre enjuiciar o investigar la ideología de un juez concreto y atender a la implicación de éste en los medios y fines de un partido político; esto es, a distinguir entre ideología, como 'problema íntimo', y compromiso, en tanto actitud exteriorizada. Quien hace manifestación pública de que, aún no perteneciendo formalmente a un partido político (entre otras cosas porque lo prohíbe el artículo 127.1 de la CE) comparte los fines últimos de la conformación de la sociedad de un partido determinado y aprueba los medios concretos o las medidas específicas que ese partido está utilizando para lograr los fines, debe asumir luego que se le considere sospechoso de parcialidad cuando tenga que juzgar un asunto concreto en el que se encuentre implicado un dirigente de ese partido político por hechos que hacen referencia a dichos fines y medios.

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 caso contrario o se estaría prohibiendo a los jueces tenerla, lo que además de absurdo es contrario a la Constitución, o se estaría ante el caos en la impartición de la justicia. Sin embargo, el que un juez públicamente se haya comprometido con un partido político sí podría estimarse hecho subsumible en la causa de recusación de interés indirecto, siempre que en el asunto entraran en juego los fines o 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 partidos políticos, lo que debe entenderse, no ya sólo como tener el carnet, sino también como compromiso público en sus fines y medios».

<sup>312</sup> No estamos diciendo que estos casos de eficacia directa y de eficacia refleja de la sentencia en la relación jurídica de la que

Estos son los supuestos más claros y nos sirven para evidenciar que también en ellos no entra en juego la actividad realizada por el juez en el proceso mismo. Como hemos dicho antes, incluso estos supuestos presuponen siempre el riesgo de que el juez decida el proceso de modo que beneficie a una parte o perjudique a la otra, por lo que el beneficio o el perjuicio para el propio juez pasa siempre por el camino de decidir a favor o en contra de una de las partes.

También aquí el que el juez sea titular de una relación jurídica es algo que existe objetiva e independientemente de la existencia del proceso, y que seguiría existiendo aunque el proceso no llegara a incoarse. La causa de abstención y de recusación depende, sí, de que el proceso llegue a incoarse, pero no es consecuencia o efecto de la actividad que el juez realice en el mismo. No existe aquí verdadera diferencia con el resto de las causas, todas se basan en que existe una

es titular el tercero sean los únicos supuestos de interés, sobre todo indirecto, pero sí que son los más claros. El interés indirecto puede provenir también de que el juez es titular de una relación jurídica que puede verse afectada por la sentencia que se dicte, siendo esa afectación de mero hecho, como ocurriría si en el proceso se demanda a su deudor, de modo que la estimación de la demanda conduce a que ese deudor quede en situación de insolvencia y, por tanto, sin patrimonio suficiente para hacer frente a la obligación que tiene frente al juez. También aquí la titularidad de la relación jurídica del juez es algo ajeno al proceso y que existe aunque no llegue a incoarse el proceso. Lo mismo puede decirse de los casos de interés indirecto a que se refiere GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 47-8, cuando alude a que existe ese interés si el juez tiene una relación personal de las previstas en el art. 54 de la LECRIM (las de los mismos números del art. 219 de la LOPJ) y una de esas personas es ofendido o perjudicado por el delito aunque la misma no llega a constituirse como parte en el proceso penal; esa relación existe también antes del proceso.

circunstancia previa al proceso (parentesco, titularidad de relación jurídica) que pone en riesgo la imparcialidad del juez en un proceso, siendo esa circunstancia algo ajeno al proceso.

#### b) Dependencia del proceso

Por el contrario, en el art. 219 de la LOPJ existen otras causas de abstención y de recusación que sólo se explican desde la existencia misma del proceso, pues se refieren a la actividad realizada por el juez en el proceso mismo. Esas causas son de dos tipos:

1.º Actividad realizada por el juez en el proceso aunque en condición distinta de la de juez. Estamos ante el supuesto de las causas incluidas en el núm. 5.º que se refieren a que el juez, en el mismo proceso, haya intervenido antes como defensor o representante de alguna de las partes<sup>313</sup>, que haya emitido dictamen sobre el pleito o causa<sup>314</sup>, que haya intervenido en el proceso como Fiscal, perito o testigo.

<sup>313</sup> El tenor literal del núm. 5.º del art. 219 de la LOPJ, que se ha limitado a reproducir el texto del art. 189, 4.º, de la LEC y del art. 54, 4.º, de la LECRIM, añadiendo únicamente la palabra «representante», hace dudar —decía GUASP, *Comentarios*, I, cit., p. 593— de si la defensa a que se refiere puede haberse verificado en otro pleito distinto del que ahora se ventila o si ha de haberse producido precisamente en este pleito. La segunda solución parece la más razonable, porque la primera sería contraria al resto de las hipótesis previstas en el mismo núm. 4.º de la LEC (y de la LECRIM) y porque sería excesivo poder recusar porque en otro litigio, de índole a lo mejor distinta, el juez hubiera actuado como abogado o procurador en defensa o representación de alguna de las partes; y en el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., p. 40.

<sup>314</sup> El «dictamen» no puede referirse a haber expresado una opinión doctrinal sobre una cuestión jurídica general, normal-

En estos casos la causa de abstención y de 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 existiría aunque el proceso no hubiera llegado a incoarse. Estamos aquí ante una diferencia muy importante respecto del resto de las causas, tanto que consideramos que estas causas no se derivan de riesgo alguno para la imparcialidad del juez, sino de la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso.

2.º Actividad realizada por el juez en el proceso en su condición de juez: Este es el supuesto de las dos causas de abstención y de recusación del núm. 10.º del art. 219 de la LOPJ, esto es, de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia (que es común a todos los procesos) y haber actuado como instructor en la causa penal (que es específica del proceso penal).

También aquí las causas de abstención y de recusación dependen de la misma existencia del proceso, no son ajenas al mismo, están vinculadas a la actividad que realiza el juez en el mismo proceso. Más aún, estas causas dependen de la manera como el legislador ha

mente por medio de una publicación, ni tampoco a haber dictado sentencia en otro proceso en el que se hubiera suscitado la misma cuestión jurídica. La causa de abstención y de recusación atiende a haber emitido dictamen u opinión como letrado respecto de la cuestión fáctica o jurídica suscitada precisamente en un proceso determinado. La duda puede referirse a si el proceso precisaba estar ya iniciado o si no es precisa su anterior incoación, y la solución segunda es la más aceptable. En este caso, consecuentemente, el hecho que constituye la causa de recusación sí sería anterior al proceso e independiente de él, por lo que no sería causa relativa a la incompatibilidad de funciones procesales sino a la imparcialidad judicial.

regulado el proceso, pues, si, por ejemplo, contra la sentencia de la instancia no se da por la ley recurso alguno la causa no puede llegar a existir. Por ello la cuestión radica en si estas causas afectan realmente a la imparcialidad del juez o si, antes bien, se basan en la incompatibilidad de funciones procesales.

### *5. Imparcialidad e incompatibilidad*

Los criterios que hemos utilizado para clasificar las causas de abstención y de recusación deben servir para poner de manifiesto que no todas esas causas se refieren de modo directo a garantizar la imparcialidad del juez, pues algunas de ellas atienden a algo tan distinto como es garantizar la efectiva incompatibilidad de funciones procesales. Los medios técnicos de la abstención y de la recusación no siempre tienen como finalidad apartar al juez del conocimiento de un proceso por concurrir una circunstancia que pone en riesgo su imparcialidad, esto es, un hecho o situación que genera la sospecha fundada de que el juez puede servir los intereses de una de las partes, pues a veces se utilizan también para que un juez no realice en un mismo proceso funciones procesales que la ley considera incompatibles entre sí. La razón de ser de unas y otras causas es distinta y también deberían serlo los efectos de su incumplimiento en el caso concreto.

Las causas que hacen a la imparcialidad se basan siempre en la concurrencia de una circunstancia ajena al proceso, previa al mismo, que existe aunque no llegara a existir el proceso y que el legislador estima que pone en riesgo el que un juez determinado cumpla su función jurisdiccional del modo como debe exigírsele, esto es, por poner en riesgo la misma actuación del Derecho objetivo en el caso concreto. Si el juez es

pariente dentro de un cierto grado de una de las partes en un proceso, el legislador estima que ese juez podría poner la función jurisdiccional al servicio de los fines particulares de ese pariente. La mera posibilidad de que ello sea así conduce a que el juez no deba conocer del proceso, de acto alguno propio del mismo.

Concurriendo una causa de abstención y de recusación de las que decimos que afectan a la imparcialidad, el juez debe abstenerse del conocimiento del asunto inmediatamente; no ya sólo sin esperar a ser recusado (art. 221.1 de la LOPJ), sino en el mismo momento en que el proceso se inicie. De la misma forma, concurriendo la causa y teniendo conocimiento de ella la parte, puede proceder a recusar al juez en el mismo inicio del proceso (art. 223.1). Se trata, por tanto, de que estas causas de abstención y de recusación impiden al juez realizar cualquier acto procesal, lo excluyen de todo el proceso, de cualquiera de los actos procesales que lo integran; no se permite que el juez realice unos actos sí y otros no, sino que al juez se le impide incluso admitir la demanda o la querrela a trámite.

Por el contrario, las causas de abstención y de recusación que atienden a la incompatibilidad de funciones procesales no se basan en circunstancia alguna ajena y previa al proceso, sino que esa circunstancia se origina en el proceso mismo y si el proceso no se hubiera incoado no hubiera llegado a existir. El legislador no estima aquí que está en riesgo el ejercicio mismo de la función jurisdiccional con su actuación del Derecho objetivo, sino únicamente que esa actuación no se realizaría del modo procesalmente previsto por él al regular de una manera determinada el proceso. Cuando se dice que el juez que ha resuelto el pleito o causa en anterior instancia no debe conocer del recur-

so, no se trata de que el legislador estime que ese juez podría poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses particulares de una de las partes, sino que se trata de hacer realidad la existencia misma del recurso, pues si la instancia y el recurso fueren decididos por un mismo juez se estaría desvirtuando la existencia del recurso, esto es, la manera como el legislador ha conformado el proceso.

En estas otras causas al juez no se le excluye del conocimiento de todo el proceso, sino de la realización de algunos de los actos procesales que lo integran, de una fase del proceso. El juez que ya ha conocido de la primera instancia debe abstenerse o puede ser recusado para que no conozca del recurso, pero con ello ya se está presuponiendo que el juez ha realizado algunos actos procesales, una fase del proceso. Las causas de incompatibilidad lo son respecto de la realización de actos procesales, de fases de un proceso, por un mismo juez.

Como hemos indicado las causas de abstención y de recusación que se refieren a la incompatibilidad de funciones procesales son las recogidas en los núms. 5.º y 10.º del art. 219 de la LOPJ, y entre ellas existen obvias diferencias:

a) Las causas del núm. 5.º (haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen como letrado en el pleito o causa, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo) se basan en que el que después es juez de un proceso ha realizado antes en el mismo la función de abogado, representante o fiscal<sup>315</sup>.

<sup>315</sup> Estas posibilidades son ciertamente remotas, pero no imposibles. Cuando las carreras judicial y fiscal estaban unificadas y una misma persona podía pasar, por simple concurso de

o ha realizado antes la actividad propia de perito o testigo o la realizará después<sup>316</sup>. Se trata aquí de que son incompatibles las funciones de abogado, procurador, fiscal, perito y testigo con la función procesal de juez, y ello atendiendo a un reparto de papeles que es consustancial con la regulación caracterizadora de lo que es un proceso.

Evidentemente puede pensarse que el haber actuado antes como abogado de una parte en el proceso pone en riesgo la imparcialidad de quien luego se convierte en juez de ese mismo proceso, pero no podrá negarse que más trascendencia tiene para excluir al juez del

traslado, de ser juez a ser fiscal y a la inversa, podía darse que primero actuara como fiscal en un proceso y que después integrara el órgano judicial competente para conocer del mismo. En la actualidad, atendida la posibilidad de ingreso en la carrera judicial por vías distintas de la oposición libre (MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, I, cit., pp. 157 y ss.) también podría darse que quien ha actuado como abogado o procurador en un proceso llegara a formar parte después del órgano judicial competente para conocer de él. Debe tenerse en cuenta que el haber emitido dictamen como abogado sobre un pleito o causa no es realmente distinto de haber intervenido en él como abogado, aunque no haya realizado personalmente acto procesal alguno.

<sup>316</sup> Sin perjuicio de advertir que estas causas de abstención y de recusación son de muy difícil realidad en la práctica, debe tenerse en cuenta que el ser perito o testigo puede ser actividad realizada por el juez después de haber comenzado a conocer del proceso (con lo que la circunstancia que constituye la causa de la abstención y de la recusación aparece después de que se haya formulado la proposición de prueba), o que puede ser actividad realizada antes de haber entrado a conocer del proceso (el juez que ha declarado como testigo en un proceso y que integra el órgano judicial competente para conocer del recurso). Ahora bien, en todo caso, la abstención y la recusación operan en el mismo proceso, y no con base en una circunstancia ajena al mismo.

El conocimiento del asunto el que sin esa exclusión se estaría desconociendo el reparto de papeles que es consustancial a la noción misma de proceso, de modo que en él una misma persona no puede adoptar las funciones de juez y de abogado de una parte, ni siquiera de modo sucesivo en el tiempo. Si la abogacía es profesión libre e independiente, e institución consagrada «a la defensa de derechos e intereses públicos y privados» (art. 8, I, del Estatuto General de la Abogacía, RD 2090/1982, de 24 de julio), y si al abogado corresponde «la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica» (art. 9, I, del mismo), mientras que la función jurisdiccional se resuelve el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con sometimiento único al imperio de la ley (art. 117 de la CE), esas dos funciones no pueden corresponder a una misma persona en un proceso; las dos son tan incompatibles como defender a una parte y juzgar.

La incompatibilidad en términos parecidos puede referirse también al fiscal, al perito y al testigo, si bien en lo que sigue no vamos a seguir atendiendo a estas causas de abstención y de recusación del núm. 5.º del art. 219 de la LOPJ, y ello tanto porque la circunstancia que se convierte en causa de abstención y de recusación no tiene interés práctico, como porque ofrece escaso interés teórico. De cualquier forma conviene ya advertir que la utilización de los instrumentos que son la abstención y la recusación para separar al juez del conocimiento de un asunto, pueden ser utilizados por el legislador con fines distintos del de asegurar la imparcialidad del juez; esos instrumentos pueden utilizarse también al servicio de la incompatibilidad de funciones.

b) Las causas del núm. 10.º del art. 219 de la LOPJ (haber actuado como instructor de la causa o haber

resuelto el pleito o causa en anterior instancia) atienden a que en un mismo proceso existen fases o actividades que no deben ser atribuidas a un mismo juez, a riesgo de desvirtuarlas, a riesgo de que sea desconocida la manera como el legislador ha conformado el proceso.

Si el juez que ha resuelto el proceso en la primera instancia conoce después del recurso de apelación, no es que peligre su imparcialidad, el decidir a favor o en contra de una de las partes, sino que la misma existencia del recurso se vería desvirtuada, y con ello el derecho de la parte al recurso, tenga éste o no rango de derecho fundamental. De la misma manera si el juez que instruye es el mismo que luego conoce del juicio oral y falla, la misma estructura del proceso penal, divide la instancia en dos fases muy bien diferenciadas, se vería desconocida. Estas causas de abstención y de recusación son las que vamos a considerar a continuación, pero hay que hacerlo advirtiendo ya del profundo error en el que ha incurrido la doctrina y la jurisprudencia al referir estas causas a la imparcialidad y a la supuesta relación del juez con el objeto del proceso.

La STC 138/1994, de 9 de mayo, entre otras muchas, insistió en que la quiebra de la imparcialidad objetiva se produce al existir «una relación o contacto previos (del juez) con el objeto del proceso por haber sido instructor de la causa, por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusador o, en fin, por su propia intervención en otra instancia del proceso. El error que denunciamos atiende a que, a pesar de la reiteración jurisprudencial, el juez instructor no ha podido estar en contacto con el objeto del proceso. Aunque no sea del caso atender ahora en detalle a cuál es el objeto del proceso penal, sí lo es de recordar que aquél es únicamente el hecho punible, en cuanto que es

el único elemento objetivo que sirve para delimitar un proceso distinguiéndolo de los demás<sup>317</sup>, y si esto es así:

1.º El juez instructor no puede entrar en contacto con el objeto del proceso, esto es, con el hecho punible, pues ello implicaría, nada menos, que el juez ha intervenido de una manera u otra en el delito. El hecho es algo que ocurrió en el pasado y el decir que el juez instructor se ha puesto en contacto con el hecho durante la instrucción es algo absurdo, por contrario a la lógica más elemental. Sólo desde la precipitación en la expresión y desde el desconocimiento de lo que es el objeto del delito, puede decirse que el juez ha estado en «contacto» con el objeto del proceso<sup>318</sup>.

2.º El juez de instrucción con lo que ha estado en relación es con los medios de prueba<sup>319</sup>, que son un

<sup>317</sup> Puede verse MONTERO, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 111 y ss. Adviértase que la persona acusada sirve también para individualizar el proceso, pero en tanto que es elemento subjetivo del mismo, no como su objeto.

<sup>318</sup> Parece evidente que una cosa es que el juez obtenga un beneficio o sufra un perjuicio, según sea la decisión que se adopte en el proceso, atendido que es titular de una relación jurídica que se verá afectada de modo directo o reflejo por el contenido de esa decisión, y otra muy distinta que haya estado en contacto con los hechos que constituyen el objeto del proceso, en el proceso penal, o con los hechos que son la causa de pedir de la pretensión que es el objeto del proceso, en el proceso civil.

<sup>319</sup> Empleamos la expresión «medios de prueba» para dar claridad a la idea que pretendemos exponer en el texto. Como es sabido el juez de instrucción no practica realmente medios de prueba, sino sólo actos de investigación (ORTELLS, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial*, en *Revista General del Derecho*, 1979; MONTERO, *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «Trabajos de Derecho Procesal»; Barcelona, 1988, pp. 529 y ss.; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Madrid,

sistema de representación de los hechos del pasado, un intento de reconstruir éste, pero con ello no puede ponerse en riesgo su imparcialidad, entendida siempre ésta como el correcto cumplimiento de la función judicial sin servir los intereses particulares de una de las partes, pues si así fuera habría de llegarse a la conclusión de que todo juez que practica la prueba, poniéndose en contacto directo con el testigo o el perito o que efectúa el reconocimiento judicial, no debería ser el juez que dictara la sentencia. Si el contacto con la prueba pusiera en riesgo la imparcialidad, y si se fuera coherente, la única conclusión posible sería la de que uno ha de ser el juez que realice la prueba y otro el que dicte sentencia con base en la constancia documental de la misma.

La razón de ser de la regla de que el juez que instruye no puede luego juzgar no cabe encontrarla en que al haberse puesto en contacto con los actos de investigación sumarial ha podido quebrarse la imparcialidad del juez, de la misma manera como la regla de que quien ha resuelto en primera instancia no debe luego conocer del recurso, tampoco afecta a la imparcialidad. La STC 137/1994, de 9 de mayo, ya tuvo el atisbo de que esta segunda regla se refiere a la incompatibilidad de funciones procesales<sup>320</sup>, aunque no supo llevar ese atisbo a sus consecuencias lógicas.

1992; PUERTA LUIS, *Eficacia probatoria de las diligencias sumariales*, CCGPJ, «Los principios del proceso penal», Madrid, 1992, pp. 181 y ss.) por medio de los cuales tiende a descubrir las fuentes de prueba (MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, 2.ª edición, Madrid, 1998, pp. 69 y ss.).

<sup>320</sup> Dice el F. J. 3.º de la STC 137/1994: «Dentro de estas garantías se encuentra la causa de abstención y de recusación prevista en el ap. 2.º del art. 219, 10 («haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia»), con respecto a la cual hemos de proclamar su carácter integrador del derecho al Juez legal contemplado

Las causas de abstención y de recusación del número 10.º del art. 219 de la LOPJ se refieren a funciones incompatibles dentro del mismo proceso, y no dejan resquicio alguno para considerar incompatibles funciones realizadas en procesos distintos, pues ello en modo alguno podría afectar a la manera cómo el legislador ha regulado el proceso. El haber conocido de un proceso anterior no puede afectar, desde luego, a la imparcialidad del juez en el segundo proceso, dado que no es circunstancia que pueda llevar al juez al riesgo de decidir en favor o en contra de una de las partes, al no existir relación con ellas ni tener interés en que el proceso se resuelva de una determinada manera, pero tampoco es circunstancia que lleve a considerar al juez incompatible para conocer de ese proceso posterior, pues cada proceso puede desarrollarse sin que ninguno de ellos se vea desvirtuado en su regulación legal.

