

La imparcialidad objetiva del juez a examen

Por Joan Picó i Junoy

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili

Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-55, tomo 1, Editorial **LA LEY**

LA LEY 11802/2001

I. Introducción

En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado (1) . Consciente de la relevancia jurídica y social de la imparcialidad de jueces y magistrados, el legislador ha previsto determinados instrumentos jurídicos destinados a garantizarla: la abstención y recusación responden a esta finalidad.

Estamos en presencia de una materia en continua evolución que, si bien ha encontrado en el ámbito del proceso penal su habitual campo de actuación, despliega su eficacia en todos los órdenes jurisdiccionales. Como tendremos ocasión de analizar, el juez que desarrolla una actividad de carácter inquisitivo no está en las condiciones de objetividad necesarias para dictar sentencia, pero ¿lo está de igual modo el juez que ha tenido contacto con una prueba ilícita?, ¿puede ser objetivo el juez que tras dictar una sentencia se le exige, al prosperar un recurso devolutivo, volver a dictar una nueva resolución?, ¿y el juez que adopta medidas cautelares que incidan gravemente en la esfera personal de uno de los litigantes? A estos y otros muchos interrogantes intentaremos buscar una adecuada respuesta a la luz del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso con todas las garantías amparado en el art. 24.2 de la Constitución Española, y respecto del cual debe efectuarse, siempre y en todo caso, una interpretación amplia al objeto de darle la máxima virtualidad y eficacia (2) . Si bien somos conscientes de que en la actualidad asistimos a un giro restrictivo en la concepción jurisprudencial del contenido de la imparcialidad objetiva por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no podemos olvidar que dicha jurisprudencia constituye sólo un mínimo a garantizar en todo ordenamiento. Esto es, pretende fundamentalmente evitar un mayor grado de intromisión en las legislaciones internas, motivo por el cual no debemos renunciar a que el derecho al juez imparcial tenga un nivel de protección superior en nuestro sistema jurídico.

II. La imparcialidad judicial

1. Concepto y alcance

Como advirtiera hace casi medio siglo =Goldschmidt=, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez (3) . Mediante esta imparcialidad pretende garantizarse que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado.

Para que este juicio pueda tener lugar, nuestro ordenamiento jurídico exige en la figura del juez o magistrado la concurrencia de una determinada capacidad genérica (arts. 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como le impone una serie de incompatibilidades y prohibiciones (arts. 389 a 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Sin embargo, en un intento de preservar en todo momento su imparcialidad, la Ley prevé distintos supuestos en los que, debido a la estrecha vinculación del juez con laleydigital.es

un asunto concreto (bien con las partes, o bien con el objeto litigioso), puede ponerse en entredicho su debida objetividad.

La imparcialidad judicial se encuentra expresamente recogida en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (4) , según el cual:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e *imparcial* (...).»

Esta norma ha sido objeto de análisis en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y así, la del caso *Piersack*, de 1 de octubre de 1982 (5) , define la imparcialidad como la «ausencia de prejuicios o parcialidades» necesaria para lograr «la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática» (parágrafo 30).

Tras este concepto de imparcialidad, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele distinguir un doble alcance de la misma: uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario; y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías (6) .

2. Fundamento

A) La legitimación del juzgador como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías

A diferencia de lo que sucede con el Tratado de Roma, ningún precepto de nuestro Texto Fundamental hace referencia a la imparcialidad judicial. Partiendo de esta realidad normativa, el Tribunal Constitucional entiende que dicha imparcialidad se encuentra implícitamente reconocida en el art. 24.2 de la Constitución y, en concreto, en el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, la sentencia 7/1997 de 14 de enero (FJ 3.º) destaca que se encuentra dentro del «ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un Juez imparcial» (7) .

Aparece entonces la imparcialidad judicial como elemento consustancial a todo proceso, y en ella radica una de las más firmes garantías de una decisión justa (8) . Por tal motivo, el Tribunal Constitucional en la sentencia 60/1995 de 17 de marzo (FJ 3.º) destaca que la primera manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías «sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado *supra partes* y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e *imparcialidad*».

La configuración del proceso como el instrumento mediante el cual se permite la actividad de las partes y la del juzgador para alcanzar el juicio jurisdiccional (9) -plasmada en la clásica definición atribuida a =Bulgaro= de *iudicium est actus ad minus trium personarum*- se caracteriza por la necesaria existencia de tres sujetos: dos partes que están en posiciones contrapuestas (demandante y demandado; o acusador y acusado), y el juez encargado de resolver la cuestión litigiosa que debe tener una ausencia de interés con respecto a ambas partes y al objeto procesal. Esta configuración del proceso garantiza plenamente el principio de igualdad de armas procesales, según el cual las partes han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (10) ; esto es, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. En consecuencia, la existencia de este interés provoca que el juez deje de estar legitimado para resolverlo. Al igual que se habla de legitimación respecto de las partes para referirse al interés discutido en la litis, ya =Carnelutti= destaca que puede configurarse también una legitimación del juez en función del desinterés con lo discutido en el proceso (11) . Así se ha pronunciado la doctrina del

Tribunal Supremo, como por ejemplo, su sentencia de 29 de abril de 1985 (Ar. 2144), según la cual:

«(...) es de advertir que estos motivos recusatorios son verdaderas causas previas de procedibilidad judicial o causas de judicialidad en cuanto suponen una especie de antejuicio procesal o consideración prevalente de legitimación del propio juez, *ad procesum* y *ad causam*» (12) .

En definitiva, la falta de esta legitimación supone poner en peligro la necesaria imparcialidad de los jueces y magistrados. Como podemos observar, la determinación de la legitimación del órgano jurisdiccional se establece de forma negativa, atendiendo a la no concurrencia de una causa susceptible de provocar un determinado perjuicio o interés en la resolución del caso concreto: el juez, por el solo hecho de ser juez, y de haber sido determinado a través de las normas de competencia objetiva, funcional y territorial está legitimado genéricamente para enjuiciarlo (13) .

Finalmente, debemos destacar que la legitimación tan sólo es predicable del concreto juez que debe conocer de una causa, es decir, únicamente se refiere a él como persona física llamada a intervenir en un concreto proceso, y no como órgano. Este carácter subjetivo, personal e individual de la imparcialidad judicial, hace que resulte inadmisibles el planteamiento colectivo de la recusación de todo un Tribunal colegiado salvo, obviamente, que cada uno de los jueces que lo componen, carezca, individualmente considerado, de la mencionada legitimación. Si ello es así, no estaremos en presencia propiamente de una falta de imparcialidad colectiva sino ante diversas y singulares parcialidades judiciales.

B) La independencia judicial

La independencia judicial constituye, hoy en día, un postulado constitucional (art. 117.1 de la Constitución) que tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional (14) , estando sometidos únicamente al imperio de la Ley. Como apunta =Guarnieri=, la independencia judicial supone la «posibilidad de decidir los casos particulares "según conciencia" y siguiendo, al menos en línea de máxima, las indicaciones que proporciona el sistema normativo» (15) .

Para sistematizar las diversas manifestaciones de este postulado constitucional resulta ineludible partir del propio concepto de independencia. Según el Diccionario de la Lengua Española es independiente el «que no tiene dependencia», siendo la dependencia la «subordinación a un poder mayor»; depender significa «estar subordinado a una autoridad o jurisdicción», y es dependiente el «que depende (...) el que sirve a otro o es subalterno de una autoridad» (16) .

Delimitado así este concepto, y en atención a las fuentes de donde puede partir la subordinación capaz de subyugar la debida independencia judicial, podemos distinguir dos manifestaciones o aspectos de la misma: la externa, que protege a los jueces y magistrados frente a las intromisiones provenientes del exterior del Poder Judicial, esto es, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo así como de los denominados «poderes fácticos» o fuerzas sociales (los medios de comunicación o «cuarto poder», partidos políticos, etc.); y la interna, que ampara a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno (17) .

Esta configuración de la independencia judicial pone de relieve la intrascendencia de la misma para constituir el fundamento de la imparcialidad judicial (18) , si bien alguna resolución del Tribunal Constitucional mantiene una posición discrepante. Así, su sentencia 136/1992 de 13 de octubre (FJ 2.º) indica:

«(...) para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad» (19) .

En nuestra opinión, este planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto, como indicamos en su momento, la independencia judicial del art. 117.1 de la Constitución se refiere a la necesidad de evitar laleydigital.es

todo tipo de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del juez, ya que un juez puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y viceversa (20) . Como hemos tenido ocasión de analizar, la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función (21) .

C) El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

Otro posible fundamento de la imparcialidad judicial, recogido en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, cabe buscarlo en el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. En esta línea, su sentencia 44/1985 de 22 de marzo (FJ 4.º), afirma:

«El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley "comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad"» (22) .

De igual modo, algunos autores incardinan las instituciones de la abstención y recusación dentro del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, bien al configurarlas como excepciones a las reglas generales sobre competencia (23) , o bien por incluir dentro del contenido de este derecho no sólo al juez competente preconstituido por la Ley, sino aquel «racionalmente idóneo» para garantizar la imparcialidad de la actividad jurisdiccional, es decir, la imparcialidad judicial informa por sí mismo el principio del juez legal o natural (24) .

A nuestro entender, esta doctrina resulta criticable por cuanto el derecho al juez legal tiende a garantizar la concurrencia del Tribunal orgánicamente competente establecido en la Ley, mientras que la imparcialidad judicial hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado en su dimensión orgánica, sino a la persona, juez o magistrado, que lo integra (25) . Por esta razón, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de rectificar su postura, y así su sentencia 119/1993 de 19 de abril (FJ 4.º), de manera acertada indica:

«Ante todo conviene precisar que aun cuando el derecho fundamental invocado sea el derecho al juez predeterminado por la ley, su queja, en cuanto referida a la falta de imparcialidad del juzgador, se ha encuadrado en la más reciente jurisprudencia de este Tribunal dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988), pues entre las citadas garantías debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que pretende salvaguardarse mediante las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes» (26) .

En consecuencia, entendemos que el derecho al juez legal, siguiendo la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983 de 31 de mayo (FJ 3.º), sólo alcanza los siguientes extremos:

- a) Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de Ley en la materia;
- b) Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial;
- c) Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de un juez *ad hoc* o excepcional, y
- d) Que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros (27) .

III. Las garantías de la imparcialidad judicial: la abstención y recusación

1. Concepto

La imparcialidad judicial se encuentra protegida mediante la abstención y recusación, que se configuran como una doble garantía para el debido proceso:

a) La abstención de jueces y magistrados puede definirse como el acto en virtud del cual renuncian, *ex officio*, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad. Constituye una garantía para el juez, al objeto de evitar que sus sentimientos personales (de afecto, odio, interés u otros) le impidan intervenir con rectitud, ecuanimidad y objetividad en un concreto proceso. La institución de la abstención responde a esta finalidad.

En nuestra opinión, y atendiendo a la normativa actual, la abstención es un auténtico deber jurídico, pues, de manera expresa, la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé con la máxima sanción disciplinaria, a saber, como falta muy grave, «la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas» (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En consecuencia, todo juzgador tiene el deber de abstenerse y adecuar su comportamiento a lo prescrito en el ordenamiento procesal, so pena, en caso contrario, de poder incurrir en la mencionada responsabilidad disciplinaria (28).

Una vez admitido que estamos en presencia de un verdadero deber judicial, hemos de destacar la prudencia que se impone al juzgador en su decisión de abstenerse, pues este deber colisiona con otro fundamental, el de juzgar (art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), motivo por el cual también se sanciona disciplinariamente «la abstención injustificada» (art. 418.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

b) La recusación de jueces y magistrados podemos definirla como el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del órgano jurisdiccional que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria objetividad de juicio.

El temor a la ausencia de objetividad del juzgador es lo que justifica la recusación pues, como ya indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1983 (Ar. 5666), su *ratio essendi* se encuentra «no en que estos profesionales del Poder Judicial cedan a bastardos estímulos de interés o de cualesquiera pasiones ilícitas -que de producirse nos llevaría a su condena como prevaricadores- sino en la sospecha o creencia, por parte del justiciable, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene» (29).

La recusación surge del derecho que todo litigante posee a un proceso con todas las garantías (30), y tiene como fin provocar la sustitución del juez que conoce de la *res in iudicio deducta* por entender que no podrá actuar con la debida objetividad (31).

2. Marco normativo

La actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha efectuado una regulación unitaria y genérica de la abstención y recusación, lo que proporciona evidentes ventajas: en primer lugar, evita la dispersión y proliferación normativa, facilitando la labor de quienes deben conocer, interpretar o aplicar las leyes. Y, en segundo lugar, soslaya los posibles tratamientos discriminatorios de una misma cuestión en los diferentes procesos (legitimación, competencia, procedimiento, intervención de las partes y del juez, efectos económicos, recursos, etc.). Cuestión distinta, evidentemente, es si dicho tratamiento unitario ha sido correctamente desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues como tendremos ocasión de analizar, esta normativa resulta insuficiente para resolver todas las cuestiones que plantea la práctica diaria de los Tribunales, motivo por el cual se hace necesario acudir a la doctrina jurisprudencial, así como, subsidiariamente, a las previsiones legales recogidas en las distintas Leyes procesales.

Si bien la normativa recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial está preordenada a regular la abstención y la recusación en los procesos civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, ello no implica que las referencias concretas a tales instituciones previstas en las leyes reguladoras de tales

procesos no sigan vigentes (32) . La simplicidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial conlleva, necesariamente, que en ocasiones deba acudir a las diferentes Leyes procesales para encontrar la respuesta adecuada a las múltiples cuestiones que pueden plantearse en el foro.

Así, para todos aquellos aspectos no regulados en esta Ley es de aplicación subsidiaria lo previsto en las citadas Leyes de enjuiciamiento y tendrá vigencia la jurisprudencia creada en torno a las mismas (33) . Por el contrario, la regulación de un determinado tema en la Ley Orgánica del Poder Judicial de forma contradictoria o incompatible con los preceptos previstos en las distintas Leyes de enjuiciamiento impide que éstas desplieguen su eficacia normativa pues, en nuestra opinión, debe considerarse que están derogadas tácitamente en virtud del principio *lex posterior derogat priorem* (34) , materializado en su disp. derog. 1.^a *in fine*, que priva de vigencia a «cuantas otras leyes y disposiciones se opongan a lo establecido por esta Ley Orgánica», así como en el art. 2.2 del Código Civil.

3. Regulación legal de las causas susceptibles de poner en peligro la imparcialidad judicial

A) Carácter taxativo de las causas

Las causas que pueden poner en entredicho la objetividad de los jueces se encuentran taxativamente enumeradas en los arts. 219 y 220 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su literalidad conduce a mantener, *a priori*, que se trata de una enumeración con carácter de *numerus clausus*, por lo que difícilmente podrían hacerse valer causas distintas de las ya previstas (35) . De este modo, se ha mantenido la tradicional taxatividad de los motivos recogidos en las Leyes procesales, así como la constante jurisprudencia creada en torno a dichos motivos (36) .

Sin embargo, una lectura constitucional de tales normas permite constatar el error de este planteamiento: si bien el legislador pudo tener la intención de establecer estrictamente estas causas, su voluntad está destinada al fracaso, pues la recusación del juez -en expresión de «Satta» (37) - «ahonda sus raíces en el terreno constitucional». Entendemos que existe un principio básico de todo proceso, elevado a rango constitucional, que puede definirse como el principio de la imparcialidad del juzgador, del que la institución de la abstención y de la recusación constituye el necesario desarrollo procesal (38) , por lo que su ámbito de vigencia no puede abandonarse a la libre voluntad del legislador. Como ya destacamos, integrar el derecho a recusar dentro del más genérico a un proceso con todas las garantías, supone que las Leyes de enjuiciamiento deben incluir, necesariamente, la posibilidad de sustituir al juez que se presuma parcial; o dicho en otros términos, la Ley tiene que garantizar en todo caso que un juez no imparcial pueda ser excluido del ejercicio de sus funciones (39) .

De igual modo, la enumeración cerrada de causas de abstención y recusación no supone la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar los tratados o convenios internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España puedan incrementar su número por entender que de lo contrario se infringiría el contenido esencial del derecho al proceso justo o con todas las garantías. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 157/1993 de 6 de mayo (FJ 2.º) afirma que «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 de la Constitución: 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 de la Constitución, a la luz de los mandatos del art. 10.2 de la Constitución, 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».

