



Trabajo Fin De Grado

LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN COMO GARANTÍAS DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Autor:

Nicoleta Mihaela Neagoe

Director:

Alberto José Lafuente Torralba

FACULTAD DE DERECHO

2018 - 2019

*«Cuatro características corresponden al juez:
escuchar cortésmente, responder sabiamente,
ponderar prudentemente y decidir imparcialmente».*

Sócrates (470 AC-399 AC)

ÍNDICE

I.	JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y METODOLOGIA UTILIZADA	1
II.	INTRODUCCIÓN: el derecho a un juez imparcial	3
III.	ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN: concepto	6
IV.	LA ABSTENCIÓN: la obligación del personal juzgador	7
V.	LA RECUSACIÓN: el derecho a recusar	8
VI.	CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	9
1.	<i>Numerus clausus</i>	9
2.	<i>Numerus apertus</i>	9
3.	Sistema mixto	9
4.	Criterios de interpretación en materia de recusación	10
5.	Recusación y actualidad: casos famosos de recusación en España	12
VII.	CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	16
VIII.	EVOLUCIÓN:	19
1.	La evolución constitucional	19
2.	La evolución doctrinal	19
3.	La evolución jurisprudencial	20
4.	La evolución legislativa:	21
	A) La LEC del año 2000 y la LOPJ del año 1985	22
	B) LO 19/2003 del 23 de diciembre de modificación de la LOPJ	24
IX.	RÉGIMEN PROCESAL:	25
1.	Abstención: legitimación, plazos, resolución y efectos	25
2.	Recusación: legitimación, plazos y efectos	28
	A) Fase de instrucción: competencia y tramitación	30
	B) Fase de decisión del incidente: competencia y tramitación	31
2.1	ESPECIALIDADES PROCESALES:	33
	A) En los juicios verbales y de faltas	33
	B) Recusación después del señalamiento de la vista	33
	C) Protección de la imparcialidad del juez por la vía de la declaración de nulidad de actuaciones	34
X.	CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL	36
XI.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE – Constitución Española

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

TC – Tribunal Constitucional

TS – Tribunal Supremo

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

AP/AA PP – Audiencia Provincial

TSJ – Tribunal Superior de Justicia

MF – Ministerio Fiscal

ART./art. – Artículo

I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y LA METODOLOGIA UTILIZADA

Este trabajo de fin de grado versa sobre *La abstención y la recusación como garantías de la imparcialidad del juez*.

La elección de este tema en concreto tiene una explicación sencilla: conocer más las herramientas que el sistema judicial pone a disposición de todos los ciudadanos en aras de garantizar un derecho constitucionalmente reconocido, que es el de la imparcialidad del juez.

Considero que son herramientas bastante desconocidas aún y, por otra parte, hasta para los que conocen estos procedimientos, son unos procedimientos complejos, que necesitan una buena preparación y un buen análisis.

El interés en el tema viene porque considero que estas herramientas tienen una gran importancia práctica, que deberían de ser más conocidas porque son un mecanismo excelente para hacer valer y salvaguardar todos nuestros derechos constitucionales en relación con los procedimientos judiciales.

Es importante no perder de vista que, aunque estos procedimientos tienen como fin garantizar la imparcialidad del juez, son procedimientos que se aplican de manera excepcional ya que el otro contrapunto está formado por el buen funcionamiento del sistema judicial, sin poder permitirse intromisiones en el mismo que tengan como único propósito la dilatación del proceso o el fraude.

Se van a analizar los aspectos formales de los procedimientos de recusación y abstención, los aspectos materiales y también las incidencias prácticas de los mismos, su razón de ser teniendo como punto de referencia la Constitución Española.

El tema elegido es un tema procesal que presenta cierta complejidad y este trabajo tiene como objetivo analizar todos los aspectos antes citados con claridad, sencillez en cuanto a las ideas clave y a los procedimientos sin renunciar al rigor técnico que el tema exige, usando datos recientes para determinar la aplicación de estos procedimientos en la práctica judicial española, al igual que una recopilación de algunos de los casos más conocidos de recusación y abstención vistos por nuestros tribunales.

En cuanto al alcance del tema elegido, aparte de analizar los procedimientos en sí, con sus aspectos formales y materiales, se van a tratar los debates que existen en relación a este tema,

pasando por los problemas que pueda tener o tiene la configuración existente en la legislación española vigente tanto del procedimiento de recusación como del procedimiento de abstención, tratando de encontrar soluciones a los problemas encontrados y existentes, y concluyendo con una opinión personal sobre los asuntos tratados.

En cuanto a la metodología utilizada para la elaboración de este trabajo, la legislación que se ha consultado y trabajado ha sido LEC, la CE y la LOPJ. Esto en primer lugar para tener una buena base y saber cuál era la regulación respecto del tema a tratar. Para llegar a entender el alcance y el contenido del derecho a un juez imparcial, su dimensión constitucional y supraconstitucional se han estudiado sentencias sobre todo del TC y del TEDH.

Hay que destacar también el manejo de artículos especializados de magistrados, profesores o grandes autores que hicieron más comprensible la trascendencia práctica de estas dos instituciones, los problemas relativos a su aplicación y todo el debate que existe alrededor de los pilares de ambas instituciones.

II. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

Son muchos los problemas o las preguntas que se pueden plantear en relación con el derecho a un juez imparcial, en relación con su contenido y su alcance, pero no se van a tratar aquí todas estas cuestiones. Abordaremos únicamente algunos de estos problemas, pero de un modo suficiente para poder llegar a entender la cuestión principal, teniendo en cuenta las limitaciones de espacio que son propias de un trabajo de fin de grado.

El derecho al juez imparcial no se recoge de manera explícita en la Constitución Española (en adelante CE) de 1978. Tiene su base constitucional en el art. 24 de la CE en el que se reconoce a todos el derecho a «un juicio público [...] con todas las garantías»¹, garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución.

La identificación de la existencia de un derecho fundamental de estas características, en buena medida vino facilitada por el art. 10.2 de la CE y, más concretamente, por una serie de tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, tratados en los que sí se reconocía de manera expresa el derecho a un juez imparcial, como por ejemplo: el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art.14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que posteriormente se ha incorporado al art. 6 del Tratado de Lisboa. Los tratados internacionales ratificados por España en esta materia y sobre todo las resoluciones o pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), fueron muy importantes a la hora de la concreción del derecho.

Siguiendo con el análisis desde una óptica distinta, el juicio debe tener un elemento identificativo central e imprescindible, un elemento que se nos de manera automática al pensar en el mismo. Ese elemento identificativo central es la implicación de un tercero y representa la esencia del juicio. Es bien conocido desde hace mucho tiempo que «nadie puede ser juez en causa propia pues en este caso no estaríamos hablando de un juicio»². Al pensar en un concepto

¹ STS núm. 145/1988, del 12 de julio de 1988: FJ. 5.

² SATTA, S., *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 32.

de juicio, podríamos decir que el juicio, es aquel procedimiento en el cual un tercero decide sobre una disputa existente entre dos partes. Este es un concepto muy escaso, pero sirve para poder explicar la esencia del juicio: la existencia de un tercero que se sitúa entre dos partes enfrentadas y dirime la controversia que entre ellos existe.

La obtención de esta garantía en el desarrollo del juicio ha generado desde hace tiempo una notable preocupación. Esta preocupación se ha tratado en la práctica jurídica se trataba de dos maneras bien distintas: por una parte, en algunas experiencias históricas la solución tenía como base la nula relación del juez con las partes, llegando a extremar las precauciones hasta el punto de que se reclutaban jueces fuera de las propias fronteras ya que se consideraba que no podía existir mayor extraño para el proceso, que un extranjero, siendo este mismo el extraño por excelencia. Por ejemplo, esta fue una práctica bastante común en algunos municipios italianos siendo varios los autores que han recogido en sus obras esta práctica³.

Por otra parte, la previa relación del tribunal o del juez con el objeto del proceso se valoraba positivamente por parte de la jurisprudencia ya que consideraban que esta previa relación era una ventaja que supuestamente podría propiciar un mejor conocimiento de todos los hechos⁴.

Sobre cuál sería el núcleo de la jurisdicción se ha seguido hablando mucho y se ha introducido un concepto distinto del concepto de imparcialidad: la independencia. Este concepto, a diferencia de la imparcialidad del juez, se recoge en la CE cuando desgrana las notas que caracterizan el estatuto constitucional de jueces y magistrados en el art. 117.1 de la CE.

A primera vista, estos dos conceptos pueden parecer iguales ya que los mismos presentan muchas similitudes, pero lo cierto es que el concepto de independencia es un concepto mucho más amplio que el concepto de imparcialidad, abarcando al mismo y que hace referencia a una distinción de base que es muy importante, la separación de poderes. A partir de la configuración actual del «Poder Judicial» desde la separación de poderes de Montesquieu, con la cual prevalece una perspectiva política, aumenta la preocupación para garantizar una real y

³ MURATORI, L., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. De V.M de la Tercilla, Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, p. 131: «introdujeron la costumbre de nombrar por Potestades y Jueces a sujetos forasteros, a fin de que no tuviesen en el país parientes ni amigos, que trastornasen sus juicios».

CALAMANDREI, P., *Governo e magistratura*, en Mauro Cappelletti (ed.), *Opere giuridiche*, Morano Editore, Napoli, 1966, II, p. 198.

⁴ PERFECTO IBÁÑEZ, A., «Imparcialidad judicial e independencia judicial» en *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, Nº.151, 2008 (Ejemplar dedicado a: La imparcialidad judicial), pp. 41-71.

efectiva separación entre los poderes políticos, integrados por el legislativo y el ejecutivo y, por otra parte, el Poder Judicial. Se entiende que el Poder Judicial tiene que ser totalmente independiente de los demás y que no pueden existir influencias de orden político en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Se ha avanzado mucho desde que la independencia se concebía como una independencia exterior, consistiendo en la separación del orden jurisdiccional de los demás poderes, llegándose a una forma de independencia interna. No solamente el orden jurisdiccional tiene que estar separado del orden político, sino que dentro del orden jurisdiccional tiene que existir una clase de independencia entre los miembros que lo integran.

En este aspecto, la perspectiva histórica tiene mucho que ver ya que, en la sociedad medieval, la jurisdicción representaba el primer y esencial atributo de la soberanía, aquel que ostentaba la soberanía era el encargado de juzgar, el que desarrollaba la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, la actividad jurisdiccional estaba ligada al poder en su totalidad. El que ostentaba el poder, era el juez absoluto.

