

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 13. Marzo 1989

Calvo Sánchez, María del Carmen

Catedrática de Derecho procesal. Universidad de Salamanca

REFLEXIONES SOBRE LA CAUSA NOVENA DEL ARTÍCULO 219 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL: «TENER INTERÉS DIRECTO O INDIRECTO EN EL PLEITO O CAUSA»

Estudios

Serie: *Procesal*

VOCES: JUECES. MAGISTRADOS. FUNCION JURISDICCIONAL. IMPARCIALIDAD. RECUSACION.

ÍNDICE

TEXTO

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 supuso importantes innovaciones en el ordenamiento procesal, reajustándolo, o intentándolo al menos, a los principios y preceptos constitucionales.

Una de las materias que han sido objeto de modificación por la mencionada Ley es la relativa a la garantía que asegura la imparcialidad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional; garantía que procesalmente recibe el nombre de abstención cuando la iniciativa de apartarse del conocimiento del caso proviene del órgano judicial, por considerarse incurso en alguna de las causas que pueden hacer dudar de la imparcialidad de su juicio, y de recusación cuando son las partes quienes piden la separación de un Juez o Magistrado por considerar que, dadas sus relaciones con el objeto o con las partes del proceso, su resolución puede ser parcial.

El título del trabajo me obliga, a fuerza de ser congruente con el mismo, a limitar su contenido a esas prometidas reflexiones sobre la causa novena del artículo 219 LOPJ, por lo que prescindiré de aspectos tales como la adecuación o no de la ubicación legal y sistemática llevadas a cabo por el legislador orgánico respecto de esta garantía, así como lo relativo a los avances, timidez o desacierto del legislador en la regulación de los motivos, aunque sobre éstos haré un breve comentario en la segunda parte de este trabajo, el procedimiento a seguir en cada caso, etc. (1)

Voy, por tanto, a dedicar estas páginas a destacar la importancia que la independencia e imparcialidad tienen para la jurisdicción y para la función jurisdiccional respectivamente en un Estado social y democrático

de Derecho; para llevar a cabo después algunas reflexiones sobre el motivo que considero quizá más necesitado de una completa regulación, el núm. 9 del artículo 219 LOPJ, que sanciona el interés directo e indirecto como motivo de recusación, deteniéndome especialmente en el interés ideológico como posible motivo de la misma.

La recusación de jueces y Magistrados es un tema cuya actualidad se evidencia por la diaria preocupación de la sociedad respecto «al cómo» se administra justicia, y, por tanto, a la vinculación o desvinculación del órgano jurisdiccional a la hora de emitir su resolución. Preocupación social que se constata en la continua atención que del tema se viene haciendo en los diferentes medios de información.

A la actualidad se une la importancia, puesta de manifiesto en la estrecha correlación que el tema guarda con la independencia jurisdiccional, y en ser el medio que el legislador ofrece a las partes para garantizarles el derecho que tienen a ser juzgadas por jueces y Magistrados imparciales (2).

La doctrina mayoritariamente ve en la independencia una nota esencial de la Jurisdicción (3) si ésta no es independiente y los Jueces y Magistrados no son imparciales (4), no puede decirse que se administre verdadera justicia, consustancial con el Estado de Derecho que exige la tutela judicial efectiva por un órgano imparcial a través del debido proceso (5).

La independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción. La independencia alude al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como Función (6).

La imparcialidad queda garantizada a nivel constitucional en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, que asegura el derecho fundamental a ser juzgados por el Juez ordinario predeterminado por la ley (7).

En este sentido se interpretó la mencionada garantía por nuestro Tribunal Constitucional en una primera aproximación al tema; siguiendo e inspirándose en la pauta marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia, al interpretar y aplicar el artículo 6.1 del Convenio de Roma (8).

En efecto, el Tribunal Constitucional en Sentencia 47/1982, de 12 de julio (RA 60), señala que entre las garantías procesales, consagradas en el artículo 24 de la Constitución, están «las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un asunto concreto, entre las cuales es preeminente la imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad. De esta suerte hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley comprenden el de recusar a aquellos funcionarios en quienes se estimen que concurren las causas tipificadas legalmente como circunstancias de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y neutralidad» (la cursiva es nuestra).

Postura contraria es mantenida por el Auto del TC 111/1982, de 10 de marzo, que dice: «... no ya sólo porque 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, y que no acoge en absoluto dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones ... ».