Finalmente, debemos destacar la falta de un precepto que, a modo de cláusula de cierre, permita acoger causas no establecidas en la Ley. Este tipo de cláusulas son necesarias en aquellos supuestos en los que, por circunstancias ajenas al proceso, el juzgador entiende que su enjuiciamiento de los hechos está seriamente comprometido o condicionado pero tales circunstancias no pueden englobarse en ninguna de las causas previstas en la Ley. Para evitar estas situaciones, los ordenamientos de nuestro entorno prevén cláusulas abiertas: por ejemplo, en Italia, el art. 51.II del *Codice di procedura civile* permite la denominada «abstención facultativa» para cuando concurren *gravi ragioni di convenienza* (40) ; y en Alemania, el § 42.2 de la *Z.P.O.* posibilita la recusación «cuando existan motivos suficientes para justificar una desconfianza hacia la imparcialidad del Juez».

B) Interpretación flexible de las causas

Una vez constatada la voluntad del legislador a favor del carácter taxativo de las causas de abstención y recusación, parte de la doctrina sostiene la necesidad de restringir al máximo el alcance de las mismas, evitándose de este modo el uso torticero de ambas instituciones (41) . Y de igual modo, nuestra jurisprudencia reitera, constantemente, la exigencia de efectuar esta interpretación restrictiva (42) .

En nuestra opinión, si bien es cierto que debe evitarse la utilización fraudulenta de la recusación (43) , la interpretación rigurosa de las citadas causas no es la más correcta si atendemos a su finalidad: garantizar la debida imparcialidad judicial. Por ello, debería imponerse una interpretación teleológica y flexible de las citadas causas que, respetando la letra de la Ley, permita acoger todas aquellas circunstancias susceptibles de afectar a la imparcialidad judicial (44) . Esta actitud no implica destruir la taxatividad de las causas por vía de la analogía, sino la posibilidad de realizar una interpretación extensiva de las normas (45) . Dicha interpretación -como destaca =Bobbio=- opera cuando el intérprete se encuentra frente a una expresión ambigua o imprecisa, susceptible de ser entendida *in un senso più largo e in uno più stretto* y opta en el caso concreto por el primero (46) .

Además, la postura contraria supone desconocer la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su función de interpretar el art. 6.1 del Convenio de Roma, ha establecido que la lectura flexible o extensiva de las causas de recusación es lo más acorde al derecho a un proceso justo con todas las garantías. En este sentido, la sentencia del caso de *Cubber*, de 26 de octubre de 1984 (párrafo 30), establece: «(...) una interpretación restrictiva del artículo 6.1 -singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio- no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio» (47) .

IV. La denominada «imparcialidad objetiva» del juez

1. Introducción

Como ya hemos puesto de relieve, una de las distinciones más clásicas que, académica y jurisprudencialmente, suele utilizarse es la introducida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al distinguir entre las imparcialidades subjetiva y objetiva (48) . Pese a la autoridad del órgano judicial del cual emana dicha distinción, entendemos que la misma resulta incorrecta en la medida en que la imparcialidad judicial hace referencia a la consideración del juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a las partes litigantes, por lo que su imparcialidad o parcialidad es siempre subjetiva (49) .

A partir de esta subjetividad, la Ley intenta objetivar las causas capaces de transformar al juez en un sujeto parcial, enumerando una serie de circunstancias que lo deslegitiman para seguir con el conocimiento de la causa al convertirse en sospechoso de parcialidad, y ello al margen de que realmente sea o no capaz de realizar de forma debida su función jurisdiccional.

Tras esta matización conceptual, llegamos a la conclusión de que son las causas de abstención y recusación, y no la imparcialidad judicial, las que pueden clasificarse en subjetivas (50) y objetivas (51). Estas últimas tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen en relación al juzgador con el objeto del proceso, impidiéndole actuar con la necesaria neutralidad. Encontramos aquí la previsión recogida en el art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé el supuesto del juez que haya actuado como instructor o resuelto el proceso en anterior instancia.

En consecuencia, en este motivo aparecen dos hipótesis de parcialidad ante la posibilidad de que el juez prejuzgue, bien al haber instruido la causa que después deberá enjuiciar, o bien por haber resuelto el pleito con anterioridad.

La finalidad última de ambos motivos, según la sentencia del Tribunal Constitucional 138/1994 de 9 de mayo (FJ 7.º) es «asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (...). La Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como Instructor» (52).

Vamos seguidamente a estudiar por separado ambos supuestos.

2. Supuestos de «parcialidad objetiva»

A) Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal

Mediante este primer supuesto del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se pretende evitar que el juez o magistrado que haya actuado como instructor en una causa pueda resolverla con posterioridad (53). En la actualidad este motivo alcanza tan sólo al proceso penal por delitos y al de menores (54), pues en ellos se prevé la distinción entre una etapa de instrucción, con amplios poderes de investigación del juzgador, y otra de decisión (55).

La investigación judicial tiene su repercusión, además de en la etapa instructora, en la fase intermedia así como, en cierta medida, en la del juicio oral, razón por la cual analizaremos la imparcialidad objetiva desde esta triple perspectiva.

a) Pérdida de la imparcialidad durante la instrucción de la causa

En principio, por «instrucción» debe entenderse lo previsto en el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». Por tanto, «instructor» de una causa será aquel juez que participa activamente en la investigación de los hechos criminales y la culpabilidad de los delincuentes. Sin duda alguna, la realización de esta actividad lo coloca en una situación psicológica comprometida o poco objetiva en la medida en que habrá tenido un contacto directo con lo que, posteriormente, será objeto de debate, e incluso habrá podido emitir juicios provisionales de culpabilidad (56).

Sin embargo, como reconoce la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y apuntó ya la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º), «no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar» (57). Se plantea aquí el problema de determinar qué actuación es susceptible de impedir al juez participar después en la etapa decisoria (58). Para resolver este interrogante vamos a analizar críticamente la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que se deducen las siguientes conclusiones:

a) Lo característico de la actividad instructora es el contacto directo con el acusado o el material fáctico necesario para que se celebre el juicio. Así, por ejemplo, la toma de declaración a los protagonistas del presunto delito o a testigos; la comprobación de los hechos denunciados; la apreciación de informes médicos; la práctica de diligencias de investigación; o la realización de prueba anticipada (59) .

En todos estos casos parece aconsejable, *ad cautelam*, que el juez que ha participado activamente en la búsqueda del material fáctico necesario para celebrar el posterior juicio oral sea sustituido porque su debida objetividad puede quedar en entredicho.

b) También comprometen la imparcialidad judicial determinadas actuaciones jurisdiccionales, tales como la admisión a trámite de una querella (60) ; la adopción de medidas cautelares (61) ; o la emisión del auto de procesamiento (62) . En todas estas situaciones existe una calificación o «juicio anticipado o provisional» sobre los hechos que posteriormente serán discutidos en el acto del juicio oral, motivo por el cual se entiende, *a priori*, que la decisión del juzgador puede estar prejuzgada. En nuestra opinión esta doctrina constitucional merece un tratamiento separado para cada uno de los supuestos.

En primer lugar, respecto a la admisión a trámite de la querella, debemos indicar que esta resolución tiene lugar -tal como indica el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- cuando el juez instructor considera que los hechos en que se funde constituyen delito. En consecuencia, no está anticipando ningún juicio valorativo sino sólo analizando si el relato fáctico descrito en la querella tiene carácter delictivo; es decir, la sola admisión de una querella no tiene por qué suponer ningún tipo de «juicio provisional». Sólo cuando, partiendo de tales hechos, ordene practicar las diligencias de investigación que estime oportunas (art. 315 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) surgirá la posibilidad de que empiece a prejuzgarlos. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1993, FJ 2.º (Ar. 4218) entiende que no existe vicio de imparcialidad objetiva del juez instructor que únicamente ha dictado el auto de admisión a trámite de la querella por cuanto «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 querella (...) 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» (63) .

En segundo lugar, hemos de analizar el supuesto de pérdida de la imparcialidad judicial debido a la adopción de medidas cautelares, y muy especialmente la prisión provisional. Como es sabido, uno de los presupuestos de estas medidas es el *fumus boni iuris*, esto es, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva (64) . En consecuencia, puesto que el juicio de probabilidad acerca de la presunta participación de una persona en un hecho punible entraña prejuzgar en torno a su culpabilidad, entendemos que, *a priori*, tiene razón de ser la idea de que el juez que ha acordado una medida cautelar no coincida con la figura del juez sentenciador.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de introducir otro elemento para la discusión: el referente a la adopción de la medida cautelar *ex officio* o a instancia de parte. En este sentido, ha matizado su propia doctrina para aquellos procesos en los que la instrucción se encomienda al Ministerio Fiscal, y las medidas cautelares se adoptan sin iniciativa de la autoridad judicial y bajo el principio de contradicción (como sucede en nuestro proceso de menores). Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995 de 17 de marzo (FJ 6.º), recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sustentada en el caso *Hauschildt*, indica que cuando la prisión provisional se ordena a instancia del Ministerio Público y el imputado está asistido de abogado el juez no pierde su imparcialidad, 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 (65) . Si ponemos en conexión esta doctrina con el nuevo art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (66) -según el cual para la adopción de la prisión provisional es necesaria la instancia de cualquier parte acusadora y una posterior comparecencia- podremos llegar a la conclusión equivocada de que la ausencia de la facultad del órgano judicial de

apreciar *ex officio* la oportunidad de la prisión y la introducción del contradictorio en su procedimiento de adopción, desvanece todo tipo de parcialidad en el juez de instrucción.

En nuestra opinión, para abordar el problema de la protección de la imparcialidad en materia de medidas cautelares, es conveniente distinguir dos cuestiones:

a') En primer lugar, la existencia o no de contradicción en el procedimiento de adopción. Sin duda, la medida cautelar decretada sin contradicción pone más en peligro la objetividad del juez de instrucción por cuanto estará actuando sin conocer las opiniones de todas las personas interesadas, por lo que en esta medida resulta acertada la doctrina del Tribunal Constitucional, y

b') En segundo lugar, debe valorarse el grado de intervención en la esfera personal del acusado. Así, por ejemplo, la adopción de la prisión provisional, al estar en juego el derecho a la libertad (art. 17.1 de la Constitución), exige una apreciación del *fumus boni iuris* mucho más profunda que en cualquier otra medida cautelar, motivo por el cual también aumenta el riesgo evidente de que el órgano jurisdiccional esté prejuzgando. A nuestro entender -y con el debido respeto que merece la doctrina constitucional- creemos que la solución al problema de las medidas cautelares sólo puede venir dada por el grado de injerencia que supone en la esfera personal del acusado: a mayor intervención más exigencias en la determinación del *fumus boni iuris*, es decir, más peligro de que la imparcialidad judicial pueda verse en entredicho. De este modo, en aquellos casos en los que el juez no lleva la instrucción, la adopción de la prisión provisional, al suponer una restricción del derecho a la libertad, comporta la necesidad de que actúe con pleno conocimiento de causa, exigiéndosele que examine y valore todos los hechos investigados por el Ministerio Fiscal, razón por la cual entendemos que el argumento de la contradicción es insuficiente para pensar que dicho juez no se haya formado ya una opinión determinada (prejuicio) de la realidad fáctica investigada en la instrucción (67) .

Finalmente, en tercer lugar, debemos examinar en qué medida la emisión del auto de procesamiento puede comprometer la imparcialidad judicial. Como es sabido, dicho auto tiene lugar cuando aparece «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona» (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, «tiene que basarse en datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito que se constata con la formalización de un acto de imputación» (68) . Esta configuración del procesamiento conduce al Alto Tribunal a entender que «el necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento» (69) , que tanto puede serlo el juez instructor (art. 384.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) como la Audiencia Provincial (art. 384.VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (70) . De igual modo, la doctrina mantiene que la imputación judicial fundada en juicios de probabilidad comporta que pueda ponerse razonablemente en duda la objetividad del juzgador (71) .

c) Por el contrario, no atenta a la debida imparcialidad judicial la adopción previa de medidas de estricta ordenación del proceso. Así, por ejemplo, reclamar los antecedentes penales e informes de conducta (72) ; tomar declaración al imputado «para ser oído» de los arts. 486 y 488 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (73) ; revocar las decisiones acordando el sobreseimiento provisional y la finalización del sumario, ordenando la continuación de las diligencias judiciales (74) ; dar al procedimiento la sustanciación que corresponda (75) ; dictar auto de incoación del sumario; dar traslado a las partes acusadoras para que formulen escrito de acusación o soliciten, en otro caso, lo que proceda en Derecho; citar a los acusados informándoles de sus derechos y requiriéndoles para que nombren abogado y procurador (76) ; o señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas (77) , y

d) Tampoco deben calificarse como actos de instrucción la resolución de recursos devolutivos interpuestos

contra las decisiones del juez instructor, pues el fundamento de esta causa reside en eliminar la posible prevención de este juez como consecuencia de la actividad investigadora (78) . No obstante, debemos destacar nuestra discrepancia con esta doctrina jurisprudencial. El efecto devolutivo de un recurso provoca que el Tribunal *ad quem* deba enjuiciar los mismos problemas que convierten al juez de Instrucción en un juez objetivamente falto de imparcialidad, motivo por el cual, el Tribunal *ad quem* al realizar esta actividad también está perdiendo su debida imparcialidad (79) .

La solución a la problemática aquí planteada pasa por establecer normas legales de competencia funcional que atribuyan el conocimiento de estos recursos a órganos jurisdiccionales distintos de los que, posteriormente, deberán celebrar el juicio oral y dictar sentencia; o bien establecer normas de reparto que permitan formar sala a magistrados distintos de los que hayan resuelto recursos contra decisiones sumariales susceptibles de poner en entredicho su objetividad. En caso contrario, deberán utilizarse los mecanismos legales previstos para proteger la imparcialidad judicial: la abstención y la recusación (80) .

Por último, una vez analizada críticamente la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la actividad investigadora susceptible de afectar la debida imparcialidad judicial, hemos de someter igualmente a crítica dos líneas jurisprudenciales que este Alto Tribunal ha establecido sobre la materia:

a) Por una lado, entiende que no basta con constatar el hecho de que el juez sentenciador ha realizado actos de naturaleza instructora, sino que es preciso acreditar, siquiera sea indiciariamente, que dicha actividad ha podido provocar en su ánimo prejuicios que efectivamente comprometan su imparcialidad (81) . En nuestra opinión, la exigencia de acreditar, aún indiciariamente, la influencia de la actividad instructora en el ánimo del juzgador y su debida imparcialidad contradicen el carácter objetivo de esta causa mantenido por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (82) , en la que se destaca la necesidad de que en una sociedad democrática los Tribunales mantengan ciertas apariencias a fin de inspirar confianza a los justiciables. En consecuencia, la línea que sostiene el Tribunal Constitucional contradice el propio sentido de lo que constituye la imparcialidad objetiva (83) , y

b) Por otro lado, mantiene que el derecho a esta imparcialidad objetiva es predicable tan sólo de la parte acusada (84) . Nos resulta difícil justificar este trato discriminatorio hacia el acusador por un doble motivo: en primer lugar, porque el derecho a que la causa sea enjuiciada por un juez imparcial, esto es, el derecho a un proceso con todas las garantías pertenece a ambas partes litigantes, incluida la acusadora; y, en segundo lugar, porque el derecho a la igualdad de partes se ve comprometido cuando a una de ellas se le otorga este derecho y a la otra se le niega (85) .

b) Pérdida de la imparcialidad en la etapa intermedia

Otro momento procesal en el que se exterioriza la voluntad del juzgador se produce en la denominada «etapa intermedia», pues en ella, además de poder ordenarse la práctica de diligencias instructorias, se decide si el proceso penal debe continuar, con la apertura del juicio oral o, si por el contrario, procede su conclusión definitiva o provisional mediante los autos de sobreseimiento libre o provisional respectivamente.

La dirección de esta etapa intermedia puede atribuirse a tres jueces distintos: al propio instructor, a un tercer órgano jurisdiccional específicamente creado para ello, o al encargado de celebrar el juicio oral.