En efecto, puede decirse que la independencia se configura como una característica de la dimensión política de la justicia en su consideración más general, mientras que la imparcialidad se configura como un atributo de la jurisdicción en cada caso en concreto, y por lo tanto el escenario ideal sería que no tuviera nada o más bien poco de densidad política siendo este último el escenario más extendido⁵.

Los valores constitucionales de la jurisdicción, independencia e imparcialidad, en la actualidad, guardan entre sí una estrecha relación conceptual, ya que la independencia mira a garantizar lo que, en realidad, es una forma de imparcialidad. Estos dos valores existen y coexisten, con una clara relación de dependencia entre la imparcialidad y la independencia; una relación de funcionalidad del primero respecto del segundo en el plano constitucional. Estas garantías a dos niveles, teniendo en el primer nivel la independencia y en el siguiente nivel la imparcialidad, tienden a la realización de principios constitucionalmente reconocidos en la CE como pueden ser: el principio de legalidad que representa la sujeción del juez solo a la ley, que, a su vez, mira a hacer efectivo el principio de igualdad⁶.

⁵ MURATORI, L., op. Cit. cap. XII, p. 119

⁶ PERFECTO, IBAÑEZ A., Ob. Cit., pp..48-50.

Concluyendo, sobre el derecho a un juez imparcial se ha pronunciado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones y recuerda que «el desarrollo de un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE comprende el derecho a un Juez o Tribunal imparcial y al propio tiempo configura un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el mismo art. 24.2 CE», STS⁷. La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece, entonces, no solamente como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Tribunales derivada de la exigencia constitucional de actuar sometidos únicamente al imperio de la ley, (art. 117 CE), sino que va mucho más allá, configurándose como una garantía de la propia Administración de Justicia de un Estado social y democrático de derecho, (art. 1.1 de la CE).

III. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN: CONCEPTO

Tanto la abstención como la recusación son herramientas, figuras jurídicas que persiguen garantizar la objetividad e imparcialidad en los procesos judiciales y administrativos, a través de los cuales las personas legitimadas pueden solicitar que se aparte del proceso a funcionarios de la Administración de Justicia en el procedimiento de recusación o que sea el mismo interviniente quien se aparte voluntariamente del proceso en el proceso de abstención⁸.

La abstención se configura como una obligación de los funcionarios de la administración de justicia, de la administración pública o peritos; el deber de abstención mientras que la recusación se configura como un derecho que tienen las partes en un proceso para apartar del conocimiento de una determinada causa al juez que incurre en una de las causas de abstención legalmente previstas; derecho de recusación.

Siguiendo lo señalado por el Diccionario del Español jurídico de la Real Academia Española y del Consejo General del Poder Judicial se entiende por abstención el acto mediante el cual una autoridad o funcionario, juez o magistrado, llamado a conocer de un asunto se aparta de su conocimiento por tener alguna relación con el objeto de su conocimiento o por tener una relación con el objeto de aquel o con las partes que intervienen y se entiende por recusación la

⁷ STS (Sala de lo Penal) del 27 de noviembre del 2014 con cita en la STC núm. 149/2013.

⁸ El ordenamiento jurídico regula también la abstención y recusación de funcionarios de la Administración Pública y de peritos, pero no son objeto de desarrollo en este trabajo.

solicitud de que se aparte de la tramitación de un asunto a una autoridad o funcionario público jurado, árbitro o perito, por existir una causa legal para ello⁹.

La Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en sus arts. 217 y ss. regula las causas de abstención y recusación y el procedimiento a seguir en caso de concurrir las mismas ya que ello motiva un deber de abstención y, en su caso, un derecho de recusación. En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en sus arts. 99 y ss. se regulan los aspectos procesales de la abstención y de la recusación, sin embargo, estos artículos son inaplicables desde la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003 del 23 de diciembre (en adelante LO 19/2003), reforma mediante cual, los aspectos procesales pasan a regularse en la LOPJ.

Actualmente, en la LOPJ se regulan tanto las causas de abstención y recusación como los aspectos procesales de ambos procedimientos, recogiéndose estos procedimientos a la vez en la LEC, que a pesar de lo dispuesto en la Disposición Final 17^a que dejaban inaplicables los arts. 101 a 119 de la LEC, existen dudas en cuanto a su vigencia ya que esos mismos preceptos fueron objeto de reforma en el año 2009 y en el año 2015. (Este debate se va a tratar en un epígrafe posterior).

IV. LA ABSTENCIÓN: LA OBLIGACIÓN DEL PERSONAL JUZGADOR

La abstención se configura en nuestro sistema como una obligación que tiene el juez. En la LOPJ se establece que el juez o el Magistrado en quien concurra alguna causa de abstención tiene que abstenerse sin esperar a que se le recuse, incurriendo en una falta muy grave en caso de no hacerlo.

La abstención es la primera barrera de control de la imparcialidad del órgano competente para resolver sobre una determinada causa y quién mejor que el propio juez, conocedor del sistema jurídico, sea quien se aparte de la causa por haberse visto comprometida su imparcialidad por alguna de las causas legalmente previstas en el art. 219 de la LOPJ.

Del articulado de la ley se entiende que la abstención tiene que producirse siempre que el juez albergue dudas sobre su propia imparcialidad, sin exigirse tener una certeza de ello y siempre

⁹ Información extraída del *Diccionario del español jurídico*, realizado por la Real Academia Española en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, 2006.

que se dé alguna de las causas objetivas o subjetivas recogidas en el art. 219 de la LOPJ. Cuando el juez tenga dudas sobre su imparcialidad, al incurrir en alguna de las causas del art. 219 de la LOPJ, tiene que abstenerse y esperar a que sea el órgano competente el que decida si realmente se incurre en una causa de abstención o no.

En ningún caso tiene que ser el juez el que decida si la concurrencia de una determinada causa afecta o no a su imparcialidad.

V. LA RECUSACIÓN: EL DERECHO A RECUSAR

A diferencia de la abstención, la recusación parece ser que se configura en nuestro sistema como una segunda barrera para garantizar la imparcialidad del juez. Esto no siempre es así, quedando constancia de que muchas veces la recusación actúa como primera y única barrera para controlar la imparcialidad del juez. No son pocos los supuestos en los que el juez no se ha abstenido para conocer de un determinado asunto y al interponerse la causa de recusación, esta prosperó. Entonces, si las partes no llegan a promover el incidente de recusación, ¿se ve afectada la imparcialidad del juez de manera definitiva y sin poder hacer nada al respecto?

Como última vía, está la vía de la nulidad, pero los supuestos de la misma son muy tasados y se debe aplicar de una manera más bien excepcional. Esta cuestión será objeto de análisis en el epígrafe VII de este trabajo.

Aunque el objetivo del derecho a recusar de las partes es garantizar la imparcialidad del juez que conoce de la causa, este instrumento se utiliza en ocasiones con el simple propósito de dilatar el proceso, aunque se puede considerar que el instituto de la preclusión para la admisibilidad del incidente de recusación tiene como una de sus finalidades, evitar estas maniobras abusivas. Para que la preclusión sea eficiente y cumpla con su principal objetivo «el deber de actuación diligente por parte del recusante» en contrapartida el Tribunal tiene que cumplir con su deber de informar de la composición del mismo, para que así un desconocimiento de la composición del mismo no dé lugar a una vulneración del derecho a un juez imparcial, al no poder la parte promover el incidente de recusación por el conocimiento tardío de una de las causas de recusación.

VI. CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN: SISTEMAS EXISTENTES

A la hora de determinar cuáles son las causas de abstención y recusación, existen 3 sistemas a elegir:

1. *NUMERUS CLAUSUS*

La característica principal de este sistema versa en la taxatividad de las causas de abstención y recusación. Es una lista cerrada, sin poder alegarse ninguna causa distinta a las recogidas en el art. 219 LOPJ.

La extremada rigidez de este sistema puede plantear problemas a la hora de verse menoscabado el derecho a un juez imparcial por cualquier otra causa no prevista en el articulado de la ley. En este caso, esa causa no podría alegarse ya que el sistema no lo permite.

2. *NUMERUS APERTUS*

En contraposición al sistema de *numerus clausus*, hallamos el sistema de *numerus apertus* en el que no se fija un listado cerrado de motivos, sino que se recoge una formulación legal muy amplia para amparar todas aquellas situaciones en los que existe un temor de parcialidad.

3. SISTEMA MIXTO

El sistema mixto es un sistema en el que se indican los casos más frecuentes de pérdida de la imparcialidad judicial, con enumeraciones legales, pero se permite la posibilidad de alegar otras causas mediante un motivo formulado de manera amplia, a modo de cláusula de cierre.

Este es uno de los temas que versan sobre la abstención y recusación más debatidos a lo largo del tiempo y en el que el debate sigue a día de hoy.

La configuración en nuestro sistema de las causas de abstención y recusación parte de una puesta en común de las mismas para los dos procedimientos, ya que la base constitucional que ampara el uso de estas herramientas viene a ser la misma: preservar la imparcialidad del juez. Ambas instituciones presentan iguales presupuestos, difiriendo en cuanto a la iniciativa del procedimiento.

El sistema por el que lleva optando el legislador español desde hace muchísimos años no parece el más acertado ya que plantea una serie de problemas en relación con una garantía efectiva del derecho a un juez imparcial. El sistema *numerus clausus* parece más bien poco conectado con

la propia configuración constitucional del derecho a un juez imparcial y del derecho a un juicio con todas las garantías, configuración que permite una apertura primando siempre la garantía del derecho. Por otra parte, es imposible pensar que en todos los supuestos posibles en los que se ponga en entredicho la imparcialidad del juez, se den siempre algunas de las 16 causas recogidas en el art. 219 de la LOPJ. A pesar de que en alguna resolución el TC se ha alejado de esta interpretación, eso no representa ninguna garantía para los posibles afectados, ya que son muy pocos los supuestos en los que ha adoptado esa postura dejando bien claro cuál es su línea principal de actuación e interpretación, que viene a ser el tenor del art. 219 de la LOPJ. A priori, si el derecho a un juicio con todas las garantías y el derecho a un juez imparcial se ve afectado por una causa no prevista en el art. 219 de la LOPJ, no existe mecanismo para hacer valer la pretensión de la parte ya que no es ni causa de abstención por parte del órgano competente para llevar el asunto, tampoco es causa de recusación y tampoco se puede alegar con posterioridad al interponer el correspondiente recurso contra la decisión del proceso principal.