La postura mantenida por la Sentencia de 12 de julio de 1982, citada, la sigue el TC en su línea interpretativa del artículo 24 de la Constitución; también en la Sentencia 101/1984, de 8 de octubre (RA 256), que dice: «La interpretación sistemática entre el artículo 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado (STC de 31 de mayo de 1983, BJC, número 26, pág. 708), radica en la Ley.» En la misma línea se pronuncia la Sentencia de 22 de marzo de 1985 (RA 313), que refiriéndose al derecho del Juez predeterminado por la Ley, manifiesta que éste exige «... que también se observe ésta en cada caso concreto, para garantizar la necesaria independencia e

imparcialidad. *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*» (la cursiva es nuestra). Señalando más adelante: « ... pues forma parte del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley... un conjunto de normas, entre ellas la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto, y es preeminente la imparcialidad» (10)

Esta línea interpretativa parece, no sabemos sí definitivamente, abandonada en posteriores resoluciones, incardinando el derecho fundamental a ser juzgados por Jueces y Magistrados imparciales dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. Esta es la posición mantenida en la Sentencia 113/1987, de 3 de julio, cuando señala: «La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano jurisdiccional imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del artículo 24 que consagra el derecho a un proceso público "con todas las garantías", entre las que hay que incluir sin duda la concerniente a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador.»

En la misma línea interpretativa aparece la Sentencia 145/1988, de 12 de julio, que dice: «... resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema». Entre ellas la prevista en el artículo 24.2 que reconoce el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución, doctrina que se repite en la Sentencia 164/1988, de 26 de septiembre, al señalar: «A este planteamiento han de hacerse dos observaciones previas. En primer lugar, la de que en el presente caso no está en juego el derecho al Juez predeterminado por la Ley, sino el derecho a un juicio con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución... Lo que en la demanda se cuestiona no es si el Juez que ha conocido era el predeterminado por la Ley, sino si el órgano judicial que ha conocido y resuelto, a los efectos de esa específica garantía, podría ser considerado un "Juez imparcial".»

La imparcialidad ha sido asimismo una constante preocupación para el legislador de todas las épocas y países, lo que se constata, en parte, en la normativa que rige la actuación del Juez en el proceso civil, matizada en algunos puntos en la reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 de agosto; en este sentido se pretende conseguir exageradamente tal imparcialidad convirtiendo al Juez en un espectador mudo e inerte ante la confrontación entre las partes, a quienes, en virtud del juego de los principios dispositivos y de aportación de parte, se convierte en detentadoras del *dominium litis* (11).

De lo dicho parece deducirse que el fundamento de la recusación se encuentra en asegurar la imparcialidad de jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional; permitiendo a las partes, ante la falta de abstención de los antes mencionados, reclamar, por el cauce de la recusación, la separación del conocimiento de un asunto del Juez o Magistrados competente, siendo suficiente en este caso la duda o sospecha de imparcialidad, unida, eso sí, a la correspondiente causa legal.

La jurisprudencia encuentra la razón de ser de la recusación «... 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 prevaricaciones-, sitio en *la sospecha o creencia*, por parte del justiciable, de que su actuación no será lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene», Sentencia de 19 de noviembre de 1983 (R. 5666).

La segunda parte de este trabajo va a centrarse en el estudio del motivo noveno; no obstante, no quisiera entrar en el tema sin antes hacer, como prólogo, a modo de resumen, una enumeración de lo que de positiva tiene la reforma en materia de motivos. Creo que en este campo se han mejorado los dos primeros motivos al introducir, en su ámbito de aplicación, las situaciones de hecho asimilables al matrimonio, así como la referencia expresa al parentesco con el Procurador de cualquiera de las partes; el motivo

cuarto gana en amplitud al generalizar la calidad de acusado y ampliar subjetivamente la responsabilidad por faltas; el quinto al hacer extensivo su radio de acción al Juez como representante; el sexto al suprimir el calificativo de privado, respecto del acusador; el décimo al ampliar la situación que recoge al proceso civil; así como la total novedad del motivo once.