El gran error de la jurisprudencia del TEDH<sup>321</sup> y de los tribunales Constitucional y ordinarios españoles

en el art. 24.2, ya que mediante su instauración no solo se evita que el órgano jurisdiccional ad quem pueda constituirse con prejuicios sobre el objeto procesal derivados de su anterior conocimiento en la primera instancia, sino que se garantiza también el cumplimiento efectivo del carácter devolutivo de los recursos, pues de nada serviría la existencia de una segunda instancia si el mismo órgano jurisdiccional que conoció de la primera y que dictó la resolución impugnada pudiera (por haberse promovido alguno de sus miembros o por cualquier otra causa) conocer de nuevo el mismo objeto procesal en la segunda instancia».

<sup>321</sup> Lo peor de todo es que el TEDH, en el caso *Piersack* de 1982, pudo reconducir la solución del mismo al derecho a un proceso justo o con todas las garantías y atender a la incompatibilidad de funciones y no a la imparcialidad del juez. En efecto: a) En el caso concreto el magistrado que presidió el juicio oral había actuado antes como Ministerio Público o Fiscal en la instrucción (adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas), y b)

ha consistido en considerar que el haber conocido de anterior instancia afecta a la imparcialidad del juez para conocer de un recurso posterior, y lo mismo cabe decir de haber instruido la causa para conocer del juicio oral, cuando es manifiesto que una y otra circunstancia atienden a la incompatibilidad de funciones. De ese error se han derivado consecuencias muy graves para la recta comprensión de la imparcialidad y, especialmente, de la incompatibilidad, pues se ha podido así cuestionar si afecta a la imparcialidad el que el juez que ha decretado una medida cautelar civil conozca del proceso principal al que esa medida cautelar sirve como instrumento para garantizar su efectividad, o que el juez que ha decidido un proceso sumario pueda conocer del proceso plenario posterior, cuando parece claro que ello podría, en todo caso, cuestionarse

Conforme al art. 127 del Código Judicial belga de 1967 «los procedimientos ante una audiencia serán nulos si han sido presididos por algún Magistrado que ha actuado en el caso como... Ministerio Público o ha establecido reglas en relación con las investigaciones». Esta norma se cita literalmente en la Sentencia de 1982 y precisamente bajo la rúbrica de: «C) Las incompatibilidades». Después de todo esto, centrar la intervención de una misma persona en un proceso penal, primero, como miembro del Ministerio Público y en la instrucción y, luego, como juez y en el juicio oral, era un supuesto «de libro» de incompatibilidad de funciones procesales. Es posible, con todo, que el TEDH, atendidas las alegaciones de la parte demandante y el contenido literal del art. 6.1 del CEDH, se viera constreñido a aludir a la imparcialidad del juez. Estas circunstancias, en cambio, no justifican la reconducción a la imparcialidad del juez efectuada por el Tribunal Constitucional español, el cual, de la mera lectura de la Sentencia del caso *Piersack*, pudo deducir que si un mismo juez instruye y falla el derecho fundamental vulnerado no es de la imparcialidad del juez, sino el de la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso, aunque los dos puedan reconducirse al derecho a un proceso con todas las garantías.

desde la incompatibilidad de funciones procesales, y a pesar de que esa incompatibilidad sólo se aprecia en la ley cuando se trata del mismo proceso, no entre procesos distintos.

De este error nace el mito del «juez contaminado» y la «imparcialidad objetiva», que se pretende que se pierde, o que se pone en riesgo, cuando el juez no tiene relación alguna con las partes ni tiene interés directo o indirecto en el proceso. De ahí a decir que el juez que ha conocido de la instancia tiene «interés» en que el recurso sea decidido de una determinada manera sólo hay un paso, que se llega a alargar para decir que el juez que ha decidido un proceso tiene «interés» en otro proceso distinto si entre ellos existe algún elemento de conexión.

En nuestra opinión de la no distinción entre imparcialidad e incompatibilidad se han derivado efectos muy perjudiciales para la claridad conceptual, primero, pero, después, para la misma coherencia práctica en la actuación de nuestros tribunales.

### IX. LA INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES PROCESALES

De las causas de abstención y de recusación del art. 219 de la LOPJ cuya finalidad es garantizar la incompatibilidad de funciones procesales, vamos a centrarnos en las dos recogidas en el núm. 10.º por su especial trascendencia práctica, y lo vamos a hacer atendiendo también a si deberían de existir otras incompatibilidades, las cuales podrían establecerse tanto por el legislador como ser creadas por el Tribunal Constitucional.

De entrada hay que advertir que si antes hemos dicho que las circunstancias que se convierten en

causas de abstención y de recusación con la finalidad de garantizar la imparcialidad del juez sólo pueden ser dispuestas por el legislador, por cuanto sólo a éste corresponde decidir qué hechos o situaciones ajenos al proceso convierten a un juez en sospechoso de parcialidad, atendida la realidad social de cada época histórica, no sucede lo mismo con las causas de abstención y de recusación que pretenden garantizar que un juez no asuma dos funciones incompatibles en el mismo proceso. Las primeras comportan decisiones políticas basadas en la experiencia y en saber expresar en la ley la manera de sentir de la sociedad, mientras que las segundas atienden a una regulación concreta del proceso y a las fases o actividades del mismo que no pueden atribuirse a un mismo juez, a riesgo de desnaturalizar aquella regulación<sup>322</sup>. Si el Tribunal Constitucional no puede suplir al legislador en la adopción de las decisiones políticas, sí puede y debe suplir la inactividad o la incoherencia negativa de éste al dejar de declarar incompatibles algunas actividades procesales<sup>323</sup>.

<sup>322</sup> El Tribunal Constitucional español no ha declarado hasta ahora que circunstancia alguna deba convertirse en causa de abstención y de recusación con base en la imparcialidad del juez, pero sí lo ha hecho atendiendo a la incompatibilidad, y baste así recordar la STC 145/1988, la que declaró la inconstitucionalidad del párrafo 2 del art. 2 de la LO 10/1980. Aunque en ella se habla del principio de imparcialidad y de que la regla de que quien instruye no puede luego juzgar atiene al mismo, realmente se estaba diciendo que dos actividades procesales son incompatibles entre sí y por ello es por lo que no pueden ser de la competencia de un mismo juez.

<sup>323</sup> El Tribunal Constitucional: a) Respecto de las causas de abstención y de recusación relativas a la imparcialidad no puede: 1) Declarar la inconstitucionalidad de la norma que determine que una circunstancia es causa de abstención y de recusación (no podría declarar la inconstitucionalidad de la

### 1. Entre fases de cualquier proceso

La causa general de abstención y de recusación del núm. 10.º del art. 219 de la LOPJ alude a haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, causa que es de aplicación en todos los procesos. El estudio de la misma exige determinar con precisión su contenido para poder atender luego a si, desde el principio que la determina, el legislador debería declarar otras actividades procesales incompatibles, y a si, no haciéndolo el legislador, debería hacerlo el Tribunal Constitucional, por estimar que el atribuir a un mismo juez esas actividades es contrario a la manera cómo se ha regulado legalmente el proceso.

#### A) Entre instancia y recursos

Se ha reiterado que todos los medios de impugnación tienen su origen en la posibilidad del error humano, posibilidad que aconseja o que, por lo menos, debe permitir, examinar más de una vez la pretensión-

norma que fija como causa la relación de parentesco hasta el cuarto grado, diciendo que esa relación debe comprender sólo hasta el tercer grado), y 2) Incrementar las circunstancias que el legislador considera causa de abstención y de recusación (no podría elevar el grado de parentesco con la parte del cuarto al quinto grado, ni establecer que es también causa el tener interés en un pleito o causa semejante); b) Respecto de las causas de abstención y de recusación atinentes a la incompatibilidad sí puede: 1) Declarar inconstitucional la norma que fije una circunstancia como causa (podría declarar la inconstitucionalidad de la norma que estableciera la incompatibilidad entre practicar el reconocimiento judicial y dictar luego sentencia en el proceso civil), y 2) Declarar la inconstitucionalidad entre actividades procesales no declaradas incompatibles por el legislador (podría estimar incompatibles las funciones de instruir y juzgar, como ya lo hizo).

resistencia para evitar, en lo posible, la decisión no ajustada a Derecho. Las resoluciones que han de poder impugnarse serán tanto las interlocutorias (las de contenido procesal) como las sentencias definitivas (normalmente de contenido material) y, en ocasiones, incluso las sentencias firmes, pero en todos los casos se trata de conseguir un nuevo examen, bien de un aspecto parcial y relativo a la tramitación del proceso, bien de la totalidad del mismo y su decisión sobre el objeto del proceso y sobre el objeto de debate<sup>324</sup>.

La razón de ser de esta causa de abstención y de recusación debe buscarse en la necesidad de asegurar la existencia misma de los recursos, y por ello sólo puede referirse a los recursos en sentido estricto, esto es, a los dotados de efecto devolutivo, no pudiendo afectar a los remedios, es decir, a los medios de impugnación sin efecto devolutivo<sup>325</sup>. La reposición, la súplica y la reforma, en tanto que de ellas conoce el mismo órgano (unipersonal o colegiado) que dictó la resolu-

<sup>324</sup> MONTERO, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II (con Iglesias, Marín y Sampedro), Madrid, 1993, pp. 1023 y ss.; en el texto hemos dejado implícita la distinción entre, por un lado, resoluciones y recursos procesales y, por otro, resoluciones y recursos materiales, y sobre ella véase también *Los medios de impugnación*, en «Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Murcia, 1997, pp. 331 y ss.

<sup>325</sup> La no referencia de la causa de incompatibilidad a la reposición, la súplica y la reforma, esto es, a los remedios, es un argumento más para defender, como hemos hecho varias veces (MONTERO, *El proceso laboral*, II, Barcelona, 1981, pp. 17-8, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, cit., p. 1025, por ejemplo), que la reposición, la súplica y la reforma no son verdaderos recursos. Antes ya FAIRÉN, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, p. 333.

ción que se impugna no son verdaderos recursos, y por ello no les afecta la causa de incompatibilidad. Esta adquiere sentido respecto de los verdaderos recursos, en los que la impugnación se atribuye a un órgano distinto y superior.

A la esencia de los grados en un proceso atiende que el conocimiento del segundo ha de corresponder a un juez distinto del que dictó la resolución que se recurre. La regla del doble grado de jurisdicción suele enunciarse como un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen, para toda controversia susceptible de ser examinada en cuanto al fondo, dos sucesivas decisiones sobre la pretensión-resistencia, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, la segunda de las cuales debe prevalecer sobre la primera<sup>326</sup>, y una de las notas esenciales de este concepto es la de que el segundo examen y la segunda decisión tienen que estar atribuidos a órgano jurisdiccional distinto del que realizó los primeros, debiendo advertirse que no se trata sólo del órgano, sino también de las personas que integran esos órganos como titulares de la potestad jurisdiccional.

La regla de la incompatibilidad de funciones, enunciada con referencia a haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, implica que:

1.º Se exige haber dictado la resolución que se impugna<sup>327</sup> y no simplemente haber tramitado el proceso sin dictar en él la resolución recurrida<sup>328</sup>.

<sup>326</sup> MONTERO, *Comentarios*, II, cit., pp. 1041 y ss.; por toda la doctrina italiana RICCI, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Roma, 1988.

<sup>327</sup> Esa resolución no tiene que ser necesariamente la sentencia definitiva que pone fin a la instancia; aunque en los últimos tiempos se tiende cada vez más a evitar los recursos indepen-

2.º Se incluye el conocimiento de cualquier recurso posterior, tanto sea apelación como casación, anulación, suplicación, e incluso revisión<sup>329</sup> y audiencia al

dientes contra las resoluciones procesales o interlocutorias, acumulando todos los recursos con el que se interpone contra la sentencia, la incompatibilidad tiene que referirse a conocer del recurso contra la resolución recurrida, sea ésta de cualquier clase. Por lo mismo si un juez ha dictado una resolución interlocutoria pero no la sentencia, y el recurso se dirige contra una y otra no podrá integrar el órgano competente para conocer de los recursos acumulados.

<sup>328</sup> Recuérdese la STS de 5 de diciembre de 1995 que desestimó el recurso de casación pues el magistrado que conoció, con otros, del recurso de apelación civil, aun habiendo tramitado parte del juicio de menor cuantía, no había dictado la resolución recurrida.

<sup>329</sup> El llamado recurso de revisión en la LEC, la LECRIM y la LOPJ no es un verdadero recurso, como es sobradamente sabido, sino un juicio con pretensión distinta, pero puede calificarse de medio de impugnación en sentido amplio (MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., pp. 379-80; CALVO, *La revisión civil*, Madrid, 1977; DOVAL, *La revisión civil*, Barcelona, 1979; G. COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, III, cit., pp. 389-90; BARONA, *La revisión penal*, en *Justicia*, 1987, IV, pp. 849 y ss.), como ya demostró FAIRÉN, *Doctrina general de los medios de impugnación*, cit., pp. 344 y ss. A pesar de todo es muy discutible que el conocer del juicio de revisión sea incompatible con el haber conocido del proceso anterior de cuya sentencia se insta la revisión, y lo es porque en la revisión: 1) No se está pidiendo al Tribunal Supremo (o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia) que se pronuncie sobre la pretensión-resistencia decididas en el anterior proceso, y 2) Se está ejercitando una pretensión distinta de la decidida en ese anterior proceso. Resulta así que la revisión no supone la continuación del mismo proceso en una ulterior fase, sino la incoación de un proceso distinto, con lo que desaparece la razón de ser de la causa de incompatibilidad, y a pesar de todo estimamos que se está ante la incompatibilidad, no sólo por la aplicación literal de nuestras leyes, que hablan de recurso, sino porque en realidad lo que se está pidiendo al órgano competente para conocer de la revisión es que aprecie

rebelle<sup>330</sup>, pues todas estas impugnaciones se verían privadas de sentido si se atribuyesen a la competencia del mismo órgano que dictó la resolución impugnada o si de él formara parte el juez que la dictó<sup>331</sup>.

la posibilidad de que, en virtud de hechos ajenos al primer proceso, en el mismo puede haberse dictada una sentencia no ajustada a Derecho, con lo que se está ante una impugnación en sentido amplio en la se insta la rescisión de la sentencia y del proceso anterior, para dejar la situación material en el estado en que se encontraba antes del proceso.

<sup>330</sup> Sobre la naturaleza de la audiencia al rebelde MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, II, 1.º (con Ortells y G. Colomer), Barcelona, 1994, pp. 464 y ss. (No citamos aquí la última edición porque en ella los absurdos nuevos planes de estudios nos obligaron a simplificar con riesgo de desvirtuar) y BACHMAIER, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Madrid, 1994, pp. 257 y ss. Con lo que decimos en el texto estamos cuestionando la constitucionalidad de todas las normas (arts. 779 y 780 LEC y 73.1 y 2 LOPJ) que atribuyen el conocimiento de la concesión de la audiencia al rebelde al mismo órgano que conoció del proceso y dictó la sentencia contra la que se pide la audiencia al rebelde.

<sup>331</sup> Problema nuevo es el del llamado «incidente» suscitado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, al dar nueva redacción al art. 240 de la LOPJ. Ese «incidente», atribuido a la competencia del mismo juez que dictó la resolución que puso fin al proceso y de la que se insta su nulidad, parece más bien un medio de rescisión de sentencias firmes, de naturaleza análoga al juicio de revisión, aunque no por causa ajena al proceso mismo, sino por motivos atinentes a hechos producidos en el proceso. Véase DÍEZ-PICAZO, *La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras*, en *Tribunales de Justicia*, 1998, núm. 2, con los trabajos previos que cita de él mismo y de BORRAJO INIESTA y además de éste *Sombras de la reforma sobre nulidad de actuaciones: una réplica*, en la misma *Revista*, 1998, núm. 3. Si estamos ante un medio de rescisión podría pensarse que la norma de atribución de competencia es inconstitucional por razón de la incompatibilidad de funciones, pero la solución no es tan sencilla por lo mismo que decimos para el juicio de revisión. Si se está pidiendo la nulidad de lo actuado,

3.º) No pueden quedar incluidas aquellas actividades que la ley llama a veces recurso pero que no lo son (como la aclaración de sentencia)<sup>332</sup> o impugnación con sentido muy diferente (como la oposición al embargo preventivo, art. 1416 LEC, o a las medidas cautelares indeterminadas, art. 1428, V. LEC)<sup>333</sup>.

Las verdaderas actividades incompatibles, las del número 2.º, no pueden explicarse desde la habitual referencia a la imparcialidad, ni al pretendido «contacto» con el objeto del proceso<sup>334</sup>, ni a la metafórica

dicho está que no se continúa el proceso en una ulterior fase, sino que se formula una pretensión distinta de la resuelta.

<sup>332</sup> La aclaración de sentencia ha venido denominándose en la práctica recurso, a pesar de que evidentemente no lo es, pues con ella (arts. 363 LEC y 267 LOPJ) no se trata de modificar o de anular la resolución, sino bien de rectificar errores manifiestos (y entonces tampoco es una verdadera aclaración, y por ello no tiene plazo), bien de aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión.

<sup>333</sup> Decretada la medida cautelar sin contradicción o con contradicción limitada, la ley en lugar de conceder un recurso contra la resolución correspondiente, permite que el demandado formule oposición, mediante la que se trata de dar plena efectividad al principio de contradicción. Esto es, la técnica del recurso es sustituida por la técnica de la oposición, pues de esta manera en la oposición no concurren las limitaciones propias del recurso; véase ORTELLS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pp. 185 y ss.

<sup>334</sup> A pesar de que en ello insiste el ATC 132/1996, de 27 de mayo, que en su F.J. 3.º dice: «3. Con relación a las causas de abstención y recusación, y más concretamente en el específico tema que nos ocupa en el presente recurso de amparo, por este Tribunal se ha manifestado que dentro de las garantías previstas para asegurar la independencia e imparcialidad del juzgador se encuentra la causa de abstención y de recusación establecida en el segundo apartado del art. 219.10 L.O.P.J. («haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia»), con respecto a la cual hemos de proclamar su carácter integrador del derecho al Juez legal contemplado en el art. 24.2, ya que

«contaminación». Desde luego, el haber conocido de la instancia no supone riesgo de que el juez, en el recurso, se convierta en parcial, en el sentido de poder poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses de una de las partes, ni puede pretenderse con alguna lógica que esa circunstancia implique que el juez tenga interés, ni directo ni indirecto, en el recurso, en que éste se resuelva favoreciendo o perjudicando a una de las partes. Estamos aquí ante el error antes denunciado, de estimar que el haberse formado una opinión con base en la actividad propia del ejercicio de la función judicial, y el haberla expresado en una resolución, afecta a la imparcialidad.

La incompatibilidad entre las actividades del número 2.º se deriva de que si el proceso se regula en la

mediante su instauración no solo se evita que el órgano jurisdiccional «ad quem» pueda constituirse con prejuicios sobre el objeto procesal derivados de su anterior conocimiento en la primera instancia, sino que se garantiza también el cumplimiento efectivo del carácter devolutivo de los recursos, pues de nada serviría la existencia de una segunda instancia si el mismo órgano jurisdiccional que conoció de la primera y que dictó la resolución impugnada pudiera (por haberse promovido alguno de sus miembros o por cualquier otra causa) conocer de nuevo el mismo objeto procesal en la segunda instancia (STC 137/1994), doctrina que debe ponerse en conexión con la exigencia del derecho al Juez imparcial que impone la salvaguardia de la neutralidad del Juez, no sólo en sus aspectos subjetivos, sino también objetivos, referidos estos últimos a la vinculación que el titular del órgano jurisdiccional haya podido tener con la materia objeto del proceso (STC 145/1988), que indudablemente reviste una especial intensidad cuando en una misma persona recaen la condición de juzgador de instancia y de órgano revisor de lo entonces resuelto, ya que, en tal hipotético supuesto, el órgano «ad quem» puede constituirse con serios prejuicios sobre el objeto litigioso que pueden comprometer su imparcialidad, convirtiendo a la segunda instancia en un mero formulismo (STC 299/1994).

ley de modo tal que contra la sentencia que se dicte en la instancia cabe recurso de apelación, el que de ese recurso conozca el mismo juez que dictó la sentencia recurrida equivale a negar la virtualidad del recurso, y con ello a desconocer el derecho de la parte al mismo, derecho de rango fundamental una vez previsto en la ley<sup>335</sup>. El fundamento de la abstención y de la recusación no es, ni puede ser, la imparcialidad, sino la incompatibilidad de funciones, entre actividades en un mismo proceso.

*B) Entre proceso anulado o rescindido y nueva instancia o proceso*

La causa de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia no atiende de modo literal a tres posibles supuestos en los que podría cuestionarse si existe incompatibilidad de funciones procesales:

a) Las actividades incompatibles podrían ser aquí:  
 1) Haber conocido de una instancia o recurso, que luego se anula en parte por el tribunal superior al conocer de un recurso por quebrantamiento de forma

<sup>335</sup> Bastará aquí con recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a que: 1) En el proceso penal el derecho al recurso se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) o en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) (SSTC 42/1982, de 5 de julio, y luego una larga serie hasta, 93/1997, de 8 de mayo, 125/1997, de 1 de julio, por ejemplo), 2) En los demás procesos el derecho al recurso no tiene rango constitucional, pero una vez regulado por la ley no pueden ponerse a su admisión obstáculos indebidos (SSTC 28/1994, de 27 de enero, y 88/1997, de 5 de mayo, por ejemplo); en general véase BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO y FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pp. 43 y ss.

con reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procesal, y 2) Conocer otra vez de la instancia en virtud de esa reposición de actuaciones.