Dejando constancia de los problemas que presenta el sistema *numerus clausus*, la solución a todos estos problemas parece ser la adopción de un sistema mixto. Un sistema en el cual, se recojan en el articulado de la ley las principales causas de abstención y recusación, dejando abierta la posibilidad de que, a parte de ese listado, puedan existir y, por ende, puedan alegarse causas fuera del mismo. Esta solución a parte de ofrecer más o mejor justicia, parece también más conforme a la regulación constitucional del derecho, y a las interpretaciones y aclaraciones realizadas por el TEDH en este sentido.

4. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE RECUSACIÓN

La recusación, al igual que la abstención son instrumentos destinados a garantizar el derecho a un juez imparcial al posibilitar la separación de un juez competente incursa en una causa que legitima la sospecha de imparcialidad, evitando cualquier prevención del juez a favor o en contra de alguna de las partes, garantizando así que no se vayan a producir concesiones arbitrarias y garantizando también que su razonamiento no se haya visto alterado o influenciado por motivos que nada tengan que ver con el buen quehacer jurisdiccional.

Al hablar de criterios de interpretación, en primer lugar, tenemos que hablar de la CE al ser el derecho a la imparcialidad del juez de configuración y naturaleza constitucional. Al no recogerse de manera expresa en el articulado de la CE y al tener que acudir al TC y al TEDH

para delimitar bien su contenido y alcance, representa un problema práctico pudiendo hasta dejar una sensación de cierta inseguridad. La clave estaría en encontrar un mecanismo para que el criterio de interpretación del derecho al juez imparcial, y, por lo tanto, su protección y sus garantías, sea un criterio general aplicado por todos los órganos jurisdiccionales.

La imparcialidad judicial no tiene que encuadrarse dentro de los estrictos límites de la legalidad ordinaria, sino que, debido a su trascendencia, desborda esos límites para ahondar sus raíces en el ámbito constitucional, tal y como afirma SATTA¹⁰.

La jurisprudencia del TEDH, que es muy importante para determinar el contenido de los derechos fundamentales de la CE, tal y como se establece en el art. 10.2, permite identificar otras causas que posibilitan una duda razonable acerca de la imparcialidad del juez, dando por lo tanto primacía a garantizar el derecho fundamental.

El TC ha reconocido esta interpretación en la STC 162/99 al señalar que «los pronunciamientos judiciales del TEDH pueden llegar a identificar supuestos no contemplados en nuestra legislación, en cuyo caso habría que proceder a la acomodación de nuestro derecho al precepto internacional».

Tanto el TC como el TEDH son competentes para determinar y aclarar el contenido exacto de nuestros derechos fundamentales y es un problema cuando el TC se aleja del criterio del TEDH.

En la anterior sentencia del TC citada, se observa claramente que sigue el criterio del TEDH, pero existen otras sentencias en las que no pasa lo mismo. Se necesita una estabilidad en cuanto a la aplicación del criterio de interpretación a seguir, que, en este caso, es el que emana de la jurisprudencia del TEDH.

Sin ir más lejos, el criterio de interpretación a tratar en segundo lugar es el relativo a la interpretación de nuestro sistema de causas de abstención y recusación con carácter de *numerus clausus*, visto en relación con el derecho a la imparcialidad del juez y desde el prisma de la jurisprudencia del TEDH.

La jurisprudencia del TEDH está a favor de una interpretación flexible de las causas legales de abstención y recusación, en aras de hacer más efectivo el derecho fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia sostiene como principio axiomático el carácter tasado de las causas de

¹⁰ GALÁN GONZÁLEZ, C., «Apuntes sobre el derecho al juez imparcial» en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 10, 2004, pp. 197-208.

recusación, justificando su postura justo en la defensa de esa taxatividad, o sea, de la configuración legal del derecho.

Ante esta división, y aun dejando clara la importancia y primacía de la jurisprudencia del TEDH, no se sigue este criterio de interpretación, optando simplemente por cumplir con la taxatividad del art. 219 de la LOPJ.

Es difícil pensar en alguna solución que no pase por reformar el sistema de *numerus clausus* de nuestra LOPJ.

5. RECUSACIÓN Y ACTUALIDAD: CASOS DE RECUSACIÓN FAMOSOS EN ESPAÑA

A raíz de varios estudios realizados tanto en los últimos años como recientemente, una de las mayores preocupaciones de los ciudadanos en relación con la justicia es la imparcialidad judicial.

Serán bastantes pocos los que conozcan los procedimientos de abstención y recusación, lo que es normal ya que la mayoría de ciudadanos no se confrontan a lo largo de su vida en ningún momento con el sistema judicial y aunque cada día se trabaje más para acercar el Derecho a los ciudadanos, lo cierto es que este es un tema muy específico, y que aun tratando con personas que hayan tenido que acudir alguna vez a los tribunales desconozcan estas herramientas, por el simple hecho de no haberse vistos inmersos en una situación en la cual tenían que acudir a las mismas.

A raíz de casos de corrupción famosos, o casos en los que se han visto implicados políticos o personas de la esfera pública, los medios de comunicación se han hecho eco de solicitudes de recusación o de abstenciones, siendo bastante común encontrarnos con titulares tales como: «Se solicita la recusación de 5 magistrados [...]»), o «El juez X se abstiene del conocimiento de la causa [...]»).

Al no existir datos estadísticos sobre el número de jueces o Magistrados que se abstienen del conocimiento de una causa o que son apartados del conocimiento de una causa mediante la recusación es difícil realizar una comparación con otros países del entorno o con países de la UE. A pesar de ello, existe una sensación de que en los últimos años han aumentado sobre todo los casos de recusación, aunque en la mayoría de ellos no ha prosperado el incidente de recusación.

Es inevitable no observar que los casos más famosos de recusación de los últimos años están ligados a procesos de corrupción con una implicación de personas importantes pertenecientes a la esfera política o miembros de partidos políticos. Entonces, en muchos de estos casos, se acude a la ideología del juez para fundamentar una causa de recusación.

Son muchos los casos sonados de recusación que se han dado en los últimos años en nuestro país y como la extensión de este trabajo no permite adentrarse en cada uno de esos casos, he elegido dos casos que a mi juicio tienen una gran importancia y muestran un especial interés desde el punto de vista de las causas alegadas en el incidente de recusación.

El primero de ellos será el caso del juez Elpidio José Silva de hace unos años y el segundo de ellos es el caso relativo al juicio del *procés*, de gran actualidad a día de hoy¹¹.

A. CASO SILVA

El juez Elpidio José Silva fue el juez instructor del caso del ex presidente de Caja Madrid, el banquero Miguel Blesa en el conocido como caso Blesa.

Hay que destacar como antecedentes los siguientes hechos: en julio del año 2013, cuando el juez Silva instruía la causa del caso Blesa el pleno del CGPJ le suspende por la comisión de dos faltas muy graves por desatención continuada y ausencia en sus resoluciones de la motivación exigible y, otra falta grave de desconsideración hacia el MF en el ejercicio de sus funciones por hechos ajenos del caso Blesa. Esta suspensión tiene una duración de 4 meses y en este periodo el juez no podrá encargarse de los asuntos de su juzgado, entre ellos el caso Blesa.

En un breve periodo de tiempo también se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre la querella que interpuso la Fiscalía contra el juez acusándole de los delitos de prevaricación, retardo malicioso en la Administración de Justicia y de dos delitos contra la libertad individual por la detención ilegal del expresidente de Caja Madrid, decidiéndose mediante Auto de la Sala de lo Civil y Penal la investigación de los hechos denunciados. El escrito remitido a la Sala de lo Civil y Penal por el fiscal jefe de Madrid, se denuncia que Silva faltó a sus deberes legales al dictar prisión para Miguel Blesa en dos ocasiones. También consideraba que las medidas cautelares establecidas por Silva al enviar a Blesa a prisión no eran acordes a Derecho ya que no existía riesgo de fuga y tampoco existía la posibilidad de

¹¹ Nota del autor: teniendo en cuenta que muchos de los hechos de estos supuestos son notorios, se van a explicar los mismos en líneas generales con una mayor incidencia en aquellos aspectos relacionados de manera directa con el tema que nos ocupa.

manipulación de pruebas. En cuanto al retardo malicioso, la Fiscalía piensa que Silva retrasó algunas actuaciones y trámites para disponer de tiempo para realizar una instrucción de carácter prospectivo. En concreto, el Ministerio Público destacaba en la querella que el juez tardó seis meses en pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra la providencia dictada el 7 de diciembre de 2012 en la que se abrían las actuaciones ahora anuladas.

El juez Silva se encuentra apartado de la instrucción de la causa en la que investigaba la concesión de un crédito de 26,6 millones de euros por parte de Caja Madrid al Grupo Marsans. Además, la Audiencia Provincial le apartó también de la causa en la que se investiga la compra del City National Bank de Florida por la que ordenó en dos ocasiones prisión para Blesa.

El tribunal considera que Silva debió tramitar su recusación en ambas causas, recusación que le presentó la defensa de Blesa, pero Silva solo lo ha hecho en la primera, mientras que mantuvo su competencia sobre la segunda. Lo llamativo es que, al ser recusado por la defensa de Blesa, el magistrado no tramitó esa recusación y tampoco cedió el caso a un juez sustituto abriendo una pieza separada y seguir así conociendo del asunto.

Una vez apartado definitivamente del conocimiento de la causa, la tramitación de la querella interpuesta contra el mismo por el MF sigue su curso. En este asunto el juez Silva promueve dos incidentes de recusación contra dos de los magistrados que enjuiciaban su causa. La recusación de la Ilma. Sra. D.ª María Tardón Olmos Silva alegando que como teniente de alcalde del Ayuntamiento de Madrid por el PP, fue miembro de la asamblea de Caja Madrid. La jueza ya rechazó esta posibilidad la víspera con el argumento de que no tuvo responsabilidad de gestión en la entidad ni relación alguna con Miguel Blesa. El juez también recusó al presidente del tribunal, Arturo Beltrán, por permitir la presencia de Tardón, no aceptar la renuncia de su abogado, Cándido Conde-Pumpido Varela, y formar parte del tribunal que iba a llevar el juicio.

Mediante Auto del 5 de mayo del 2014, la Sala de Recusaciones del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acuerda dar lugar a la causa de recusación deducida contra Ilma. Sra. D.ª María Tardón Olmos, en su condición de Magistrada del mismo Tribunal¹².

¹² Tribunal Supremo, Sala Especial del ART. 61 L.O.P.J. Auto núm. 7/2018 p. 6.

Finalmente, el TS ratifica la inhabilitación del juez Silva por un periodo de 17 años y medio, perdiendo así de forma definitiva su condición de juez.