En otros aspectos, sin embargo, los cambios no pueden calificarse tan favorablemente, quedándose corto el legislador al regular el motivo primero, omitiendo la referencia a matrimonios anteriores, ahora disueltos, lo que provoca un tratamiento desigual de las situaciones jurídicas y las fácticas; en el motivo quinto el legislador olvida la posible intervención del Juez o Magistrado como Secretario Judicial, sobre todo después de las amplias atribuciones concedidas a éstos por la propia LOPJ; en el motivo octavo limita los sujetos, entre quienes tienen que darse las relaciones de amistad o enemistad, al Juez y a las partes legitimadas para interponer la recusación, lo que provoca un recorte que entiendo no justificado; en el motivo décimo al generar una discordancia y falta de adecuación de las Leyes de 3/1967 y 10/1980, reguladoras de los procedimientos de urgencia y del enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves y flagrantes, respectivamente, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma y la interpretación del mismo por el TEDH (entre otras Sentencias, la de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber) (12). Discordancia que ha provocado la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por Sentencia 145/1988, de 12 de julio, antes aludida, en el sentido de declarar inconstitucional el apartado 2 del artículo 2 de la LO 10/1980, de 11 de noviembre; lo que ha dado lugar a una reforma urgente de la Ley Orgánica del Poder judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por LO 7/1988, de 28 de diciembre, en sus artículos 26, 57, 61, 65, 73, 87 y 88, introduciendo un nuevo artículo» el 89 bis, por el que se crean los juzgados de lo Penal y los juzgados Centrales de lo Penal, con el fin de separar el órgano que instruye e investiga del órgano judicial que decide la causa por delito.

Entrando ya en el examen del motivo noveno del artículo 219 LOPJ, el legislador acoge en él, como causa de recusación, «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa» (13).

La nueva redacción, con la generalidad legal que supone su actual ubicación legislativa, conlleva la derogación de parte del núm. 8 del artículo 189 LEC relativa al interés que el Juez o Magistrado pudiera tener en causa semejante. Pienso, con MANRESA (14), que la nueva eliminación de la frase, como ya hiciera su antecesora la LOPJ de 1870, no ha sido acertada, pues la situación genera dudas sobre la necesaria imparcialidad del Juez o Magistrado, que puede sentirse tentado a favorecer a la parte que mantenga intereses coincidentes con los suyos (15) y (16).

A pesar de que en él la alusión al interés es genérica, la jurisprudencia se ha encargado de ir delimitando restrictivamente su ámbito de aplicación. De lo dicho parece surgir la necesidad de considerar una serie de situaciones acaso encajables en su ámbito de aplicación.

En este sentido reitero lo manifestado anteriormente, respecto a que quizá no haya sido acertada la exclusión del supuesto en que el Juez o Magistrado tenga interés en un pleito semejante al que está siendo sometido a su decisión, por las razones que antes apuntaba acerca de la posible sospecha de parcialidad en el órgano jurisdiccional, que la recusación pretende combatir.

Dentro del interés del Juez en el pleito podría pensarse en incluir los supuestos en que éste fuera acreedor o deudor de cualquiera de las partes, o tuviera relación económica similar, que ordenamientos como el italiano contemplan, como motivo independiente, en el artículo 51.3 CPC y artículo 64.1 CPP, o el francés en el artículo 341.2 CPC, ampliando incluso subjetivamente estas relaciones al cónyuge del Juez y a sus hijos.

Entre nuestros procesalistas es PRIETO CASTRO (17) quien alude al tema, refiriéndose a la fiaduría como una posible causa que justificara el interés indirecto del Juez en el pleito.

ROSENBERG (18) o GOLDSCHMIDT (19) hacen también referencia a ella, colocándola entre las causas que hacen al Juez inhábil. Y asimismo MICHELI (20) o LEONE (21) comentando los artículos de los

Códigos de Procedimiento italianos citados. Por su parte, CLARIA OLMEDO (22) recoge entre las causas de vinculación directa entre el Juez y los interesados, el hecho de que aquél sea acreedor, deudor o fiador, salvo el caso de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

Dentro también del contexto del motivo noveno del artículo 219 LOPJ creo que deberían incluirse las manifestaciones hechas por el Juez o Magistrado respecto del asunto sometido a su decisión; estas manifestaciones, en las que se deja entrever su opinión, pueden evidenciar que quizá su ánimo no esté lo suficientemente sereno como para emitir una resolución imparcial (23), sin que ello pueda o deba afectar al derecho constitucional de libertad de expresión (24)

Las opiniones de referencia, como generadoras de temor de parcialidad, han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia alemana. ROSENBERG (25) recoge como motivos de recusación las «manifestaciones extraoficiales favorables o adversas para una de las partes a su causa o actuaciones impertinentes a sus escritos ("OLG Naumburgo"», JW, 1933, pág. 2020) » (26). Asimismo CLARIA OLMEDO (27) cita una resolución de 18 de septiembre de 1955 de la Cámara de Apelación del Mar de la Plata que «dio lugar a la recusación con causa por haber vertido el Juez asertos que parecen dar por plenamente probado el hecho fundamental que se investigaba».