La primera solución tiene lugar en el procedimiento abreviado, en el que es el propio juez instructor quien, a la vista de los escritos de acusación (art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), decide sobre la continuación del proceso. Con esta solución -como indica Gimeno Sendra=- se resuelve «la confusión entre los roles del juez investigador o instructor y el juez de enjuiciamiento o de decisión» (86) , esto es, se evita todo tipo de parcialidad en el juez sentenciador al no ser éste quien, como órgano jurisdiccional de acusación, se pronuncie sobre la oportunidad de la apertura del juicio o del sobreseimiento (87) .

La atribución de la etapa intermedia a un órgano distinto al instructor y al sentenciador supondría, sin duda alguna, un respeto absoluto para la imparcialidad del juez que debe enjuiciar los hechos criminales, laleydigital.es

y ello podría venir dado mediante la creación de un nuevo órgano de acusación similar a la *Chambre d'Accusation* francesa (88) , o a través de normas de reparto que encomienden la dirección de esta etapa a una sección de la Audiencia distinta de aquella a la que corresponda conocer del juicio oral (89) . Sin embargo, se trata de una solución antieconómica desde la perspectiva temporal y de recursos disponibles, y además comporta desaprovechar el conocimiento inmediato que ha obtenido el juez de instrucción (90) .

Finalmente, la tercera solución consiste en atribuir la etapa intermedia al órgano sentenciador y encuentra su refrendo normativo en la regulación del proceso ordinario por delitos, en el que la decisión de abrir o no el juicio oral se encomienda al mismo órgano encargado de dictar la sentencia. Esta opción legislativa se muestra poco acorde con la debida imparcialidad judicial, pues exige en algunos casos que el juez sentenciador deba pronunciarse sobre los hechos que posteriormente constituirán objeto de discusión en el juicio oral y respecto de los cuales deberá fallar. Para justificar nuestra postura vamos a examinar los cuatro ejemplos siguientes:

a') El art. 384.VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a las partes acusadoras reproducir la petición de procesamiento a la Audiencia. Como tuvimos ocasión de analizar con relación al juez instructor, cuando la Audiencia decide, en función de todo lo practicado en el sumario, si existen «indicios racionales de criminalidad» está emitiendo un juicio sobre hechos respecto de los cuales, posteriormente, tendrá que volver a pronunciarse, motivo por el cual entendemos razonable pensar que se está poniendo en entredicho su necesaria imparcialidad (91) ;

b') Los arts. 630 y 631 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal facultan al Tribunal para revocar el auto de conclusión del sumario y ordenar al juez de instrucción la práctica de las diligencias que se estimen necesarias. Esto comporta un juicio previo sobre los resultados de las actuaciones sumariales y la asunción de actividad instructora por parte del órgano sentenciador, lo que, como tuvimos ocasión de destacar, conculca el derecho a la imparcialidad judicial (92) ;

c') El art. 633 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, cuando en opinión del Tribunal no proceda el sobreseimiento, deberá por auto acordar la apertura del juicio oral. Para dictar esta resolución deberá analizar los hechos investigados en la instrucción al objeto de poder decretar la apertura del juicio. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1993 de 27 de mayo (FJ 4.º) afirma que es «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» (93) (94) , y

d') Finalmente, el art. 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ante la falta de acusación, habilita al Tribunal -si entiende improcedente la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal- remitir la causa a su superior jerárquico para que analice si procede o no sostener aquélla. En este caso, el Tribunal está manifestando anticipadamente un juicio de posible culpabilidad, por lo que también compromete su debida imparcialidad (95) .

c) Pérdida de la imparcialidad durante la actividad probatoria en el juicio oral

La falta de objetividad del órgano sentenciador también suele ponerse en cuestión cuando en el acto del juicio oral lleva a cabo actividad probatoria de oficio, o cuando tiene contacto con una prueba ilícita que, por mandato legal (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no puede tomar en consideración. Vamos seguidamente a analizar ambos supuestos:

a') *La imparcialidad del juez y su iniciativa probatoria.*

La construcción dialéctica del proceso y la configuración de la posición *supra partes* del juez ha conducido a cierta doctrina a convertirlo en un mero espectador, mudo o inerte, ante la confrontación entre los litigantes, quienes son los verdaderos y únicos *dominus litis*, debido a la vigencia de los principios

laleydigital.es

dispositivo y de aportación de parte, en el proceso civil, y al principio acusatorio en el proceso penal.

A nuestro entender -siguiendo lo que estudiamos en otros trabajos (96) - este planteamiento tendente a exacerbar la garantía de imparcialidad del juzgador parte del error dogmático de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juzgador no puede tener iniciativa; con referencia al proceso debe atribuírsele, con ciertos límites, la posibilidad de actuar *ex officio*, pues sólo así el proceso se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses en conflicto.

La cuestión aquí planteada adquiere una relevancia especial por lo que concierne a la imparcialidad del juez y su pasividad en materia de iniciativa probatoria (97) . Para un considerable sector doctrinal el estado de pasividad del juzgador en relación a la proposición de pruebas se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, pues se afirma que éste al tomar de oficio la mencionada iniciativa probatoria puede estar prejuzgando su decisión final (98) .

En consecuencia, no es de extrañar la aparición de una reciente línea jurisprudencial según la cual la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* prevista en el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal comporta la infracción del principio acusatorio, comprometiendo la debida imparcialidad judicial, razón por la cual pone en duda la constitucionalidad de dicha norma (99) .

En nuestra opinión -y siempre con el debido respeto que merece la jurisprudencia del Alto Tribunal- entendemos que comete un grave error teórico de gran magnitud por su trascendencia práctica. Concebir la imposibilidad de atribuir cualquier actividad probatoria al órgano jurisdiccional como una manifestación del principio acusatorio es sólo el resultado de una evolución jurisprudencial poco reflexiva que, pretendiendo incorporar el máximo de garantías de imparcialidad del juzgador, ha olvidado que el proceso es el instrumento que poseen los jueces y tribunales para llevar a cabo su función jurisdiccional (art. 117.1 de la Constitución), por lo que es del todo inadecuado no atribuirles las facultades necesarias que, sin menoscabar ningún derecho procesal de las partes, les permitan cumplir justa y eficazmente la citada función jurisdiccional.

Si ciertamente la finalidad última del principio acusatorio es preservar la imparcialidad del juzgador, deberemos permitirle llevar a cabo toda aquella actividad probatoria que no suponga atentar contra dicha imparcialidad y respete siempre el derecho de contradicción de las partes. En consecuencia, entendemos que es perfectamente posible atribuir iniciativa probatoria al juzgador penal siempre que reúna los siguientes tres requisitos:

- En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe limitarse a los hechos discutidos en el proceso. El principio acusatorio comporta la plena vinculación del juzgador penal a los elementos fácticos alegados en los escritos de calificación, esto es, la imposibilidad de alterar judicialmente los hechos configuradores del objeto del proceso penal. Esto significa que son las partes las que deben traer al juicio oral todo el material fáctico, no pudiendo el órgano jurisdiccional sentenciador realizar una actividad tendente a investigar o aportar otros hechos, ni fallar alterándolos. Los hechos punibles deben permanecer inmutables a partir del inicio del juicio oral, sin que en el mismo pueda darse entrada a hechos nuevos esenciales, ya que, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1994 de 23 de mayo (FJ 2.º), se impone la necesidad de que «la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado (...) puesto que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma, ni sobre los cuales, por tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse», para seguir destacando que el debate procesal «vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre los hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación».

Asimismo, y a tenor del art. 746.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si de la práctica de la iniciativa probatoria *ex officio* se revelan hechos no aducidos por las partes, que producen una alteración sustancial del objeto sometido a enjuiciamiento, deberá decretarse la suspensión del juicio oral para que se proceda

a la realización de la pertinente información suplementaria.

En definitiva, este primer límite tiene por objeto salvaguardar la vigencia del principio acusatorio, porque el juzgador penal carece de toda iniciativa que pueda comportar alteración de los hechos que configuran el objeto del proceso, evitándose así que el conocimiento privado o la información extraprocesal del juez pueda desplegar alguna virtualidad.

- En segundo lugar, para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que consten en los autos las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria. A nuestro entender, sólo de esta forma se evita que el juez, actuando de un modo inquisitivo, pierda su objetividad. De este modo, respecto a la prueba testifical, la presencia de un tercero que pueda tener conocimiento de datos procesalmente relevantes y cuya identidad haya sido revelada durante el juicio; acerca de la prueba documental, la existencia de un documento citado por alguna de las partes; con referencia a la prueba pericial, la concurrencia de hechos para cuya verificación se requieren conocimientos técnicos-especializados; en relación a la prueba de reconocimiento judicial, la individualización por las partes del objeto (bien o persona) sobre el que recae el examen directo del juzgador; y por lo que se refiere a la declaración del acusado, su práctica *ex officio* no plantea problema alguno pues los datos identificativos del mismo, necesariamente, son conocidos al inicio del juicio oral.

Este segundo límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del tribunal sentenciador, en la medida en que, como hemos tenido ocasión de analizar, su actuación se restringe únicamente a comprobar o verificar hechos que ya constan en la causa y nunca a investigar hechos nuevos, y

- Finalmente, en tercer lugar, es necesario que en el desarrollo de la prueba practicada a instancia del órgano jurisdiccional se respete, escrupulosamente, el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de cualquier medio probatorio. Así, la práctica de la prueba *ex officio* debe comportar la posibilidad de admitir a las partes la prueba contraria, esto es, aquella que les permita contradecir los resultados de la prueba realizada a instancia del juez.

Consecuentemente, este tercer límite va dirigido a proteger las garantías procesales del justiciable constitucionalizadas, como bien se sabe, en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental (100) .

En función de todo lo dicho, podemos constatar que el actual art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es plenamente constitucional, y sólo una actividad probatoria ilimitada del juzgador puede comprometer su debida imparcialidad. En nuestra opinión, el temor a que el órgano jurisdiccional pueda extralimitarse en su facultad probatoria no puede conducirnos a coartarle toda posible iniciativa.

En conclusión, entendemos que el error de la doctrina jurisprudencial aquí analizada reside en entender que la atribución de iniciativa probatoria al juzgador penal comporta otorgarle poderes de investigación a un juez o Tribunal que, por imperativo del principio acusatorio, esto es, del derecho a la imparcialidad judicial, no puede más que enjuiciar y sentenciar. Sin embargo, cuando para alcanzar la certidumbre de un hecho que constituye objeto de los escritos de calificación se decreta la práctica de un medio de prueba con base en las fuentes probatorias que ya constan en los autos, difícilmente puede sostenerse que se está investigando: en primer lugar, porque con referencia a los hechos no se investiga otra realidad fáctica que la que configura el objeto del proceso, ésta se mantiene inalterable por la actuación del juzgador, salvándose así el principio acusatorio; y, en segundo lugar, con relación a la prueba se utilizan tan sólo las fuentes probatorias que ya han sido reveladas merced la actividad procesal, por lo que se protege, de este modo, la debida imparcialidad del juzgador (101) .

b') *La imparcialidad del juez y la prueba ilícita.*

De igual modo, debemos indicar que algunos autores entienden que el contacto del juzgador con una prueba ilícita debe ser motivo de recusación al amparo del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues sólo así se garantiza plenamente que no surta efecto alguno en la resolución del litigio (art. laleydigital.es

11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), esto es, se logra eliminar el denominado «efecto psicológico de la prueba ilícita» (102) . Se argumenta que el órgano jurisdiccional difícilmente podrá borrar de su memoria el resultado de esta prueba, y lo contrario supondría exigirle -en términos de =Schmidt=- una acrobacia psicológica (*psychologisches Akrobatentünck*) (103) . Por esta razón, =Trocker= sostiene que ante este problema «la solución más convincente es la de aquellos que proponen el recurso al instituto de la recusación del juez» (104) . De igual modo, otro máximo valedor de esta interpretación es =Sentís Melendo=, para quien el único modo de resolver el problema del efecto psicológico de la prueba ilícita es «eliminar del proceso al juez, separarlo de los autos en que tales elementos figuran y que él no ha podido por menos de haber conocido» para que su sucesor «pueda juzgar con absoluta imparcialidad» (105) . Este razonamiento ha sido acogido por un considerable sector doctrinal español, para el cual la recusación del juez que ha tenido acceso al material probatorio ilícitamente obtenido es la única solución realista, pues su mente no podrá actuar libre del convencimiento logrado con la mencionada prueba (106) .

Para nosotros, ésta sería la única respuesta válida si el ordenamiento jurídico permitiese al órgano jurisdiccional no motivar en su sentencia los resultados alcanzados con los distintos medios de prueba (107) . Sin embargo, al menos desde el plano constitucional (108) y legal (109) , el deber de motivar las sentencias judiciales comporta la necesidad de exponer y razonar el *iter* mental lógico que le conduce a pronunciar un determinado fallo. En este camino tiene que someter a crítica todos los elementos probatorios aportados al proceso, debiendo manifestar cuáles le han llevado a estimar como probados los hechos recogidos en el relato fáctico de su resolución (110) . De este modo, el mencionado razonamiento aparece como el mecanismo adecuado de control y garantía de la ineficacia de las pruebas ilícitas por parte del Tribunal *ad quem*, quien a través de los oportunos recursos podrá conocer y valorar las fuentes de enjuiciamiento utilizadas por el juzgador de instancia. En los supuestos en los que falta la necesaria motivación de las sentencias, el Tribunal *ad quem* deberá, ante la incerteza de si tales pruebas han producido efecto en el juez *a quo*, entrar a valorar si han existido suficientes elementos de juicio para pronunciar la resolución impugnada y, en función de ello, confirmar o anular la sentencia de instancia. En nuestra opinión, es éste el planteamiento dogmáticamente correcto para asegurar el debido cumplimiento del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y además soslaya un grave inconveniente de la recusación, a saber, el uso torticero de esta institución con el único ánimo de entorpecer el normal desarrollo del proceso (111) (112) .

B) Haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia

El segundo motivo del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial alcanza a todo tipo de proceso por lo que, a diferencia del anterior, no se circunscribe sólo al penal. A través de este supuesto pueden encauzarse muy diversas situaciones de posible parcialidad judicial que seguidamente pasamos a analizar.

a) Imposibilidad de que un juez forme parte del Tribunal encargado de resolver el recurso planteado contra su sentencia

Es éste un caso que no plantea problema alguno, pues la lógica nos conduce a pensar que el juez que ha emitido una sentencia tiene su objetividad comprometida por esta razón, motivo por el cual no podrá formar parte del Tribunal encargado de revisar su decisión jurisdiccional (113) .

Además, con ello se garantiza la doble instancia, esto es, el cumplimiento efectivo del carácter devolutivo de los recursos, ya que de nada serviría la existencia de una nueva instancia si el mismo órgano jurisdiccional que conoció de la anterior, y que dictó la resolución impugnada, pudiera conocer otra vez la misma cuestión litigiosa (114) .

b) Anulación de sentencia de un Tribunal inferior con reenvío de actuaciones

Nos encontramos aquí con el supuesto del juez que, al haberse estimado un recurso devolutivo con retroacción de actuaciones, debe volver a fallar una causa por él resuelta con anterioridad. Sin duda, una lectura teleológica o finalista del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aboga por la exclusión

de dicho juez, pues existe el evidente peligro de que el prejuicio del juzgador le lleve a dictar la ulterior resolución en el mismo sentido ya fallado (115) .

No obstante, existe aquí una disparidad de criterios entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Por un lado, el Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario a la opinión por nosotros mantenida y así, a raíz del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su sentencia 157/1993 de 6 de mayo (FJ 3.º) indica: «La garantía de la imparcialidad objetiva se afirma en estos últimos (los supuestos del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), 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 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) 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 (...). 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 lo que pudo formarse el instructor de una causa (...). 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» (116) .