B. JUICIO POR EL PROCÉS

El juez Marchena fue recusado por las defensas de los líderes del *procés* después de que PP y PSOE pactaran su nombre como presidente del TS y del CGPJ en el proceso de renovación del órgano de gobierno de los jueces. El propio magistrado renunció a esta candidatura después de la polémica abierta por el hecho de que los partidos hicieran público su nombre antes de que se conocieran los 20 vocales que integran el CGPJ y que, según la Constitución, son los que deben designar al presidente del TS.

Los recusantes promueven el incidente de recusación porque consideran que se ve puesta en duda la imparcialidad del juez Marchena y los demás magistrados, por tener un interés directo en el enjuiciamiento de la causa. El juez ha afirmado en el correspondiente escrito de alegaciones que no tiene interés directo o indirecto en el desenlace de una causa penal y que nunca lo ha tenido.

El detonante de la recusación fue un mensaje de WhatsApp difundido por el portavoz del PP en el Senado, Ignacio Cosidó, a todos los parlamentarios de su grupo, en el que defendía el nombramiento del juez Marchena como una forma de poder controlar distintas salas clave del TS. Como, por ejemplo, la propia Sala de lo Penal o el tribunal encargado de admitir las causas contra los políticos aforados.

«Las manifestaciones a las que se alude en el mensaje telemático [*el whatsapp*] sobre el que pretende construirse la causa de recusación proceden de una tercera persona», recuerda Marchena en su escrito. «La imparcialidad de un magistrado ha de vincularse a sus propios actos y resoluciones. No puede hacerse depender de la opinión de terceros que expresan su personal criterio acerca de las consecuencias políticas de un determinado pacto entre dos fuerzas parlamentarias», añade.

Hay que destacar que no fue esta la primera vez que se planteaba un incidente de recusación, siendo llamativo en este sentido el siguiente extracto del Auto antes mencionado: «teniendo en cuenta las repetidas veces que los recusantes han planteado la recusación de los miembros de la Sala Segunda de este Tribunal (cualquiera que sea su composición), pues el magistrado instructor ha sido recusado en tres ocasiones y la denominada Sala de enjuiciamiento en otras

dos, así como otros dos magistrados que llevaban el trámite de la recusación planteada también, por lo que cabe decir que *res ipsa loquitur*, respecto de la intención de dilatar el procedimiento; por consiguiente, dada esa patente finalidad dilatoria de los citados, y considerando además que al tratarse de causa con preso debe evitarse cualquier retraso, es por lo que se pasará a examinar la recusación planteada»¹³.

Finalmente, mediante Auto núm. 7/2018, de 5 de diciembre del 2018 emitido por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del TS, se rechaza por unanimidad las recusaciones del juez Manuel Marchena y los seis magistrados que juzgarán en los próximos meses el caso del *procés*. La Sala del art. 61 del Alto Tribunal ha desestimado las solicitudes de recusación que ocho de los acusados presentaron contra Marchena, presidente de la Sala de lo Penal, y la de Jordi Cuixart, líder de Ómnium Cultural, que extendió la solicitud a todo el tribunal que les juzgará por la organización del referéndum del 1-O y la declaración unilateral de independencia.

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

En nuestro ordenamiento se recoge una lista cerrada de 16 causas de abstención y recusación en el art. 219 LOPJ.

En más de una ocasión ha quedado reflejado que el instituto de la abstención y de la recusación tienen como objetivo salvaguardar la imparcialidad. La imparcialidad es una imparcialidad objetiva, por un lado, o lo que viene a ser lo mismo, es una apariencia de objetividad, objetividad formal y en este caso lo que está en entredicho es la imagen de imparcialidad del tribunal y, por otro lado, es una imparcialidad de fondo por ponerse en entredicho la decisión del juez por su conexión con el proceso¹⁴.

Esta clasificación se desarrolla a la luz de resoluciones del TEDH que nada tiene que ver con la clasificación tradicional de las causas de abstención y recusación ya que todas las causas se tienen que interpretar hoy conforme la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sin encasillarlas en un bloque rígido e inamovible. En la clasificación tradicional se reconocían dos categorías de causas: las causas subjetivas, que hacían referencia a la relación entre el juez

¹³ Sala de Recusaciones del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *Auto de 5 de mayo de 2014*

¹⁴ Interpretación realizada con base en la jurisprudencia del TEDH:

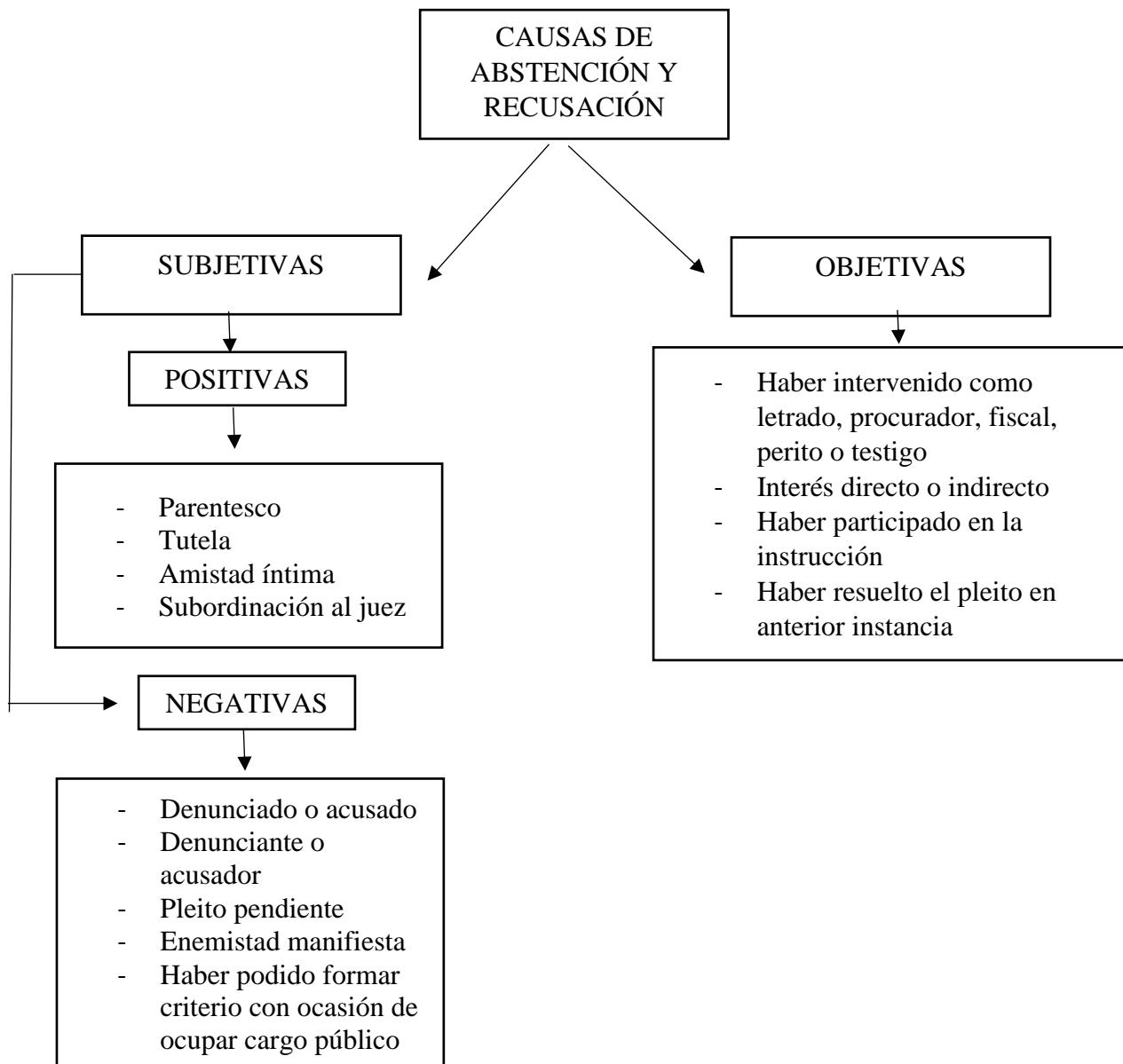
y las partes, y las causas objetivas, que hacían referencia a la relación entre el juez y el objeto del proceso¹⁵.

El art. 219 LOPJ no realiza una clasificación de las causas de abstención y recusación, aunque fueron muchos los autores que han creado su propia clasificación a raíz de la interpretación del art. 419 LOPJ y de las resoluciones del TEDH, autores como por ejemplo Picó I Junoy que nos propone una clasificación en la cual diferencia entre las causas de carácter objetivo y subjetivo, clasificando estas últimas a la vez en positivas y negativas¹⁶:

(Ver esquema en la página siguiente)

¹⁵ GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «La abstención y la recusación como garantías de la imparcialidad del juez» en *Imparcialidad judicial*, Colección *Estudios de Derecho Judicial* – CGPJ, 151-2008) 1^a edición, 23/10/2009.

¹⁶ PICÓ I JUNOY, J. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Ed. Bosch, 1998, pp. 248 y 249.



Existen causas del art. 219 LOPJ que actúan de manera automática al basarse en circunstancias objetivas, como por ejemplo lo es «la existencia de un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y parentesco por consanguinidad» art. 219 1.^a, bastando la prueba de la existencia del vínculo para la apreciación de la causa de abstención o recusación, existiendo otras en cambio, que están relacionadas con la esfera de los sentimientos y necesitan de un mayor análisis e interpretación, como por ejemplo puede ser «la amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes» art. 219 9.^a.

VII. EVOLUCIÓN:

1. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

El TC ha venido considerando la abstención y la recusación como herramientas para hacer efectivo el derecho constitucional al juez imparcial, entendiendo este derecho como un derecho de configuración legal, correspondiéndole, por lo tanto, al legislador regular los aspectos relativos a su contenido y a su alcance.

El legislador a su vez, partiendo de la postura que mantiene el TC, al considerar el derecho al juez imparcial como un derecho de configuración legal, en las sucesivas reformas en esta materia ha mantenido su criterio respecto a la enumeración taxativa de las causas de abstención y recusación, sin dejar sitio a la posibilidad de que pueda existir alguna causa fuera de ese listado.

Como entre el TC y el legislador se ha producido una retroalimentación, el derecho al juez imparcial queda enmarcado en un estricto marco legal.

La posición del TC relativa a la concepción de las causas de abstención y recusación como una lista *numeris clausus* merece un pequeño análisis para así poder llegar a entender por qué a día de hoy, el TC sigue insistiendo en una interpretación restrictiva de estas causas.