Creo que no sería forzar el contexto ni la interpretación de este motivo el incluirlas en su ámbito de aplicación.

Pero quizá sea el tema del interés ideológico o político el punto de mayor conflictividad de esta causa.

Nuestro TS en un caso de posible desacato a un Magistrado y calumnias al Ministerio Fiscal, habiéndose alegado como causa de recusación el interés corporativo, dice: «... sin que pueda equiparse a la causa de recusación estudiada, el denominado interés ideológico u otros de carácter general o abstracto, los cuales de prosperar impedirían a todos los integrantes de la carrera judicial, por uno u otro motivo, más o menos espacioso, conocer de cualquier clase de proceso o causa» Sentencia de 28 de junio de 1982 (RA 3581) (28).

Quisiera a este tenor hacer algunas consideraciones por si acaso pudiera convenir la inclusión de este tipo de interés con motivo de recusación; si del resultado de las mismas se puede obtener la conclusión de un posible riesgo, sería preciso pronunciarnos en su favor, pese a la posición contraria de la jurisprudencia.

No creo necesario, por lo obvio, detenerme en justificar los peligros dimanantes de una Magistratura politizada para la administración de justicia, que pueden afectar a su credibilidad, con lo que ello supondría para el Estado social y democrático de Derecho (29).

Por ello quiero limitarme a formular la siguiente pregunta: ¿Sería aconsejable excluir del ámbito de la recusación la figura del llamado Juez político? Este aparece definido por GIMENO SENDRA (30) como «aquel que siendo partícipe de una ideología determinada, en aras de la misma, no duda en violentar la letra y el espíritu de la ley, con tal de proteger, en el proceso, los intereses de una clase social o grupo determinado... éste debería ser susceptible de engendrar responsabilidad disciplinaria y constituir motivo de recusación».

Es cierto que el legislador ha tratado siempre de conseguir la neutralidad política de la Magistratura (31), En la Exposición de Motivos de la LOPJ de 1870 pone en evidencia la preocupación y la sensibilidad por este tema (32).

Nuestro legislador constituyente en el artículo 127 y el orgánico en el artículo 395 LOPJ prohíben la pertenencia de Jueces y Magistrados a partidos políticos o sindicatos (33) que incrementa al segundo de los artículos citados a tener empleo al servicio de los mismos; siendo en realidad una garantía más formal que real, pues su baja en el partido en que militaban no actúa a modo de lavado de cerebro, ni convierte al Juez en una persona neutra o carente de ideología, aunque sí consigue una imagen, aunque sólo sea formal y aparente, de neutralidad política.

Esta prohibición no afecta al régimen de asociación profesional de los mismos, del que se ha dicho que

es una compensación o sucedáneo de la prohibición de pertenecer a partidos políticos o sindicatos (34) previsto legalmente y regido por las directrices marcadas en el artículo 401 LOPJ, donde se vuelve a recoger la prohibición de que estas asociaciones lleven a cabo actividades políticas o tengan vinculaciones con partidos políticos o sindicatos. Es a través de estos movimientos, asociaciones judiciales, más desarrollados en Italia que en nuestro país, desde donde se han iniciado interesantes procesos de transformación interna, y la necesaria reinserción del Juez en la sociedad, ya que «un Juez privado de todo interés no es humanamente concebible» (35) y (36)

Andrés IBAÑEZ (37) refiriéndose a estos movimientos asociativos nos dice que dan como resultados «una mejor comprensión y mayor aceptación del papel político -peculiarmente político si se quiere, pero político-, del Juez... En este contexto, la independencia del Juez individualmente considerado puede cobrar otro sentido, que además encontrará nuevas posibilidades de ser efectivo, merced a toda una serie de circunstancias a que en parte se ha aludido... La necesaria revisión del concepto de independencia, implícita en todos estos datos, deja fuera de duda que la misma no es en modo alguno función de la imposible neutralidad ideológica, sino precisamente de la forma específica que el Magistrado tiene de ser político». Por ello, el que el Juez, como ciudadano, participe de una determinada ideología no puede convertirlo, sin más, en sinónimo de Juez político.