En el Derecho español no existe norma que declare la incompatibilidad, y ya vimos en su momento<sup>336</sup> que mientras la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se inclina porque de la nueva instancia (del nuevo juicio oral) debe conocer el mismo órgano jurisdiccional (la misma Audiencia Provincial) pero integrada por magistrados distintos de los que conocieron del anterior juicio oral, el Tribunal Constitucional se negó a declarar la inconstitucionalidad del número 10.º del art. 219 de la LOPJ en cuanto en el mismo se omite, como causa de abstención y de recusación, el supuesto que aquí contemplamos (STC 157/1993, de 6 de mayo)<sup>337</sup>. En la

<sup>336</sup> Sección Primera, II, 2.

<sup>337</sup> Dice el F.J. 3.º de esta STS 157/1993: «Ahora bien, la razón que así subyace en las causas de abstención y de recusación consideradas (las del núm. 10.º del art. 219 de la LOPJ) no puede reconocerse, sin embargo, en la hipótesis que examinamos:

a) Existe una primera diferencia entre el supuesto planteado en la cuestión de inconstitucionalidad y los que han sido contemplados en el art. 219.10 LOPJ. La garantía de la imparcialidad objetiva se afirma en estos últimos, mediante la abstención y la recusación, para no privar de eficacia al derecho del justiciable al juicio o al recurso, esto es, para evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso. Cuando se ha dado lugar, sin embargo, a la nulidad de actuaciones «por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento» (art. 796.2 LECr.) el justiciable -condenado ya en la instancia- tiene derecho, estrictamente, a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado, y a que el juzgador aprecie y pondere la incidencia y repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa. Se dará o no tal incidencia y se impondrá o no, por tanto, la rectificación de la anterior sentencia pero el derecho del acusado queda

doctrina existe más de una voz que ha criticado la decisión del Tribunal Constitucional, si bien siempre con referencia a la imparcialidad<sup>338</sup>.

preservado, en cualquier caso, mediante la reparación de las actuaciones viciadas y la consideración de las mismas por el Juez a efectos de apreciar si su primer pronunciamiento, luego anulado, debe ser mantenido o alterado.

b) Claro está que el juzgador cuya sentencia de condena fue anulada por vicios de procedimiento se formó y expuso ya una convicción sobre el fondo de la causa y, en concreto, sobre la culpabilidad del acusado, pero se equivoca el Juez a quo al pretender que tal convicción representa un impedimento insalvable frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al juzgador, y resulta, a efectos de abstención y de recusación, parangonable a la que pudo formarse el instructor de una causa o a la que queda fijada en toda sentencia dictada, sin perjuicio de su recurribilidad, al término de un procedimiento irreprochable. La convicción expuesta en la sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al Juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado. Tal es el remedio, tradicional y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/91, f. j. 6) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado. Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación.

c) Lo anterior sólo podría ser puesto en cuestión, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, si la reparación de los vicios de procedimiento por el propio Juez que ya sentenció pudiera engendrar en el justiciable -y en la comunidad, en general- un recelo de parcialidad o, por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución de fondo, pues si así fuera, es claro que padecería la confianza en

Trasladado el debate al terreno de la incompatibilidad de funciones, nos parece evidente que desde la conformación concreta que el legislador ha dado al proceso (tanto al civil como al penal), nada se opone a que un juez conozca de una instancia o recurso y que después vuelva a conocer de la misma o del mismo, una vez que su actividad ha sido anulada por defectos de forma. No existe en este supuesto desnaturalización alguna del proceso, desvirtuación de la esencia del mismo: antes al contrario, si los recursos de contenido procesal tienden a declarar la nulidad de un acto procesal, con reposición de lo actuado, lo que se corresponde con la esencia del proceso es que el juez que está conociendo del proceso o que conoció de él en la instancia o en el recurso declarado nulo o nulo, siga conociendo de ese proceso.

los Tribunales, a cuyo servicio está la garantía que aquí consideramos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso De Cubber, sentencia de 26-10-84). El legislador -que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación- no lo ha estimado así y, a la luz de lo expuesto, no cabe considerar contrario a la Constitución este criterio. En supuestos de retroacción por nulidad no se le exige al juzgador -vale reiterar- que altere, sin más, sus convicciones ya expuestas, sino que las reconsidere a la luz de lo nuevamente actuado y reside precisamente aquí, en el contraste entre la nueva resolución a dictar y las actuaciones reemprendidas, una medida objetiva para apreciar, y para controlar, en su caso, si el órgano judicial llevó efectivamente a cabo, como el ordenamiento le impone, aquella reconsideración. La objetividad de este criterio garantiza así el deber judicial de fallar según lo actuado y preserva, con ello, la confianza en la justicia».

<sup>338</sup> GALINDO LÓPEZ, *La imparcialidad objetiva de jueces y tribunales*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, núm. 21, p. 3; BERMÚDEZ OCHOA, *Problemas orgánicos y procesales de la llamada «contaminación procesal»*, en CCGPJ, «Cuestiones de Derecho procesal penal», Madrid, 1994, p. 107, y PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., p. 7.

Sin insistir en que si las dos actividades se declararan incompatibles se provocaría el desquiciamiento de la organización judicial (viéndose afectado el derecho al juez predeterminado por la ley) y la alteración sustancial de la regulación procesal, lo que importa es que realmente no existen aquí dos funciones procesales que puedan ser consideradas incompatibles, pues en los dos casos se trata de conocer y de resolver sobre la instancia de un proceso o sobre un recurso del mismo. Solo desde la hipertrofia del sentido de la imparcialidad y desde la absurda metáfora ecologista de la «contaminación», se explica la posición de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aparte de por su tardía conversión a una nueva fe. Las demás Salas del mismo Tribunal, no necesitadas de demostrar ser «cristiano viejo», con buen criterio han dejado sola a la Sala de lo Penal en su peculiar interpretación de las actividades incompatibles, aunque acogidas a la imparcialidad del juez.

b) La incompatibilidad podría atender también a:  
 1) Haber conocido de un proceso, luego rescindido por medio de un juicio de revisión; 2) Conocer del nuevo proceso en el que se ejercite la misma pretensión<sup>339</sup>.

Este supuesto no suele cuestionarse por la doctrina, ni ha dado lugar a jurisprudencia que conozcamos, pero en el mismo tampoco cabe apreciar incompatibi-

<sup>339</sup> Debe recordarse que en el juicio de revisión si se produce la rescisión de la sentencia, y en realidad de todo el proceso, con lo que los efectos de éste, y principalmente la cosa juzgada, desaparecen del mundo jurídico, siendo posible incoar otro proceso en el que se interponga la misma pretensión que se interpuso en el primer proceso. Naturalmente una cosa es la incompatibilidad para conocer del juicio de revisión y otra la pretendida incompatibilidad para conocer de dicho segundo proceso.

lidad de funciones. Hay que tener en cuenta que en este caso no se está ante una fase del mismo proceso, sino ante dos procesos distintos, si bien en los dos se ejercita la misma pretensión. La revisión, en contra de lo que ha sostenido en ocasiones<sup>340</sup>, no comprende un doble enjuiciamiento: un *iudicium rescindens* y un *iudicium rescisoriium*, de modo que en el primero se decide acerca de la concurrencia del motivo, dejando sin efecto la sentencia firme, y en el segundo se vuelve a plantear la pretensión resuelta en la sentencia firme rescindida, sino que la revisión es sólo un juicio de rescisión, pues la pretendida segunda fase es contingente, en cuanto que sólo existirá si alguna de las partes del primer proceso decide iniciar otro proceso, y no es propiamente una segunda fase de la revisión, sino un proceso autónomo. Estamos, pues, ante dos procesos, aunque la pretensión en los dos sea la misma, y entre los mismos cabe cuestionar la incompatibilidad de funciones a cargo de un único juez.

En esta circunstancia estimamos que el juez que conoció del primer proceso puede conocer del segundo, sin que existan razones de incompatibilidad. Dejando otra vez a un lado problemas orgánicos, pues la incompatibilidad habría de referirse a todos los jueces que hubieren conocido de la primera instancia, de la apelación y de la casación (o de cualquier otro recurso existente), qué principio o regla determinador de la manera de conformar el proceso —el primero o el segundo— se vería negado o desconocido si un mismo juez conoce de los dos procesos. Como no llegamos a descubrir ese principio o regla, tenemos que concluir

<sup>340</sup> Por ejemplo por MORENO CATENA, *Derecho procesal civil* (con Cortés y Gimeno), Valencia, 1995, p. 332.

que en este supuesto no existe incompatibilidad de funciones procesales.

c) Por último, la incompatibilidad podría cuestionarse entre: 1) haber conocido de la primera instancia de un proceso, dictando en él sentencia, contra la que luego se concede audiencia al rebelde y 2) conocer de la sustanciación de la audiencia.

En el epígrafe anterior dijimos que eran actividades procesales incompatibles el haber conocido de la instancia dictando sentencia, y el conocer de la concesión de la audiencia al rebelde, y ahora lo que cuestionamos es la compatibilidad entre la instancia y la sentencia respecto de la sustanciación de la audiencia, esto es, con la reproducción de la instancia desde la perspectiva del demandado, para que en ella pueda ser oído este y en la que se dicta segunda sentencia en la que se modificará o no la primera<sup>341</sup>.

<sup>341</sup> La audiencia al rebelde consta, en todo caso, de dos fases: 1) De concesión de la audiencia, y 2) De sustanciación de la audiencia, y ello hasta el extremo de que si el demandado que ha obtenido la concesión de la audiencia vuelve a constituirse en rebeldía se sobreseerá la segunda fase y quedará firme la sentencia que puso término al pleito seguido en rebeldía (art. 784 LEC). La simple lectura de este artículo ya evidencia que la concesión de la audiencia al rebelde no supone la rescisión de la sentencia, sino que se trata simplemente de un medio para ofrecer al demandado la posibilidad de que ejercite realmente su derecho de defensa, evitando su indefensión. Por mucho que se busque en la LEC no se encontrará un artículo que disponga, como se dice para la revisión, que el juzgador rescindirá en todo o en parte la sentencia impugnada (arts. 1806 y 1807), sino que simplemente se dice que se «declare haber lugar a dicha audiencia» (art. 782), o se habla de «prestar audiencia contra la sentencia» (art. 776) o de «ser oído contra la sentencia firme» (arts. 744, 778 y 779). La sentencia que acuerda oír al rebelde no anula nada, por lo que los actos procesales realizados

En la sustanciación de la audiencia no estamos ante un segundo proceso, sino ante la reproducción de la instancia desde el punto de vista del demandado, y si esto es así y si en esa reproducción los actos de alegación y de prueba realizados por el demandante siguen siendo válidos y surtiendo plenos efectos, no se descubre en virtud de qué incompatibilidad debería de excluirse al juez que conoció de la instancia y que dictó la sentencia en ella. La conformación del proceso por la ley no se verá desconocida porque el mismo juez siga conociendo de la instancia. Si cuando la instancia se declara nula por quebrantamiento de forma, con reposición de actuaciones, no existe incompatibilidad para que la reproducción de las mismas las haga el mismo juez, con mejores razones no existirá incompatibilidad cuando la instancia no llega a declararse nula, permaneciendo con todo su valor los actos realizados por el demandante.

### C) Entre medidas cautelares y decisión sobre el fondo

Independientemente de la naturaleza jurídica que se atribuya a la tutela cautelar, esto es, si ésta da lugar a un proceso distinto del declarativo o del ejecución

permanecen en todo su valor; la segunda fase o de sustanciación de la audiencia no parte, pues, de cero, sino que da como válido todo lo existente; los actos de alegación del demandante y las pruebas que él practicó siguen siendo válidos y no precisan ser reproducidos en la fase de sustanciación. En ésta el demandado realizará sus alegaciones y practicará su prueba, que se unirán a la ya existente en el proceso. La segunda sentencia no abordará *ex novo* la contienda entre las partes, sino que decidirá si se mantiene o no la primera, y en este segundo caso en qué se modifica.

para cuya efectividad se dispone aquella, o si simplemente se trata de un incidente de uno de esos procesos<sup>342</sup>, en nuestro ordenamiento se parte de la regla general de que el órgano judicial competente para conocer del proceso principal lo es también para decretar las medidas cautelares. Esta regla general debe matizarse teniendo en cuenta:

1.º Quando la medida cautelar se solicita pendiente ya el proceso principal, bien porque se pide junto con la demanda de éste, bien porque se insta después de la admisión de esa demanda, la regla general se concreta en una norma de competencia funcional, contenida en el art. 55 de la LEC, conforme a la cual los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tienen también para todas sus incidentes<sup>343</sup>.

<sup>342</sup> En la doctrina española pueden consultarse las ponencias presentadas a las reuniones de Profesores de Derecho Procesal de Zaragoza (1966), en *Revista de Derecho Procesal*, 1966, IV, pp. 9-110, y de Pamplona (1974) en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974; y CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Estudios de Derecho Procesal» (con Fenech), Barcelona, 1962, pp. 567-91; SERRA, *Teoría general de las medidas cautelares*, en «Las medidas cautelares en el proceso civil» (con Ramos), Barcelona, 1974, pp. 11-114; ORTELLS y CALDERÓN, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996. En general el volumen colectivo dirigido por TARZIA, *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985. En otro orden GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2.º edición, Madrid, 1996.

<sup>343</sup> Manifestaciones concretas de esta regla de competencia funcional se encuentran en la regulación de las distintas medidas cautelares, y así pueden verse, por ejemplo, los arts. 1397, II, y 1412 de la LEC (para el embargo preventivo), el art. 42, 1.º, de la LH y el art. 139, II, del RH (anotación preventiva de demanda), los arts. 1419 y 1420 de la LEC (aseguramiento de bienes litigiosos), el art. 1428, IV, de la LEC (medidas indeter-

2.º) Si la medida cautelar puede solicitarse, y así se hace, antes de la presentación de la demanda del proceso principal, bien existe norma expresa que sigue atribuyendo la competencia al órgano judicial competente para conocer de ese proceso (por ejemplo, art. 1428, IV, LEC), bien se establece norma específica de competencia territorial, partiendo de que la competencia objetiva se atribuye en todo caso a los Juzgados de Primera Instancia (esto es lo que hace, por ejemplo, el art. 63, 12, de la LEC para el embargo preventivo, o el art. 137, 1.º, I, de la Ley de Propiedad Intelectual).

3.º) Cuando la medida cautelar se pide después de la sentencia de primera instancia y pendiente recurso de apelación en ambos efectos, esto es, con efecto suspensivo, la competencia corresponde al órgano de la apelación (arts. 389 y 390, 1.º, LEC) y si se pide pendiente el recurso de casación la competencia se atribuye al órgano que dictó la sentencia recurrida (arts. 1722 y 1723 LEC, aplicados analógicamente).

Como puede comprobarse nuestro ordenamiento, a la hora de atribuir la competencia para decretar la medida cautelar, establece las normas del caso sin tener en cuenta una pretendida incompatibilidad de funciones, y por ello dispone que: 1) Debe conocer del proceso principal el juez que antes ha acordado una medida cautelar, 2) Debe decretar la medida cautelar quien está conociendo del proceso principal, y 3) Debe decretar la medida cautelar quien antes ha decidido sobre el fondo del asunto. En este contexto legislativo la jurisprudencia no ha cuestionado la aplicación de estas normas, ni siquiera con relación a la imparciali-

minadas), y el art. 137, 1.º, II, del RD-legislativo 1/1996, de 12 de abril, texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

dad, pero es inevitable hacerlo aunque respecto de la posible incompatibilidad de funciones.

a) La instancia de la medida cautelar y del proceso principal

El examen de la posible incompatibilidad de funciones procesales pasa por atender primero al supuesto de la instancia, esto es, a si un mismo juez puede decretar la medida cautelar y dictar sentencia sobre el fondo del proceso principal, y para ello es preciso comprender el presupuesto de las medidas que es el *fumus boni iuris* y la naturaleza de la pretensión cautelar.

La tutela cautelar está regulada exclusivamente por normas de carácter procesal y en un doble sentido:

1º) Son normas procesales las que regulan la actividad que es preciso realizar para llegar a la resolución en la que se decrete o se deniegue la medida cautelar, lo que no es nada específico, pues las normas que regulan la actividad que deben desplegar las partes y el tribunal para llegar a la resolución final que fuere son siempre procesales, y ello en todo tipo de procesos.

2º) Son también procesales las normas que regulan los presupuestos que deben concurrir para que se adopte la medida cautelar y tienen la misma naturaleza las normas que regulan las medidas a adoptar. Si en el proceso de declaración el contenido de la resolución final, de la sentencia que se pronuncia sobre la pretensión declarativa, viene regulado por normas materiales, por ser éstas las que sirven para decidir si se estima o no la pretensión declarativa, en el proceso cautelar el contenido de la resolución que se pide cuando se ejercita una pretensión cautelar viene siempre determinado por una norma procesal, pues son

éstas las que se aplican a la hora de decidir si se estima o no la pretensión cautelar, de modo que todo el proceso cautelar, tanto en su desarrollo como en el contenido de la resolución final, se rige únicamente por normas procesales<sup>344</sup>.

La pretensión cautelar no encuentra su fundamentación en la afirmación de un hecho que es el supuesto fáctico de una norma material que prevé consecuencias jurídicas de esta naturaleza, sino que la fundamentación atiende a un hecho que es el supuesto fáctico de una norma procesal. Así como en las pretensiones declarativas se pide una consecuencia de naturaleza material (que se condene al pago de una cantidad de dinero), en las pretensiones cautelares se pide una consecuencia jurídica procesal (que se decrete el embargo preventivo). Este supuesto de medida cautelar, el del embargo preventivo, puede servir de ejemplo para demostrar lo que decimos:

1.º La pretensión cautelar de embargo preventivo no tiene el mismo contenido que la pretensión

<sup>344</sup> Debe recordarse aquí la distinción entre normas materiales y normas procesales y la búsqueda por la doctrina del criterio diferenciador; véase DE LA OLIVA, *Algunas peculiaridades de las leyes procesales*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1974, y ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, I (con Montero y G. Colomer), Barcelona, 1993, pp. 650-5. Si como decía GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I (con Herce), Madrid, 1976, pp. 16-7, la norma procesal determina el cómo de la sentencia y toda la serie de actos que la preceden y que son necesarios para llegar a ella, esto es, la admisibilidad de la pretensión deducida en el juicio, el juicio mismo y la sentencia, y la norma material el qué de la sentencia, es decir, la estimación o desestimación de la pretensión, lo que caracteriza al proceso cautelar frente al proceso declarativo es que en él no se aplican normas materiales, ni siquiera para determinar el qué de la resolución que se dicte respecto de si se decreta o si se deniega la medida cautelar.

declarativa de condena a obligación dineraria, ni en la petición ni en la causa de pedir. En la declarativa de condena se pide una cantidad de dinero y su causa de pedir son hechos que son el supuesto fáctico de una norma material; en la cautelar se pide que se decrete el embargo y su causa de pedir es la concurrencia de los presupuestos procesales previstos en una norma procesal y, en lo que ahora importa, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.

2.º La apariencia de buen derecho se resuelve en un juicio de probabilidad sobre el mismo que normalmente la ley sujeta a la concurrencia de que el demandante presente un principio de prueba por escrito<sup>345</sup>, esto es, lo que el art. 1400, 1.º, de la LEC llama un documento del que resulte la existencia de la deuda. De este modo el juicio de probabilidad se objetiviza, con lo que el juez tendrá que acordar el embargo preventivo si concurre el presupuesto del documento, sin que se tenga que practicar prueba sobre la apariencia de buen derecho<sup>346</sup>. La oposición al embargo acordado no versa sobre la mayor o menor probabilidad de la existencia de la deuda, que es contenido del proceso principal sino

<sup>345</sup> Sobre el principio de prueba, MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 30-1.

<sup>346</sup> Los otros dos presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, el peligro en el retardo (*periculum in mora*) y prestación de fianza, tienen naturaleza procesal de modo evidente y no es preciso insistir en ello. Baste recordar que el peligro en el retardo, no atiende a la mera demora en el pago, con el perjuicio que ello pueda irrogar al acreedor, sino que es un peligro derivado de la realización del proceso principal, del tiempo empleado en la realización de ese proceso y de que el deudor se encuentre en alguna de las situaciones de hecho previstas en el art. 1400, 2.º, de la LEC; véase ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., pp. 114 y ss.

sobre la concurrencia de los presupuestos<sup>347</sup>, incluido el del documento<sup>348</sup>.

Sin olvidar que en no pocas ocasiones las medidas cautelares van suponiendo cada vez más un efecto que bien consiste en el mantenimiento o congelación de la situación pre-procesal<sup>349</sup>, bien llega a anticipar la posible estimación de la pretensión deducida en el proceso principal<sup>350</sup>, no puede desconocerse que la pretensión cautelar no es idéntica a la pretensión del proceso principal, por lo que no puede decirse ni siquiera que el decretar la medida cautelar precise anticipar la opinión sobre el fondo del asunto<sup>351</sup> o viceversa, y

<sup>347</sup> Sobre el ámbito de la oposición, véase ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., pp. 205 y ss.