Inicialmente, la imparcialidad estaba ubicada en el derecho a un juez predeterminado por la ley siendo esta configuración acorde al sistema de *numeris clausus* y manteniéndose esta postura hasta el año 1988 cuando una sentencia del TC, STC 145/1988 de 12 junio, introduce la imparcialidad dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. Esta nueva configuración del sistema permite, en aras de garantizar la imparcialidad, una flexibilización de las causas de recusación y abstención, pero el TC siguió la misma línea que antes de la citada sentencia, dando prioridad a la insustituibilidad del juez llamado a resolver un determinado caso.

Han existido también casos en los que el TC ha hecho una interpretación de las causas de abstención y recusación más flexible, llegando a dictar pronunciamientos contrarios a la línea doctrinal tradicional que venía siguiendo sin ofrecer razones de ello. Esto, sin embargo, es algo puntual, siendo cierto que en la mayoría de los casos el TC se mantiene fiel a la doctrina ya asentada.

2. LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL

Picó i Junoy, Calvo Sánchez o Jiménez Asensio son algunos de los partidarios de concebir el catálogo legal de causas de abstención y recusación como un listado más bien abierto, conduciendo por lo tanto a un sistema mixto.

Picó i Junoy sostiene que el sistema de *numerus clausus* es un error, ya que, en su opinión, «es imposible que una relación abstracta de causas sea capaz de abarcar todos los supuestos que, eventualmente, pueden fundar la sospecha de parcialidad de un juez, razón por la cual resulta razonable permitir la alegación y prueba de otro motivo que acredite temer la parcialidad en el caso concreto»¹⁷.

Por otra parte, para Calvo Sánchez, la enumeración cerrada de las causas «puede generar lagunas que dejen fuera del art. 219 LOPJ situaciones que pueden vulnerar el contenido esencial de la garantía fundamental de la imparcialidad y comprometen la efectividad de la abstención y recusación como instrumentos destinados a garantizarla [...]. La enumeración cerrada incrementa los riesgos apuntados al ir unida a una interpretación restrictiva de las causas que es una constante tanto de la jurisprudencia del TS como en la del TC»¹⁸.

Finalmente, según Jiménez Asensio, el derecho a la imparcialidad judicial «dispone de un *contenido constitucional propio* que puede superar con creces lo previsto expresamente por el legislador y que puede ser invocado al margen de lo previsto en cada caso por la legislación»¹⁹.

3. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

En la jurisprudencia coexisten sentencias en las que se mantiene la línea argumental tradicional sobre la taxatividad en las causas de abstención y recusación con sentencias en las que se opta por una interpretación más flexible de estas causas. Por un lado, sentencias que recogen la postura mayoritaria que defiende que nuestro sistema es un sistema de *numerus clausus* y que no se puede contemplar ninguna causa fuera de las recogidas en la LOPJ; son, entre otras, la STS, (Sala 2^a.,) de 24 de septiembre de 2004, en la que se establece que «por razones de

¹⁷ GALÁN GONZÁLEZ, C., ob. cit. p. 241.

¹⁸ CALVO SÁNCHEZ, M.ª C., «La abstención y la recusación en la LO19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2, 2005, pp. 1527-1547.

¹⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978» en *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, N.º 151, 2008 (Ejemplar dedicado a: La imparcialidad judicial), pp. 11-39.

seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe de abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas con el art. 219 LOPJ».

Por otro lado, estas sentencias coexisten con otras sentencias en las que se adopta una posición de mayor apertura, superando el listado *numerus clausus* de nuestra legislación. Como ejemplo, puede citarse el Auto de la Sala Especial del TS del art. 61 de la LOPJ, del 1 de octubre de 1997, en el que se indica que «los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados o convenios internacionales suscritos por España, en materia de derechos y libertades públicas, pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación».

La solución, de acuerdo con algunas sentencias del TS sería una posición intermedia en la que se parte del principio de taxatividad y, a la vez, se contempla la apertura del repertorio legal de causas de abstención y recusación a supuestos no expresamente previstos en la norma. Esto es, se contempla la aplicación con carácter general del listado cerrado recogido en el art. 219 LOPJ, pudiendo darse de manera excepcional alguna otra causa no contemplada previamente. Un ejemplo, sería la STS, (Sala 2^a.,) de 22 de noviembre 2001, que en el fundamento jurídico primero señala que «este carácter legal y tasado de las causas de abstención y recusación es compatible naturalmente, como se decía en el Auto de 1 de octubre de 1997 dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ de este mismo Tribunal, con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan dichas causas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios y pautas establecidos, para la mejor garantía del derecho al juez imparcial, por la Jurisprudencia tanto del TS como del TC y, muy especialmente del TEDH, de acuerdo con cuya doctrina se pueden llegar a identificar supuestos de abstención y recusación no clara y expresamente contemplados en nuestra legislación».

4. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA:

Hablar de evolución legislativa en relación con la materia que ocupa este trabajo es bastante complejo ya que la legislación que regula la abstención y la recusación es variada y a la vez bastante cambiante, sufriendo varios cambios importantes a lo largo del tiempo.

Con el siguiente análisis se va a tratar de dar una visión general sobre la actual regulación en nuestro ordenamiento jurídico de estas dos figuras.

A) La LEC del año 2000 y la LOPJ del año 1985

En este primer momento, la regulación de la abstención y recusación en nuestro ordenamiento jurídico consta de dos pilares: uno de ellos lo encontramos en la LOPJ, donde se regulan las causas legales que motivan la abstención y la recusación y también la tramitación que habrá de darse a la abstención y a la recusación y el otro pilar lo encontramos en la LEC, donde se regulan los aspectos procesales tanto del procedimiento de abstención como del procedimiento de recusación.

En la LOPJ, la abstención y recusación se regula en los arts. 217 y ss. Y en la LEC, en los arts. 99 y ss.

Esta configuración fue discutida durante mucho tiempo.

Antes de la LOPJ del año 1985 existía duplicidad de normas que regulaban la abstención y la recusación. Se planteaba la necesidad de crear un Ley Procesal General para así unificar toda esa normativa duplicada.

La LOPJ trató de dar respuesta a este problema asumiendo en gran parte el carácter de ley procesal general, pero sin demasiado éxito ya que una vez promulgada la LOPJ, no se habían derogado las normas sobre abstención y recusación recogidas en otras leyes, por lo tanto, seguía habiendo duplicidad de regulación.

También se planteaba un problema de fondo que era la inclusión de estas materias procesales en la LOPJ considerándose que eso no respondía a una exigencia constitucional. En el segundo epígrafe vamos a retomar este debate y tratar de darle una respuesta.

Ante este panorama general, la LEC del año 2000 pretendía acabar con la dualidad de normas en materia procesal y recuperar el carácter de ley procesal común.

En el Proyecto de reforma de la LOPJ que acompañaba al Proyecto de la LEC, se disponía la derogación, entre otras materias procesales, de las normas sobre abstención y recusación y con ello se pretendía extraer de la LOPJ aquellas normas que no son de carácter orgánico sino estrictamente procesal e incluirlas en una ley procesal de aplicación común.

Estos antecedentes fueron los que llevaron a la regulación de las normas sobre abstención y recusación en la LEC del año 2000²⁰.

Hay que destacar que también se querían incluir en el texto de la LEC las causas de abstención y recusación para regular de forma unitaria al instituto de la abstención y de la recusación, aunque finalmente no se incluyeron en el texto definitivo por las dudas suscitadas acerca de la incidencia de estas figuras en el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías.

Finalmente se regulan en la LEC los aspectos procesales de los procedimientos de abstención y de recusación en los arts. 101 a 119. Hay que destacar que la propia LEC en el año 2000 ha establecido un régimen transitorio en esta materia en la Disposición final 17.^{a21} a la espera de la reforma de la LOPJ. Reforma mediante la cual se esperaba la eliminación de las referencias procesales relativas a la abstención y a la recusación de la LOPJ. Esta reforma se produce finalmente en el año 2003 pero sin producirse los efectos deseados sino todo lo contrario ya que el legislador del año 2000 lo que pretendía era que con la reforma de la LOPJ se eliminarán las referencias procesales de la misma y pasarán a regularse solamente en la LEC buscando ese carácter de ley procesal común. Tras la reforma de la LOPJ del año 2003, pasan a regularse los aspectos procesales de la abstención y de la recusación en la misma, dejando al parecer sin aplicación a los preceptos contenido en la LEC. Aunque la reforma de la LOPJ no se haya producido conforme a las intenciones del legislador del año 2000, parece ser que se cumple el tenor literal de la Disposición final 17.^a y *a priori* el resultado final podría considerarse uno satisfactorio ya que todo lo relativo a las instituciones de la abstención y de la recusación se recogía en un mismo cuerpo legal, en la LOPJ. Esto no es así ya que se pone de manifiesto una incoherencia legislativa al cumplirse el mandato de Disposición final 17^a y, por lo tanto, al haber concluido el periodo transitorio establecido nos encontramos con una duplicidad normativa respecto a la abstención y a la recusación: los arts. 101 a 119 de la LEC en vigor y toda la regulación de la LOPJ. Finalmente, desde el punto de vista de la realidad jurídica práctica se desprende el hecho de que la LOPJ es la ley vigente y aplicable a todo lo relativo a la abstención y a la recusación tanto causas como procedimientos, pero seguimos teniendo el

²⁰ GALÁN GONZÁLEZ, C., ob. cit. pp. 197-208.

²¹ «Mientras no se proceda a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en las materias que a continuación se citan, no serán de aplicación los artículos 101 a 119 de la presente Ley, respecto de la abstención y recusación de Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales, [...]»

problema de la duplicidad normativa. Este problema se puede resolver solamente legislando en alguno de estos dos sentidos: derogando los arts. 101 a 119 de la LEC o con una nueva reforma de la LOPJ, eliminando los aspectos procedimentales de la misma para pasar a regularse solamente en la LEC. Es difícil apostar por una de las dos opciones ya que hasta ahora el legislador ha venido manteniendo la regulación de la LOPJ y a la vez ha realizado modificaciones de los arts. 101 a 119 de la LEC en dos ocasiones, con la reforma del año 2009 y la reforma del año 2015.

B) LO 19/2003 del 23 de diciembre de modificación de la LOPJ

Existe un antes y un después de la LO 19/2003 del 23 de diciembre por la cual se modifica la LOPJ.

Con esta reforma de la LOPJ del año 2003, tanto los aspectos materiales de la abstención y de la recusación, como los aspectos procesales, quedan regulados en la LOPJ quedando al parecer sin efecto la regulación contenida en la LEC. Los arts. 101 a 119 de la LEC, fueron objeto de dos reformas, una en el año 2009 y otra en el año 2015. Esta situación es incierta y produce inseguridad y todo debido a un despiste del legislador. La solución que nos da la práctica es seguir aplicando la LOPJ en su totalidad, tanto para las causas de abstención y recusación como para los procedimientos de las mismas.