Este es el sentir manifestado por el Tribunal Constitucional en dos Autos de 4 de mayo y de 20 de julio de 1983 (38), en los que deja sentado que la tenencia de una ideología no puede ser controlada por los poderes públicos; pues ello resultaría atentatorio al principio constitucional de igualdad, consagrado como derecho fundamental en el artículo 14 de nuestra Constitución. El peligro no está, pues, en que el Juez tenga o pueda tener una ideología, sino en que ponga la función jurisdiccional al servicio de la ideología que profesa.

En este punto cabría preguntarse: ¿cómo se puede llegar a ese Juez político?, o mejor dicho, ¿cómo se puede llegar a un Juez comprometido o interesado políticamente? ¿Supone la actual selección una politización, como se ha dicho, de la función jurisdiccional, que pudiera llevarnos, ante actuaciones como las antes mencionadas, al llamado Juez político?

El sistema de selección del personal jurisdicente (39) viene regulado en la LOPJ que prevé diversas formas de acceso a la carrera judicial; las tradicionales de oposición libre, antigüedad, que, en el sentir del Consejo General del Poder Judicial, son las que mejor se ajustan a la igualdad y a los criterios de mérito y capacidad a que se refiere el artículo 103.3 de nuestra Constitución (40) y el acceso directo para la categoría de Juez, Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo regulado en los artículos 301.2 y 3, 311.1 y 343 LOPJ en la proporción y condiciones que se especifican (41).

El sistema que más polémica haya quizá levantado es el del acceso directo, denominado tradicionalmente «cuarto turno». Prescindiendo de la forma en que se le dio entrada en el Proyecto, como un sistema -transitorio, a través de la Disposición Adicional octava (42) que dejaba, en algún sentido, entrever cierto criterio oportunista (43) y consagrado su permanencia por medio de los artículos de la LOPJ últimamente citados, he de manifestar que parece una forma de acceso que no puede ser rechazada en principio, siendo, por el contrario, según manifiesta asimismo PEDRAZ PEÑALVA (44), un sistema aceptable y oportuno, siempre que venga rodeado de las necesarias garantías, para que sean criterios objetivos y rigurosos y no particulares y discriminatorios los que decidan la selección.

Las reservas hacia el llamado «cuarto turno» están quizá amparadas en la experiencia histórica; es cierto que sus resultados no se pudieron calificar precisamente de satisfactorios, las innumerables críticas a los métodos de selección se hicieron desde todos los sectores sociales (45) . De todos es conocida la dureza con que BECEÑA (46) calificó esta forma de acceso. Pero ello no debe, sin embargo, llevarnos a cerrar el paso a este nuevo sistema de ingreso, que puede traer nuevos aires a la Administración de justicia, así como servir de instrumento adecuado a la conformación de ese nuevo Juez (47), rompiendo así el

aislamiento comparativo. Habría que recordar aquí que tampoco fueron felices las actuaciones del Tribunal de Garantías o las del Jurado, y ello no ha impedido el que parece buen funcionamiento del Tribunal Constitucional, ni esperamos que impida el adecuado desarrollo del artículo 125 de la Constitución.

Si el sistema de acceso directo, asépticamente considerado, puede ser adecuado por las razones que hemos expuesto, estaremos ante una nueva pregunta a formular y es la de si la forma en que el mismo ha sido regulado reúne todas las garantías necesarias de objetividad, o sí puede engendrar algún riesgo aún potencial de posible injerencia del Ejecutivo en la selección de los candidatos y por aquí encontrar un medio de interferir en la función jurisdiccional.

Si examinamos la forma en que se realiza la selección de los vocales que componen el Tribunal que ha de juzgar el acceso, el artículo 304 LOPJ nos dice que estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o Magistrado del mismo en quien delegue y, por seis vocales.

La propuesta de los vocales, de acuerdo con el artículo 305 LOPJ, la formularán: los dos Catedráticos serán propuestos por el Consejo de Universidades; el Abogado por el Consejo General de la Abogacía; el Letrado del Estado por el Ministro de justicia, y el Fiscal por el Fiscal General del Estado. Parece, pues, que la injerencia del Ejecutivo puede deducirse del contexto de este artículo 305 LOPJ (48).