<sup>348</sup> A pesar de que esto fue negado por MANRESA, *Comentarios*, V, Madrid, 1891, cit., pp. 409-10, que limitaba la oposición a la comprobación del presupuesto del núm. 2.º del art. 1400.

<sup>349</sup> Para un supuesto claro, MARTÍN PASTOR, *La tutela cautelar de la impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas*, Granada, 1997.

<sup>350</sup> También por ejemplo, BARONA, *Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual*, en «Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información», Granada, 1998, pp. 111 y ss., y PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996.

<sup>351</sup> En el derecho italiano se ha defendido «forzar» la interpretación del art. 51, núm. 4 del *Codice di procedura civile* (haber conocido como juez de otro grado del proceso) para incluir en él el supuesto de que el juez que se ha pronunciado sobre la medida cautelar se haya sentido impulsado a efectuar un conocimiento anticipado del fondo del asunto, y a partir de ahí se ha discutido sobre la distinción entre conocimiento sumario y conocimiento pleno; véase MORETTI, *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, IV, pp. 1104-8, con la bibliografía que cita. Debe recordarse, con todo, que en la regulación del procedimiento cautelar en el *Codice*, según la redacción dada por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, el nuevo art. 669 sexies, permite al juez

naturalmente no existe incompatibilidad de funciones procesales. Ninguno de los dos procesos se ve desnaturalizado ni desvirtuado porque la acumulación de las dos funciones en un mismo juez.

b) El proceso principal y los recursos en las medidas cautelares

Naturalmente al no existir incompatibilidad procesal para conocer de la instancia del proceso principal y de la instancia del proceso cautelar, menos podrá existir para conocer del proceso principal (en cualquiera de sus grados o recursos extraordinarios) y para conocer de los posibles recursos devolutivos que lleguen a interponerse con relación al proceso cautelar. Posiblemente no haga falta insistir en esta inexistente incompatibilidad, pero sí es conveniente aludir a ella, aunque sólo sea para destacar que las resoluciones que decretan o deniegan medidas cautelares son meramente procesales y que también lo son los recursos interpuestos contra ellas.

Cualquier impugnación que se realice contra la resolución que decreta o deniega una medida cautelar tiene que encontrar su fundamentación en la alegación de una infracción de norma procesal. Incluso en el

practicar medios de prueba con relación a los fines y presupuestos de la medida cautelar pedida, y por ese camino la doctrina ha advertido (por ejemplo CONSOLO, *Commentario alla riforma del processo civile* (con Luiso y Sassani), Milano, 1996, pp. 618-9) del riesgo práctico de que acabe prejuzgándose el fondo del asunto. Ahora bien, la doctrina italiana está siempre reconduciendo la causa de abstención y de recusación dicha a la imparcialidad, esto es, ha haberse formado una opinión sobre el asunto que debe decirse, no a la verdadera incompatibilidad de funciones.

caso de que se formule oposición a la medida cautelar, obviamente después de haber sido decretada ésta, esa oposición se regirá exclusivamente por normas procesales, y lo mismo cabe decir de la impugnación relativa a la resolución que en dicha oposición se dicte. Pese ello, en sentido técnico estricto, dado que la norma procesal que sirve para decretar o denegar la medida cautelar cumple función determinadora del contenido de la parte dispositiva de la resolución, la impugnación de ésta no pretenderá la nulidad de la resolución, sino la modificación de la misma<sup>352</sup>.

## 2. Entre procesos distintos

El que el haber conocido de un proceso anterior dictando en él sentencia, no es causa de abstención y de recusación para conocer de otro proceso posterior, aun-

<sup>352</sup> En principio si una resolución es material, porque en ella se ha resuelto sobre la pretensión declarativa, estimándola o desestimándola, y para ello ha debido aplicarse una norma material, el medio de impugnación aspirará a que se dicte otra resolución en la que se modifique lo decidido respecto del fondo del asunto; por el contrario, si una resolución es procesal, dado que en la misma no se ha resuelto sobre la estimación o desestimación de la pretensión, sino que se ha decidido sólo en torno a un trámite del proceso (resolución interlocutoria) o sobre la inadmisibilidad de la pretensión (sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia), el recurso pretenderá la declaración de nulidad de la resolución por infracción de norma procesal. Si esto es lo normal en el proceso de declaración, en el proceso cautelar las cosas suceden de distinta manera; dado que la norma procesal sirve para decidir sobre la estimación o desestimación de la pretensión cautelar, la impugnación de la resolución en la que se decreta o deniega la medida, a pesar de tener que fundamentarse en la infracción de una norma procesal, perseguirá la modificación de la resolución y no su anulación.

que entre los dos existan similitudes más o menos amplias, fue ya declarado por la STC 138/1994, de 9 de mayo<sup>353</sup>, y esa doctrina, referida a la incompatibilidad de funciones, y no a la imparcialidad, es sin duda admisible<sup>354</sup>.

<sup>353</sup> Dice el F.J. 8.º de la STC 138/1994: «En el caso del Magistrado cuya imparcialidad objetiva se cuestiona no se ha producido una relación o contacto previo con el objeto específico del proceso del que se pretende su apartamiento. Ciertamente, el objeto de este proceso puede presentar similitudes, más o menos amplias, con el de un procedimiento anterior. Pero la imparcialidad objetiva del juzgador no se ve comprometida por la mayor o menor similitud de los hechos objeto de enjuiciamiento con los conocidos por ese mismo juzgador en el curso de un distinto proceso. Lo cual no se ve alterado tampoco por el hecho de que la Sala de la que forma parte el Magistrado llamado a juzgar, con mayor o menor oportunidad, haya tenido ocasión de exteriorizar una opinión acerca de la similitud, o incluso «identidad», entre los hechos objeto de dos sucesivos procesos. La imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso, sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquiera otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador. Las similitudes así resultantes, aparte de inevitables, en modo alguno ponen en cuestión la imparcialidad objetiva de los Jueces y Magistrados. Ello es así incluso en un supuesto como el presente, en el que la Sala de la que forma parte el Magistrado cuya recusación se pretendió ha exteriorizado su convicción, con mayor o menor oportunidad, cabe reiterar, acerca de la semejanza del objeto de ambos procesos».

<sup>354</sup> Cita PICÓ Y JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., nota 129, una STS, Sala de lo Penal, de 9 de julio de 1993 (Revista General del Derecho, 1993, núms. 589-590, pp. 9898-9900), que no hemos podido encontrar en las bases de datos, según la cual «la acusación se contrae, además de otras figuras delictivas, por un presunto delito de estafa procesal, imputándose al acusado -hoy recurrido- haber inducido a engaño a Jueces que conocieron de procedimientos civiles, siendo uno de ellos el magistrado que posteriormente fue ponente de la sentencia objeto de este recurso... Así las cosas, el deber de mantener a todo trance alejada cualquier sospecha de duda acerca de la imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador imponía que

Sin embargo, con esa doctrina no pueden darse por decididos todos los posibles supuestos<sup>355</sup>.

en su composición no hubiese estado presente ninguno de los Magistrados que conocieron de los procedimientos civiles en que se fundamenta la acusación y el haber sido desatendida tan elemental cautela procede, en aras de mantener la apariencia de una adecuada imparcialidad objetiva del Tribunal de instancia, estimar el motivo».

<sup>355</sup> Se ha llegado a sostener (SABAN GODOY, *La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Jueces para la Democracia», 1997, núm. 29, p. 75) que cuando se trata de procesos reiterados, en los que la decisión se basa en criterios puramente jurídicos, puede producirse una quiebra de la imparcialidad, de modo que el juez que está en contacto con idénticas materias puede tener ya predeterminada su decisión. Estaríamos aquí ante el colmo del absurdo de la «contaminación». Es indudable que, sobre todo, en lo laboral y en lo contencioso-administrativo, existen procesos con objetos no idénticos pero sí similares, que se producen a veces por centenares, y en los que, adoptado un criterio de decisión con base en la interpretación de una norma, en todos los procesos siguientes se produce una aplicación casi mecánica de esa decisión. El decir que en estos casos el juez que ha decidido el primero o los primeros de esos procesos debe abstenerse (o puede ser recusado) de conocer de los procesos siguientes, conduce a algo más grave que el absurdo y difícil de calificar. Es sobradamente conocido que en la aplicación de una norma jurídica pueden existir dudas y pareceres contrarios. A la misma esencia de la función jurisdiccional corresponde el decidir entre esos pareceres, de modo que todo juez tiene que adoptar postura, y una vez adoptada en un primer proceso lo lógico es que sirva para resolver desde ella todos los procesos posteriores que se sometan a su resolución. La adopción de una postura y su reflejo en sentencias determinadas, no sólo no implica incompatibilidad de funciones para procesos posteriores, sino que en nada puede afectar a una pretendida imparcialidad. No se trata ya sólo de que los distintos procesos no tendrán el mismo objeto procesal, pues las diversas causas de pedir se basarán en hechos diferentes aunque similares, sino de que por el camino de esa pretendida imparcialidad se llegaría a desconocer el derecho al juez predeterminado por la

### A) *Sumario el primero y plenario el segundo*

La tutela judicial provisional o urgente puede alcanzarse bien mediante un proceso declarativo ordinario, en el que se decreta una medida cautelar, bien por medio de la regulación de un proceso sumario al que puede seguir un proceso plenario<sup>356</sup>. En este último caso estamos ante un primer proceso sumario, esto es, ante un proceso con limitaciones en las alegaciones de las partes y en la cognición judicial<sup>357</sup>, al que puede seguir un proceso plenario, es decir, un proceso sin esas limitaciones, y, en contra de lo que se ha sostenido<sup>358</sup>, no cabe hablar aquí tampoco ni de imparcialidad del juez ni de incompatibilidad de funciones, pues en esos dos procesos no se ejercita la misma pretensión, ni con referencia a la petición, ni a la causa de pedir.

Los procesos sumarios son siempre procesos especiales porque tienen un objeto procesal previsto de

ley. Además, si esos procesos se cuentan centenares, podría perfectamente ocurrir que en una demarcación judicial todos los jueces de primera instancia estuvieran «contaminados» y que lo mismo ocurriera con todos los magistrados de una Audiencia Provincial o con todos los magistrados de una Sala de Tribunal Superior de Justicia, sin olvidarnos de todos los magistrados de una Sala del Tribunal Supremo.

<sup>356</sup> Para estas dos técnicas, CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pp. 73 y ss.

<sup>357</sup> Sobre la noción de sumariedad, véase MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., pp. 417-9, y sobre todo FAIRÉN, *El proceso ordinario y los plenarios rápidos y los sumarios*, en *«Estudios de Derecho Procesal»*, Madrid, 1955, y *El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución*, en *Revista de Administración Pública*, 1979, núm. 89.

<sup>358</sup> PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1952, p. 325, y PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., p. 7.

modo específico en la ley, y ello es así porque no puede discutirse en ellos de todo el conflicto que separa a las partes sino sólo de un aspecto determinado del mismo.

En el caso, por ejemplo, del interdicto de recobrar la posesión, lo que el demandante debe alegar es que se hallaba en la posesión de la cosa y que ha sido despojado de ella, con los hechos concretos correspondientes, y lo que debe pedir es que se le reintegre en la posesión perdida (art. 1652 LEC); la sentencia que estime el interdicto declarará que se ha producido el despojo de la posesión y acordará reponer al actor en ella (art. 1658, II, LEC). Ese limitado objeto del proceso no impide que cualquiera de las partes, pero normalmente el demandado en el interdicto, incoe un segundo proceso en el que se debata sobre la propiedad de la cosa, formulando una pretensión reivindicatoria (art. 1658, III).

Si los dos procesos tienen objetos diferentes, el haberse pronunciado un juez sobre el primero ni siquiera supone que se haya formado una opinión sobre el objeto del segundo, y mucho menos determinará incompatibilidad de funciones procesales que lleven a la abstención o a la recusación en el segundo.

### B) Con efecto positivo de cosa juzgada

Si la función negativa de la cosa juzgada implica la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, en la misma pretensión, lo que debería llevar a impedir la iniciación de un segundo proceso<sup>359</sup>, la función positiva

<sup>359</sup> Dado que la consecuencia teórica del efecto negativo de la cosa juzgada, es decir, el impedir la incoación de un nuevo proceso

o prejudicial de la cosa juzgada atiende a que la misma vincula en el segundo proceso a que el juez del mismo se atempere a lo ya juzgado cuanto tiene que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. En esta segunda función la cosa juzgada no opera como excluyente de una decisión sobre el fondo, sino que le sirve de base<sup>360</sup>.

con la misma pretensión, es imposible de modo práctico (pues el juez al que se le presente la demanda del segundo proceso no puede hacer sino admitirla y darle trámite), la consecuencia se reduce a impedir que se dicte decisión sobre el fondo del asunto en el segundo proceso, en el que la sentencia sólo podrá decir que no puede resolverse sobre el fondo del asunto (véase MONTERO, *Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial*, en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, p. 269, y DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, p. 25). Esta función negativa no ha sido siempre comprendida por la jurisprudencia que, en ocasiones, se ha referido a «la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente» (SSTS de 31 de marzo, y de 3 de diciembre de 1993), aunque en otros casos ha entendido correctamente que se trata «de evitar que en éste (segundo proceso) se dicte nueva resolución sobre el mismo objeto litigioso (aunque hubiera de ser coincidente con la ya dictada)» (STS de 16 de marzo de 1992). En efecto, la función negativa no exige que el segundo fallo sea idéntico al primero, sino que excluye la posibilidad misma del fallo segundo.

<sup>360</sup> En la STS de 20 de mayo de 1992 se contempla un caso claro de esta función positiva. En el primer proceso de desahucio, en el que se dictó sentencia firme, se desestimó la demanda porque se entendió no vencido el plazo de vigencia de la prórroga contractual, pero se declaró que el arrendamiento lo era de industria sometido a la legislación común, y no a la ley especial de arrendamientos urbanos. Iniciado un segundo proceso poco después, en el que se pretendía el desahucio por expiración del plazo del arrendamiento de industria, el demandado opuso que el arrendamiento lo era de local de negocio, y el TS estimó que no podía llegarse a calificar el contrato de modo distinto a como se hizo en el primer proceso, por impedirlo «el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada».

A este supuesto de posible incompatibilidad no se ha referido la doctrina española, ni siquiera en su desbordada consideración de la imparcialidad, pero tampoco en el mismo cabrá apreciar incompatibilidad de funciones entre haber conocido del primer proceso, en el que se formó la cosa juzgada, y conocer del segundo proceso, sobre el que se produce el efecto prejudicial de aquélla. La vinculación a ese efecto positivo es independiente del juez que tenga que decidir el segundo proceso, e incluso el Tribunal Supremo ha sostenido que ese efecto debe ser apreciado de oficio<sup>361</sup>.

<sup>361</sup> En la mayoría de los casos en que el Tribunal Supremo ha sostenido la apreciación de oficio de la cosa juzgada positiva lo ha hecho con claros *obiter dicta*, que en nada servían para resolver el caso concreto sometido a su consideración. De las sentencias que suelen citarse como sostenedoras de que el Tribunal Supremo ha admitido la apreciación de oficio de la cosa juzgada positiva, nos atrevemos a decir que sólo en una de ellas, en la STS de 27 de octubre de 1944, se hace aplicación de esta doctrina a un caso concreto que se resuelve con base en ella; en todas las demás la declaración general es mero *obiter dictum*. A pesar del escaso fundamento jurisprudencial real de la tesis de la apreciación de oficio, ésta es correcta y no se opone al principio de aportación de parte si se distingue entre: 1.º) Afirmación por la parte de la existencia de una sentencia firme anterior como elemento del supuesto fáctico base de la consecuencia jurídica que pide, y 2.º) Alegación expresa por la parte de la fuerza vinculante de la cosa juzgada producida en esa sentencia. Si la parte ha hecho la afirmación primera, no es necesario que realice la alegación segunda, de modo que la pretendida apreciación de oficio de la función positiva de la cosa juzgada se reduce a que el juzgador puede dar una determinada calificación jurídica al hecho afirmado por la parte, sin necesitarse de que esa calificación haya sido propuesta por la parte en alguno de sus escritos de alegación. Desde esta perspectiva se entiende el recurso a la «notoriedad» que hace la jurisprudencia. La TSJ Cataluña de 2 de julio de 1990, recogiendo anteriores del Tribunal Supremo, dice que el

### C) *Rebeldía penal y varios juicios orales*

Los dos casos anteriores, el de el proceso sumario y el del efecto positivo de la cosa juzgada, no son aplicables al proceso penal, en el que es pacífico que no hay sumariidad y que la sentencia penal no tiene efecto prejudicial<sup>362</sup>, pero el que ahora contemplamos es específico del proceso penal, no pudiendo presentarse en el proceso civil. Nos referimos al supuesto de la existencia de un proceso penal dirigido contra dos acusados por un mismo hecho, pero en el que, por la rebeldía inicial de uno de ellos, se acaban realizando dos juicios orales, y la cuestión atiende a la posible incompatibilidad de un juez para conocer de esos dos juicios orales.

Debe recordarse que, en principio, cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario (art. 300 LECRIM) y, por tanto, de un juicio oral, y que para ello no es determinante si del hecho punible se acusa a una o más personas<sup>363</sup>. Imputándose,

efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada no precisa ser alegado por las partes sino que puede ser apreciado de oficio cuando es notoria su existencia, pero si acudimos al caso concreto resuelto en la Sentencia nos encontramos con que en ella se dice que fue el propio actor el que hizo mención en su demanda de la existencia de la sentencia firme anterior, con lo que la «notoriedad» radica en que la parte había afirmado el hecho aunque no alegara expresamente el efecto positivo de la cosa juzgada.

<sup>362</sup> En este sentido, por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con Herce), 10.ª edición, Madrid, 1984, p. 293.

<sup>363</sup> Si como consecuencia de la conexión del art. 17 de la LECRIM (DE LA OLIVA, *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972) se instruye un solo sumario por dos delitos con distinción entre el autor o autores de cada uno de ellos, el que llegado el juicio oral, éste sólo pueda realizarse por un delito y contra un acusado ante la rebeldía del otro acusado, al que se imputa un delito distinto pero conexo, no puede suponer incompatibilidad

pues, un mismo hecho a dos o más personas, la rebeldía de una de ellas no impide la realización del juicio oral respecto de las presentes (arts. 842 y 793.1 LECRIM), con lo que podrán existir dos juicios orales sobre un mismo hecho, una vez que se presente o sea habido el rebelde, y la cuestión suscitada es si el haber conocido del primero es incompatible con conocer del segundo<sup>364</sup>.

Sin entrar aquí en la eficacia de la primera sentencia sobre la segunda<sup>365</sup>, nuestra respuesta favorable a la incompatibilidad no se asienta, claro es, en la pretendida quiebra de la imparcialidad objetiva, sino en la consideración de que la convicción del juez en el segundo juicio oral podría formarse de modo distinto al querido en la ley reguladora del proceso penal. En efecto, la LECRIM pretende que la convicción del juez sobre los hechos ha de formarse únicamente con lo visto y oído en el juicio oral, esto es, con la prueba practicada en el mismo (art. 741), y no de cualquier otra manera. Es cierto que cuando la LECRIM excluye la formación de la convicción judicial de cualquier otra manera, está pensando en los actos de investigación del procedimiento preliminar, los cuales no son prueba a los efectos de la sentencia, pero la regla general no puede enunciarse sólo de modo negativo, sino que puede y debe enunciarse de modo positivo. En efecto, puede decirse:

de funciones en el juez para realizar los dos juicios orales, pues cada uno de ellos tendrá un objeto penal diferente.

<sup>364</sup> Desde el punto de vista de la pretendida imparcialidad, o de haberse formado una opinión, se ha contestado que el juez del primer juicio oral ha perdido la imparcialidad objetiva para conocer del segundo; y así PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., p. 7

<sup>365</sup> Aspecto que debe verse en DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pp. 161 y ss., con la bibliografía que cita.

1.º Los actos de investigación sumariales no son elementos que puedan servir para formar la convicción judicial determinadora de la decisión que debe plasmarse en la sentencia<sup>366</sup>.

2.º Los medios de prueba practicados en el juicio oral son los únicos elementos que pueden utilizarse por el juez para formar su convicción sobre los hechos y para dictar sentencia, aunque cuando se habla de juicio oral, no se está haciendo referencia a cualquier juicio oral, sino precisamente a aquel en el que se juzga al acusado.

Si la regla general de formación de la convicción en el proceso penal es la de que ésta sólo puede tomar en consideración las pruebas practicadas en el juicio oral, el peligro de que el juez, que ha conocido de un primer juicio oral sobre los mismos hechos, funde su segunda sentencia, no en la prueba del segundo juicio, sino en la del primero, lleva a la conclusión de la incompatibilidad de funciones procesales entre esos dos juicios orales<sup>367</sup>.