Contrariamente, existe una reiterada doctrina del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), según la cual la estimación del recurso de casación por motivos de quebrantamiento de forma comporta, además del reenvío de la causa al momento procesal en el que se produjo dicho quebrantamiento, el cambio de composición del Tribunal que dictó la sentencia impugnada. Así, por ejemplo, su sentencia de 30 de abril de 1991, FJ 3.º (Ar. 2998), destaca que «la psicología y las reglas de experiencia enseñan que, cuando una persona o un Tribunal han tomado una decisión después de un proceso (...) en el que no se ha tomado en consideración, en uno y otro sentido, una prueba porque indebidamente no se practicó, es fácil que de manera inconsciente se prescinda de hechos de dicha prueba, una vez practicada, y se mantenga el criterio precedente, no por un prurito de no modificar lo ya resuelto, sino por una regla de experiencia humana, que a veces se impone al indiscutible deseo del Tribunal de resolver con absoluta objetividad e imparcialidad del que no se duda» (117) . Por ello, como indica la sentencia de 8 de noviembre de 1993, FJ 1.º (Ar. 8374): «Casada la sentencia por ese defecto formal de falta de imparcialidad objetiva del órgano judicial, procede la anulación de la sentencia, *que al tener que ser fallada de nuevo por Tribunal de distinta composición, obliga a celebrar de nuevo el juicio oral*, por lo que la causa debe ser devuelta a la Audiencia Provincial y repuestas las actuaciones al momento de señalamiento y citación para vista» (118) .

En nuestra opinión, la interpretación restrictiva mantenida por el Tribunal Constitucional resulta poco acorde con la protección de un principio básico de actuación de cualquier órgano jurisdiccional, a saber, su debida imparcialidad. Sin duda, como indicamos en su momento, la *ratio* del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (causa décima) no es otra que la de garantizar con todo celo la imparcialidad del juzgador, esto es, evitar que se sienta psicológicamente ligado al juicio expuesto en su originaria resolución impugnada. Desgraciadamente, la práctica forense nos demuestra que el juez de instancia, si se le ordena subsanar un defecto procesal causante de indefensión a una de las partes y volver a resolver una causa por él enjuiciada con anterioridad, consciente o inconscientemente, suele volver a pronunciar el mismo fallo, motivo por el cual entendemos que la interpretación aquí efectuada del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la que debe prevalecer (119) .

c) La imparcialidad judicial y los procesos sumarios

Otro supuesto encuadrable dentro de este motivo consiste en la imposibilidad de que el juez pueda volver a fallar, en un proceso plenario, una causa por él resuelta con anterioridad en uno sumario. Si bien lo discutido en un juicio sumario no podrá ser objeto de discusión en otro plenario, sino sólo aquellos otros aspectos de la pretensión que no pudieron ser debatidos en dicho juicio, lo cierto es que el juez, en la medida en que habrá tenido ocasión de conocer la realidad fáctica sometida a su enjuiciamiento, es posible que se haya creado una opinión determinada que puede influir en la decisión del plenario, razón por la cual la sospecha de parcialidad está justificada (120) .

d) Un nuevo supuesto de parcialidad objetiva en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita

La aprobación de la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, ha dado origen a otro supuesto de parcialidad objetiva del juzgador. Su art. 15.II prevé como motivo para denegar el derecho a la gratuidad en la asistencia judicial: «(...) que la pretensión principal contenida en la solicitud es *manifiestamente insostenible o carente de fundamento*» (121) .

Como es sabido -a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a esta Ley-, el presente derecho se concede o deniega en vía administrativa, cuya resolución queda sometida al posterior control judicial. El problema se plantea cuando la competencia para conocer de dicha impugnación se atribuye al Juzgado o Tribunal que esté conociendo del proceso para el que se solicita tal derecho (art. 20 de la Ley) (122) . La obligación de resolver dicha impugnación coloca al juez en la difícil situación de tener que pronunciarse acerca de la «sostenibilidad» de la pretensión del solicitante, lo que provoca que el riesgo de prejuzgarla sea más que evidente (123) .

Por ello, entendemos que el juzgador deberá resolver el problema aquí planteado en la propia sentencia, pues de lo contrario, si se pronuncia acerca de la «sostenibilidad» de la pretensión del solicitante de forma anticipada, estará prejuzgando, por muy prudente que haya sido al adoptar su resolución (124) .

Para evitar esta problemática, se hubiera podido formular otra solución legislativa (125) , como por ejemplo atribuir el conocimiento de estos asuntos a los tribunales ordinarios del orden contencioso-administrativo debido a la naturaleza administrativa del órgano encargado de conceder este derecho (126) así como del procedimiento seguido. Sin embargo, esta solución plantea un grave inconveniente práctico, que se materializa en el retraso en la concesión o denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues no debemos olvidar el actual colapso que sufren los tribunales de este orden jurisdiccional (127) .

e) Supuestos en que no existe pérdida de la imparcialidad objetiva

Finalmente, debemos destacar la improcedencia del motivo aquí analizado en los casos siguientes:

Primero: Cuando el juez debe fallar un asunto muy similar a otro enjuiciado por él con anterioridad. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 138/1994 de 9 de mayo (FJ 8.º) indica: «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 (...). 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» (128) (129) .

Pese a la claridad de esta doctrina constitucional, entendemos que debe matizarse para el supuesto de coimputados en un proceso penal en el que, al existir rebeldía de uno de los acusados, no se ha podido dictar sentencia respecto del mismo. En este caso, debe distinguirse la existencia de la pluralidad de imputados en un mismo delito o en distintos delitos entre los que hay algún tipo de conexidad del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: en el primer supuesto el juez o tribunal va a tener un pleno

conocimiento de los hechos sometidos a su posterior enjuiciamiento, por lo que difícilmente podrá ser imparcial; en el segundo, debemos distinguir el tipo de conexión delictual para, en función del caso concreto, decidir acerca de la objetividad del juzgador (130) .

De igual modo, se plantea aquí el problema de la denominada «contaminación del criterio» como causa de recusación. Esta contaminación tiene su campo de actuación más significativo en el proceso contencioso-administrativo, pues en él -como indica =Sabán Godoy=- se producen en la mayor parte de las ocasiones pronunciamientos basados en criterios puramente jurídicos, por lo que sustentar uno u otro criterio desencadena una serie indeterminada de decisiones en las que el fallo se encuentra en gran medida afectado por la posición previa del juzgador, circunstancia que se agrava por la progresiva especialización de las Salas que componen los distintos Tribunales. En este contexto los hipotéticos contactos de los juzgadores con idénticas materias tiñen de subjetividad la imparcialidad exigible (131) .

Al respecto, debemos efectuar al respecto dos observaciones:

- en primer lugar, acerca de los hechos litigiosos, si bien las peticiones a los Tribunales de Justicia pueden ser muy similares, al individualizarse las *causa petendi* (132) por diferentes sujetos procesales, provoca que el juzgador pueda dictar resoluciones judiciales distintas ante hechos no totalmente idénticos, y
- en segundo lugar, no debemos olvidar que los jueces ejercen la función jurisdiccional, esto es, la determinación del derecho al caso concreto con escrupuloso sometimiento a la Ley. En consecuencia, si el caso a resolver por el juzgador es muy similar a otro ya resuelto por él mismo, no es de extrañar que la aplicación de la norma a ese caso sea, de igual modo, muy similar.

Segundo: Cuando el juez conoce separadamente de causas respecto de las cuales concurren los presupuestos legales para haber sido acumuladas. La falta de una plena identidad de objetos litigiosos, nos conduce a sostener que no se ve comprometida la debida imparcialidad judicial.

V. Reflexión final

A lo largo del presente estudio hemos podido constatar la existencia de dos realidades contradictorias: por un lado, la constitucionalización de la imparcialidad judicial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, lo que comporta la necesidad de ser interpretado en el sentido más favorable para su más amplio ejercicio y disfrute; y, por otro, una doctrina jurisprudencial restrictiva de la legalidad prevista para proteger dicha imparcialidad.

La solución a esta disyuntiva debe partir de la primera de aquéllas, pues no debemos olvidar que para el buen funcionamiento de una sociedad democrática es fundamental la confianza de los ciudadanos en la objetividad de los jueces y magistrados encargados de administrar Justicia. Si ello es así, ¿por qué seguir manteniendo posiciones jurisprudenciales rígidas en orden a garantizar la imparcialidad judicial? Nuestro Tribunal Constitucional utiliza distintos argumentos, aunque ninguno de ellos nos parece atendible: en ocasiones alega la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando es bien sabido que dicha doctrina tan sólo constituye un mínimo que debe respetar todo Estado firmante del Convenio de Roma, por lo que no puede constituir obstáculo alguno para que el derecho al juez imparcial posea un nivel de protección más amplio en nuestro ordenamiento jurídico. En otras situaciones argumenta la necesidad de evitar la desconfianza en la imparcialidad judicial, cuando dicha desconfianza -como indicamos- existe y aumenta día a día, es decir, pretende soslayarse un problema alegando que no existe, como si la negación eliminase su existencia. Y, finalmente, suele traerse a colación la propia literalidad de la Ley, olvidando el rango normativo de los preceptos constitucionales y su aplicación directa e inmediata por los órganos jurisdiccionales (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución).

En consecuencia, entendemos que la posición más acorde y respetuosa con el Texto Fundamental debe ser aquella que garantice el mayor grado de imparcialidad judicial. Por tal motivo, en este trabajo, tras criticar los citados argumentos jurisprudenciales, hemos apuntado los criterios interpretativos que

consideramos más adecuados para protegerla al máximo, rechazando las listas cerradas de causas recusatorias así como interpretaciones inflexibles de las mismas. Somos conscientes de que una lectura excesivamente amplia de la legalidad vigente puede conducir a consecuencias indeseables, susceptibles de provocar la propia ineficacia del sistema procesal materializada en los múltiples y continuos cambios de jueces y magistrados. Por ello, entendemos que deben evitarse aplicaciones maximalistas de la Ley para apreciar, caso por caso, la concurrencia de la debida imparcialidad judicial.

(1)

Respecto de la sociedad española hemos de advertir el incremento de la desconfianza que, en general, tiene sobre la imparcialidad judicial. Así, un sondeo del Centro de Investigaciones Sociológicas, en diciembre de 1996, revela que el 86,4 por ciento de los encuestados opinan que en España los jueces al aplicar las leyes «hacen diferencias según de quien se trate»; y sólo el 8,9 por ciento cree que se da el mismo trato a todas las personas. Esta cifra es muy superior a la que se deduce de la encuesta elaborada por el Consejo General del Poder Judicial en 1997, según la cual el 51 por ciento de los encuestados responden negativamente a la cuestión de si «los Tribunales españoles suelen ser imparciales, cualesquiera que sea el caso que tengan que juzgar o las personas implicadas en el mismo» (en 1990 un 45 por ciento de los encuestados estimaba que los Tribunales en general no eran imparciales, frente al 37 por ciento que creía en su imparcialidad). Para apreciar el grado de preocupación que estas cifras acerca de la calidad de la Justicia han producido en el máximo órgano de gobierno del Poder Judicial, *vid.* el *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 26.

Ver Texto

(2)

Es continua y constante la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, por lo que han de ser especialmente tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes. Así, *ad exemplum*, sentencias del Tribunal Constitucional 1/1992 de 13 de enero (FJ 4.º), 119/1990 de 21 de junio (FJ 4.º), 24/1990 de 15 de julio (FJ 2.º), 117/1987 de 8 de julio (FJ 2.º), 76/1987 de 25 de mayo (FJ 2.º), 32/1987 de 10 de marzo (FJ 3.º); 67/1984 de 7 de junio (FJ 3.º) y 34/1983 de 6 de mayo (FJ 3.º).

Ver Texto

(3)

=Goldschmidt=, =W=erner, «La imparcialidad como principio básico del proceso», *Revista de Derecho Procesal*, II/1950, pág. 208.

Ver Texto

(4)

Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

Ver Texto

(5)

Cfr. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de Jurisprudencia (1959-1983)», *B.J.C.* págs. 870 y ss.

Ver Texto

(6)

De igual modo, recogen esta distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva las posteriores sentencias de 26 de octubre de 1984 (caso de *Cubber*) (parágrafo 26) (*B.J.C.*, núm. 58, 1986, págs. 237 y ss.); 24 de mayo de 1989 (caso *Hauschildt*) (parágrafos 46 y 48) (*B.J.C.*, núm. 124/125, 1991, págs. 105 y ss.); 22 de junio de 1989 (caso *Langborger*) (parágrafo 32) (*B.J.C.*, núm. 126, 1991, págs. 51 y ss.); 25 de febrero de 1992 (caso *Pfeifer et Plankl*) (parágrafo 36) [*Cour Européenne des Droits de l'Homme* (54/1990/245/316), Strasbourg, 25 février 1992]; 16 de diciembre de 1992 (caso *Sainte-Marie*) (parágrafo 30) (cfr. *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A: «Arrêts et décisions», vol. 253, *Affaire Sainte-Marie c. France*, Strasbourg, 1993, pág. 15); 23 de febrero de 1993 (caso *Padovani*) (parágrafo 25) (cfr. *Publications...*, ob. cit., pág. 20); y la de 24 de agosto de 1993 (caso *Nortier*) (parágrafo 38) (cfr. *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A: «Arrêts et décisions», vol. 267, *Affaire Nortier c. Pays-Bas*, Strasbourg, 1993, pág. 14).

Esta distinción ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones. Así, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional 98/1997 de 20 de mayo (FF.JJ. 2.º y 3.º), 7/1997 de 14 de enero (FJ 3.º); 138/1994, de 9 de mayo (FF.JJ. 3.º, 7.º y 8.º), 206/1994 de 11 de julio (FJ 4.º), 320/1993, de 8 de noviembre (FJ 1.º) o la 85/1992 de 8 de junio (FJ 2.º).

Ver Texto

(7)

De manera reiterada y continua se pronuncian, en este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 98/1997 de 20 de mayo (FJ 2.º), 60/1995 de 17 de marzo (FJ 3.º), 206/1994, de 11 de junio (FJ 5.º), 138/1994 de 9 de mayo (FJ 3.º), 59/1994 de 28 de febrero (FJ 2.º), 384/1993 de 21 de diciembre (FJ 2.º), 320/1993 de 8 de noviembre (FJ 2.º), 282/1993 de 27 de septiembre (FJ 2.º), 157/1993 de 6 de mayo (FJ 2.º), 119/1993 de 19 de abril (FJ 4.º), 230/1992 de 14 de diciembre (FJ 4.º), 170/1993 de 27 de mayo (FJ 1.º), 136/1992 de 13 de octubre (FJ 2.º), 113/1992 de 14 de septiembre (FJ 3.º), 85/1992 de 8 de junio (FJ 2.º), 151/1991 de 8 de julio (FJ 3.º), 138/1991 de 20 de junio (FJ 1.º), 98/1990 de 24 de mayo (FJ 4.º), 55/1990 de 28 de marzo (FJ 7.º); 11/1989 de 24 de enero (FJ 3.º), 164/1988 de 26 de septiembre (FJ 1.º) y 145/1988 de 12 de julio (FJ 5.º). En esta línea se enmarca también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, *ad exemplum*, su sentencia de 20 de mayo de 1997 (*LA LEY*, 1997, 6984, pág. 13), en su FJ 13.º destaca que la imparcialidad del juzgador «es componente fundamental del derecho a un proceso con todas las garantías»; y la de 27 de diciembre de 1994 (*Ar.* 1738, año 1995), indica en el FJ 1.º: «Es sin duda esencial reconocer que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial es un derecho inherente a la exigencia de un proceso con todas las garantías». Cfr. igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 6604); 28 de septiembre de 1992, FJ 1.º (*Ar.* 7384); 14 de junio de 1991, FJ 1.º (*Ar.* 4715); o la de 4 de abril de 1991, FJ 3.º (*Ar.* 2570); entre otras.

Ver Texto

(8)

=Goldschmidt=, =W=erner, «La imparcialidad...», ob. cit., pág. 209; y =González Pérez, J.=, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 276.

Ver Texto

(9)

Vid. este concepto en =Ramos Méndez, F.=, *Derecho y Proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 46.

Ver Texto

(10)

Para el estudio de este principio en la doctrina del Tribunal Constitucional, *vid.* =Picó i Junoy, J.=, *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 132 y 133.