Retomando la idea recogida en el apartado anterior, que hace referencia a la regulación de estas materias mediante una ley orgánica, no volveremos a entrar aquí en el debate anteriormente expuesto, sobre el contenido, alcance y carácter del derecho a la imparcialidad del juez, sino que retomaremos solamente la conclusión ya expuesta: este derecho es un derecho fundamental, aunque no se recoja de forma explícita en la CE, y se incluye dentro del derecho a un juicio con todas las garantías, art. 24.2 CE.

Teniendo en cuenta la configuración que tiene el derecho a un juez imparcial dentro de lo que viene a ser el derecho a un juicio con todas las garantías y teniendo también en cuenta que es un derecho susceptible de amparo constitucional y sin tener claro que la LEC a día de hoy cumpla realmente con el carácter de ley procesal común, al seguir existiendo duplicidad normativa, parece acertada esta configuración en la que los instrumentos destinados a

garantizar la imparcialidad del juez y el desarrollo de un juicio con todas las garantías, abstención y recusación, se regulen en la LOPJ²².

VIII. RÉGIMEN PROCESAL:

1. ABSTENCIÓN: LEGITIMACIÓN, PLAZOS Y EFECTOS

En el procedimiento de abstención, la reforma de la LOPJ del año 2003 transponiendo la regulación que se contenía en la LEC del año 2000, introdujo un cambio significativo dotando al procedimiento de un carácter jurisdiccional pleno al atribuir la competencia para decidir sobre la justificación de la causa a un órgano plenamente jurisdiccional eliminando la competencia que tenía la Sala de Gobierno en esta materia. Competencia que, en más de una ocasión, fue puesta en duda por la doctrina, discutiéndose sobre el carácter jurisdiccional o no de la abstención. Esta discusión desaparece con la modificación de la LOPJ quedando claro el carácter jurisdiccional del procedimiento.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, al ser la abstención una obligación del juez, este, en cuanto conozca de la concurrencia de una causa de abstención tiene que comunicarlo por escrito que contenga el correspondiente razonamiento. Este escrito tiene que ser razonado, es decir, tiene que describir los hechos que caracterizan la relación recusable y además tiene que expresar por qué esos hechos encajan en la causa de recusación en el concreto caso cuyo enjuiciamiento le había correspondido, tal y como se establece en el art. 221.1 LOPJ. El escrito debe dirigirse al presidente de la Sección o de la Sala que forme parte el abstenido, si se trata de un magistrado que ejerce sus funciones en un órgano colegiado, o al presidente del órgano judicial al que corresponda la competencia funcional para conocer de los recursos contra las sentencias que dicte, si se trata de un juez unipersonal.

En esta primera fase del procedimiento, no hay que perder de vista el hecho de que el incumplimiento del deber de abstenerse por parte del juez en el momento de concurrir alguna de las causas de abstención, está sancionado como una falta muy grave, (art. 417.8 LOPJ).

²² RICHARD CONZÁLEZ, M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinada por Miguel Ángel Fernández Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau. Ed. Iurgum, Barcelona 2001, Tomo 1, p. 520.

Una vez realizado el correspondiente escrito y haberse dirigido este al órgano competente, el efecto inmediato será la suspensión del proceso hasta que se resuelva la abstención o hasta que haya transcurrido el plazo previsto para su resolución, (art. 221.2 LOPJ). La suspensión se acordará mediante providencia dictada por el propio juez abstenido, al mismo tiempo de presentarse el escrito razonado.

El órgano competente tiene que resolver sobre la abstención en el plazo de 10 días, (art. 221.1 párrafo 2º). Se puede producir una disfunción en el proceso, cuando el órgano encargado de resolver, no resuelve en el plazo de 10 días y el proceso tiene que seguir su curso sin que se haya resuelto la abstención. En este caso, parece conveniente que sea el juez sustituto el que lleve el proceso provisionalmente, ya que el propio juez principal fue el que puso en duda su imparcialidad.

Será la Audiencia Provincial o el tribunal colegiado correspondiente quien debe establecer normas de reparto de las abstenciones entre cada una de las secciones que lo integran, (art. 221.1 LOPJ). A diferencia el art. 224.5º. de la LOPJ, en el que se establece el criterio de la antigüedad como criterio de reparto de las recusaciones, el art. 221 de la LOPJ no prevé ningún criterio para el reparto de las abstenciones. Hay que destacar en este punto que algunas AAPP han resuelto emplear para las abstenciones el criterio del turno inverso, esto es, de más moderno a más antiguo.

Se establecen por lo tanto las siguientes relaciones de competencia: si el abstenido es un juez de paz, será competente el juez de primera instancia o instrucción; si se trata de un juez de primera instancia, instrucción, o de lo penal, será competente la AP; si el abstenido es un juez de lo contencioso – administrativo, corresponde la competencia a la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y si se trata de un juez de lo social, la competencia para decidir si la abstención está justificada o no será de la Sala de lo Social del mismo tribunal.

Finalmente, el procedimiento se puede resolver de las siguientes maneras:

En primer lugar, la apreciación de la existencia de la causa de abstención: en cuanto a la decisión sobre la justificación de la abstención, la LOPJ no hace referencia alguna a la forma que tiene que revestir esta decisión, entendiéndose que debería ser un auto al tratarse de una cuestión incidental recogida en el art. 206.1. 2.º 2.º párrafo de la LEC. En cambio, algunos autores consideran que debería ser un acuerdo para evitar así el solapamiento con el auto que debe dictar el juez abstenido, en la resolución en la que se aparta de la causa. Esta propuesta

no parece satisfactoria ya que un acuerdo tiene naturaleza y carácter gubernativo y, además, el dictar dos autos no supone mayor problemática. Cuando el juez abstenido forma parte de un órgano colegiado dictará el auto acordando su separación la misma sala de la que forma parte, en la misma composición que tenía en el momento de comunicarse la abstención, y será competente para resolver el asunto, el mismo tribunal al que pertenecía el abstenido, constituido sin su presencia.

Una vez dictada la resolución por el juez abstenido apartándose de la causa, y recibidas las actuaciones por el juez sustituto o una vez que se integre en la Sala o en la Sección a la que pertenecía el juez abstenido, terminará la suspensión que se había decretado en el momento de comunicar la abstención.

En segundo lugar, si no se aprecia la existencia de una causa de abstención, el juez se abstuvo injustificadamente: en el auto dictado por el órgano competente para resolver sobre la causa de abstención, se ordenará al juez que continúe con la tramitación del asunto y el juez tendrá que dictar una providencia poniendo fin a la suspensión del proceso.

Es conveniente precisar que, en el caso de darse una abstención injustificada, al parecer al juez que se abstuvo de manera injustificada no se le puede imponer ninguna sanción. Esto viene a raíz de la modificación de la LOPJ del año 2003, modificación que dota de carácter plenamente jurisdiccional al procedimiento de abstención, tal y como ya se había mencionado anteriormente, y que crea una desconexión con la sanción prevista en el art. 418.15 LOPJ, artículo que se quedó sin modificar haciendo aún referencia a la Sala de Gobierno, referencia que desaparece totalmente en el art. 221.3 LOPJ. Ante este escenario se nos abren dos opciones: la primera es la posibilidad de que el órgano competente para resolver sobre la abstención, al determinar que esta estaba injustificada, libre testimonio para su remisión a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, por si esta considera hacer uso de sus facultades de iniciativa disciplinaria recogida en el art. 152.1. 6º. de la LOPJ, y la segunda es la imposibilidad de sanción ya que es imposible que se cumpla la previsión legal, puesto que la Sala de Gobierno ya no decide sobre las abstenciones. En lo relativo a la eliminación de la sanción económica, ¿hasta qué punto puede hacer eso que incremente el número de incidentes? Y ¿no es un poco maquiavélico obligar al juez a abstenerse si aprecia alguna circunstancia que compromete su imparcialidad y, al mismo tiempo, sancionarle si yerra en su diagnóstico ya que si se abstiene de manera injustificada será sancionado, y si no lo hace y posteriormente se le recusa, se le

sancionara por ello? Probablemente la solución pasaría por sancionar solo aquella abstención que resulte arbitraria y carece de todo fundamento jurídico.

Las partes del proceso no intervienen en el procedimiento de abstención, solamente se les notifica la providencia del abstenido comunicando la suspensión del procedimiento principal y después, según el caso, se les notifica la providencia levantando la suspensión al considerarse injustificada la abstención, o se les notifica el auto mediante el cual el abstenido se aparta del conocimiento de la causa al considerarse justificada la abstención. Este auto tendrá que contener la información relativa al sustituto.

Contra el auto resolviendo sobre la abstención no cabe recurso alguno²³.

Por último, puesto que las partes no intervienen en el procedimiento de abstención, si esta se desestima y se mantiene al juez en el conocimiento del asunto, están tendrán derecho a promover el incidente de recusación aún tras la tentativa fallida de la abstención, (art. 221.3 LOPJ).

2. RECUSACIÓN: LEGITIMACIÓN, PLAZOS Y EFECTOS

La recusación, a diferencia de la abstención, es un procedimiento que se desarrolla en dos fases, una de instrucción y otra de decisión. Es necesaria esta separación en el procedimiento ya que este mecanismo tiene como propósito garantizar la imparcialidad y no podía tener un diseño unitario, ya que podría verse afectada ese principio. Esta configuración del procedimiento en una fase de instrucción y otra de decisión, tiene como objetivo garantizar tanto la imparcialidad formal como la imparcialidad en cuanto al fondo. Una y otra fase se atribuyen a instancias jurisdiccionales distintas.

El procedimiento de recusación se configura como un procedimiento complejo ya que hay que tener en cuenta elementos como la iniciativa e intervención de las partes, la necesidad de evitar que la recusación sea usada como fraude procesal o se use para apartar a un determinado juez que no se deseé del conocimiento de la causa y la separación de las fases de instrucción y decisión.

²³PICÓ I JUNOY, J., ob. cit. pp. 283 a 288.

En cuanto a la interposición de la recusación en el art 218 LOPJ se establece la legitimación activa para promoverla, haciendo una diferenciación según el orden jurisdiccional en el que se promueve el incidente. Al tratarse de un proceso civil, social o contencioso - administrativo pueden recusar las partes y el MF si se trata de un proceso en el que este tiene que intervenir, aclarando que, aunque no tenga que intervenir en un determinado proceso, se le dará traslado de las actuaciones recibidas según lo dispuesto en el art. 225.3 LOPJ a los solos efectos de emitir un informe; si se trata de un proceso penal, pueden recusar el MF, el acusador popular (novedad introducida por la reforma de la LOPJ del año 2003), particular o privado, el actor civil, el procesado, el denunciado y el tercero responsable.