<sup>366</sup> Este modo negativo de enunciarse la regla se reitera en la Exposición de Motivos de la LECRIM, en la que se habla del hábito de los jueces y magistrados de formar su juicio por el resultado de las diligencias sumariales, de la costumbre de los mismos de buscar la verdad casi exclusivamente en las diligencias sumariales, etc. Desde esta perspectiva de la regla puede adquirir sentido el problema del valor probatorio de algunas diligencias sumariales; ORTELLS, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Revista General del Derecho*, 1979.

<sup>367</sup> Al examinar la fuerza vinculante de la sentencia penal sobre los procesos posteriores, y al concluir negando dicha fuerza, decía BELING, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943 (traducción de Fenech), p. 207, nota 1, que si en un primer proceso se condena a A por homicidio y se acusa en un segundo proceso

D) Proceso penal seguido de proceso civil.

El ordenamiento jurídico español permite la acumulación del proceso civil relativo a la responsabilidad de esta naturaleza, derivada del acto ilícito que es al mismo tiempo delito<sup>368</sup>, al proceso penal, dando así lugar a un procedimiento con dos procesos, uno penal y otro civil, de modo que la sentencia contendrá dos pronunciamientos. Al mismo tiempo la ley autoriza al ofendido y al perjudicado por el acto ilícito para renunciar a la acción civil y para reservársela con el fin de ejercitarla después de la terminación del proceso penal (arts. 108 a 117 LECRIM), con lo que en este segundo supuesto puede existir un proceso penal seguido de un proceso civil. También debe recordarse que la extin-

a B por haber inducido a A, es lícita la absolución de B incluso fundada en que A no ha cometido el delito de comicio. Y añadía: «Bien es verdad que así resultan dos sentencias contradictorias, pero este resultado es más soportable que la influencia de la terminación equivocada de asuntos antiguos sobre la decisión de asuntos nuevos». Pues bien, la manera lógica de hacer posible en la práctica que existan dos verdaderos juicios orales radica en declarar incompatible que los efectúe un mismo juez, y no por la «contaminación» relativa a una supuesta imparcialidad, sino porque el segundo juicio oral no se realizaría de la manera querida por la ley, esto es, de modo que el juez forme su convicción sólo en las pruebas practicadas en el segundo juicio oral.

<sup>368</sup> En la terminología legal se habla de la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 a 122 CP; arts. 100 y ss. LECRIM, y arts. 1089 y 1092 CC), pero puso de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 318 y ss., que la responsabilidad civil no nace del delito, el cual no produce otros efectos jurídicos que la pena, aunque el acto que lo constituye puede ser a la vez fuente de obligaciones civiles, atendido el art. 1089 CC, en cuanto quepa calificarlo de ilícito civil; también FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991.

ción de la acción penal no lleva consigo la de la acción civil, salvo en el caso de haberse declarado por sentencia penal firme que no existió el hecho de que la responsabilidad civil pudo nacer (art. 116, I); por lo que la persona a la que corresponda la acción civil puede ejercitarla en el proceso civil posterior al proceso penal (art. 116, II)<sup>369</sup>.

Por varios caminos, por consiguiente, pueden existir un proceso penal seguido de un proceso civil, habiéndose resuelto en el primero sobre la responsabilidad penal y debiendo resolverse en el segundo sobre la responsabilidad civil, y la posible cuestión surge en torno a la incompatibilidad para conocer del segundo del juez que ya conoció del primero. Ya la SAP Barcelona de 2 de febrero de 1994 desestimó la recusación formulada contra el juez que conoció del proceso civil después de haber conocido del proceso penal, afirmando que se trataba de conocer de hechos distintos en procesos distintos<sup>370</sup> cuando posiblemente tendría que haber dicho que los objetos de uno y de otro proceso eran, y tenían que ser, diferentes. En efecto, el objeto

<sup>369</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 700 y ss.

<sup>370</sup> La SAP Barcelona de 1994 desestima el recurso de apelación, primero porque la recusación no se interpuso en su momento, sino que quiso hacer valer por medio del recurso de apelación civil, pero también alude a que el motivo 10.º del art. 219 de la LOPJ «no alcanza al Juez en el presente supuesto, puesto que ha conocido de hechos distintos en procesos distintos (téngase presente que el propio recurrente manifiesta que su actual pretensión ha sido imprejuzgada en la causa penal), por lo que mantener el recurrente la pretensión de nulidad implica implícitamente que está reconociendo que los hechos que enjuicia son idénticos». En realidad la Sentencia se centra en si hubo un primer pronunciamiento sobre la responsabilidad civil en el proceso penal, y si ese pronunciamiento produce cosa juzgada en el posterior proceso civil.

del proceso penal es un hecho punible, mientras que el objeto del proceso civil es una pretensión, cuya causa de pedir son unos hechos que deben ser fijados en su existencia por medio de las reglas de la prueba propias del proceso civil, y que son distintas de las del proceso penal.

Salvo en el caso de que la sentencia penal haya afirmado que no existió el hecho (art. 116, I, LECRIM), la causa de pedir en el proceso civil no queda en modo alguno condicionada por la sentencia penal, por lo que no puede existir incompatibilidad para conocer de los dos procesos. No podrá negarse que existe algún elemento de similitud entre ellos, pero nada permite concluir que el segundo proceso, el civil, pueda verse desnaturalizado porque de él conozca el mismo juez que conoció del proceso penal, y sea cual fuere el pronunciamiento de la sentencia de éste<sup>371</sup>.

<sup>371</sup> No incluimos en esta relación de pretendidas incompatibilidades entre distintos procesos el supuesto suscitado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y no lo hacemos, aparte de porque no se trata de dos procesos, porque el supuesto en sí mismo es dudoso incluso en su planteamiento. Los arts. 32 a 34 regulan que: 1) Después de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita reconociendo el derecho, con base en los requisitos del art. 3 (dice el art. 17), se designan abogado y procurador del turno de oficio, teniendo el primero un plazo de seis días para poner en conocimiento de la Comisión que, en su opinión, la pretensión que pretende ejercitar la parte es insostenible (art. 32), y 2) Si el dictamen del Colegio de Abogados y el informe del Ministerio Fiscal coinciden con la opinión del abogado (art. 32.2), la Comisión desestimará la solicitud (art. 34, II). En estas circunstancias es dudoso que contra esta denegación quepa el «recurso» a que se refiere el art. 20, competencia del juez o tribunal que es competente para conocer del proceso principal (BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, 1997, pp. 203-4) y también que, aun siendo posible el recurso, el juez o tribunal

### 3. Entre instruir y juzgar en el proceso penal

En la Sección Primera vimos la evolución legislativa y la de la jurisprudencia, tanto del TEDH como la de los tribunales Constitucional y Supremo españoles, y no es del caso repetir ahora lo allí dicho, pero sí lo es de aclarar la razón de ser de la regla según la cual quien instruye no debe juzgar o, dicho de otra manera, de la incompatibilidad entre las funciones de instruir y de juzgar.

#### A) El sistema procesal penal

El proceso penal español, y en realidad el de la mayoría de los países europeos, se dividió en la instancia en dos fases, que se quiso muy bien diferenciadas, en las que los jueces habían de cumplir funciones distintas.

#### a) Procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas)

Según el art. 299 de la LECRIM el sumario tiene como finalidad preparar el juicio oral y para ello se

competente no se encuentre ante un acto administrativo reglado de la Comisión, en el que no es posible controlar el tema de fondo de la sostenibilidad de la pretensión. Adviértase que la Comisión, después de la opinión del abogado, del dictamen del Colegio de Abogados y del informe del Ministerio Fiscal, queda vinculado a denegar la solicitud de asistencia jurídica gratuita, y así las cosas decimos que es dudoso que el juez o tribunal competente para conocer del recurso tenga que entrar a conocer de la sostenibilidad de la pretensión, pues puede defenderse que puede controlar sólo si se han cumplido o no los requisitos formales de la resolución denegatoria.

han de averiguar y hacer constar la perpetración del delito, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la participación en él de las personas, asegurando a éstas y sus responsabilidades pecuniarias. De esta norma se desprende con toda claridad que la actividad que ha desplegar el juez de instrucción, no es simplemente verificadora de las afirmaciones de hechos que hagan las partes, sino que es investigadora de los hechos que, en principio, puede que no hayan sido afirmados por nadie<sup>372</sup>. Asf:

<sup>372</sup> Para marcar el debido contraste digamos que en el proceso civil la actividad probatoria se caracteriza porque:

a) Puede referirse únicamente a los hechos que han sido previamente afirmados por una de las partes y negados por la contraria, de modo que: 1) Los hechos no afirmados al menos por una parte no existen para el juez civil, 2) Los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra (o los hechos afirmados por las dos partes) no pueden ser tema de prueba, pues esos hechos se imponen en su existencia al juez, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia, y 3) Tema de prueba pueden ser sólo los hechos afirmados por una parte y negados por la contraria, que son los hechos controvertidos.

b) La actividad probatoria sobre los hechos controvertidos no puede consistir en investigarlos, consistiendo sólo en verificarlos. Si la investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos, es evidente que éste no puede ser el supuesto del proceso civil, pues en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hecho (de alegarlos) y el juez se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones.

c) Los elementos probatorios con los que puede producirse la verificación, no son los que decida el juez de oficio, sino los que propongan las partes, por lo menos en nuestro ordenamiento, pues no ocurre así en todos. En otros ordenamientos el juzgador puede decidir, sin petición de parte, la práctica de medios de prueba, lo que demuestra que el principio de aportación de parte ha sido entendido con exceso por la LEC (MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, 2.ª edición, Madrid, 1998, pp. 16, 24

1.º) La actividad para descubrir la perpetración de los delitos y la participación en ellos de las personas, no queda limitada por las afirmaciones de hechos que hayan podido efectuar las partes, sino que: 1) Independientemente de los hechos que afirmen las partes, el juez de instrucción debe buscar la realidad fáctica, sin estar limitado por esas afirmaciones. 2) Los hechos admitidos por el imputado no quedan fijados a los efectos de la investigación, pues la «confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito» (art. 406, I, LECRIM), y 3) Tema de la investigación son todos los hechos posibles, sin que pueda hablarse de hechos controvertidos o no controvertidos.

2.º) La actividad instructora es, pues, investigadora, no meramente verificadora; esto es, supone ir al descubrimiento de los hechos tal y como ocurrieron, lo que lleva a la búsqueda de los hechos para hacer constar su existencia o inexistencia.

3.º) Los elementos a utilizar en esa búsqueda son los que el juez de instrucción estime adecuados, sin perjuicio de los que puedan ser instados por las partes, pero el juez no queda limitado a practicar las diligencias de investigación propuestas por éstas.

Estas características de la actividad del juez de instrucción en el procedimiento preliminar aclaran que esa actividad consiste en una investigación activa.

y 277 y ss.). Por ello no cabe extrañarse de que, desde la expresiva pero poco técnica distinción de ALCALÁ-ZAMORA entre juez espectador, juez director y juez dictador, la doctrina española haya pretendido el aumento de las facultades del juez en la prueba.

Evidentemente la misma está sujeta a los requisitos generales de legalidad y admisibilidad (pertinencia y utilidad) y, en todo caso, a la licitud en la obtención de las fuentes de prueba a utilizar, pero lo que importa destacar es que la actividad instructora exige del juez una búsqueda de la verdad que le impone inquirir, indagar, tratar de llegar al cabal conocimiento de los hechos y de las personas que en ellos participaron, consignando todas las circunstancias, tanto adversas como favorables al imputado (art. 2 LECRIM).

Toda esa actividad instructora propia del procedimiento preliminar persigue dos finalidades: Preparar el juicio o evitar juicios innecesarios<sup>373</sup>. Si se cumple esta segunda finalidad no es del caso seguir con la incompatibilidad de funciones, pero si el juicio oral llega a abrirse aparece esa incompatibilidad. Por eso debe advertirse que la instrucción no persigue sino suministrar a las partes, tanto acusadoras como acusadas, las fuentes de prueba desde las que proponer los medios de prueba a practicar en el juicio oral<sup>374</sup>; la

<sup>373</sup> Sobre la doble función del sumario o procedimiento preliminar, véase PASTOR LÓPEZ, *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979, sobre todo pp. 127 y ss.

<sup>374</sup> Estamos diciendo que el procedimiento preliminar o instrucción sirve para preparar el juicio oral, con lo que advertimos del grave error en que se incurre cuando se dice que las diligencias previas preparan sólo la acusación. En los últimos años parte de la doctrina ha considerado que el procedimiento preliminar consiste en la recogida de los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación y para preparar ésta, con olvido de que la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye, es decir, debe preparar tanto la acusación como la defensa. Este grave error se manifiesta de modo evidente cuando se establece en alguna ley que sólo se practicarán diligencias de investiga-

instrucción no puede servir para convertirse toda ella en elemento a tener en cuenta para formar la convicción de juez que ha de conocer del juicio oral y que ha de dictar sentencia; sirve sólo para decidir que el juicio oral debe abrirse y para preparar la acusación y la defensa.

#### b) Juicio oral

La segunda fase, que la ley llama juicio oral, cumple una finalidad muy distinta de la de la primera. Si en el procedimiento preliminar se prepara el juicio oral, en este se trata propiamente de actuar el Derecho penal en el caso concreto<sup>375</sup>, y ello presidido por dos principios

ción por el juez de instrucción cuando las practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación (art. 789.3 LECRIM), cuando se ordena legalmente al mismo juez que tan pronto como existan elementos suficientes para formular la acusación dará traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que éste presente de inmediato su escrito de acusación y solicite la inmediata apertura del juicio oral (art. 790.1, II, LECRIM), y, sobre todo, cuando la petición del Fiscal de practicar nuevas diligencias para poder formular la acusación vincula al juez, mientras que no ocurre lo mismo con los otros acusadores y, especialmente, ni siquiera se ofrece al acusado la posibilidad de alegar que su defensa no está preparada para oponerse a la acusación porque en el procedimiento preliminar no se han practicado diligencias tendentes a averiguar lo que le favorece (art. 790.2 LECRIM). En todos estos supuestos el procedimiento preliminar no prepara el juicio, sino que se limita a preparar la acusación, y con ello se desvirtúa la esencia misma de lo que es la actividad preparatoria pública.

<sup>375</sup> Se ha pretendido que la función del proceso penal, en cuanto se dice que la misma es la actuación del Derecho penal en el caso concreto o la aplicación del *ius puniendi* del Estado es una explicación cierta, pero insuficiente, pues el proceso penal también tiene que: 1) Declarar el derecho a la libertad del

básicos, uno relativo al ~~proceso~~ y otro atinente al procedimiento.

a) El principio configurador del proceso viene denominándose ~~acusatorio~~, aunque respecto del mismo existe muy poca claridad<sup>376</sup> tanto en la doctrina<sup>377</sup> como

ciudadano inocente, 2) Proteger a la víctima, y 3) Rehabilitar al imputado (así GIMENO SENDRA, *Derecho procesal. Proceso penal* (con Moreno y Cortés), Valencia, 1993, pp. 19 y ss.). Hay en esta pretendida ampliación de las funciones del proceso penal mucho de retórica política y poco de comprensión de lo que es el proceso penal. Cuando se habla de la actuación del Derecho penal en el caso concreto es obvio que se está haciendo alusión tanto a la condena del culpable como a la absolución del inocente o, mejor dicho, que todo el conjunto del proceso está concebido como una sistema de garantía de los derechos de las personas frente al Estado; creer que el proceso penal sólo sirve para condenar, no lo ha creído nadie, salvo aquellos que han considerado que el proceso es un obstáculo al ejercicio del poder político. Por otra parte pretender que el proceso penal debe proteger a la víctima o debe servir para rehabilitar al imputado descubre un claro desconocimiento de lo que es y debe ser un proceso penal; a la víctima puede protegerse en el proceso civil acumulado al penal, pero difícilmente en el penal propiamente dicho; al imputado no sabemos cómo puede rehabilitarse antes de que sea condenado, salvo que se considere que el mero hecho de aparecer como imputado o como acusado en un proceso penal convierte ya una persona en necesitada de rehabilitación, lo que sólo puede hacerse si se la trata ya como delincuente, aparte de que no acaba de comprenderse el sentido que se le está dando a la rehabilitación ni con qué medidas procesales se puede contribuir a ella.

<sup>376</sup> Decía ILLUMINATI, respecto de Italia, que «son al menos veinticinco los años en que la elección de lo acusatorio está en la base de las propuestas y proyectos de reforma», pero cuando se trata de determinar concretamente cómo debe ser actuado «se descubre que no todos entienden lo mismo cuando se habla de sistema acusatorio», en *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, en *Enciclopedia Giuridica* (sobretiro), p. 1.

<sup>377</sup> Manifestaciones de esa poca claridad pueden verse en: VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el*

en la jurisprudencia<sup>378</sup>, incluida la del Tribunal Constitucional<sup>379</sup>, y ello a pesar de uso y del abuso con que

*proceso penal*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, 2; RUIZ VADILLO, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción de toda indefensión*, en *La Ley*, 1987, 4; DE DIEGO DíEZ, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios judiciales acusatorio y de contradicción*, en *Justicia*, 1988, 1, y *Vinculación del juez en el pronunciamiento de la sentencia penal: Sentencias de «estricta» conformidad*, en CCGPJ, «Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales», Madrid, 1995, pp. 295 y ss.; ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; MARTÍNEZ ARRIETA, *Principio acusatorio: teoría general y aplicaciones prácticas*, en CCGPJ, «Los principios del proceso penal», Madrid, 1992, pp. 51 y ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal. Proceso penal*, cit., pp. 58 y ss. No pueden incluirse en el apartado anterior ORTELLS, *Correlación entre acusación y sentencia; antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales y principio de contradicción, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción*, en «El proceso penal abreviado», Granada, 1997; ni ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995, y *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 2; tampoco SERRANO HOYO, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997, pp. 216 y ss.

<sup>378</sup> El Tribunal Supremo ha referido con reiteración el principio acusatorio a la «proscripción de toda indefensión»; por ejemplo SSTs de 15 y 19 de marzo de 1990, de 23 y 30 de abril de 1990, de 21 de junio de 1990, de 15 de septiembre de 1994, de 21 de febrero de 1995, entre otras muchísimas.

<sup>379</sup> Expresión paradigmática de la falta de claridad conceptual es la STC 53/1987, de 7 de mayo, que en su F.J. 2.º dice: «Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia constitucional, el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, y que es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia. 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 funda-

se hace referencia él, pues con demasiada frecuencia se le ha confundido con el principio de contradicción o derecho de defensa. Por nuestra parte estimamos<sup>380</sup> que el pretendido principio acusatorio no dice nada para caracterizar al proceso penal, y ello hasta el extremo de que la expresión «proceso acusatorio» es un pleonismo, pues el proceso sólo es tal si existen dos partes parciales, enfrentadas entre sí, y ante un tercero imparcial. Por lo mismo, decir que el proceso acusatorio significa que no puede haber juicio oral si no hay acusación (y ésta siendo formulada por persona distinta de quien ha de juzgar) o que no puede condenarse ni por hechos distintos de los imputados ni a persona distinta de la acusada, es algo obvio, tanto que está implícito en la misma noción de proceso. Si faltaran

mentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del 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.

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso».

<sup>380</sup> Después de una evolución que arranca en MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, III (con Ortells, G. Colomer y Montón), Barcelona, 1991, pp. 16 y ss., que pasa por *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en Justicia, 1992, IV, pp. 775 y ss., por *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, en «Ensayos de Derecho Procesal», Barcelona, 1996, pp. 581 y ss., y por *Derecho Jurisdiccional*, III (con los mismos), 6.ª edición, Valencia, 1997, pp. 14 y ss., para concluir, de momento, en *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997.

estas dos notas, no es que se estaría ante un proceso no acusatorio (o inquisitivo), es que estaríamos ante una manera de aplicar el Derecho penal que no sería procesal.

En conclusión, pues, el principio que determina la conformación del juicio oral es el de que éste tiene que ser un verdadero proceso, lo que implica la distinción neta entre juzgador y partes, que aquél tiene que ser un tercero independiente e imparcial, en el que se cumplan todas las notas que hacen a los titulares de la potestad jurisdiccional (arts. 117 y 122 de la CE), y que la actuación de las partes tiene que estar revestida de las notas propias de la misma (dualidad, contradicción e igualdad). Ahora bien, el que el juicio oral sea un verdadero proceso no puede significar que los principios típicos del proceso civil le sean aplicables, pues entre el proceso civil y el proceso penal tienen que existir las diferencias lógicas derivadas de que en el primero se actúa el Derecho privado y en el segundo el Derecho penal<sup>381</sup>.

En lo que se refiere a la prueba que debe practicarse en el juicio oral, y en lo que ahora nos importa, hay que destacar:

1º La actividad probatoria sólo puede referirse a los hechos que han sido afirmados por los acusadores (y que determinan el objeto del proceso) o que han sido afirmados por el acusado (y que contribuyen a determinar el objeto del debate)<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> Sobre la acomodación del proceso al derecho material aplicado, véase MONTERO, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>382</sup> Para la distinción entre objeto del proceso y objeto del debate, véase MONTERO, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 127-30.