Ver Texto

(11)

=Carnelutti=, =F=rancesco, *Sistema di diritto processuale civile*, T. IV, Ed. Cedam, Padova, 1936, pág. 183. En España, se manifiestan de igual modo =Fenech Navarro, M.=, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, pág. 237; =Gimeno Sendra, V.=, «Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», *Revista de Derecho Procesal*, II-III/1978, pág. 336; *id.*: «Fundamentos...», ob. cit., pág. 40; =Ramos Méndez, F.=, *El sistema procesal español*, 3.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 294; *id.*, *Derecho procesal civil*, T. I, 5.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 128; =Lorca Navarrete, A. M.=, *Derecho Procesal Orgánico*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 212; *id.*, *Organización judicial española y principios rectores del proceso español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pág. 373; =Fernández Entralgo, J.=, «La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial», *Revista General del Derecho*, I/1989, pág. 1044, y =Ruiz Pérez, J. S.=, «El juez protagonista: imparcialidad e independencia», *LA LEY*, 1986-4, pág. 991.

En contra, =Almagro Nosete= tras destacar que la legitimación es la medida del derecho a la jurisdicción, manifiesta: «Por tanto la legitimación es cualidad que se predica de las "partes" en el proceso (partes legítimas) nunca del órgano jurisdiccional» [=Almagro Nosete, J.=, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, pág. 155].

Otros autores prefieren hablar de «legitimidad» de los jueces y magistrados (así, cfr. =Calvo Sánchez, C.=, «La recusación de jueces y magistrados (I)», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988, pág. 79).

Ver Texto

(12)

laleydigital.es

De igual modo, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1980, consid. 1.º (Ar. 2570) y 24 de marzo de 1977, consid. 1.º (Ar. 1239), al analizar el concepto de recusación, afirman: «definiéndose la recusación o denuncia de la *falta de legitimación del Juez* (...)». También la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1967 (Ar. 3150), en su consid. 1.º destaca: «Que el interés directo o indirecto en la causa 9.ª del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como *circunstancia impeditiva de la legitimación de Magistrados o Jueces* para conocer en procedimiento criminal (...)».

Ver Texto

(13)

En este sentido, cfr. =Satta=, =Salvatore (con =Punzi=, =Carmine=), *Diritto processuale civile*, 11.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 1992, pág. 80; =Fenech Navarro, M.=, ob. cit., pág. 237; =Ramos Méndez, F.=, *El sistema...*, 2.ª ed., ob. cit., pág. 315; *id.*, *Derecho procesal civil*, T. I, 5.ª ed., ob. cit., pág. 128, y =Lorca Navarrete, A. M.=, *Derecho Procesal Orgánico*, ob. cit., pág. 212; *id.*, *Organización...*, ob. cit., pág. 373.

Ver Texto

(14)

Por función jurisdiccional entendemos la determinación del derecho al caso concreto, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (arts. 117.3 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), esto es -siguiendo a =Serra Domínguez=-, la «determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica» (=Serra Domínguez, M.=, «Jurisdicción», *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 50).

Ver Texto

(15)

=Guernieri=, =Carlo=, *L'indipendenza della magistratura*, Ed. Cedam, Padova, 1981, pág. 104. De igual modo, cfr. =Andrés Ibáñez, P.=, y =Movilla Alvarez, C.=, *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 117 y 118, y =Berzosa Francos, M.ª V.=, «Poder Judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, T. XIX, Barcelona, 1989, pág. 875.

Ver Texto

(16)

Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid, 1992, pág. 682.

Ver Texto

(17)

laleydigital.es

En esta línea, *vid.* =Guarnieri=, =Carlo, *Magistratura e politica en Italia. Pesi senza contrappesi*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993, págs. 21 y 22; =Ortino=, =Sergio, «L'indipendenza del giudice secondo la giurisprudenza costituzionale», en la obra coordinada por =Alessandro =Pizzorusso=, *L'ordinamento giudiziario*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1974, págs. 391 y ss. y =Díez-Picazo, L. M.=, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 102 y ss. Utilizando la misma nomenclatura =Silva Melero= («Las garantías de la independencia judicial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 198, enero, 1955, pág. 311) y =Martorell Zulueta= («Breves notas acerca de la independencia del Poder Judicial», *Poder Judicial*, núm. especial 11, págs. 187 y 188), relacionan el concepto de «independencia externa» a «la posición de la Magistratura frente a los poderes políticos o fuerzas sociales» incluyendo «a los demás órganos jurisdiccionales»; y el de «independencia interna» a «la posición del Juez frente a las partes».

Sin embargo, en la doctrina encontramos otras clasificaciones respecto de las manifestaciones de la independencia judicial. Así, hay autores que distinguen entre independencia judicial «orgánica» y «funcional», para destacar en la primera la independencia del Poder Judicial, como órgano que integra a todos los Jueces y Magistrados, frente a los otros poderes del Estado, y en la segunda la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional [así, =Almagro Nosete, J.= (en AA.VV.), *Derecho Procesal*, vol. I, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 59, y =Berzosa Francos, M.ª V.=, «Poder Judicial», ob. cit., págs. 875 y ss.).

Por otra parte, =Montero Aroca= (*Introducción...*, ob. cit., págs. 39 y ss.), =Gimeno Sendra=, (*Fundamentos...*, ob. cit., págs. 43 y ss.), =Gómez Colomer= («Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional», *Justicia*, II/1989, pág. 582), =Guerra San Martín= (*Lecciones de Derecho Procesal. Introducción*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, pág. 93) y recientemente =Asencio Mellado= (*Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 90 y ss.) al analizar la independencia judicial, distinguen las siguientes garantías que tienden a protegerla: garantías frente a los otros poderes del Estado, garantías frente a la sociedad y a las propias partes; y garantías a los superiores y los órganos de gobierno de la Magistratura.

Finalmente, =González Granda= (*Independencia del juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, págs. 21 y ss.) distingue tres vertientes del principio de independencia judicial: la independencia institucional (o estructural) del Poder Judicial; la independencia organizativa, del conjunto organizado que forman los Jueces y Magistrados; y la independencia orgánica o funcional del titular del órgano judicial, que a su vez tiene dos aspectos: uno externo, frente a las injerencias de otros Poderes del Estado ya en el ejercicio concreto de la función jurisdiccional en un proceso concreto; y otro interno, frente a injerencias del interior de la propia organización judicial, y frente a los órganos de gobierno autónomo de la Magistratura.

Ver Texto

(18)

En este sentido, cfr. =Alvarez-Linera y Uría, C.=, «Notas sobre la independencia del Poder Judicial», *LA LEY*, 1982-1, págs. 793 y ss.; =Burgos Ladrón de Guevara, J.=, *El Juez ordinario predeterminado por la ley*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 89; =Calvo Sánchez, C.=, «La recusación...», ob. cit., págs. 75 y 77; =Cordón Moreno, F.=, *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1994, págs. 49 y ss.; =De Marino, R.=, «La independencia de los Tribunales, garantía de su función», *Revista de Derecho Procesal*, II/1988, págs. 445 y 446; =Fernández=; =Rifá= y =Valls=, *Derecho Procesal Práctico*, T. II, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 140-141; =González Montes, J. L.=, *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, 3.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 84 y 85; =Requejo Pagés, J. L.=, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 161 y ss.; =Ruiz Vadillo, E.=, «La Constitución, la independencia de los jueces y magistrados y el acceso a la carrera judicial», *LA LEY*,

1984-4, pág. 993; =Ruiz Pérez, J. S., «El juez protagonista: imparcialidad e independencia», ob. cit., pág. 991; y =Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios del proceso civil», *Justicia*, 1993, IV, pág. 606. De igual modo, *vid.* =Bermúdez Ochoa, E., «Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal". La sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio», *Cuestiones de Derecho Procesal Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1994, pág. 61.

Sin embargo, encontramos autores que partiendo de otras sistematizaciones de las manifestaciones de la independencia judicial, llegan a considerar a la imparcialidad judicial como otra de sus manifestaciones. Tal es el caso de =Almagro Nosete, J.= (en AA.VV.), ob. cit., T. I, vol. I, pág. 104; =Asencio Mellado, J. M., *Introducción...*, ob. cit., pág. 92; =Gimeno Sendra, V., *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 57; =Gómez Colomer, J. L., «Reflexiones...», ob. cit., pág. 582; =Lorca Navarrete, A. M., *Derecho Procesal Orgánico*, ob. cit., págs. 205 y 212; *id.*, *_Organización...*, ob. cit., págs. 361 y 372; =Martorell Zulueta, P., ob. cit., págs. 188 y 189. =Montero Aroca, J., *Introducción...*, ob. cit., pág. 42; =Moreno Catena, V. (en AA.VV.), *Introducción al Derecho Procesal*, 1.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 96; =Pedraz Penalva, E., «Reflexiones sobre el "Poder Judicial" y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», *Documentación Jurídica*, I/1984, pág. 63; =Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Derecho de Tribunales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, págs. 270 y 271; y =Tomé Paule, J. (con =Almagro Nosete, J.), *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1993, págs. 112 y 113.

Ver Texto

(19)

Se refieren también a la independencia judicial las sentencias del Tribunal Constitucional 44/1985 de 22 de marzo (FJ 4.º); y la 47/1983, de 31 de mayo (FJ 2.º).

Ver Texto

(20)

De igual modo, =Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», ob. cit., pág. 606. Este mismo autor destaca que «la diferencia entre independencia e imparcialidad se mantiene porque aquélla está al servicio de un correcto ejercicio de la función judicial y garantiza que el juez pueda ser imparcial» (ob. cit., pág. 606). En este orden de ideas, *vid.* también =Requejo Pagés, J. L., *Jurisdicción e Independencia judicial*, ob. cit., págs. 161 y ss.

Ver Texto

(21)

De igual modo, =Nicola =Picardi= («Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina», *Seminario de Formación e Información*, Santo Domingo, República Dominicana, 24 de noviembre a 8 de diciembre de 1989, Unicri, Publ. núm.. 45, Roma, 1992, pág. 279) entiende que la independencia debe distinguirse de la imparcialidad, pues la primera palabra viene a privilegiar el momento institucional y la segunda el momento procesal. *Vid.* también =Vázquez Sotelo, J. L., «Los principios...», ob. cit., pág. 606; y =Requejo Pagés, J. L., *Jurisdicción e Independencia judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, págs. 161 y ss.

Ver Texto

(22)

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

Ver Texto

(23)

Así, *vid.* =Nobili=, =M=assimo, «Art. 25.1 della Costituzione», *Commentario della Costituzione*, AA.VV. (a cura di G. Branca), Ed. Zanichelli y Foro Italiano, Roma-Bolonia, 1981, págs. 199 y ss.; y =Romboli=, =R=oberto, *Astensione e ricsuzione*, ob. cit., pág. 1; *id.*, *Il giudice naturale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1981, págs. 160 y ss; *id.* «Giudice naturale», *Novissimo Digesto Italiano (Appendice)*, vol. III, Ed. Utet, Torino, 1982, pág. 973.

Ver Texto

(24)

En este línea, cfr. =Paolozzi=, =G=iiovanni, «Giudice politico e "iudex suspectus"», *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1973, pág. 635; =Almagro Nosete, J.=, «El Derecho Procesal en la nueva Constitución», *R.D.Proc.*, IV/1978, pág. 870; *id.*, *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, 1, Ed. Trivium, Madrid, 1993, pág. 54; =Calvo Sánchez, C.=, «La recusación...», ob. cit., pág. 75; =González-Cuellar García, A.=, ob. cit., pág. 1064; =Díez-Picazo Giménez, I.=, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *R.E.D.C.*, núm. 31, 1991, págs. 83 y 84; =Aragoneses Martínez, S.=, *El derecho al Juez ordinario predeterminado...*, ob. cit., pág. 104; =Burgos Ladrón de Guevara, J.=, *El Juez ordinario predeterminado por la ley*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 77 y 131; =Gabaldón López, J.=, «Jurisdicción y competencia: doctrina constitucional», *Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil*, C.G.P.J., Madrid, 1996, pág. 35 (nota 23); =Ramos Méndez, F.=, *El sistema...*, ob. cit., pág. 99; =Gimeno Sendra, V.= (en AA.VV.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 52; =Asencio Mellado, J. M.=, *Introducción...*, ob. cit., pág. 78; y =Díaz Cabiale, J. A.=: ob. cit., págs. 427 y 428.

Ver Texto

(25)

En este sentido, =De la Oliva= (*Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Ed. Ramón Areces, 1992, pág. 122) sostiene: «Que uno o varios jueces sean recusables no significa que no sean los jueces legalmente predeterminados los que deben juzgar un caso concreto según las reglas legales de jurisdicción, competencia en sus diversas clases, sustitución, modo de integración de los órganos colegiados, etc.». De igual modo, *vid.* =Garberí Llobregat, J.=, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 26; =Guilló Sánchez-Galiano, A.=, «Imparcialidad del Juez y Juez ordinario predeterminado por la Ley», *Derechos procesales y tutela judicial efectiva*, Vitoria, 1994, págs. 61 a 63; =Oraa González, J. y P.=, «El derecho a un juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás»,

laleydigital.es

Poder Judicial, núm. 26, 1992, págs. 161 y ss.; y =Ruiz Ruiz, G.=, *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 178 y 179, 193 y 199.

De igual modo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996, FJ 8.º (*LA LEY*, 1996-2, 2281, pág. 84).

Ver Texto

(26)

En términos similares se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional 98/1997 de 20 de mayo (FJ 2.º), 64/1997 de 7 de abril (FJ 2.º), 7/1997 de 14 de enero (FJ 3.º), 151/1991 de 8 de julio (FJ 3.º), 138/1991 de 20 de junio (FJ 1.º), 11/1989 de 24 de enero (FJ 3.º), 164/1988 de 26 de septiembre (FJ 1.º) y la 113/1987 de 3 de julio (FJ 2.º). De igual modo, ya el auto del Tribunal Constitucional 111/1982 de 10 de marzo, estableció que: «el Juez predeterminado por la Ley se refiere exclusivamente a la certeza e inamovilidad del Juez legal, que evite designaciones orgánicas que alteren normas competenciales de conocimiento» por lo «que no acoge en absoluto dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones» (FJ 5.º).

Ver Texto

(27)

Esta doctrina la encontramos igualmente recogida en las sentencias del Tribunal Constitucional 64/1997 de 7 de abril (FJ 2.º), 6/1997 de 13 de enero (FJ 3.º), 171/1994 de 7 de junio (FJ 3.º), 137/1994 de 9 de mayo (FJ 3.º), 65/1994 de 28 de febrero (FJ 2.º), 39/1994 de 15 de febrero (FJ 1.º), 307/1993 de 25 de octubre (FF.JJ. 2.º y 3.º), 138/1991 de 20 de junio (FJ 1.º), 55/1990 de 28 de marzo (FF.JJ. 4.º, 5.º y 6.º), 153/1988 de 20 de julio (FF.JJ. 3.º y 4.º), 95/1988 de 26 de mayo (FJ 4.º), 93/1988 de 24 de mayo (FJ 4.º), 199/1987 de 16 de diciembre (FJ 6.º), 148/1987 de 28 de septiembre (FJ 1.º), 23/1986 de 14 de febrero (FJ 3.º), 44/1985 de 22 de marzo (FJ 4.º) y 101/1984 de 8 de noviembre (FJ 4.º).

Ver Texto

(28)

En la línea de configurar la abstención de jueces y magistrados como un verdadero «deber» se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional 384/1993 de 21 de diciembre (FJ 2.º) y 230/1988 de 1 de diciembre (FJ 2.º); así como la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 6604) y el auto del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1988, FJ 2.º (*Ar.* 4118).

Ver Texto

(29)

En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 384/1993 de 21 de diciembre (FJ 2.º) y 138/1991 de 20 de junio (FJ 2.º), configuran la recusación como el «remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad». De igual

modo se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997, FJ 13.º (*LA LEY*, 1997, 6984); 28 de diciembre de 1993, FJ 1.º (*Ar.* 9811); y la de 9 de julio de 1983, consid. 1.º (*Ar.* 4134).

Ver Texto

(30)

Este derecho a recusar se reconoce, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 384/1993 de 21 de diciembre (FJ 2.º), 282/1993 de 27 de septiembre (FJ 2.º), 230/1992 de 14 de diciembre (FJ 4.º), 180/1991 de 23 de septiembre (FJ 6.º) o la 47/1982 de 12 de julio (FJ 3.º).

Ver Texto

(31)

En la línea aquí planteada, la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1997 de 14 de enero (FJ 3.º) destaca que las causas de recusación «tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del juez, siendo el incidente de recusación "el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión"». De igual modo se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional 138/1994 de 9 de mayo (FJ 2.º) y la 157/1993 de 6 de mayo (FJ 2.º).