Para la interposición de la recusación rige un estricto principio de preclusión, esto es, la recusación se tiene que proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de la causa en la que se funde, (art. 223.1 LOPJ). La presentación extemporánea de la recusación puede llevar a su inadmisibilidad *a limine*.

La LOPJ establece dos plazos para poder promover la recusación: en primer lugar, 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conoce la identidad del juez, siempre y cuando ya se tuviera conocimiento de la causa, o, en segundo lugar, cuando la causa de recusación se conoce durante la tramitación del procedimiento, el primer momento procesal posterior que siga a ese conocimiento. Ambos plazos representan especialidades que no se pueden obviar: en cuanto al primer plazo, de 10 días, aun cuando el tribunal no comunique su composición, no se puede entender vulnerado el derecho fundamental a la imparcialidad judicial de las partes ya que se tiene que dar también una relación de causa - efecto entre la falta de notificación por parte del tribunal de su composición y el no haber podido hacer valer el derecho a la recusación justo por no haber conocido dicha composición del tribunal. En cuanto al segundo plazo, el primer momento procesal después de conocer la causa de recusación, existe la duda de si podemos hablar de un determinado momento procesal preclusivo a partir del cual ya no se pueda promover la recusación. Surge esta duda porque el art. 223.1. 2º. de la LOPJ no hace ninguna referencia al momento preclusivo para promover la recusación. Sin embargo, otras leyes como por ejemplo la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 56 o la Ley de Procedimiento Laboral en su art. 15, sí que hacen referencia a este momento preclusivo. Ante el silencio de la LOPJ, parece acertado apostar por una interpretación más bien flexible de los plazos, analizando caso por caso, con el único objetivo de restaurar el derecho fundamental a la imparcialidad judicial. Y hacerlo, porque no, también por motivos de economía procesal ya que teniendo las partes la posibilidad de solicitar la

nulidad por no haberse respetado su derecho a un juicio con todas las garantías, el resultado puede ser el mismo que el del incidente de recusación con el añadido de todo el gasto económico y de tiempo que supuso el proceso. Esta herramienta puede crear inseguridad, y por ello, su uso tiene que ser muy restringido, utilizándose solamente cuando existan indicios suficientes de que la recusación no se usa como método de dilación del proceso o de modo fraudulento.

Como trámite previo a la fase de instrucción, se realiza un trámite de admisión. Una vez formulada la recusación, y antes de pronunciarse sobre su admisión, el juez recusado, en el plazo de 3 días, tiene que dar traslado a las partes para que puedan oponerse o adherirse a la recusación o para reformular otra causa de recusación. El siguiente día hábil transcurrido el plazo, el juez recusado ha de pronunciarse sobre si acepta o no la causa o las causas de recusación formuladas. En esta fase de admisión existe la posibilidad de denegar la tramitación de la recusación cuando razones procesales o de fondo así lo exijan. El rechazo *a limine* de una recusación puede producirse como consecuencia de su defectuoso planteamiento procesal o de acuerdo con el art. 11.2 LOPJ, en atención a las circunstancias que la circundan, de su planteamiento y de las argumentaciones del recusante.

En cuanto a los efectos que tiene la recusación sobre el proceso principal, como novedad tras la reforma de la LOPJ del año 2003, se prevé un efecto suspensivo en el art. 225.4 LOPJ con la excepción de la jurisdicción penal, donde no se produce esta suspensión, sin que será el juez sustituto el que continuará con la causa²⁴.

A) Fase de instrucción: competencia y tramitación

En el art. 224 LOPJ se recogen los criterios atributivos de competencia para la instrucción del incidente de recusación. Estos criterios son los siguientes: si el recusado es toda una sala de justicia o un magistrado perteneciente a un órgano colegiado, será instructor un magistrado del mismo órgano al que pertenece el tribunal siguiendo un criterio de turno de antigüedad; si el recusado es el presidente de la AP, el instructor será un magistrado del TSJ; si el recusado es un juez o magistrado titular de un órgano unipersonal, será instructor un magistrado del órgano que conozca de sus recursos siguiéndose también un turno establecido por orden de antigüedad;

²⁴ GALÁN GONZÁLEZ, C., ob. cit. p. 289.

cuando no será posible determinar el órgano instructor en virtud de los criterios anteriormente expuestos, será competencia de la Sala de Gobierno designar al instructor, procurando siempre que este sea de mayor categoría o tenga mayor antigüedad que el recusado.

Para los criterios de asignación de competencia al órgano instructor, el turno de antigüedad no hace referencia a la permanencia en el órgano sino a la permanencia en el escalafón de la carrera judicial.

La fase de instrucción se inicia con la remisión de una serie de documentos (escrito de recusación, los documentos de recusación, los testimonios del proceso principal que fuesen necesarios para determinar si concurre o no causa de recusación, y el informe del recusado relativo a si acepta o no la causa de recusación) por parte del juez que admitió la recusación al órgano que sea competente para la instrucción del incidente.

El informe del recusado es un documento clave ya que, según lo recogido en el mismo, el procedimiento seguirá uno de estos dos posibles caminos: si el juez acepta la causa de recusación, se resolverá el incidente sin más trámites, (art. 225.3 LOPJ). Esto significa que concluye la fase de instrucción, sin ser necesario probar los hechos ya que el propio juez los ha reconocido. Si el juez no acepta la causa de recusación, se da inicio al periodo probatorio, que tendrá una duración de 10 días, plazo en el cual el instructor practicará la prueba solicitada y la que estime oportuna.

En cuanto a la prueba, a diferencia de la antigua redacción del art. 225.3 de la LOPJ, que hacía referencia simplemente a la prueba propuesta por las partes, la redacción del mismo precepto después de la reforma de la LOPJ del año 2003 atribuye iniciativa probatoria al órgano instructor.

B) Fase de decisión del incidente: competencia y tramitación

Se inicia la fase de decisión en el momento en el que el tribunal que deba decidir sobre la recusación recibe las actuaciones del órgano instructor. Cuando el recusado es el presidente del Tribunal Supremo, un presidente de Sala, el presidente de un Tribunal Superior de Justicia o un Presidente de Audiencia Provincial y, también al estar ante una recusación colectiva de dos o más magistrados de una misma sala, decidirán sobre el incidente las Salas de composición específica de los arts. 61, 66 y 77 de la LOPJ, (art. 227 de la LOPJ). Si el recusado es un magistrado que pertenece a un órgano colegiado decidirá el mismo tribunal, constituido sin la

presencia del magistrado recusado y, si se trata de un magistrado de la Audiencia provincial, y existen varias Secciones, será competente una de ellas a la que no pertenezca el recusado o la Sección que sea en orden numérico a aquella de la que forme parte, (art. 227.7.º de la LOPJ). En el supuesto de que el recusado sea un juez o magistrado titular de un órgano unipersonal, decidirá sobre el incidente de recusación la Sección de la Audiencia Provincial o Sala del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional respectiva que conozca de los recursos contra sus resoluciones, (arts. 227.8.º de la LOPJ).

El órgano competente dará traslado al Ministerio Fiscal, para que emita informe en el plazo de 3 días, sin ser absolutamente necesario este informe para poder continuar con el procedimiento ya que, una vez transcurrido el plazo de los 3 días, en los 5 días siguientes se tiene que decidir el incidente, con o sin el informe del MF, (art 225.3 LOPJ)²⁵.

La resolución que pone fin al incidente de recusación tiene que ser un auto, art 228 LOPJ; si este es estimatorio no cabe ningún recurso contra el mismo, art. 225.3 LOPJ párrafo 4º. y art 228.2 y 3 de la LOPJ y será el juez sustituto el que continuará conociendo de la causa hasta su terminación. Aclarar en este punto que los actos realizados por un juez incursio en una causa de recusación, pero sin haber sido recusado en tiempo y forma, son plenamente válidos.

Por otra parte, si el auto es desestimatorio, tampoco cabe recurso contra el mismo, art. 225.3 párrafo 4º. de la LOPJ y art. 228.1 y 3 de la LOPJ, pero sí que será posible que, al recurrir la resolución dictada en la causa principal, pueda hacerse valer la nulidad de dicha solución. El auto desestimatorio impondrá las costas al recusante y, además, si se aprecia mala fe por su parte, se le podrá imponer una multa de 180 a 6.000 euros.

El art. 228.3 LOPJ lo que parece regular es la posibilidad de plantearse ulteriormente la concurrencia de una causa de recusación, aun existiendo una resolución firme (relativa al incidente de recusación), pero desde otra perspectiva. La causa sería la misma, pero los efectos jurídicos a obtener serían distintos.

Mientras que con el procedimiento de recusación lo que se pretende es separar al juez de la causa, acudiendo a la vía del art. 228.3 LOPJ se pretende anular la decisión que culmina el proceso principal. Parece ser por lo tanto que el auto desestimatorio del incidente de recusación no produce efecto de cosa juzgada formal.

²⁵ GALÁN GONZÁLEZ, C., ob. cit. p. 289.

El TC ha considerado necesario realizar aclaraciones sobre este asunto, y viene a decir que se podrá hacer valer la nulidad mediante el correspondiente recurso solo cuando se haya producido una previa vulneración del derecho a recusar a consecuencia de haberse impedido el ejercicio temporáneo del mismo. El Tribunal, en definitiva, viene a decir que las partes no es que tengan dos opciones, la de promover la recusación o hacer valer la nulidad, sino que esta última tiene una configuración propia y se podrá usar solamente en determinados supuestos, no siempre y cuando se pretenda hacer valer la causa de recusación nuevamente al ser esta desestimada en el auto que resuelve sobre el incidente de recusación.

7.1 ESPECIALIDADES PROCESALES:

En el art. 226 LOPJ se prevén dos supuestos en los que el proceso de recusación presenta especialidades:

A) EN LOS JUICIOS VERBALES Y DE FALTAS

La característica principal en estos supuestos es que ya no existe una separación entre la fase instructora y la fase decisoria. Por lo tanto, el procedimiento se va a desarrollar de la siguiente forma: la parte que considera que la imparcialidad del juez se puede ver afectada por una de las causas de recusación recogidas en el art 219. LOPJ, presenta la recusación y si el juez recusado no acepta la causa en el mismo acto, las actuaciones pasan a quien tenga que instruir el incidente. Dentro de los 5 días siguiente, este va a convocar a las partes en su presencia y, oídas estas y practicada la prueba pertinente, se pronunciará sobre la recusación mediante providencia en el mismo acto.