2.º Con carácter general los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, o los afirmados por las dos partes, no quedan excluidos de la prueba. La distinción entre hechos controvertidos y hechos no controvertidos no puede aplicarse en el proceso penal, pues si así fuera las partes podrían disponer del objeto del proceso y, por tanto, de la aplicación del Derecho penal en el caso concreto.<sup>383</sup>

3.º La actividad probatoria en el juicio oral no es investigadora, sino verificadora; en él existen unas afirmaciones de hechos realizadas por las partes y el juez no puede «salir» a la búsqueda de hechos distintos.

4.º Los elementos probatorios con los que puede realizarse la verificación han de ser precisamente los practicados en el juicio oral, y no otros; las diligencias de investigación del procedimiento preliminar o ins-

<sup>383</sup> La consideración elemental que hacemos en el texto no está impidiendo la regulación de verdaderas admisiones de hechos en el proceso penal (y así véase BARONA, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994, pp. 267 y ss. y 290 y ss., con la bibliografía que cita). Tiene que llamarse la atención sobre que en los procesos civiles no dispositivos la admisión de los hechos no los convierta en no controvertidos y que la confesión no tenga valor legal, lo que es consecuencia de que en esos procesos han de actuarse normas de Derecho material civil de *ius cogens*, mientras que en el proceso penal, en el que se trata de actuar el Derecho penal, vayan admitiéndose supuestos de admisión o reconocimiento de hechos, con el efecto de relevar de la prueba de los mismos. El legislador civil no consiente que las partes de un proceso civil no dispositivo, por medio de la admisión de hechos o de la confesión, dispongan de la aplicación de la norma material (dispongan de la norma que establece las causas de nulidad del matrimonio o de divorcio), mientras que el legislador penal cada vez más se muestra favorable a que las partes del proceso penal, por medio de la admisión de hechos, dispongan de la aplicación del Derecho penal.

trucción no pueden utilizarse para formar la convicción judicial sobre los hechos. Si la instrucción prepara el juicio oral, dicho está que la actividad realizada en aquél no puede ni suplantar ni suplir la actividad que debe realizarse en éste.

5.º Los medios de prueba que deben practicarse serán normalmente los propuestos por las partes, pero nada puede impedir que el juez acuerde de oficio la práctica de medios de prueba no propuestos por aquéllas. Si en el proceso civil no se corresponde con la esencia del principio de aportación de parte el que éstas sean las únicas que puedan pedir la práctica de medios concretos de prueba, menos podrá decirse que ese principio de aportación de parte, aplicado en el proceso penal, tiene que suponer la exclusión de toda prueba acordada de oficio por el juez.

Estas notas evidencian que el legislador ha pretendido regular el juicio oral convirtiéndolo en un verdadero proceso, por lo que los principios que hacen a la esencia de la institución tienen que serle aplicables. Al mismo tiempo, es manifiesto que el legislador no ha pretendido que el proceso penal se conforme con las reglas que son típicas del proceso civil dispositivo (como son los principios de oportunidad y, sobre todo, el dispositivo), porque era perfectamente conocedor de que el derecho material a aplicar por medio del proceso necesariamente tiene que contribuir a determinar el modo de hacerse ese proceso.

b) El principio configurador del procedimiento es el de oralidad con las consecuencias que de él se derivan, y, sobre todo, el principio de inmediación.

<sup>384</sup> En general MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, I, cit., pp. 343 y ss., y en especial *El principio de oralidad y su práctica en la*

Este supone que la convicción judicial respecto de los hechos se forma con los medios de prueba efectivamente practicados ante el juez, con lo que éste ha visto y oído, no con el reflejo documental de la actividad probatoria realizada en presencia de juez distinto<sup>385</sup>. Como decía Chioyenda la inmediación implica que el juez que debe pronunciar la sentencia ha de haber asistido a la práctica de la prueba de la que saca su convencimiento y ha haber entrado, por tanto, en relación directa con las partes, con los testigos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas fundándose en la impresión inmediata recibida de ellas y no en referencias ajenas<sup>386</sup>.

vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 529 y ss.

<sup>385</sup> Uno de los efectos más importantes de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en la persona del juzgador durante la tramitación del proceso y en especial a la hora de la sentencia, de modo que no pueden jueces distintos uno presenciando las pruebas y otro dictar sentencia. Esto explica el art. 98.1 de la LPL, el que en el proceso penal tengan que dictar sentencia precisamente el juez o los magistrados ante los que se realizó el juicio oral (arts. 746 y 749 LECRIM) y lo mismo en el proceso civil respecto de la vista (arts. 256 y 257 LOPJ), debiendo repetirse el juicio o la vista si ello no es posible.

El principio de inmediación hay que distinguirlo de la necesidad de la presencia del juez en ciertos actos judiciales. Siempre que se permita legalmente que un juez presida la práctica de un medio de prueba y de que un juez distinto dicte la sentencia, no estamos ante la inmediación, sino ante la garantía de la presencia judicial en la realización de determinados actos, que es cosa muy distinta. En este sentido puede decirse que en el proceso civil no rige el principio de inmediación, sin perjuicio de que la ley imponga la presencia del juez en los actos.

<sup>386</sup> CHIOYENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, III, Madrid, 1940 (traducción de Gómez Orbaneja), pp. 162-3. La bibliografía sobre la oralidad es hoy desbordante, aunque en la

El juego combinado de la división del proceso en dos fases, instrucción y juicio oral, y la realización de la segunda ajustándose plenamente a los principios de oralidad e inmediación, llevan a la consecuencia del art. 741 de la LECRIM: El tribunal dictará sentencia apreciando únicamente las pruebas practicadas en el juicio oral, de modo que las diligencias sumariales no pueden ser tenidas en cuenta para formar la convicción sobre los hechos que deben ser declarados probados en la sentencia. Por si faltara algo la Exposición de Motivos de la LECRIM lo dice muy claramente<sup>387</sup>.

### B) Incompatibilidad y no imparcialidad

La explicación anterior del sistema procesal penal, centrada en las diligencias de investigación de la instrucción, de la prueba como verificación en el juicio oral y de los principios de oralidad e inmediación, ha perseguido la finalidad de evidenciar que se corresponde con la misma esencia del sistema el que las dos fases del proceso penal no pueden ser atribuidas a la competencia del mismo juez, pues en caso contrario se estaría desvirtuando esa esencia. La actividad enjuiciadora es incompatible con la actividad instruc-

mayoría de las ocasiones los autores se limitan a repetir lo dicho por Chioyenda y dar después su opinión particular a favor o en contra; véase MONTERO, *Introducción al derecho procesal*, 2.ª edición, Madrid, 1979, pp. 252 y ss.

<sup>387</sup> Manuel Alonso Martínez entendió perfectamente que «... aceptada la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes han de hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio...».

tora, y lo es porque aquélla se vería desvirtuada si la realizará el mismo juez que realizó ésta. No se trata de poner en riesgo la imparcialidad del juez, sino de negar la esencia de la conformación del proceso tal y como ha sido regulado por el legislador.

Si la fase de instrucción es investigadora, y exige del juez competente para ella la búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba, ese mismo juez no puede luego ser competente para, en el juicio oral, realizar una actividad simplemente verificadora de los hechos afirmados por las partes. No se trata de que la actividad investigadora le haya supuesto formarse una opinión, con lo que afrontará la actividad verificadora de modo parcial, es que en esta segunda actividad:

1.º) No podrá limitarse a los hechos que hayan sido afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones provisionales, al no poder dejar de tener en cuenta los hechos de que conoció por medio de la actividad investigadora, y con ello estará pudiendo desconocer que quienes determinan los objetos del proceso y del debate son las partes.

2.º) No podrá formar su convicción únicamente con los medios de prueba que se practiquen en el juicio oral, pues tampoco podrá dejar de tener en cuenta las diligencias que realizó en la fase de instrucción, con lo que la oralidad y la inmediación habrán quedado desvirtuadas.

Las actividades de investigación y de verificación exigen, si, actitudes mentales distintas, que son además incompatibles, pero sobre todo el haber realizado la primera impide que la segunda se realice precisamente del modo querido por la ley. No se trata de que el juez que ha sido investigador haya perdido su imparcialidad para convertirse en verificador, pues

ello supondría estar diciendo que el juez puede poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses de una de las partes o que el mismo tiene interés en que el proceso se decida de una determinada manera<sup>388</sup>, sino que se trata de que el juez verificador no podrá limitarse a serlo, esto es, no podrá limitarse al objeto del proceso y al objeto del debate determinado por las partes y, sobre todo, no podrá desconocer los actos de investigación por él realizados en la instrucción a la hora de formar su convicción sobre los hechos que debe declarar probados en la sentencia, con lo que para determinar el contenido de ésta utilizará algo más que los medios de prueba practicados en el juicio oral. Además el derecho de defensa de las partes podrá verse vulnerado en cuanto que podrían influir en la

<sup>388</sup> La constante referencia de la doctrina y de la jurisprudencia a que el haberse podido formar una opinión en la realización de actos procesales previos comporta la pérdida de la imparcialidad objetiva para realizar el juicio oral, es algo que sólo puede explicarse si se parte de un concepto de imparcialidad por lo menos anómalo. La imparcialidad supone ejercer la función jurisdiccional del modo previsto y querido por la ley, esto es, sin ponerla al servicio de los intereses de una parte o del mismo juez, y partiendo de esta noción nos parece claro que el realizar de modo correcto una actividad y el haberse formado en ella una opinión, no supone pérdida de la imparcialidad para realizar otra actividad también de modo correcto y en el mismo proceso. El haberse formado una opinión al realizar una actividad no supone que el juez, en la segunda actividad, ponga su función al servicio de una parte y más difícilmente aún podrá sostenerse que el juez puede actuar en esa segunda actividad a su servicio. El haberse formado una opinión no puede suponer tener interés en la decisión de un proceso. Por el contrario, el haber realizado ya una actividad puede ser incompatible con el realizar otra actividad, y por ello el Diccionario de la Real Academia define la incompatibilidad como «impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez».

decisión judicial materiales que las partes pueden desconocer y sobre los que no habrán podido alegar y probar.

En la sentencia del TEDH de 1984 del caso *De Cubber* el juez belga que había realizado la instrucción se convirtió luego en miembro del tribunal que conoció del juicio oral, y es importante advertir que, según la misma Sentencia, el Código Judicial belga de 1967 en su art. 292 prohíbe «la acumulación de funciones judiciales» e impone la nulidad de «la decisión adoptada por un juez que ha conocido la causa previamente en ejercicio de otra función judicial» y que el art. 127 establece la incompatibilidad entre las funciones de juez de instrucción y las propias de magistrado integrante del tribunal sentenciador. En la decisión de la demanda de *De Cubber*, el TEDH

1.º Recordó de entrada su doctrina, la establecida en el caso *Piersack*, de las imparcialidades subjetiva y objetiva, y que el juez podía haberse formado una opinión que podía pesar en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión.

2.º Acabó considerando que una interpretación restrictiva del art. 6.1 del CEDH «no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática».

De la misma Sentencia se desprende que el TEDH disponía de todos los datos necesarios para reconducir su decisión por el camino de la incompatibilidad de funciones procesales, al que además debía de haberle llevado la propia legislación belga<sup>389</sup>, camino que aca-

<sup>389</sup> Hemos dicho en el texto que el art. 292 del Código Judicial belga de 1967 prohíbe «la acumulación de funciones judicia-

ba en la conclusión de que asumir funciones incompatibles en un mismo proceso vulnera el derecho a un proceso justo, esto es, el derecho a un proceso con todas las garantías, y, sin embargo, el Tribunal prefirió acabar en el derecho a un juez imparcial, reiterando la incorrección y la pobreza doctrinal de las imparcialidades subjetiva y objetiva, aunque diciendo que ésta segunda toma en cuenta consideraciones funcionales y orgánicas.

Confundida la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso con la imparcialidad llamada objetiva, no tiene nada de extraño que el TEDH se viera luego obligado a ir examinando caso por caso cuándo los temores de la parte están objetivamente justificados, y de ahí la larga serie de sentencias (que vimos en la Sección Primera). De la misma manera, asumido en la STC 145/1988, de 12 de julio, que el haberse puesto en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos

les... salvo los casos previstos por la ley», siendo nula «la decisión adoptada por un juez que ha conocido la causa previamente en ejercicio de otra función judicial», y que el art. 127 precisa que «so pena de nulidad, los magistrados que han cumplido en el caso las funciones de juez de instrucción... no pueden ni presidir las audiencias ni ser asesores...», pero nos falta añadir que según el art. 79, en la redacción dada por la Ley de 30 de junio de 1976, «los jueces de instrucción pueden continuar reuniéndose, en función de su antigüedad, para juzgar los asuntos sometidos al Tribunal de Primera Instancia». En el derecho belga, pues, se establece la incompatibilidad de funciones entre instruir y juzgar, y fue una Ley de 1976 la que vino a permitir la acumulación de esas funciones. Esto ocurrió también en el derecho español, pero en el belga no se hizo disponiendo que una causa de abstención y de recusación dejaba de ser aplicable, sino disponiendo que una causa de incompatibilidad de funciones dejaba de ser aplicable. Adviértase, además, que en el derecho belga el asumir funciones incompatibles es causa de nulidad de la decisión.

que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del juez instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado, por lo que el juez no acomete la función de juzgar con la plena imparcialidad que le es exigible, el paso siguiente tendría que haber consistido en distinguir entre actos del juez de instrucción que hacen surgir en la parte el temor justificado a que el mismo juez, al actuar como juzgador, pueda hacerlo con parcialidad objetiva, y, sin embargo, la STC 145/1988 distingue en la actividad instructora entre actos que son ajenos a la investigación y actos propiamente de investigación, a pesar de lo cual en las sentencias siguientes se produce una gran confusión que lleva a la misma contradicción.

La confusión y la contradicción provienen de que se han conjugado, por un lado, el criterio de lo que es la instrucción y, por otro, el criterio del temor objetivo a la pérdida de la imparcialidad. Si se hubiera atendido sólo a las actividades incompatibles, esto es, si se hubiera partido sólo de que la investigación y la verificación en un mismo proceso no puede realizarlas un único juez; posiblemente no se hubiera llegado a la falta de un criterio claro que se descubre en las resoluciones de los tribunales Constitucional y Supremo que enumeramos en la Sección Primera.

Centrada la regla de que quien instruye no puede luego juzgar en la imparcialidad, se asiste al contrario sentido de que la jurisprudencia tenga que decir:

1.º) La quiebra de la imparcialidad no proviene en estos casos de la relación que el juez haya tenido o tenga con las partes, lo que es evidente.

2.º) El riesgo para la imparcialidad atiende a la relación del juez con el objeto del proceso y al haberse puesto en contacto directo con el acusado y con los

hechos y datos que sirven para averiguar el delito y sus posibles responsables, pues ese «contacto» puede provocar en su ánimo prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado.

Naturalmente si el riesgo de la imparcialidad proviene del «contacto» con el acusado y los hechos o datos<sup>390</sup>, el paso siguiente que ha de dar esa jurisprudencia tiene que consistir en ir examinando uno a uno los actos realizados por el juez de instrucción en cada caso concreto para decidir: 1.º) Cuándo el «contacto» es lo suficientemente «profundo» como para que en su ánimo puedan generarse esos prejuicios e impresiones, y 2) Cuándo el «contacto» carece de «intimidad» capaz de generar los mismos prejuicios o impresiones.

La consecuencia inevitable es la contradicción. Por ejemplo, la STC 11/1989, de 24 de enero, estimó que el tomar el juez declaración «a los protagonistas del hecho» le priva de la imparcialidad objetiva, mientras que la STC 106/1989, de 8 de junio, consideró que no todo interrogatorio del imputado origina necesariamente la presunción de pérdida de la imparcialidad objetiva del juez de instrucción; y también por ejemplo, si la STC 320/1993, de 8 de noviembre, concluyó que la adopción de medidas cautelares, de cualquiera de ellas, comporta pérdida de la imparcialidad, la STC 60/1995, de 17 de marzo, distinguió entre si la limitación de la libertad se acuerda de una u otra manera. Por este camino la doctrina medioambiental del «juez contaminado» puede acabar convirtiéndose en la doctrina médica del «juez contagiado» en el «contacto», y

<sup>390</sup> No vamos a insistir en que el «contacto» con el objeto del proceso es imposible, dado que ello supondría que el juez de instrucción ha intervenido de cualquier manera con el hecho que la ley tipifica como delito (véase antes Sección Tercera, II, 5).

acabar atendiendo a la doctrina erótica de las preven-  
ciones adoptadas en el «contacto» mismo.

Si la regla de que quien instruye no puede luego juzgar en el mismo proceso se centra en la incompatibilidad de funciones procesales, los elementos que contribuyen a la confusión y a la contradicción desaparecer, por lo menos en buena medida, pues se tratará solo de determinar cuándo un juez ha efectuado actividad investigadora, de búsqueda de los hechos y de fuentes de prueba, concluyendo que ese juez no puede luego realizar actividad verificadora por ser las dos actividades incompatibles.

### C) Actividades incompatibles

Como la conclusión general de la incompatibilidad de funciones, partiendo de la distinción entre actividad investigadora y actividad verificadora, puede estimarse no suficiente, hay que añadir a las actividades concretas, y lo vamos a hacer empezando por aquellas de las que puede decirse que exista incompatibilidad. Una de esas actividades tiene que ser, en todo caso, la realización del acto único y concentrado del juicio oral, dictando a continuación la sentencia<sup>391</sup> y con relación a ella deben buscarse las actividades incompatibles.

<sup>391</sup> Naturalmente en este contexto ha de quedar fuera de toda consideración la pretendida pérdida de la imparcialidad para decretar las medidas cautelares, y especialmente la de prisión provisional, de quien ha realizado la investigación, auspiciada por alguna doctrina, aunque con referencia sólo a la prisión provisional (SERRA, *Prisión provisional: Cuestiones procesales y recursos*, en «Seminario sobre detención y prisión provisional», Santiago, 1995, pp. 188-91, y BELLIDO, *Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la*

### a) Actos de investigación

Aunque sin excesiva claridad la STC 145/1988, de 12 de julio, distinguió en la instrucción entre: 1) Actos estrictamente de comunicación y de ordenación procesal para dar al procedimiento la substanciación que corresponda, y aun actos como la aportación de antecedentes penales o la acreditación de la sanidad del lesionado, que pueden considerarse ajenos a la investigación y no integrantes de la verdadera actividad instructora, y 2) Actos de investigación directa en los que se reúne el material necesario para que se celebre el juicio oral o para que el tribunal sentenciador tome las decisiones que correspondan, que son aquellos en los que el juez de instrucción se pone en «contacto» con las fuentes de donde procede ese material y los que pueden hacer nacer en su ánimo prevenções y prejuicios respecto de la culpabilidad del encartado, quebrándose la imparcialidad objetiva.

Esta distinción puede asumirse en esencia, si bien reconduciéndola técnicamente a lo que son y a lo que no son actos de investigación. En efecto, las actividades de la instrucción que son incompatibles con el juicio oral son aquellas que tienden a lograr la finalidad característica del procedimiento preliminar: Averiguar los delitos y sus responsables. De esta inicial

*adopción de la prisión y libertad provisionales*, en Actualidad Penal, 1998, núm. 18, pp. 373 y ss.). No se trata ya, evidentemente de que el fundamento del llamado principio acusatorio no es, ni puede ser, garantizar la imparcialidad del juez, sino que se trata de algo tan evidente como que el realizar la investigación y el acordar las medidas cautelares no pueden ser actividades incompatibles, pues la acumulación de funciones es lógica dentro de la instrucción y, sobre todo, no afecta a principio o regla alguna conformadora del proceso penal.

constatación ya pueden extraerse las primeras conclusiones.

1.º No existe actividad de investigación en el acto de mera admisión a trámite de la denuncia o de la querrela, ni en la consiguiente apertura de la instrucción misma, con la incoación de sumario o de diligencias previas. El auto de incoación depende de un juicio hipotético: Considerando, a estos meros efectos, que los hechos denunciados o los que se relatan en la querrela son ciertos, los mismos pueden ser constitutivos de delito y, por tanto, procede incoar la instrucción. No hay en esta resolución actividad alguna de investigación, y no la hay ni aun en el caso de que en la misma resolución en la que se decreta la apertura de la instrucción se ordene la practica de las diligencias pedidas por el querellante, siempre que luego no las practique el mismo juez, obviamente.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha considerado, y en más de una ocasión (SSTC 145/1988, de 12 de julio, y 151/1991, de 8 de julio), que la admisión de la querrela o de la denuncia comporta verdadera instrucción, pero también lo es que otras veces ha llegado a la solución contraria (SSTC 164/1988, de 26 de septiembre, y 98/1990, de 24 de mayo). Con mejor criterio el Tribunal Supremo ha sostenido que la mera incoación de las diligencias previas no es verdadera actividad instructora (STS de 8 de marzo de 1991)<sup>392</sup>.