Ver Texto

(32)

Arts. 188 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 52 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para el proceso laboral, el art. 15.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 se remite, expresamente, a las previsiones recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y respecto al proceso contencioso-administrativo, el art. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 se remite, por su lado, a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ver Texto

(33)

En este sentido, se pronuncian expresamente los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7.ª) de 15 de enero de 1995, FJ 1.º (en *Tribunal*, 1995-I, pág. 299); y el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) de 3 de febrero de 1990, FJ 6.º (en *Actualidad Penal*, 1990-2, pág. 438).

Ver Texto

(34)

Para que la derogación tácita de una norma pueda tener lugar es necesario que concurren: a) igualdad o coincidencia de materia en ambas leyes; b) identidad de los destinatarios de sus mandatos, y c)

laleydigital.es

contradicción e incompatibilidad entre los preceptos de ambas leyes. Así *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1984 [citada por =Albácar, J. L.= y =Martín-Granizo, M.=, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. I, vol. primero, 4.^a ed., Ed., Trivium, Madrid, 1995, pág. 53 [esta sentencia no aparece recogida ni en el repertorio de jurisprudencia *Aranzadi*, ni en *Jurisprudencia civil* (edición oficial) del Ministerio de Justicia, Tomo junio-julio 1984, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985)]. De igual modo, *vid.* el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7.^a) de 15 de enero de 1995, FJ 1.^o (en *Tribunal*, 1995-I, pág. 299). Respecto de la derogación tácita, *vid.* =Díez-Picazo, L. M.=, *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 285 a 344.

Ver Texto

(35)

Así, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997, FJ 13.^o (*LA LEY*, 1997, 6984), así como la de 20 de enero de 1996, FJ 5.^o (*Ar.* 188), según la cual: «las causas de recusación son taxativas y (...) forman un *numerus clausus*»; y la sentencia del Tribunal Constitucional 138/1994 de 9 de mayo (FJ 4.^o), que afirma: «la relación de motivos de recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene el carácter de *numerus clausus*».

Ver Texto

(36)

Al respecto, cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956, consid. 2.^o (*Ar.* 1227); 5 de noviembre de 1956, consid. 1.^o (*Ar.* 3349); 17 de febrero de 1975, consid. 2.^o (*Ar.* 577); 4 de mayo de 1976, consid. 1.^o (*Ar.* 2127); 24 de marzo de 1977, consid. 2.^o (*Ar.* 1239); 4 de julio de 1978, consid. 1.^o (*Ar.* 2794); 11 de diciembre de 1978, consid. 1.^o (*Ar.* 4122); 9 de junio de 1980, consid. 2.^o (*Ar.* 2570); 28 de junio de 1982, consid. 1.^o (*Ar.* 3581); 4 de octubre de 1982, consid. 1.^o; (*Ar.* 5597); 22 de abril de 1983, consid. 88 (*Ar.* 2300); 9 de julio de 1983, consid. 1.^o (*Ar.* 4134); 28 de febrero de 1984, consid. 8.^o (*Ar.* 1670); 29 de abril de 1985, consid. 3.^o (*Ar.* 2144); 21 de octubre de 1986, FJ 1.^o (*Ar.* 5714), y la de 15 de junio de 1987, FJ 3.^o (*Ar.* 4805).

De igual modo, el auto del Tribunal Constitucional 111/1982 de 10 de marzo (FJ 5.^o) destaca que «las causas fijadas en *numerus clausus* en el art. 54 no son ampliables».

Ver Texto

(37)

=Satta=, =S=alvatore, «Astensione del giudice (dir. proc. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, T. III, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, pág. 947.

Ver Texto

(38)

Así, =Dittrich=, =L=otario, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Ed. Cedam, Padova, 1991, pág. 64.

laleydigital.es

Ver Texto

(39)

Cfr. =Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M.=, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1992, pág. 302; y =López Barja de Quiroga, J.=, «El Juez imparcial», *Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 357 y 358.

Ver Texto

(40)

Para el estudio de esta causa, *vid.* por todos =Dittrich=, =L=otario, *Incompatibilità...*, ob. cit., págs. 218 a 223.

Ver Texto

(41)

En este sentido, =Lorca Navarrete= (*Organización...*, ob. cit., págs. 380 y 381) y =Burgos Ladrón de Guevara= (ob. cit., pág. 83) mantienen esta opinión al objeto de otorgar la máxima eficacia al derecho al juez ordinario predeterminando por la ley. Por su parte, =Asencio Mellado= (*Introducción...*, ob. cit., pág. 93) al estudiar los motivos del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial habla de «supuestos (...) no extensibles».

Ver Texto

(42)

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997, FJ 13.º (*LA LEY*, 1997, 6984) destaca que «no son susceptibles de interpretación extensiva» las causas recusatorias; la de 20 de enero de 1996, FJ 5.º (*Ar.* 188) establece que tales causas «no admiten interpretaciones extensivas o analógicas (...) no es posible su extrapolación a supuestos distintos de los contemplados en la Ley»; y la de 11 de noviembre de 1992, FJ 2.º (*Ar.* 9271), reitera que en materia de recusación «lo que no puede hacerse es una interpretación extensiva (...) (debiendo ser sus causas) objeto de interpretación restrictiva». *Vid.* igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1976, consid. 1.º (*Ar.* 2127); 4 de octubre de 1982, consid. 1.º (*Ar.* 5597); 28 de febrero de 1984, consid. 8º (*Ar.* 1670); 29 de abril de 1985, consid. 3.º (*Ar.* 2144); 21 de octubre de 1986, FJ 1.º (*Ar.* 5714); 15 de junio de 1987, FJ 3.º (*Ar.* 4805), y la de 14 de junio de 1991, FJ 2.º (*Ar.* 4715). De igual modo, la sentencia del Tribunal Constitucional 138/1994 de 9 de mayo (FJ 4.º) destaca que «la relación de motivos de recusación del artículo 219 Ley Orgánica del Poder Judicial (...) sin que quepa la analogía como regla interpretativa del precepto».

No obstante, de manera esporádica, encontramos alguna resolución que efectúa una interpretación finalista de las causas de recusación, tal y como sucede con las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1906, consid. 1.º (*Jurisprudencia Civil*, T. LXXVII, núm. 164, pág. 352) y la de 19 de noviembre de 1983, consid. 2.º (*Ar.* 5666). En esta línea, debemos destacar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 31 de enero de 1995, que en su FJ 2.º sostiene: «La interpretación restrictiva

de la garantía a un juez imparcial no encaja con el objeto y finalidad del derecho reconocido (a recusar), visto el lugar preeminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática en el seno del Convenio (para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950)» (en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 184, de 9 de febrero de 1995, págs. 1 y ss.).

Ver Texto

(43)

Y para ello existen mecanismos disuasorios, tales como la posibilidad de imponer las costas procesales por actuar con temeridad o mala fe (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los arts. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o la imposición de multas (art. 227.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ver Texto

(44)

En este sentido, cfr. =Ramos Méndez, F.=, *El sistema...*, 2.ª ed., ob. cit., pág. 315; =Calvo Sánchez, M. C.=, «La recusación...», ob. cit., pág. 80; *id.* «El derecho al juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes», *LA LEY*, 1989-4, pág. 1000; =De la Oliva, A.=, (con =Fernández, M. A.=), *Derecho Procesal Civil*, T. I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 399; y =Font Serra, E.=, «Abstención y recusación», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 32. De igual modo, respecto al ordenamiento italiano en el que también se efectúa un elenco de causas de recusación, se ha pronunciado recientemente =Moretti=, =C=arola: «L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito», *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, 4, pág. 1107.

Ver Texto

(45)

Para distinguir entre analogía e interpretación extensiva de las normas, *vid.* =Vallet de Goytisolo, J.=, «La analogía en el Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, III/1995, págs. 1076 y 1077.

Ver Texto

(46)

=Bobbio=, =N=obberto, «Ancora sulla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogica», *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 1, pág. 698. De igual modo, *vid.* =Serra Domínguez, M.=, «Interpretación de las normas procesales», *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 11 y ss.

Ver Texto

(47)

laleydigital.es

B.J.C., núm. 58, 1986, pág. 242. En esta línea, la sentencia del caso *Delcourt*, de 17 de enero de 1970 (párrafo 25 *in fine*) destaca: «En una sociedad democrática, en el sentido que dicha expresión otorga al Convenio, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del artículo 6.1 no se correspondería con los fines que busca dicho artículo» (*B.J.C.*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983, pág. 191).

Respecto de la necesidad de interpretar los supuestos de abstención y recusación de acuerdo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 157/1993 de 6 de mayo (FJ 2.º).

Ver Texto

(48)

Así, *vid.* nota 6.

Ver Texto

(49)

En este sentido, =Montero Aroca= indica que «la influencia o no en el juicio de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función (jurisdiccional) es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o la parcialidad (...). Lo que en las leyes se regula es la imparcialidad en sentido estricto, es decir, la consideración del juez como no parcial, con lo que se hace referencia a algo que no es objetivo sino subjetivo» (=Montero Aroca, J., en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional*, T. I, ob. cit., pág. 105). De igual modo, *vid.* =González Montes, J. L., *Instituciones de Derecho Procesal*, T. II, Granada, 1988, pág. 134; y =Díaz Cabiale, J. A., ob. cit., pág. 408.

Ver Texto

(50)

Las previstas en los motivos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 11.º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ver Texto

(51)

Las recogidas en los motivos 5.º, 9.º y 10.º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ver Texto

(52)

De igual modo, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 157/1993 de 6 de mayo (FF.JJ. 2 y 3).

Ver Texto

(53)

La literalidad del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede llevar a equívocos por cuanto el supuesto fáctico de la norma se refiere a dos tipos de tribunal: uno que instruye y otro que falla, por lo que, en principio, podría pensarse que no entra en juego cuando sea la misma persona quien hubiera investigado los hechos delictivos y venga llamado a dictar sentencia. Sin embargo, una lectura teleológica de la misma nos conduce a entender que lo que ha pretendido es destacar la necesidad de distinguir siempre ambas funciones, la de instruir y la de enjuiciar, con independencia de que sean llevadas por el mismo o diferente tribunal (en este sentido, *vid.* =Moreno Catena, V.=, «El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apunte sobre la imparcialidad del juzgador», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1468, 25 de septiembre, 1987, pág. 2760). En consecuencia, en los casos de aforamientos especiales en los que el órgano sentenciador conoce de la causa desde su inicio, como sucede, *ad exemplum*, en los procesos penales seguidos contra senadores o diputados, el Magistrado instructor no podrá formar parte de la Sala sentenciadora (al respecto, cfr. arts. 57.2 y 73.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ver Texto

(54)

Respecto de este último, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995 de 17 de marzo (FF.JJ. 3.º y 6º), comentada por =Tapia Parreño, J. J.=, «El derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995», *LA LEY*, 1995-2, págs. 1110 y ss.

Ver Texto

(55)

En consecuencia, esta causa no opera en el juicio de faltas, pues en él no hay una etapa instructora. Basta la lectura del art. 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para advertir que a la *notitia criminis* subsigue, inmediatamente, la convocatoria del juicio, sin que exista ninguna actuación intermedia (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1977, consids. 3.º y 4.º, *Ar.* 1240). No obstante, si el juez antes de la celebración del juicio practica actividades de investigación que puedan calificarse como instructoras, sí deberá aplicarse el presente motivo (ello puede suceder, por ejemplo, en los casos de transformación de un procedimiento penal por delitos en un juicio de faltas). Así, el auto del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1990 inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad por estimar que en el juicio de faltas no existe instrucción propiamente dicha, indicando que «cuando tal acumulación de funciones -se refiere a la investigadora y a la juzgadora- cree, a juicio del Juez, un conflicto entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción, el propio Juez o las partes habrán de resolverlo utilizando los instrumentos que ofrecen, entre otros, los artículos 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54 y 55 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (causas de abstención y recusación)». Al respecto, cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.ª) de 18 de septiembre de 1996, FJ 2.º (en *Actualidad Penal «Audiencias»*, núm. 19, diciembre, 1996, pág. 791); así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 4 de febrero de 1995, FJ 1.º (en «*Audiencias Provinciales*», *Europea de Derecho*, 1995, pág. 2640). Para el estudio de la regla de que «quien instruye

no debe fallar» en el juicio de faltas, *vid.* =Bonet Navarro, J.=, «La transformación de procedimiento por delito a juicio de faltas y el derecho a un juez imparcial (análisis jurisprudencial)», *Tribunales de Justicia*, núm. 7, 1997, págs. 751 y ss.; =López Ortega, J. J.=, «El derecho al juez no prevenido y el juicio de faltas», *Jueces para la Democracia*, núm. 8, diciembre, 1989, págs. 47 y ss.; y =Oraa González, J. y P.=, «La constitucionalidad del juicio de faltas desde la perspectiva del derecho a un Juez imparcial», *Poder Judicial*, núm. 23, septiembre, 1991, págs. 125 y ss.

De igual modo -como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1995, FJ 1.º (*LA LEY*, 1996-1, pág. 615)- esta causa no entra en juego en el proceso civil, ya que en él no existe propiamente una «etapa de instrucción». En consecuencia, si bien puede haber un juez que practique pruebas y otro sentenciador, esta situación no es reconducible al presente motivo de abstención o recusación.

Y, finalmente, esta causa tampoco opera en el procedimiento administrativo sancionador [cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995 de 17 de marzo (FJ 3.º)].

Ver Texto

(56)

Al respecto, cfr. =Gómez Orbaneja, E.=, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, págs. 29 y 30; =López-Barja de Quiroga, J.=, «El principio "el que instruye no debe juzgar" desde un punto de vista axiológico», *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre, 1982, págs. 119 y ss.; =Martín-Granizo Fernández, M.=, «Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 ("De Cubber")», *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre de 1986, págs. 85 y ss.; =De Diego Díez, L. A.=, «El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el Enjuiciamiento Penal», *Poder Judicial*, núm. 8, diciembre de 1987, págs. 9 y ss.; =Fairén Guillén, V.=, «La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción penal», *Tapia*, núm. 43, diciembre, 1988, págs. 5 y 23 a 30; =Lorente Hurtado, F.=, «Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional número 145/1988, de 12 de julio (De la abstención del Juez Instructor)», *Poder Judicial*, núm. 11, septiembre, 1988, págs. 89 y ss.; =Gimeno Sendra, V.=, «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, págs. 267 y ss.; =Calvo Sánchez, M. C.=, «El derecho al juez imparcial...», *ob. cit.*, págs. 995 y ss.; =Fernández Entralgo, J.=, «La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial», *Revista General del Derecho*, núm. 534, I/1989, págs. 1041 y ss.; =Bermúdez Ochoa, E.=, «Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal". La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio», *Cuestiones de Derecho procesal penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 53 y ss., y =Díaz Cabiale, J. A.=, *ob. cit.*, págs. 466 y ss.

Ver Texto

(57)

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene que la simple acumulación de funciones ejercitadas por el mismo juez no es por sí sola capaz de causar su parcialidad, debiéndose valorar las concretas resoluciones adoptadas en el curso del proceso, porque sólo si las cuestiones tratadas anticipadamente coincidieran con aquella objeto de la decisión sobre el fondo podría considerarse prejuzgada la capacidad del juez para realizar un nuevo enjuiciamiento objetivo. Así, *vid.* sus sentencias de 16 de diciembre de 1992 (caso *Sainte-Marie*) (párrafo 32) (cfr. *Publications...*, *ob. cit.*, pág. 16); la de 23 de febrero de 1993 (caso *Padovani*) (párrafo 28) (cfr. *Publications...*, *ob. cit.*, págs. 20 y 21); y la

de 24 de agosto de 1993 (caso *Nortier*) (parágrafo 38) (cfr. *Publications...*, ob. cit., pág. 14).