Se ha optado por este tipo de resolución, una providencia, desde la modificación de la LOPJ realizada por la LO 19/2003, del 23 de diciembre. Esta solución no parece muy acertada puesto que un incidente de recusación, tal y como se establece en el art. 248.2 LOPJ, debería finalizar mediante una resolución judicial que incluya hechos y razonamientos jurídicos.

B) RECUSACIÓN DESPUÉS DEL SEÑALAMIENTO DE LA VISTA

En cuanto a este procedimiento, el art. 226 LOPJ remite a los arts. 190, 191 y 192 de la LEC. Ambos preceptos se refieren a la eventual recusación que tenga lugar en fases procesales distintas según el momento en el que se ponga en conocimiento de las partes el cambio en el juez o en alguno de los magistrados del tribunal encargado del asunto.

Hay que diferenciar entre dos momentos procesales:

1. Antes de la celebración de la vista: si el cambio se conoce después del señalamiento y antes de la celebración de la vista, y se formula recusación en ese mismo período, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 190 LEC, se suspenderá la vista y se tramitará el incidente de recusación.
2. Despues de la celebración de la vista: si el cambio se produce después de la celebración de la vista, se suspenderá por 3 días la redacción de la sentencia, en el caso de un juez unipersonal, o la discusión y el fallo, al tratarse de un órgano colegiado, de manera que durante este plazo se pueda formular la recusación. Si se estima la recusación, la vista se anula y si las partes no hacen uso de este derecho, empezara a correr de nuevo el plazo para dictar resolución.

C) PROTECCIÓN DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL POR LA VÍA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Este trabajo en su mayor parte versa sobre la abstención y la recusación, siendo dos poderosas herramientas para garantizar la imparcialidad judicial pero no las únicas, estando esta tercera vía muy relacionada con la recusación.

Al tratarse de un derecho fundamental incardinado en el derecho a un proceso con todas las garantías, la vulneración del mismo produce la nulidad de actuaciones procesales, (art. 238 LOPJ).

No deja de ser, por lo menos, llamativo el hecho de que el TC aborda con cierta frecuencia el tema de la imparcialidad del juez desde esta óptica, siempre y cuando los avatares procesales impidieron promover la recusación en el momento procesal oportuno, o especialmente cuando la parte tuvo conocimiento tardío de la causa de abstención o recusación. Hay que esclarecer que la utilización previa de estas vías o la imposibilidad de hacerlo se exigen, en general, como requisito de agotamiento de las instancias judiciales que permite el acceso al amparo constitucional.

Resulta también llamativo o significativo que cuando el TC trata la imparcialidad del Juez por esta vía, lo hace al margen de la regulación legal de las causas de abstención y recusación del art. 219 LOPJ. Actuando de esta manera se puede establecer una *analogía legis* o *analogía iuris* con los casos ya incluidos en el repertorio del art. 219 LOPJ.

Esto puede llevar a un serio problema en la práctica ya que parece que el TC es más flexible en la apreciación de la vulneración del derecho fundamental a la imparcialidad judicial cuando puede obviar toda referencia a la regulación legal de la abstención y recusación. Esto se traduce en que la parte que conoce de la causa de recusación y la hace valer oportunamente esta, de hecho, en peores condiciones que la que por ignorar la concurrencia de la causa en el momento procesal oportuno para promover el incidente de recusación y funda su pretensión exclusivamente en la vulneración del derecho fundamental a la imparcialidad judicial.

Como ejemplo, en la STC 156/2007, de 2 de julio y en la STC 55/2007, de 12 de marzo, el tribunal funda su decisión directamente en el derecho a un juez imparcial, sin referencia alguna a las causas recogidas en el art. 219 LOPJ²⁶.

²⁶GALÁN GONZÁLEZ, C., ob. cit. págs. 243 a 245.

IX. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL

Para concluir este trabajo, me gustaría centrarme en los principales problemas expuestos en relación a la abstención y a la recusación y en sus posibles soluciones.

No podemos hablar de estas herramientas sin tener claro el derecho que vienen a proteger o a garantizar. Este derecho es el derecho a un juez imparcial dentro del derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24 de la CE. Existe una percepción unánime en cuanto al derecho a proteger con las figuras de la abstención y de la recusación, pero al hablar de la naturaleza de este derecho, de su contenido y de su alcance, ya no podemos hablar de una percepción unánime. Al hablar de la naturaleza de este derecho, no nos estamos refiriendo a si este es un derecho de configuración constitucional o no, ya que en este aspecto existe ese acuerdo unánime. Nos estamos refiriendo al debate creado con la reforma de la LOPJ por la LO 19/2003, al pasar estas dos figuras, en lo relativo a los jueces y magistrados, a regularse en totalidad por LO, ofreciéndoles un mayor estatus extrayendo lo relativo a los aspectos procesales de estas dos figuras de la LEC.

Esta nueva configuración parece acertada desde mi punto de vista ya que viene a ser acorde con todas las interpretaciones que tanto el TC como el TEDH hacen respecto del derecho al juez imparcial. El derecho al juez imparcial tiene las siguientes características: es un derecho fundamental reconocido por nuestra CE, es cierto que no es un reconocimiento expreso en lo que viene a ser el articulado de la Constitución, pero se incluye dentro del derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución; es un derecho que puede hacerse valer mediante el amparo constitucional; es un derecho vinculado estricta y directamente con la actividad jurisdiccional.

Para referirnos al contenido y al alcance del derecho a un juez imparcial, es muy importante tener en cuenta las resoluciones y criterios interpretativos del TC, eso sí, sin perder de vista la postura que adopta el TEDH en esta materia, de acuerdo con nuestro art. 10.2 de la CE. A lo largo del tiempo el TC ha estado oscilando entre el encuadre del derecho a un juez imparcial dentro del derecho a un juez predeterminado por ley y su encuadre dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, llegando incluso a integrarlo dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto traía consecuencias muy importantes, tanto a nivel conceptual como a nivel práctico, ya que, dependiendo del encuadre del derecho, este tenía una configuración u

otra, era susceptible de una determinada defensa u otra. Desde hace ya tiempo, el TC es firme al establecer que el derecho a un juez imparcial se encuentra dentro del derecho a un juicio con todas las garantías, siendo la imparcialidad la mayor garantía del proceso.

Establecida esta base, el paso siguiente sería hablar de las causas de abstención y recusación. Más bien, hablar de la incoherencia de nuestro sistema de *numerus clausus* en relación con la propia configuración constitucional del derecho a un juez imparcial. Es bastante contradictorio establecer como pilar fundamental del juicio, el derecho a un juez imparcial, con base en la Constitución, y posteriormente establecer una taxatividad en cuando a las causas.

Me explico; al establecer una taxatividad de las causas, son 16 las causas recogidas en el art. 219 de la LOPJ, se delimita el derecho a su carácter legal dejando de lado todo su contenido y alcance otorgado por la propia CE. Desde mi punto de vista, existe una falta de sintonía entre el derecho recogido en el art. 24.2 de la CE y la lista cerrada de causas de abstención y recusación del art. 219 de la LOPJ. En aras de ofrecer una mayor y mejor garantía del derecho a un juez imparcial, la solución pasa por reformar el sistema *numerus clausus* pasando a un sistema mixto de causas de abstención y recusación; un sistema en el que se recojan legalmente las principales causas, dejando abierta la posibilidad de que existan otras causas no recogidas en esa lista. Esta sería la forma de obtener un sistema más garantista y, además no se puede entender porque después de tanto tiempo se sigue optando por este sistema cerrado cuando un cambio, lo único que haría sería acomodar la realidad jurídica al marco constitucional.

Otro importante problema se nos plantea a la hora de casar la recusación con la impugnación posterior de la decisión de la causa principal pretendiendo la nulidad por la falta de imparcialidad del juez. En la LOPJ, en el art. 228 se establece que contra el Auto desestimatorio del incidente de recusación no cabe recurso alguno, pero que una vez dictada resolución, al impugnar la resolución se puede solicitar la nulidad en base a la causa de recusación alegada y desestimada anteriormente, (apartado 3º). Hay que recordar que el TC se ha pronunciado sobre este asunto en el sentido de que esta vía no es como una segunda instancia en la que se pueda plantear la causa de recusación de nuevo, que se puede recurrir a ella solamente cuando se haya visto vulnerado el derecho a un juez imparcial, por no permitirse invocar la causa de recusación en tiempo y forma. El problema no radica en que pueda existir una revisión sobre la concurrencia o no de una causa de recusación, sino que el problema, más bien, es que es probable que el mismo órgano que decidió el incidente de recusación conozca ahora del recurso contra la decisión del procedimiento principal. Es disfuncional que la revisión la realice el

mismo órgano que ya decidió – en sentido desestimatorio- el incidente de recusación ya que difícilmente este va a cambiar ahora de criterio. Esta situación no se va a dar en todos los supuestos, ya que no siempre van a coincidir el órgano que conoce del recurso contra la resolución que resuelve la causa principal del litigio con el órgano que decidió sobre la recusación, pero al ser frecuente que ambos órganos coincidan se produce una gran inseguridad.

A pesar de los problemas expuestos anteriormente, que son problemas que tienen solución, tanto la abstención como la recusación son dos herramientas muy importantes para garantizar un derecho fundamental como lo es el derecho a un juez imparcial.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHMAIER WINTER, L. «La abstención y la recusación en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000» en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 1, 2000, págs. 97-150.

CALVO SÁNCHEZ, M.ª. C. «La abstención y la recusación en la LO19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2, 2005, págs. 1527-1547.

GALÁN GONZÁLEZ, C. «Apuntes sobre el derecho al juez imparcial» en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 10, 2004, págs. 197-208.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C. «La abstención y la recusación como garantías de la imparcialidad del juez» en *Imparcialidad judicial, LA*. (Colección “Estudios de Derecho Judicial” – CGPJ, 151-2008) 1ª edición, 23/10/2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978» en *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, N.º 151, 2008 (Ejemplar dedicado a: La imparcialidad judicial), págs. 11-39.

MURATORI, L., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. De V.M de la Tercilla, Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794

RICHARD CONZÁLEZ, M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinada por Miguel Ángel Fernández Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau. Ed. Iurgum, Barcelona 2001, Tomo 1, p. 520.

PERFECTO IBÁÑEZ, A. «Imparcialidad judicial e independencia judicial» en *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, N.º 151, 2008 (Ejemplar dedicado a: La imparcialidad judicial), págs..41-71.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Ed. Boch, 1998.

SATTA, S. *Il mistero del proceso*, Adelphi, 1994.