<sup>392</sup> En el mismo sentido STS de 13 de mayo de 1993, aunque en la misma se desliza algún error. Dice el F.J. 2.º: «En el supuesto presente sólo existieron dos intervenciones en el trámite de instrucción por parte del magistrado que formó parte de la Sala sentenciadora, una providencia de mero trámite por la que se ordenaba la citación del querrelado para recibirle declaración que, a los efectos aquí examinados, carece claramente de significación, y otra consistente en el auto de admisión a

2.º No puede considerarse actividad de investigación en sentido estricto aquella que un juez realiza en

trámite de la querrela con la que se inició la presente causa, respecto de la cual entendemos que tampoco hubo lesión de la imparcialidad objetiva:

1º) Para resolver sobre la admisión de un escrito de querrela basta examinar los hechos alegados en el mismo a fin de comprobar si son o no delictivos y si es o no competente el Juzgado para conocer de la instrucción de la causa (art. 313 LECRIM) y para verificar si concurren o no los requisitos formales exigidos en los arts. 270 y siguientes de la LECRIM.

2º) Para tal clase de resolución el Juez no ha de entrar en contacto con ningún medio de prueba ni diligencia de investigación. Ni siquiera tiene que examinar los documentos que se adjuntan con la querrela, salvo el poder del procurador, pues para comprobar si el hecho es delictivo ha de estarse a las alegaciones que se formulan y no a las pruebas documentales que se presentan en ese acto o a las de otra clase que en el mismo se proponen para su ulterior realización.

3º) En el caso presente los hechos narrados en la querrela no requerían un estudio minucioso para comprender que la actuación del querrelado, conforme a tal narración, era claramente delictiva, pues comprendía una serie de operaciones que implicaban a primera vista alteraciones mendaces en las cuentas de distintos clientes y el resultado de sucesivas apropiaciones de dinero, y así se pone de manifiesto por lo escueto de la resolución que se dictó al efecto y porque el Juez no era el titular del órgano, sino que se encontraba al frente del Juzgado «en funciones», es decir, sustituyendo al titular por vacante, permiso o vacaciones. El titular se abstuvo de intervenir como magistrado en el juicio oral precisamente por haber actuado como instructor en la misma causa y así consta en escrito del folio 664.

Todo lo expuesto revela que el magistrado que actuó de ponente en la sentencia recurrida tuvo una intervención mínima durante el período de instrucción de la causa a través de dos resoluciones que únicamente revelan un contacto muy superficial y sucinto con el procedimiento, cuando éste aún propiamente no había comenzado a tramitarse, lo que reputamos como notoriamente insuficiente para que dicho magistrado pudiera haberse formado un criterio sobre los hechos con el que

virtud del auxilio judicial que deben prestarse los órganos judiciales. Si los arts. 273 de la LOPJ y 183 de la LECRIM establecen el deber de los jueces y tribunales de cooperar y auxiliarse mutuamente en el ejercicio de la función jurisdiccional para la practica de las diligencias que fueren necesarias en la sustanciación de las causas criminales, la actividad que se realiza como juez exhortado no puede considerarse actividad propia, ni integra una investigación realizada por el mismo. El juez exhortado se limita a practicar las diligencias acordadas por el juez exhortante, y aquél ni busca ni inquiere.

A partir de aquí hay que distinguir entre actividad investigadora propiamente dicha y actividad por medio de la que la instrucción va avanzando en su desarrollo procesal. La primera se integra por diligencias de búsqueda de los hechos y de sus responsables, y esta naturaleza tienen el tomar declaración al imputado, el oír a los testigos, el practicar un reconocimiento judicial, el realizar un careo, el ordenar un reconocimiento

ya hubiera prejuzgado en su fuero interno la forma en que ocurrieron o su calificación jurídica antes de actuar en el período del juicio oral. Desde luego, no consta que participara en ningún acto de investigación propio de la instrucción, ni que recibiera declaración alguna o adoptara resolución de prisión, libertad o medida cautelar de otro tipo.

Así pues, es claro que no existió vicio en la imparcialidad objetiva del Magistrado ponente de la causa, por lo que entendemos que fue debidamente respetado el derecho de las partes a un proceso con todas sus garantías del art. 24.2 CE, y ello obliga a rechazar este motivo primero».

Decir que para la admisión de la querrela ni siquiera deben examinarse los documentos presentados con ella es, por lo menos, aventurado, pues en más de una ocasión se han rechazado querrelas precisamente porque de los documentos se desprendía inequívocamente que los hechos no eran constitutivos de delito.

pericial, etc. Todos estos actos, bien se acuerden y realicen admitiendo la propuesta de una de las partes, bien de oficio, suponen actividad de investigación, y lo mismo ocurre cuando se acuerda una entrada y registro o una intervención de teléfono.

Todo este conjunto de actividades llevan al juez de instrucción, no ya a ponerse en «contacto» con el objeto del proceso o con el acusado y los hechos, sino a adoptar una actitud mental, no diremos de inquisidor, pero sí de investigador de lo desconocido, investigación que se realiza incluso estableciendo hipótesis para luego comprobar su adecuación en la realidad. La investigación presupone partir de posibilidades, ir descartando algunas, centrarse en otras y llegar a una conclusión que se establece como probable. El preparar el juicio oral exige dejar constancia en el procedimiento preliminar de todas las circunstancias, y de sus fuentes de prueba, que pueden servir para que, ya en el juicio oral, las partes hagan sus afirmaciones de hecho y propongan medios de prueba, y ello ha tenido que suponer que se han buscado esas circunstancias y que se han encontrado las fuentes de prueba.

Lo que incompatibiliza a un juez de instrucción para que luego pueda realizar el juicio oral son los actos de investigación propiamente dichos, aquellos que exigen e implican búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba, por lo que la realización de los actos que la STC 145/1988 llama de comunicación y de ordenación procesal, aparte de su incorrección técnica<sup>393</sup> no pueden llevar a la incompatibilidad. Esto

<sup>393</sup> En sentido técnico estricto el juez no realiza ni actos de comunicación ni actos de ordenación procesal. Recuérdese que unos y otros son de la competencia del secretario, por lo menos si a los mismos se les da su verdadero sentido (por ejemplo, ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, I, cit., pp. 399 y ss.). Cuan-

conduce a que la abstención del juez y la recusación del mismo por el cauce del núm. 10.º del art. 219 de la LOPJ dependa de comprobar qué clase de actos ha realizado en la fase de instrucción.

### b) Actos de desarrollo

Además de los actos de investigación, el juez de instrucción va dictando a lo largo de la instrucción, o una vez finalizada la misma, resoluciones por medio de las que hace que el proceso vaya avanzando conforme al procedimiento previsto en la ley. En el desarrollo del proceso civil el juez no precisa pronunciarse ni sobre la probabilidad de la existencia de los hechos, ni sobre la calificación jurídica de los mismos, de modo que todo el proceso civil se realiza sin que el juez se pronuncie sobre las que podemos considerar como probabilidades de éxito de la pretensión o de la resistencia. Por el contrario, en el proceso penal el juez de instrucción tiene que ir efectuando juicios de probabilidad sobre:

1.º La existencia o inexistencia de los hechos y la participación en los mismos del imputado.

2.º La calificación jurídica de esos hechos.

La denuncia y la querrela se admiten realizando un juicio de probabilidad sobre la condición de penalmente tipificados de los hechos denunciados o de los relatados en la querrela (art. 313); el auto de procesamiento

do la STC 145/1988 hablaba de actos de comunicación y de ordenación procesales se estaba refiriendo a los actos del art. 5 de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, en el que se regulaba la resolución sobre el procedimiento adecuado o el traslado a las partes acusadoras para que formularan el escrito de acusación o pidieran el archivo de las actuaciones.

exige un juicio, primero, sobre la probabilidad de la existencia de unos hechos y de la participación en ellos del imputado y, también, sobre el carácter delictivo de los mismos («indicio racional de criminalidad», art. 384); los autos del art. 789.5 (archivo de las actuaciones por considerar que el hecho no es constitutivo de delito, reputarlo falta, ordenar que se siga el procedimiento abreviado) sólo pueden dictarse desde un juicio fáctico y otro jurídico; el auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral del art. 790.6 se encuentra en las mismas condiciones.

Todas las resoluciones anteriores —y otras que no es preciso mencionar— si se dictan por el juez de instrucción están tan íntimamente relacionadas con los actos de investigación realizados por el mismo juez que es prácticamente imposible desvincularlas de éstos. Dejando a un lado la admisión de la querrela o de la denuncia, que no puede estar precedida de investigación judicial alguna, las demás resoluciones del tipo de las indicadas cuando se dictan por el juez de instrucción no es dudoso que imposibilitan para que ese juez conozca luego del juicio oral. Los problemas surgen cuando esas resoluciones las dicta, o contribuye a dictarlas, juez distinto del de instrucción, pero juez que es luego el que va a conocer del juicio oral, que es lo que ocurre en el proceso ordinario por delitos en los casos de los arts. 484, VI (auto de procesamiento), 630 y 631 (auto confirmando o revocando el de conclusión del sumario), 632 (apertura del juicio oral o sobreseimiento) y 642 a 644 (búsqueda de un acusador y puesta en conocimiento del Fiscal superior).

La jurisprudencia no es nada clara. Por limitarnos a un supuesto baste recordar que si la STC 170/1993, de 27 de mayo, estimó que dictar el auto de apertura del juicio oral rompe la apariencia de neutralidad que

debe caracterizar al juez sentenciador<sup>394</sup> (con la confirmación de la STC 320/1993, de 8 de noviembre), en el proceso ordinario el auto de apertura del juicio oral lo dicta siempre la Sección de la Audiencia Provincial que conocerá después del mismo juicio, y hasta ahora no se ha cuestionado la constitucionalidad del art. 632

<sup>394</sup> La STC 170/1993 mezcla, por un lado, el auto de apertura del juicio oral y, por otro, el adoptar en él medidas cautelares, y así dice el F.J. 5.º: «En efecto, es en primer lugar evidente que los autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas «sentencias instructoras de reenvío», en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar.

Estas notas aparecen indiscutiblemente en el Auto de 23-9-1987 ahora analizado. Así, en su f. j. 1.º afirma que procede la apertura del juicio oral «teniendo en cuenta que los hechos objeto de procedimiento revisten caracteres de delito y las actuaciones ofrecen méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal»... que se concreta entre otros en el recurrente en amparo; en su f. j. 2 determina el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, y en el 3 decreta la libertad provisional con la obligación «apud acta» del art. 530 LECRIM. Todo ello supone que el Juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/88 y 136/92, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador, vulnerándose el art. 24.2 de la CE y que como medida de restablecimiento de la integridad del derecho, o se ha de ordenar retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de convocatoria del juicio oral «para su conocimiento y fallo por Juez distinto del instructor de las diligencias preparatorias» (entre otras, SSTC 11/89, 151/91 y 113/92).

de la LECRIM, y la STC 54/1985, de 18 de abril, estimó constitucional el art. 644<sup>395</sup>. Posiblemente la falta de claridad provenga de que en el auto de apertura del juicio oral del art. 790.6 se han mezclado dos cosas muy distintas: La apertura del juicio oral propiamente dicha y la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares, con lo que se trata de una resolución compleja, una parte muy importante de la cual no se refiere al desarrollo del proceso.

Los actos que son propiamente de desarrollo del proceso cuando se dictan por el mismo órgano judicial que debe conocer del juicio oral, no han sido precedidos de actividad de investigación realizada por ese órgano, por lo que éste no es quien ha realizado la actividad

<sup>395</sup> Dice el F.J. 5.º de la STC 54/1985: «Y también resulta de lo establecido en los arts. 969, 977 y 978 LECRIM y de las normas 1, 7, 14 y 15 Decreto 21 noviembre 1952, pues debe ejercitar la función que tiene asignada en los arts. 100, 101 y 105 de la misma ordenanza procesal general, que no es otra que la de actuar la acción penal, si procede, en defensa de los intereses públicos, otorgando efectividad al principio acusatorio, en el que la facultad de juzgar depende de que el Fiscal, o el acusador privado, promuevan la acción de la Justicia, por lo que si su posición es la de solicitar el castigo de la falta el Juez debe atenderla o rechazarla, y en caso de discrepancia por ausencia de acusación, utilizar el trámite dispuesto en el art. 644 LECRIM, o si estima corresponde calificación distinta de la falta, por proceder la efectividad de otra con superior sanción, aplicar por analogía el art. 733 de la misma Ley, planteando la «tesis», que incide y limita el sistema acusatorio o de rogación en evitación de incongruencias, por calificaciones defectuosas de las infracciones veniales por las partes acusadoras, y que permite excepcionalmente al Juez una actuación más flexible y por encima de la acusación, pero sin que ello suponga, en definitiva, la derogación del esencial principio acusatorio, sino excepcionalmente su mera corrección en pro de la mejor realización de la Justicia con todas las garantías de defensa contradictoria».

investigadora que es la que realmente convierte a un juez en incompatible para efectuar luego el juicio oral. El apreciar si en las diligencias que constan en un sumario existen indicios racionales de criminalidad, para lo que basta la lectura de unos folios del mismo, no exige ni supone haberse puesto en «contacto» directo con el acusado ni con los hechos o datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, por lo que si la jurisprudencia fuera coherente tendría que haber concluido que el ordenar al juez de instrucción que dicte el auto de procesamiento, en el supuesto del art. 384, VI, no rompe ni pone en riesgo la imparcialidad. Desde nuestra perspectiva de la incompatibilidad de funciones, lo que importa es que el dictar la resolución de desarrollo, en todos los supuestos dichos y en otros similares, no presupone la realización de actividad investigadora v. por lo mismo, no es actividad incompatible con la realización posterior del juicio oral.

Desde un plano teórico puede parecer más conveniente distinguir entre juez de instrucción, juez de acusación y juez sentenciador<sup>396</sup>, pero con los pies en la

<sup>396</sup> Que es a lo que parece aspirar parte de la doctrina; véase GIMENO SENDRA, *Los derechos al juez imparcial y de defensa en el proceso penal abreviado*, cit., p. 52; VERGE GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, p. 94; y también la STC 186/1990, de 15 de noviembre al decir en su F.J. 4.º: «Es indudable, por ello, que en el procedimiento abreviado la decisión judicial acerca de la apertura o no del juicio oral se adopta después de que se haya formulado acusación (art. 790.6 LECRIM), como una manifestación más del sistema acusatorio al que responde el nuevo proceso (ne procedat iudex ex officio), por lo que no puede atribuírsele al auto de apertura del juicio naturaleza inculpatória similar a la del auto de procesamiento en el procedimiento común. Es cierto que la Ley concede al Juez de instrucción -no al órgano

tierra se hace difícil creer que ese reparto de papeles sea una solución aplicable en la actual y previsible situación de la Justicia penal española. Quedan así abiertas dos opciones; en la primera, que es la propia del proceso abreviado, todos los actos que desarrollan el proceso penal hasta ponerlo en el inicio de las sesiones de la vista del juicio oral los realiza el juez de instrucción, y en la segunda, que es la del proceso ordinario, algunos de esos actos puede realizarlos el órgano enjuiciador y sentenciador, y en nuestra opinión la segunda no lleva a la incompatibilidad de funciones, porque el órgano judicial sentenciador no dicta las resoluciones correspondientes después de haber realizado la investigación, sino simplemente atendiendo a los materiales reunidos por el juez de instrucción. Si no hay asunción al mismo tiempo de funciones de investigación y de averiguación no hay incompatibilidad.

de enjuiciamiento- la facultad de controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula, pues, como antes quedó dicho, el art. 790.6 LECRIM, tras enunciar la regla general de la vinculación del Instructor con la petición de apertura del juicio permite al Juez denegar la apertura del juicio en dos supuestos, a saber: cuando el hecho no sea constitutivo de delito o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyos casos acordará el sobreseimiento que corresponda. Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral -en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada-, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación. En cualquier caso, la principal característica del nuevo proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el «Juez imparcial», estriba en haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada».

### c) Actos de cautela

El art. 299 de la LECRIM, al establecer la finalidad de la instrucción con la averiguación de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes, añade: «... asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de las mismas», con lo que está haciendo referencia a las medidas cautelares personales y a las reales. La jurisprudencia se había centrado en las personales, las que afectan a la libertad del imputado, pero la STC 320/1993, de 8 de noviembre, se refirió a todas ellas para concluir que la adopción de cualquier medida cautelar comporta indudable actividad instructora, haciendo nacer en el juez de instrucción prejuicios sobre la responsabilidad del imputado que comprometen la imparcialidad de aquél.

En la STC 106/1989, de 8 de junio, prácticamente sin fundamentación, se distingue conforme a si la prisión provisional se decreta de oficio por el juez de instrucción, caso en el que sí afecta a su imparcialidad, o a si se acuerda «previa instauración del contradictorio», caso en el que no quiebra la imparcialidad del juez. Por este camino la STC 60/1995, de 17 de marzo, siguiendo los pasos de la Sentencia del TEDH en el caso *Hauschildt*, concluyó que si la limitación de la libertad se decreta a instancia del Ministerio Fiscal y estando el imputado asistido de abogado no se produce en el juez pérdida de la imparcialidad<sup>397</sup>.

<sup>397</sup> Dice el F.J. 6.º de la STC 60/1995, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad suscitada sobre el art. 15.1 de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, de 11 de junio de 1948, según la redacción dada por la LO 4/1992, de 5 de junio: «Es cierto que esta posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas

A la distinción anterior no ha faltado quien ha añadido otra basada en el criterio de la mayor o menor

actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes de la ley cuestionada, y, así, por una parte, el Fiscal ha de «solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo» (art. 15.1, 2º) y, por otra, a este mismo Juez le corresponde «la adopción de medidas cautelares» y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1, 5º). Pero tampoco lo es menos que esta impresión de los jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad «subjetiva», se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad «objetiva», si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 Ley 50/81 reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17.2; 18.2 y 3; 20.5; 22.4; 117.3 y 4; 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructora, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.

En particular, si la medida incide en el derecho a la libertad del menor, dispone el art. 15.1, 5º, ap. 2º, que «a solicitud del Fiscal, el Juez podrá acordar el internamiento de éste (del menor) en un Centro cerrado», debiendo el Juez nombrar «al menor Abogado que lo defienda si no lo designan sus padres ó representantes legales».

De la redacción del precepto claramente se infiere que, a diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí el internamiento cautelar del menor solo 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. 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 como un «juez instructor»

injerencia en la esfera personal del imputado, de modo que si a mayor grado de injerencia más exigencia en la determinación del *fumus boni iuris*, es decir, más peligro para la imparcialidad del juez, la adopción de la prisión provisional siempre comportará la pérdida de la imparcialidad, aunque la medida se decrete por un juez que no haya realizado la instrucción y siendo insuficiente el argumento de la contradicción<sup>398</sup>; en sentido contrario la adopción de medidas cautelares reales, dada la nula injerencia en la libertad del imputado, no afectarán a la imparcialidad.

La adopción de las medidas cautelares, de cualquiera de ellas, presupone siempre, aparte de otros, la concurrencia del presupuesto de la apariencia de buen derecho y su control por el juez que la decreta, control que habrá de basarse siempre en los actos de investigación practicados. Ahora bien:

(puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un «juez de la libertad» 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 (STEDH 24 mayo 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, 16 diciembre 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».

<sup>398</sup> Así PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., p. 4. En sentido contrario, con cita del caso Hauschildt, GIMENO SENDRA, *Los derechos al juez imparcial*, cit., p. 56.

1.º) A veces, y es lo normal en nuestro sistema procesal, el mismo juez que ha realizado la investigación es el que decreta la medida cautelar, y en estos casos la incompatibilidad con la posterior función de juzgar no ofrece dudas, aunque la verdadera razón de la misma no debe buscarse en la adopción de la medida cautelar, sino en la realización de la investigación.

2.º) Otras veces, menos en número, la adopción, modificación o revocación de las medidas cautelares se atribuye a la competencia del juez que debe realizar el juicio oral, lo que puede ocurrir:

1º) Porque la decisión sobre las medidas cautelares ha de adoptarse estando pendiente ya la segunda fase del proceso. Esto puede ocurrir en cualquiera de los procesos por delito, como se desprende del art. 664<sup>399</sup>, y no es preciso insistir en que la apariencia de buen derecho habrá de buscarse en las actuaciones de la instrucción.

2º) Porque la competencia para la instrucción no se ha atribuido al juez de instrucción, sino al Ministerio Fiscal, de modo que aquél adoptará todas las medidas limitativas de derechos y también realizará el juicio oral, que es lo que ocurre en el proceso de menores, como se desprende del art. 15.1, 5.ª, de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (en la redacción dada por la LO 4/1992, de 5 de junio).