Ver Texto

(58)

Por supuesto, esta imposibilidad de decidir una causa que ha sido previamente instruida por un mismo juez, no sólo le impide enjuiciar la primera instancia sino también las sucesivas que en méritos de los oportunos recursos sean procedentes. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 320/1993 de 8 de noviembre (FJ 4.º) afirma: «(...) se trata de determinar si lo señalado respecto de la reunión de funciones de instrucción y fallo en la primera instancia judicial es predicable también a aquellos supuestos en los que, como el que ahora nos ocupa, aquella acumulación de funciones se produce respecto del Juez que, siendo Instructor de la causa, posteriormente dicta sentencia en resolución de recurso de apelación formulado contra la primera decisión judicial. Pues bien, no se advierte razón alguna que desvirtúe la aplicación de la anterior doctrina a tales casos». De igual modo, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995 de 17 de marzo (FJ 3.º).

Ver Texto

(59)

Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1993 de 27 de mayo (FJ 3.º), 136/1992 de 13 de octubre (FJ 2.º), 113/1992 de 14 de septiembre (FJ 4.º), 85/1992 de 8 de junio (FJ 2.º), 151/1991 de 8 de julio (f.j.4.º), 106/1989 de 8 de junio (FJ 4.º), 11/1989 de 24 de enero (FJ 4.º) y 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º).

Respecto de la no pérdida de imparcialidad del Juez que únicamente se limita a autorizar una entrada y registro, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1994 (para una crítica acertada de esta doctrina, cfr. =Bermúdez Ochoa, E.=, *La configuración...*, ob. cit., pág. 106).

Ver Texto

(60)

Sentencias del Tribunal Constitucional 151/1991 de 8 de julio (FJ 4.º) y 145/1988 de 12 julio (FJ 7.º).

Ver Texto

(61)

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 320/1993 de 8 de noviembre (FJ 3.º) destaca: «constituye un común denominador de todas las medidas cautelares (...) que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (...). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar». De igual modo, *vid.*

las sentencias del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º), 11/1989 de 24 de enero (FJ 4.º) y la 151/1991 de 8 de julio (FJ 4.º).

Ver Texto

(62)

Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1992 de 13 de octubre (FJ 3.º), 55/1990 de 28 de marzo (FJ 7.º). *Vid.* también el auto del Tribunal Constitucional 219/1993 de 1 de julio (FJ 5.º).

Sin embargo, según el auto del Tribunal Constitucional 220/1989 de 27 de abril (FJ 3.º), no existe quiebra de la imparcialidad cuando el auto de procesamiento lo dicta el órgano sentenciador con base a lo inquirido directamente por otro órgano judicial (cfr. también las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990, FJ 4.º, *Ar.* 5665; 27 de mayo de 1988, FJ 1.º, *Ar.* 3849; y la de 28 de febrero de 1984, *consids.* 9.º y 10.º, *Ar.* 1670). En contra de esta interpretación, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 1738 del año 1995) y 8 de noviembre de 1993, FJ 1.º (*Ar.* 8373), así como el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993, FJ 3.º (*Ar.* 1524), distinguen dos supuestos que consideran diferentes, y que dan lugar a diferentes consecuencias: cuando la Audiencia Provincial resuelve un recurso contra el procesamiento acordado por el Juez instructor para confirmarlo, no queda afectada su imparcialidad objetiva, a diferencia de lo que sí ocurre cuando dicta el procesamiento *ex novo* y con base a imputaciones no formuladas por aquél.

Ver Texto

(63)

En contra de esta opinión, =Salom Escrivá= («La querella», *Justicia*, 1996, 2, págs. 442 y 443), entiende que nuestra postura «conduciría a admitir automáticamente todas las querellas que se presentasen, dado que bien se cuidan todos los querellantes de relatar los hechos de modo que aparezca con claridad del propio relato su carácter delictivo», motivo por el cual la admisión a trámite de una querella «es un propio y verdadero acto de instrucción con todo lo que ello supone».

Ver Texto

(64)

=Gimeno Sendra, V.= (en AA.VV.), *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 481 y =Ortells Ramos, M.=, «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pág. 472; *id.* (en AA.VV.), *Derecho Jurisdiccional*, T. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 438.

De igual modo, cfr. las sentencias del Tribunal Constitucional 67/1997 de 7 de abril (FJ 2.º), 66/1997 de 7 de abril (FJ 4.º), 62/1996 de 15 de abril (FJ 3.º) o la 128/1995 de 26 de julio (FJ 3.º).

Ver Texto

(65)

De igual modo, la sentencia del Tribunal Constitucional 106/1989, de 8 de junio (FJ 4.º), afirma que la «pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de Instrucción adopte de oficio esta medida cautelar (la prisión provisional) sin la previa instauración del contradictorio».

Ver Texto

(66)

Introducido mediante la Ley Orgánica 8/1995 de 16 de noviembre.

Ver Texto

(67)

De igual modo, *vid.* =Bermúdez Ochoa, E.=, «Problemas orgánicos...», ob. cit., págs. 85 y 86; y =Gómez de Liaño Polo, J. C.=, *Los recursos en la instrucción penal*, Ed. Forum, Oviedo, 1997, pág. 138. En contra, *vid.* =Gimeno Sendra, V.=, «Los derechos al juez imparcial...», ob. cit., pág. 56 y =Díaz Cabiale, J. A.=, ob. cit., pág. 468.

Ver Texto

(68)

Autos del Tribunal Constitucional 289/1984 de 16 de mayo (FJ 2.º) y 173/1984 de 21 de marzo (FJ 2.º).

Ver Texto

(69)

Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990 de 28 de marzo (FJ 2.º).

Ver Texto

(70)

Cuestión distinta tiene lugar cuando la Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, tal como indicamos en el punto d) de este mismo epígrafe.

Ver Texto

(71)

Así, =Gimeno Sendra, V.= (en AA.VV.), *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 349.

Ver Texto

(72)

Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1989 de 24 de enero (FJ 4.º), 164/1988 de 26 de septiembre (FJ 2.º), y 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º).

Ver Texto

(73)

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1989 de 8 de junio (FJ 4.º).

Ver Texto

(74)

Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1992 de 8 de junio (FJ 2.º).

Ver Texto

(75)

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º).

Ver Texto

(76)

Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1990 de 24 de mayo (FJ 4.º).

Ver Texto

(77)

Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1989 de 24 de enero (FJ 4.º) y 164/1988 de 26 de septiembre (FJ 2.º).

Ver Texto

(78)

Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1993 de 27 de mayo (FJ 3.º), 85/1992 de 8 de junio (FJ 2.º), 106/1989 de 8 de junio (FJ 4.º), 11/1989 de 24 de enero (FJ 4.º) y 145/1988 de 12 de julio (FJ 7.º). De igual modo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1996, FJ 5.º (*Ar.* 188); 27 de diciembre de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 1738 del año 1995); 28 de diciembre de 1993, FJ 3.º (*Ar.* 9811); 24 de

laleydigital.es

septiembre de 1991, FJ 5.º (Ar. 6565); o la de 25 de junio de 1990, FF.JJ. 4.º y 43.º (Ar. 9737).

Esta doctrina es mantenida por algún autor. Así, para =Lorente Hurtado= («Apuntes críticos...», ob. cit., pág. 94) la solución contraria, llevada a sus últimas consecuencias, cuestionaría todo el sistema procesal penal español, «en cuanto incorpora la doble instancia respecto de las principales decisiones del sumario (procesamiento y prisión, especialmente».

Ver Texto

(79)

En este orden de ideas, cfr. =Díaz Cabiale, J. A.=, ob. cit., págs. 475, 476, 479, 480, 482 y 484; =Gómez de Liaño Polo, J. C.=, *Los recursos...*, ob. cit., págs. 140 y 141; y =Banacloche Palao, J.=, «Imparcialidad del Juez que dictó en apelación un auto ordenando la continuación de la instrucción y que luego condenó al acusado», *Tribunales de Justicia*, 8-9, 1997, pág. 951.

Ver Texto

(80)

De igual modo, *vid.* =Bermúdez Ochoa, E.=, «Problemas orgánicos...», ob. cit., pág. 97; =Díaz Cabiale, J. A.=: ob. cit., págs. 487 y 488; =Gómez de Liaño Polo, J. C.=, *Los recursos...*, ob. cit., pág. 141; y =Banacloche Palao, J.=, «Imparcialidad...», ob. cit., pág. 951.

Ver Texto

(81)

Sentencias del Tribunal Constitucional 320/1993 de 8 de noviembre (FJ 2.º), 170/1993 de 27 de mayo (FJ 3.º) y 136/1992 de 13 de octubre (FJ 4.º).

Ver Texto

(82)

Al respecto, *vid.* sus sentencias de los casos *Hauschildt*, de 24 de mayo de 1989 (parágrafo 48) (*B.J.C.*, núm. 124/125, 1991, pág. 113); *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984 (parágrafo 26) (*B.J.C.*, núm. 58, 1986, pág. 241), y *Piersack*, de 1 de octubre de 1982 (parágrafo 30) (*B.J.C.*, Tribunal..., ob. cit., págs. 876 y 877).

Ver Texto

(83)

En este orden de ideas, *vid.* =Galindo López, M.=, «Más sobre la imparcialidad objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 122, 1993, pág. 3.

Ver Texto

(84)

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1992 de 13 de octubre (FJ 2.º) destaca: «Por el contrario, las exigencias derivadas del derecho al Juez imparcial consagrado en el art. 24.2 de la Constitución no son extensibles, sin más, a la parte acusadora, puesto que, por la propia naturaleza y finalidad de la instrucción preparatoria, ningún prejuicio o prevención puede nacer en el ánimo del Juez sentenciador en relación con la acusación por el solo hecho de haber instruido la causa. En consecuencia, pues, la denominada imparcialidad "objetiva" sólo puede hacerse valer por el acusado, al contrario de lo que ocurre con la imparcialidad subjetiva, predicable tanto para el acusado como para las partes acusadoras». En términos muy similares, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional 98/1997 de 20 de mayo (FJ 3.º) y la 60/1995 de 17 de marzo (FJ 3.º).

Ver Texto

(85)

En esta línea crítica, *vid.* =Armenta Deu, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 93; =Bermúdez Ochoa, E., «Problemas orgánicos...», *ob. cit.*, pág. 105; =Fernández Entralgo, «La inconstitucionalidad...», *ob. cit.*, pág. 1089; =Galindo López, M., «Más sobre la imparcialidad objetiva», *ob. cit.*, pág. 4; =Lorca Navarrete, A. M., *Organización...*, *ob. cit.*, pág. 378; y =Gómez de Liaño, F., «El Juez de Instrucción puede fallar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 12 de noviembre de 1992, pág. 4.

Ver Texto

(86)

=Gimeno Sendra, V., «Los derechos al juez imparcial y de defensa en el proceso penal abreviado», *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Universidad de Granada, 1994, pág. 52.

Ver Texto

(87)

En este orden de ideas, la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990 de 15 de noviembre (FJ 4.º) destaca que al haberse residenciado la fase intermedia en el Juez de instrucción y no en el órgano de enjuiciamiento, «la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada». De igual modo, se pronuncian en este sentido, =Almagro Nosete, J. (en AA.VV.), *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 194 y 199; =Cortés Domínguez, V. (en AA.VV.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 264; =Díaz Cabiale, J. A., *ob. cit.*, págs. 488 y 489; =Gimeno Sendra, V., «Los derechos al juez imparcial...», *ob. cit.*, pág. 53; =Ortego Pérez, F., *El juicio de acusación en el proceso penal español* (tesis doctoral, inédita), Barcelona, 1996, pág. 697; y =Vergé Grau, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 94 y 95.

No obstante, el problema subsiste para el caso de que el Juez de instrucción dicte el sobreseimiento libre
laleydigital.es

(que posee efectos de cosa juzgada como si se tratase de una sentencia absolutoria), pues dicho Juez estará realizando una labor de enjuiciamiento, asumiendo funciones propias del Tribunal del plenario. En este sentido, se pronuncia =Sánchez Barrios, M. I.=, «Sobreseimiento e imparcialidad», *Justicia*, 1990-IV, págs. 873 y ss., para quien el problema de la parcialidad judicial subsiste en la figura del Juez de instrucción pues, al poder dictar un auto de sobreseimiento libre, puede estar viciado por el «prejuicio» que supone la función instructora (ob. cit., pág. 880); así como =Escusol Barra, E.=, *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*, 3.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1992, págs. 177 y 178; y =Ortego Pérez, F.=, *El juicio de acusación en el proceso penal español*, ob. cit., págs. 212, 213, 492 y 493.

Ver Texto

(88)

En este sentido se pronuncian =Ortego Pérez, F.=, *El juicio de acusación en el proceso penal español*, ob. cit., págs. 131, 132, 214 a 218, 495, 697 y 698; y =Vázquez Sotelo, J. L.=, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, II, págs. 391 y 392.

Ver Texto

(89)

Así, =Rodríguez Fernández, R.=, «La imparcialidad objetiva o la denominada "contaminación procesal" (El derecho a un juez no prevenido)», *Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 383 y 384; y =Vergé Grau, J.=, ob. cit., pág. 95.

Ver Texto

(90)

Al respecto, *vid.* =Cortés Domínguez, V.= (en AA.VV.), *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 264; y =Díaz Cabiale, J. A.=: ob. cit., pág. 491.

Ver Texto

(91)

Así, *vid.* =Ramos Méndez, F.=, *El proceso penal. Lectura constitucional*, ob. cit., pág. 239. En este sentido, el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993 (caso de la presa de Tous) decretó la nulidad de lo actuado al haber formado parte de la Sala sentenciadora un magistrado que, conforme al art. 384.VI Ley de Enjuiciamiento Criminal, había ordenado al Juez instructor que dictase auto de procesamiento.

Ver Texto

(92)

En este sentido, *vid.* también =Díaz Cabiale, J. A.=, ob. cit., pág. 492; y =Gómez de Liaño Polo, J. C.=, ob. cit., pág. 139.

Ver Texto

(93)

De igual modo, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional 320/1993 de 8 de noviembre (FJ 3.º) y 170/1993 de 27 de mayo (FJ 2.º).

Ver Texto

(94)

El contenido legal del auto de apertura del juicio oral del procedimiento ante el Jurado (art. 33 de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo) pone en evidencia como se trata de un verdadero «acto de imputación judicial» (=Moreno Catena, V.=, en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 355).

Ver Texto

(95)

En términos similares, *vid.* =Díaz Cabiale, J. A.=, ob. cit., pág. 493; =Fernández Entralgo, J.=, *La inconstitucionalidad...*, ob. cit., pág. 1092; y =Sainz de Robles, F. C.=, «El derecho al juez imparcial», *Tapia*, octubre, 1988, pág. 23.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional 54/1985 de 18 de abril (FJ 5.º) salva la constitucionalidad de dicho precepto al configurar el art. 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como un correlativo de eventuales disfunciones de una aplicación rigurosa del principio acusatorio.

Ver Texto

(96)

=Picó i Junoy, J.=, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 208 y ss.; *id.*, «Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal», *Justicia*, 1996, 1, págs. 145 y ss.

Ver Texto

(97)

Al respecto, *vid.* ampliamente =Picó i Junoy, J.=, *El derecho...*, ob. cit., págs. 241 y ss.; e *id.*, «Reflexiones...», ob. cit., págs. 145 y ss.

Ver Texto

(98)

Cfr. =Picó i Junoy, J.=, *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pág. 241; e *id.*, *_Reflexiones..._*, ob. cit., pág. 151.

Ver Texto

(99)

Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1995, FJ 2.º (Ar. 6756); 1 de diciembre de 1993, FJ único (Ar. 9225) y la de 1 de diciembre de 1993, FJ 2.º (Ar. 9226).

Ver Texto

(100)

En este orden de ideas, *vid.* =Picó i Junoy, J.=, *Reflexiones...*, ob. cit., págs. 174 y ss.; *id.*, *_El derecho a la prueba..._*, ob. cit., págs. 267 y ss.

Ver Texto

(101)

En similares términos, cfr. =Montero Aroca, J.=, «El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», *Justicia*, 1992, 4, pág. 786; =Ortells Ramos, M.=, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», *Justicia*, 1991, 4, pág. 797; y =Picó i Junoy, J.=, *Reflexiones...*, ob. cit., págs. 167 y 180.

Ver Texto

(102)

Para el contenido y alcance del denominado «efecto psicológico de la prueba ilícita», *vid.* =Picó i Junoy, J.=, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 346 y ss.

Ver Texto

(103)

=Schmidt, Eb.=, «Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pág. 1218.