Estamos así ante dos supuestos en los que quien ha realizado la investigación no es quien acuerda las

<sup>399</sup> Y no es necesario recordar que las medidas cautelares pueden adoptarse también pendiente el recurso de casación (art. 861 bis a), pues entonces se adoptan por el juez que ya ha realizado el juicio oral; véase BARONA, *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Barcelona, 1988, p. 35.

medidas cautelares, y en los dos casos nos parece obvio que la decisión sobre esas medidas no es incompatible con la realización posterior del juicio oral, y ello independientemente de que la medida se adopte o no a petición de los acusadores y con o sin contradicción, y sea cual fuere esa medida<sup>400</sup>. Es estos casos quien decreta la medida no ha realizado la actividad investigadora, no es quien ha buscado los hechos y fuentes de prueba, por lo que su control de la concurrencia de los presupuestos, incluido el del *fumus boni iuris*, se basará únicamente en el examen de lo que consta en las actuaciones, examen que persigue finalidad y que utiliza medios distintos de los propios del juicio oral.

En el juicio oral se persigue actuar el Derecho penal y para ello se trata, en primer lugar, de establecer la existencia de los hechos, usando únicamente de verdaderos medios de prueba que han de practicarse con inmediación, mientras que en la adopción de las medidas cautelares se trata de actuar el Derecho procesal, y para ello se utiliza lo que consta en las diligencias sumariales que ha practicado juez distinto. No decimos ahora que la pretensión cautelar es distinta de la pretensión punitiva, pero no lo decimos porque esta segunda no existe y, por tanto, la misma no puede ser

<sup>400</sup> El que la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, impusiera que la prisión provisional sólo puede acordarse existiendo petición de alguno de los acusadores y con contradicción, y en todos los procesos por delito, no afecta a lo que decimos en el texto, sin perjuicio de que, habiendo o no realizado la investigación, el juez no puede decretar la prisión provisional de oficio. Otra cosa es la finalidad política perseguida con la Disposición Final 2.ª.5 de la LO 5/1995, cuya comprensión está al alcance de todo el que siga mínimamente los avatares jurídico-penales todavía de actualidad, finalidad que tiene muy poco que ver con el llamado principio acusatorio.

el objeto del proceso penal<sup>401</sup>. Lo que decimos es que el objeto del proceso penal y el objeto del debate en el juicio oral son distintos del objeto del procedimiento en el que el juez acuerda la medida cautelar.

En la Sentencia del caso *Hauschildt* decía el TEDH que «las cuestiones que un juez tiene que resolver antes del proceso propiamente dicho no son las mismas a que se refiere el fallo definitivo. Cundo se pronuncia sobre la prisión provisional o sobre otros problemas de esta clase en la fase previa, aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la policía tienen algún fundamento; cuando dicta la sentencia al final del juicio, tiene que averiguar si las pruebas practicadas y discutidas en él son suficientes para justificar la condena. No se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad». Este razonamiento se corresponde con un sistema procesal en el que la instrucción está atribuida al Ministerio Público y en el que el juez competente para el juicio oral lo es también para decretar la prisión provisional pedida por aquél, pero el razonamiento puede aplicarse en sus propios términos al caso de que, habiendo instruido el juez de instrucción, la medida cautelar la deba acordar el órgano competente para conocer del juicio oral<sup>402</sup>. En los dos casos de lo que se

<sup>401</sup> MONTERO, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 114 y ss.

<sup>402</sup> La parte final del razonamiento de la Sentencia del caso *Hauschildt* no puede, en cambio, compartirse. Recuérdese (antes Sección Primera, III, 4, A) que el art. 762 de la Ley de Administración de Justicia de Dinamarca dice que la prisión provisional puede acordarse, bien cuando existan «razones justificadas» para creer que un sospechoso ha cometido un delito, bien cuando existan «sospechas confirmadas», y que el TEDH concluye que en este segundo caso, dado que las «sospechas confirmadas» exigen que el juez deba estar convencido de

trata es de que quien ha realizado la investigación no es quien acuerda la medida cautelar.

#### D) Actividades compatibles

En el epígrafe anterior hemos llegado a las conclusiones de que: 1) Los actos de desarrollo del proceso realizados por quien no ha instruido son compatibles con la realización del juicio oral y el dictar sentencia, y 2) También lo son los actos de cautela en el mismo supuesto de que quien los realice no haya instruido, pero ahora se trata de atender a las actividades que son siempre compatibles con la actividad enjuiciadora. No hace falta insistir en que las actividades que no son propiamente investigadoras, aunque se realicen en la fase de instrucción, no impiden convertirse después en juez del juicio oral.

#### a) Recursos devolutivos

Los sistemas del proceso penal y de la organización judicial llevaron al legislador español a declarar com-

que es «muy clara» la culpabilidad, la diferencia entre la cuestión que debe resolverse para decretar la medida cautelar y la que es objeto del juicio es «muy pequeña», por lo que los temores relativos a la pérdida de la imparcialidad del juez han de considerarse objetivamente justificados. Este razonamiento no puede compartirse porque el objeto del proceso penal y el objeto de la medida cautelar son o no son diferentes, y el presupuesto de la apariencia de buen derecho es o no es diferente de la culpabilidad del acusado; no se trata de que la diferencia sea más o menos pequeña, lo que es problema cuantitativo, sino de si es o no diferente, tema cualitativo. Y ello dejando a un lado que sólo a un sofista se le ocurriría distinguir entre «razones justificadas» y «sospechas confirmadas» de que una persona ha cometido un delito.

petente al órgano de que debía conocer del juicio oral para conocer también de los recursos devolutivos que se interpusieran contra las resoluciones del juez de instrucción. Esos recursos eran los de apelación (arts. 216, 217, 219, I, 220, II, 221, 212, I, 222, I, y 223 a 232 de la LECRIM) y el de queja en sus tres versiones<sup>403</sup>. En el proceso abreviado han seguido los mismos recursos, a pesar de que se ha pretendido restringir el de apelación, favoreciendo el de queja (art. 787) y aunque de los mismos conocen las Audiencias Provinciales incluso cuando la competencia para conocer del juicio oral se atribuye a los Juzgados de lo Penal<sup>404</sup>.

<sup>403</sup> Como es sabido a pesar del nombre común existen tres recursos de queja competencia de las Audiencias Provinciales:

1.º) Queja por inadmisión de la apelación: Se da contra el auto del Juzgado de Instrucción que deniega la admisión de un recurso de apelación (arts. 216, 218, 219, II, 220, IV, 221, 233, 234 y 235).

2.º) Queja como sustituto de la apelación: Procede contra los autos no apelables del Juzgado de Instrucción (art. 218) y, aunque se tramitaba como el anterior, su finalidad es muy distinta pues tiene el mismo efecto que el de apelación, siempre que se interponga en el plazo de cinco días (art. 235, II).

3.º) Queja sin plazo: Cabe contra los autos del Juzgado de Instrucción y puede interponerse en cualquier momento (art. 213), siempre que la causa esté aún pendiente en el Juzgado, si bien su estimación no afecta al estado de la misma (art. 235, II), lo que debe entenderse como que no incide directamente sobre la resolución recurrida, sino cuando el proceso en su conjunto llegue a ser conocido por la Audiencia.

<sup>404</sup> Deben recordarse también los supuestos especiales de la Audiencia Nacional, con los Juzgados Centrales de Instrucción y con el Juzgado Central de lo Penal, de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en los dos últimos casos con el magistrado instructor y la Sala misma, y del proceso especial ante el Tribunal del Jurado (y sobre este último, MONTERO, *Los recursos en el proceso especial ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996).

La jurisprudencia viene sosteniendo que el conocer de un recurso devolutivo contra resolución del Juzgado de Instrucción no puede ser impedimento para formar parte del tribunal que en definitiva tenga que juzgar (por ejemplo STC 50/1996, de 26 de marzo, y STS de 7 de marzo de 1997), y esta solución nos parece plenamente admisible, aunque la doctrina no siempre está de acuerdo, si bien refiriendo la causa no a la imparcialidad sino a la incompatibilidad de funciones procesales<sup>405</sup>. Independientemente del contenido de la resolución recurrida, la actividad que ha de realizar el juez que conoce del recurso no guarda similitud alguna con la actividad investigadora, y su examen ha de limitarse al control de lo existente ya en las actuaciones, con lo que trata sólo de aplicar una norma procesal y no de pronunciarse sobre el objeto del proceso contando con los medios de prueba practicados en un, de momento, inexistente juicio oral. Acertadamente se afirma en la dicha STS que si el recurso se refiere al auto de procesamiento, el juez de ese recurso sabe que ha de moverse sobre meros indicios reveladores de hechos posiblemente constitutivos de delito, mientras que si actúa en el juicio oral sabe que le son necesarias verdaderas pruebas practicadas en el mismo.

#### b) Iniciativa probatoria en el juicio oral

Dimos cuenta en su momento<sup>406</sup> de la opinión de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la inter-

<sup>405</sup> Para la doctrina contraria puede verse BANACLOCHE PALAO, *Imparcialidad de un juez que dictó en apelación un auto ordenando la continuación de la instrucción y que luego condenó al acusado*, en *Tribunales de Justicia*, 1997, núm. 8-9, p. 951.

<sup>406</sup> En la Sección Primera, III, 6, C.

pretación del art. 729, 2.º, de la LECRIM, en el sentido de que la simple formulación de un medio de prueba por el tribunal sentenciador exterioriza un prejuicio o toma de posición sobre la acción penal, con lo que se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva de los miembros de ese tribunal. También aludimos a que la doctrina, por una vez, no se había dejado arrastrar por la obsesión de la Sala de lo Penal y que, en buena medida, había sabido mantenerse, en este supuesto, dentro de lo razonable, aunque siempre con relación a la imparcialidad<sup>407</sup>. La cuestión ni siquiera debiera plantearse cuando se trata de la incompatibilidad de funciones, puesto que no cabe hablar de dos actividades.

La posibilidad de que el tribunal que conoce del juicio oral, y que dicta la sentencia, pueda o no acordar medios de prueba de oficio es algo que ha de decidirse desde el reparto de facultades procesales entre el juez y las partes. Este reparto de facultades se ha debatido tradicionalmente en el proceso civil<sup>408</sup>, y hoy es difícil

<sup>407</sup> Por ejemplo, PICÓ I JUNOY, *Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal*, en *Justicia*, 1996, núm. 1, pp. 148 y ss., y GIBERT GIBERT, *El artículo 729, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Poder Judicial*, 1997, núm. 46, pp. 395 y ss.

<sup>408</sup> Véase por ejemplo, MONTERO, *Poderes del juez y poderes de las partes*, en «Un 'Codice tipo' di procedura civile per L'America Latina», Roma, 1988, pp. 149 y ss., en donde advertíamos que en el proceso civil el principio de aportación de parte debía regularse desde dos presupuestos: 1) Desde el derecho constitucional de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, y 2) Desde la función que la prueba cumple en el proceso. En atención a este segundo presupuesto decíamos que es absurdo: 1) Definir la prueba como actividad exclusiva de las partes, y 2) Prohibir que el juez acuerde de oficio la práctica de medios concretos de prueba, y lo es tanto

encontrar un autor autorizado que se pronuncie, en ese proceso, por la exclusión de las facultades del juez en la prueba<sup>409</sup>; lo que se debate son los límites de esa facultad para que la misma no llegue a desvirtuar otros principios esenciales, como es el dispositivo. Y cuando esto ocurre en el proceso civil, cuando la doctrina del mismo insiste en la ampliación de las facultades del juez civil, respecto del proceso penal, en el que nadie había cuestionado la razón de ser del art. 729, 2.º, de la LECRIM, el Tribunal Supremo se lanza a limitar las facultades del juez penal con el argumento de la puesta en riesgo de la imparcialidad.

A estas alturas tiene que parecer ya obvio que las circunstancias que ponen en riesgo la imparcialidad del juez tienen que ser ajenas al proceso y no pueden ser más que las que el legislador enumera como causas de abstención y de recusación. Cuando se trata de circunstancias que se producen dentro del proceso, el legislador lo que debe cuestionarse es si una actividad es incompatible con otra, lo que llevará, en su caso, a disponer que el juez que conozca de la primera no

que existen ordenamientos en los que se opone dificultad alguna para que el juez acuerde de oficio medios de prueba; véase MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 204. El art. 115 del *Codice di procedura civile* italiano dispone que «salvo los casos permitidos en la ley, el juez ha de poner como fundamento de su decisión las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio público», pero como dice PROTO-PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 2.ª edición, Napoli, 1996, p. 453, la norma importa más por las excepciones que prevé que por el principio que enuncia.

<sup>409</sup> Por todos SENTÍS MELENDO, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, 1967, núm. 4; DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en Rivista di Diritto Processuale, 1965.

puede conocer de la segunda, o si el atribuir al juez alguna facultad es contrario a alguno de los principios que conforman el proceso. Dentro de este segundo grupo es donde debe cuestionarse la facultad del juez penal para acordar medios de prueba de oficio en el juicio oral, para concluir que la misma no es contraria a principio alguno propio del proceso penal, sino que, antes al contrario, se corresponde con la función de la prueba en el proceso. Lo que el Tribunal Supremo debería de haberse cuestionado son los límites del ejercicio de esa facultad, límites que tienen que ser dos:

1.º) Los medios de prueba que el tribunal acuerde practicar de oficio han de referirse a los hechos que han sido afirmados por las partes o, dicho de otra manera, el acordar medios de prueba de oficio no puede utilizarse por el tribunal para introducir hechos nuevos en el proceso. Este límite se deriva de aquella regla, esencial a todo proceso, conforme a la cual son las partes las que delimitan el objeto del proceso y el objeto del debate, teniendo la actividad probatoria finalidad verificadora. Y adviértase que este límite no es distinto en un proceso respecto de otros; en todos los procesos ha de admitirse la iniciativa probatoria del juez y en todos dentro de los hechos afirmados por las partes.

2.º) Las fuentes de prueba que pueden introducirse en el proceso a través de los medios de prueba acordados de oficio por el tribunal han de encontrarse ya, al menos enunciadas, en algún acto del proceso. Con este límite se pretende impedir que el juez pueda utilizar su conocimiento privado de los hechos, pero también el mismo tiene aplicación en todos los procesos.

Realmente los dos límites son consecuencia de que la actividad probatoria en el juicio oral es meramente verificadora, no investigadora. En el juicio no se bus-

can ni hechos ni fuentes de prueba, limitándose la actividad probatoria a la verificación de los hechos afirmados por las partes y a las fuentes de prueba que constan en las actuaciones. El medio de prueba en que se advierten con mayor claridad los límites es la testifical, y por ello hasta en el proceso civil, cuando se admite que el juez la acuerde oficio, se establecen esos límites<sup>410</sup>.

### c) La llamada «contaminación psicológica»

No ha faltado en nuestra doctrina quienes, llevando hasta la obsesión una peculiar concepción de la imparcialidad del juez, se han cuestionado el si éste, con base en el art. 11.1 de la LOPJ, declara que un medio de prueba no surtirá efecto en el proceso por haberse obtenido ilícitamente su fuente de prueba, debe abstenerse o puede ser recusado en ese proceso, dado que su mente no podrá desconocer el conocimiento adquirido

<sup>410</sup> Estamos refiriéndonos a las diligencias para mejor proveer del art. 340 de la LEC. En su redacción originaria dicha norma no hacía alusión a los testigos, y esa omisión fue consciente, como se advierte en que el art. 59 del Decreto de 21 de noviembre de 1951 los excluía expresamente. Se discutió sobre la razón de ser de la omisión, sosteniéndose que la misma respondía a la tradicional desconfianza del ordenamiento respecto de los testigos (GUASP, *Comentarios*, I, cit., p. 910), pero creemos que la verdadera razón se encontraba en la regla que impide al juez utilizar su conocimiento privado de los hechos (PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal*, Madrid, 1947, p. 84). Por ello cuando el art. 340 fue reformado por la Ley 34/1984, para admitir también la prueba testifical como diligencia para mejor proveer, se dijo «3.º Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes».

con dicha prueba a la hora de dictar sentencia<sup>411</sup>. Reconociendo que esta obsesión tiene algún precedente<sup>412</sup>, es obvio que la misma no guarda relación con la incompatibilidad de funciones procesales, por lo que si hacemos aquí referencia a la misma es, más por la sinrazón de una pretensión de exahustividad que por la existencia de causa verdaderamente justificada. En la jurisprudencia, de momento, no se ha incurrido en este exceso desvirtuador de la imparcialidad.

El art. 11.1 de la LOPJ dice que la consecuencia procesal de la ilicitud en la obtención de la prueba<sup>413</sup> es que «no surtirán efectos», y el problema concreto radi-

<sup>411</sup> Pueden verse, por ejemplo, DE MARINO, *Los problemas probatorios como límite al derecho a la prueba*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Madrid, 1983, p. 620; ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, p. 86; GONZÁLEZ CUELLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 334; FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Prueba ilegítimamente obtenida*, en *La Ley*, 1990, núm. 1, p. 1203.

<sup>412</sup> SENTÍS MELENDO, *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979, pp. 228-9; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 633.

<sup>413</sup> Hay que distinguir entre legalidad y admisibilidad, que se refieren a los medios de prueba, y licitud, que atiende a las fuentes de prueba (MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 69 y ss., y 81-4). Si los medios de prueba son siempre actividad procesal por la que una fuente de prueba se incorpora al proceso, el medio no puede ser algo prohibido o ilícito, aunque sí podrá realizarse de modo ilegal, esto es, contraviniendo las normas que lo regulan. Por el contrario, cuando se trata de la ilicitud de la prueba se está haciendo referencia a cómo la parte, o el juez de instrucción, ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducirse en el proceso, y cabe entonces cuestionarse si para verificar las afirmaciones de hecho de las partes «vale todo» o si existe un precio que no se puede pagar, ni siquiera con el fin de lograr una sentencia conforme a los derechos u obligaciones de las partes declarados en el ordenamiento jurídico.

ca en determinar cómo se da efectividad a esa disposición.

1.º La norma podría suponer que el juez no debe admitir el medio de prueba por el que se pretende introducir en el proceso la fuente obtenida ilícitamente, pero esto no siempre puede realizarse prácticamente porque el juez, en el momento de la admisión de la prueba, puede no saber cómo se obtuvo la fuente, aparte de que la no admisión de un medio por esta causa tiene que exigir contradicción entre las partes. En algún supuesto se da que la ley prevé trámite oportuno para el debate entre las partes con resolución previa sobre la admisión del medio (por ejemplo, art. 793.3 de la LECRIM y art. 36.1, e) de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado), pero no siempre ocurre así. Para este supuesto la propuesta de los celosos de la desvirtuada imparcialidad consiste en que el juez que se ha pronunciado sobre la inadmisión de la prueba ilícita, no puede seguir con el conocimiento del proceso, lo que llevaría a la suspensión de la vista ya iniciada para que la vuelva a iniciar juez o tribunal distinto.

2.º Si la solución anterior no es posible, el «no surtirán efectos» ha de entenderse que se refiere a la sentencia, en la cual el juez deberá declarar que el medio y la fuente no pueden tenerse en cuenta para formar su convicción sobre los hechos. En este otro supuesto la propuesta a la que aludimos llevaría a que el juez o el tribunal, una vez declarada la ilicitud de la prueba, se abstendrían de seguir conociendo o podría ser recusado, con lo que no llegaría a dictar sentencia, debiendo repetirse el juicio oral ante juez o tribunal diferente.

Como puede comprobarse en los dos supuesto se asistiría a la ruptura del sistema procesal (y no sólo del penal, sino también del civil). Las soluciones propuestas son inadmisibles y por muy variadas razones. Empece-

mos por advertir que ya no estamos aquí ante actividades incompatibles (pues a la esencia del sistema procesal corresponde el que el juez que conoce del juicio se pronuncia sobre la admisibilidad de las pruebas) y que tampoco se afecta a la imparcialidad en sentido estricto (no se descubre cómo el juez puede poner su función al servicio de los intereses de una de las partes o al servicio de su propio interés), aparte de que no existe en el art. 219 de la LOPJ causa de abstención y de recusación que guarde la menor similitud con la circunstancia de haber declarado que una prueba es ilícita.

«El tema parece tener sencilla solución. Frente a contaminación, motivación», ha dicho Corbal, y con evidente acierto<sup>414</sup>, pues a la postre todo se resuelve en el control de los elementos probatorios que han contribuido a formar la convicción judicial<sup>415</sup>. Y la solución, aparte de su corrección técnica, es además efectiva con los jueces profesionales, como demuestra la práctica española en los casos en que se ha declarado la ilicitud de una prueba<sup>416</sup>.

<sup>414</sup> CORBAL, *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en CCGPJ, «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1993, pp. 172-3.

<sup>415</sup> En este sentido, por ejemplo, MORENO CATENA en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Cortés), Madrid, 1985, pp. 356-8; SERRA en *Comentarios al Código Civil*, XVI, 2.º (dirigidos por Albaladejo), 2.ª edición, Madrid, 1991, p. 103; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, pp. 126-7; PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva*, cit., p. 6.

<sup>416</sup> Por ello es acertado que en el proceso especial ante el Tribunal del Jurado, el art. 36 de la LO 5/1995 prevea que todas las cuestiones relativas a la impugnación por una parte de los medios de prueba propuestos por la contraria se resuelvan de modo previo y sólo por el Magistrado-Presidente, de modo que los miembros del Jurado no lleguen ni a tener conocimiento de la existencia de la fuente de prueba obtenida ilícitamente.