Ver Texto

(104)

=Trocker=, =Nicolò, *Processo civile e Costituzione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974, pág. 633.

Ver Texto

(105)

=Sentís Melendo, S.=, *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1979, págs. 228 y 229.

Ver Texto

(106)

Así, cfr. =De Marino, R.=, «Los problemas probatorios como límite del Derecho a la prueba», *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 620; =Pastor Borgoñón, B.=, «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, 2/1986, págs. 365 y 366; =Asencio Mellado, J. M.=, «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2», *Poder Judicial*, núm. 4/1986, págs. 38 y 39; e *id.*, «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Ed. Trivium, Madrid, 1989, pág. 86; =González-Cuellar Serrano, N.=, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 334 (nota 60); =Fernández Entralgo, J.=, «Prueba ilegítimamente obtenida», *LA LEY*, 1990-1, pág. 1203 (y en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, septiembre, 1989, págs. 21 y ss.); y =Alvarez Landete, J.=, «El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante*, junio, 1991, pág. 38.

Ver Texto

(107)

En este sentido, *vid.* =Picó i Junoy, J.=, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., págs. 349 a 351.

Ver Texto

(108)

Art. 120.3 de la Constitución.

Ver Texto

(109)

Arts. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ver Texto

laleydigital.es

(110)

De igual modo, =Corbal Fernández= («La adquisición procesal y la carga de la prueba», *La prueba en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 172 y 173) mantiene que «ante el problema de la "contaminación psicológica" del juez (...) no cabe resolver con su sustitución (...). El tema parece tener sencilla solución. Frente a "contaminación, motivación". Una motivación completa y correcta permite eliminar reticencias y revela cuál ha sido el material probatorio tenido en cuenta para resolver, abriendo a la parte la posibilidad de rebatir la fundamentación mediante la utilización del recurso». En esta línea, *vid.* también =González Montes, J. L.=, «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1/1990, pág. 41; =Moreno Catena, V.=, «De los medios de prueba», *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coord. Valentín Cortés, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 537; =Sainz de Robles, F. C.=, y =Albácar López, J. L.=, «El derecho a la prueba», *Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo*, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 605; =Serra Domínguez, M.=, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI, vol. 2.º, arts. 1214 a 1253, 2.ª ed., Ed. Edersa, Madrid, 1991, pág. 103; y =Vegas Torres, J.=, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1993, pág. 127, nota 131.

Ver Texto

(111)

El planteamiento de las recusaciones como estrategia para conseguir la dilación del proceso ha sido recientemente denunciado por =Alonso-Cuevillas y Sayrol, J.=, «Maniobras dilatorias: una mala táctica procesal», *Economist & Jurist*, I/1995, pág. 74.

Ver Texto

(112)

Esta solución aparece implícitamente recogida en algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, en las de 25 de enero de 1995, FJ 9.º (*Ar.* 159); 27 de junio de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 5034); y 23 de abril de 1994, FJ 1.º (*Ar.* 3165), se admite la posibilidad de que el juzgador *a quo* pueda, tras eliminar del proceso las pruebas ilícitas, dictar sentencia sin necesidad de abstenerse del enjuiciamiento de la causa.

De igual modo, el art. 54.3 de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado establece: «Cuidará el Magistrado-presidente de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él». En consecuencia, no se prevé la recusación de los jurados sino, únicamente, la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba ilícita para la deliberación y emisión del veredicto. Sin embargo, este supuesto constituye uno de los pocos en los que la recusación aparece como un mecanismo eficaz para evitar el «prejuicio» de los miembros del jurado, máxime cuando éstos no motivan su decisión (en este orden de ideas, *vid.* =Verger Grau, J.=, «Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado», en *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla, 1996, págs. 235 y 236).

Ver Texto

(113)

Puede acogerse aquí el supuesto del juez o magistrado que debe conocer del recurso de anulación contra un laudo emitido por él, con anterioridad, en calidad de árbitro [así, cfr. =Prieto-Castro, L., *Derecho de los Tribunales*, ob. cit., págs. 280 y 294 (nota 53 *in fine*), y =Guasp Delgado, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Ed. Aguilar, Madrid, 1943, pág. 594 (nota 1)].

Ver Texto

(114)

Auto del Tribunal Constitucional 132/1996 de 27 de mayo, FJ 3.º (*LA LEY*, 1996-4, pág. 947).

Ver Texto

(115)

Esta es, precisamente, la solución adoptada en los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito socio-cultural al regular el recurso de casación con reenvío. Así en Alemania, el § 354.II de la *Strafprozeßordnung* establece: «En los demás casos (en los que no hay reenvío de la causa) se remitirá la causa a otra Sección o Sala del Tribunal cuya sentencia fue impugnada, o a otro Tribunal del mismo orden perteneciente al mismo Land. En los procesos en los que haya decidido un Tribunal Superior del Land en primera instancia, se remitirá la causa a otra Sala de ese Tribunal»; y el § 565.I de la *Zivilprozeßordnung* ordena: «Cuando la sentencia sea anulada, la causa se remitirá al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo. La devolución podrá hacerse a una Sala distinta de la que hubiese dictado la sentencia anulada».

De igual modo, en el ordenamiento italiano, el art. 623 c) y d) del *Codice di procedura penale* prescribe: «c) si es anulada la sentencia de una *corte di assise di appello* o de una *corte di appello* o bien de una *corte di assise* o de un *tribunale*, el juicio debe remitirse respectivamente a otra sección de la misma corte o del mismo tribunal o, a falta de éste, a la corte o al tribunal más cercano; d) si es anulada la sentencia de un *pretore* o de un juez para las *indagini preliminari*, la corte de casación dispondrá que los autos sean reenviados a la misma pretura o al mismo tribunal; sin embargo, el *pretore* o el juez deberá ser distinto a aquel que ha pronunciado la sentencia anulada»; y el art. 383.I del *Codice di Procedura Civile* indica: «La Corte, cuando estima el recurso por motivos distintos de aquellos recogidos en el artículo anterior (referentes a cuestiones de jurisdicción o competencia), debe reenviar la causa a otro juez de igual grado a aquel que ha pronunciado la sentencia casada».

Ver Texto

(116)

De igual modo, *vid.* el auto del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1996, FJ 4.º (*LA LEY*, 1996-4, 7143, pág. 947). También en este orden de ideas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de diciembre de 1996 (*Revista General del Derecho*, núm. 632, mayo, 1997, pág. 6764), en su FJ 1.º, afirma que la única finalidad del segundo supuesto recogido en el art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es evitar «que un Juez que haya fallado en una instancia inferior pueda formar parte en la superior del Tribunal para conocer del recurso planteado contra la sentencia o resolución que él previamente dictó», por lo que se excluye el caso del juez que debe volver a fallar una causa por él resuelta con anterioridad al estimarse un recurso devolutivo con retroacción de actuaciones.

laleydigital.es

A favor de esta doctrina se muestran =Gimeno Sendra, V.=, «Los derechos al juez imparcial...», ob. cit., pág. 60; y =Moliner Tamborero, J.=, «El derecho constitucional a un Juez imparcial», *Poder Judicial*, núm. 33, marzo, 1994, págs. 335 y ss., si bien este último autor matiza su opinión indicando que la solución del Tribunal Constitucional es correcta siempre y cuando el origen de la nulidad de actuaciones no se deba a una decisión judicial adoptada unilateralmente por el juez.

Ver Texto

(117)

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1991, FJ 4.º (Ar. 4795) afirma que cuando un Tribunal «toma una decisión en función de la prueba ante él practicada, si, después, ha de presenciar una nueva prueba, por él mismo considerada improcedente, y volver a decidir, es probable que de manera, acaso, inconsciente, bajo la inquietud de resolver lo que es justo, se prescinda de hecho, tal vez inqueridamente, de la nueva prueba y se mantenga el mismo resultado».

Ver Texto

(118)

La cursiva es nuestra. Igualmente, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1993, FJ 1.º (*Actualidad Penal*, 1994-1, pág. 83); así como las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1992 (Ar. 864); 24 de febrero de 1992 (Ar. 1.310); 2 de marzo de 1992 (Ar. 1.676); 14 de mayo de 1992 (Ar. 4.034); 26 de mayo de 1992 (Ar. 4.341); 26 de mayo de 1992 (Ar. 4.359); 26 mayo de 1992 (Ar. 4.495); 1 de julio de 1992 (Ar. 5.869); 10 de julio de 1992 (Ar. 6.670); 10 de julio de 1992 (Ar. 6.673); 15 de septiembre de 1992 (Ar. 7.147); 16 de septiembre de 1992 (Ar. 7.167); 30 de septiembre de 1992 (Ar. 7.404); 9 de octubre de 1992 (Ar. 7.961); 15 de octubre de 1992 (Ar. 7.998); 29 de octubre de 1992 (Ar. 8.606); 6 de noviembre de 1992 (Ar. 9.014); 9 de noviembre de 1992 (Ar. 8.950); 17 de diciembre de 1992 (Ar. 10.307); 23 de diciembre de 1992 (Ar. 10.319); 29 de enero de 1993 (Ar. 218); 26 de febrero de 1993 (Ar. 1.257); o la 8 de marzo de 1993 (Ar. 1.993).

Ver Texto

(119)

En esta línea, *vid.* =Galindo López= («La imparcialidad objetiva de jueces y tribunales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 121, 1993, pág. 3) quien, después de criticar la citada doctrina del Tribunal Constitucional, se alinea en la postura por nosotros mantenida; y =Bermúdez Ochoa= («Problemas orgánicos...», ob. cit., pág. 107) quien, tras destacar la gran inseguridad jurídica que plantea la disparidad de pareceres entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, califica de «restrictiva e insuficiente» la interpretación del Tribunal Constitucional. De igual modo, *vid.* =Picó i Junoy, J.=, «La protección del derecho a la prueba en el proceso penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, 4, págs. 1068 y 1069; e *id.*, «El derecho a la prueba...», ob. cit., págs. 141 a 144.

Ver Texto

(120)

Así, =Prieto-Castro y Ferrándiz, L.=, *Derecho de Tribunales*, ob. cit., pág. 280; y =Calvo Sánchez, M. C.=, «La recusación de los jueces y magistrados (II)», ob. cit., pág. 71.

Ver Texto

(121)

De igual modo, *vid.* los arts. 32 a 35 de esta Ley 1/1996.

Ver Texto

(122)

O al que corresponda por reparto cuando dicho proceso aún no se haya iniciado. Así hay que interpretar el art. 20 de la Ley cuando se refiere al «Juez o Tribunal competente», tal como apunta =De Diego Díez, L. A.=, «Asistencia jurídica gratuita. Intervención judicial en el marco de su nueva regulación (I)», *LA LEY*, núm. 4291, 20 de mayo de 1997, pág. 3.

Ver Texto

(123)

Y ello es así porque por «sostenibilidad de la pretensión» -siguiendo a =Gómez Colomer= («El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita», *LA LEY*, 1996-2, pág. 1581)- entendemos «que la pretensión interpuesta, o que vaya a interponerse, debe ser lo suficientemente fundada como para poder tener éxito en el proceso». Para evitar este problema, con anterioridad a la Ley 1/1996, el Abogado nombrado de oficio era quien decidía acerca de la «sostenibilidad» o no de la pretensión (sobre este particular, *vid.* ampliamente =Gómez Colomer, J. L.=, *El beneficio de pobreza*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 108 a 112).

Ver Texto

(124)

De concederse este derecho en la sentencia se planteará una rica problemática que, por excederse de nuestro objeto de estudio, no podemos entrar a resolver. Tan sólo queremos formular algunos de los interrogantes que se suscitarán: ¿La sentencia deberá decretar la nulidad de actuaciones por haberse causado indefensión al solicitante del derecho a la asistencia jurídica gratuita?; ¿Esta nulidad de actuaciones tendrá lugar sólo cuando no haya intervenido la defensa de abogado o también cuando se haya impedido la representación del procurador?; ¿Es relevante para resolver los anteriores interrogantes el carácter preceptivo o voluntario de la asistencia jurídica?; Si el solicitante ha decidido intervenir en el proceso mediante asistencia jurídica «no gratuita», ¿podrá reclamar su pago a la parte contraria a través de la condena en costas?; ¿Quién deberá pagar estos gastos cuando exista una estimación parcial de las pretensiones del solicitante, al cual se le ha reconocido su derecho a la asistencia jurídica gratuita? Estos, entre otros interrogantes, plantea la Ley 1/1996.

Ver Texto

(125)

La actual regulación del art. 20 de la Ley puede plantear incluso problemas de inconstitucionalidad, por cuanto modifica un precepto de superior rango normativo, en concreto, el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en este sentido, se pronuncia =De Diego Díez, L. A.=, *Asistencia...*, ob. cit., pág. 4).

Ver Texto

(126)

Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.

Ver Texto

(127)

Además originaría múltiples dificultades procedimentales debido a que el tribunal contencioso-administrativo resolvería cuestiones que pueden estar prejuzgando la decisión de otro tribunal: suspensión del proceso principal, alcance de la eficacia de la cosa juzgada de su sentencia, etc...

Ver Texto

(128)

De igual modo, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional 206/1994 de 11 de julio (FJ 4.º); y 180/1991 de 23 de septiembre (FJ 6º); así como la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, FJ 2.º (Ar. 4715).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de febrero de 1994 (*Revista General del Derecho*, núms. 598-599, julio-agosto, 1994, págs. 8583 y 8584) desestima la recusación formulada contra un juez de primera instancia competente para decidir sobre una reclamación civil derivada de unos hechos enjuiciados en una anterior causa criminal que fue concluida con sentencia absolutoria. Al respecto, destaca (FJ 2.º): «Así interpretado este motivo, el mismo 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)».

Ver Texto

(129)

No obstante, es posible encontrar algún supuesto límite en el que la imparcialidad judicial puede ponerse en entredicho, tal y como sucede en el caso recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1993, FJ 1.º (*Revista General del Derecho*, núms. 589-590, octubre-noviembre, 1993, págs. 9898 a 9900). En este caso nos encontramos con que «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». Ante esta situación, el Tribunal Supremo concluye afirmando: «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 en su composición no hubiese estado presente ninguno de los Magistrados que conocieron de los procedimientos civiles en que se fundamenta la acusación y al 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».

De igual modo, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 8 de octubre de 1996 (*Actualidad Penal*, «Audiencias», núm. 2, febrero, 1997, págs. 121 y 122), en la que se recoge como supuesto de falta de imparcialidad judicial el del juez que debe resolver un posible delito de denuncia falsa que trae causa de otro proceso, concluido por sentencia absolutoria, en el que se enjuició un delito de estafa y falsificación de documento privado.

Ver Texto

(130)

En el primer supuesto del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir distintos imputados que participen indistintamente en diversos delitos (=Gómez Orbaneja, E.=, *Comentarios...*, T.I, ob. cit., págs. 440 a 443), debemos llegar a la conclusión de la falta de imparcialidad judicial ya que el juez en el segundo proceso deberá enjuiciar la misma realidad fáctica anteriormente fallada respecto de los demás imputados. El art. 17.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el supuesto de pluralidad de delitos cometidos por personas distintas entre las que sólo existe concierto entre ellas (=Gómez Orbaneja, E.=, *Comentarios...*, T. I, ob. cit., pág. 444); en este caso, al haber diferentes hechos delictivos cometidos por personas distintas, se evita el mencionado prejuzgamiento ya que el delito cometido por el rebelde no habrá sido objeto de fallo con anterioridad. Las demás hipótesis contempladas en el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben resolverse de igual modo: cuando haya distintos imputados participantes indistintamente en los delitos conexos, existirá peligro de pérdida de la imparcialidad judicial; por contra, cuando cada imputado sea presunto responsable de uno de los delitos conexos no existirá dicho peligro.

Ver Texto

(131)

=Sabán Godoy, A.=, «La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Jueces para la Democracia*, núm. 29, 1997, pág. 75.

Ver Texto

(132)

Entendidas como el conjunto de hechos concretos que singularizan la petición que se realiza en el proceso. Al respecto, *vid.* por todos =Berzosa Francos, M.ª V.=, *Demanda*, «*causa petendi*» y *objeto del proceso*, Ed. Almendro, Córdoba, 1984, págs. 29 y ss.

Ver Texto