Si nos fijamos en la prueba para el ingreso, vemos cómo es el Ministerio de justicia el que aprueba las bases y fija la puntuación que ha de darse a cada uno de los apartados del baremo, que ha de confeccionarse siguiendo las pautas del artículo 313 LOPJ, en la que parece observarse cierta falta de criterios de objetivación. El paso de los aspirantes por el Centro de Estudios judiciales, dependiente del Ministerio (le justicia, así como el carácter vinculante de la propuesta del nombramiento, han sido puestos de manifiesto, entre otros, por ALMAGRO NOSETE (49) como posible riesgo para la independencia jurisdiccional.

Si la injerencia del Ejecutivo es, como hemos visto, posible y sí faltan criterios de objetivación, no corre el riesgo de que la discrecionalidad sea mal utilizada o, lo que sería peor, deliberadamente dirigida. Si, ello ocurre, yo quisiera hacer mías las siguientes palabras de GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO (50): «No deben existir dudas de que en la elección de los jueces y Magistrados deban quedar excluidas razones de carácter político que pueden interferir su designación primero y su función después, donde en la elección del Juez puede tener un predominio directo algún poder del Estado de carácter esencial o primordial político, la justicia puede hallarse gravemente comprometida.»

No obstante, en las pruebas realizadas hasta ahora parece que no han primado criterios de oportunidad; lo que en todo caso no impide destacar el peligro dimanante de la forma en que se regula el acceso. Peligro que puede verse incrementado por los caracteres de la Ley que el Juez está llamado a aplicar, una Ley abstracta y poco contrastada políticamente; la mayoría parlamentaria dificulta que el proceso político canalice adecuadamente el conflicto que genera la transformación del Derecho vigente.

Si el riesgo existe, justo sería arbitrar la vía adecuada para que, de producirse, el justiciable pudiera separar del conocimiento del caso al Juez o Magistrado que anteponga los intereses de la ideología que profesa el sentir de la Ley, ofreciéndole así un proceso con todas las garantías, que asegura el artículo 24 de la Constitución.

El interés ideológico como posible motivo de recusación ha despertado interés y preocupación en países como Italia, donde quizá el problema se haya vivido con una mayor intensidad, (51) las opiniones son dispares en un tema delicado como lo es el que nos ocupa. ROMBOLI (52) se opone a la inclusión de este tipo de interés en el ámbito actual de la regulación del interés; ni siquiera sería acogible a través de una -interpretación extensiva o *di ritorsione* del artículo 51 del Código Procesal Civil; señalando que el conceder esta facultad al Juez encargado de resolver la recusación sería peligroso e incluso anticonstitucional por atentar contra el principio del Juez natural y contra la libertad de pensamiento y asociación de los Magistrados. Para que el interés político pueda alegarse como causa de recusación, dice- sería necesario que estuviera expresamente recogido en la legislación (53) ,apuntando las dificultades del legislador para

una regulación objetiva del supuesto que eliminará cualquier aspecto discrecional en su interpretación. Reconoce, no obstante, que hay autores que, partiendo de una consideración de la naturaleza «romántica» de la institución y del hecho de que en la época en que ésta fue regulada no se era consciente de la politización del Juez, sostienen que es necesario una interpretación del interés en causa que englobe el interés político.

En sentido contrario se manifiesta LA CHINA (54), quien comentando una resolución de 24 de diciembre de 1976 del Tribunal de Génova se muestra partidario, a la luz de los preceptos constitucionales y de la doctrina citada, de incluir dentro del interés de la causa la pertenencia del Juez a una determinada asociación de Magistrados (Magistratura democrática) cuando este hecho hace anteponer su juicio personal al tenor de la Ley, y concibe su función desvinculándola del deber de imparcialidad y al contrario fuertemente influenciada por los intereses de clase y por los intereses de su asociación, de los que quiere convertirse en su instrumento.

En Alemania ROSENBERG (55) y BAUMANN (56) aceptan como causa de recusación la del Juez o Magistrado comprometido política o confesionalmente, mientras que GOLDSCHMIDT (57) se decanta en sentido contrario, descartando la pertenencia del Juez a un partido político como causa que justifique la sospecha necesaria para recusar.

En el caso de aceptar este tipo de interés como posible causa de recusación, lo que debería hacerse como motivo independiente y no por vía de interpretación del actual motivo noveno, no se me ocultan las dificultades que esta tarea conlleva; las cautelas, la rigurosidad y la prudencia del legislador tendrían que ser máximas para evitar que, el motivo se convirtiera en letra muerta, o, lo que sería peor, que su regulación diera pie al justiciable para su utilización, a modo de caza de brujas, como elemento torpedeador de la administración de Justicia.

Quizá por ello, y por el riesgo que entraña la articulación de un motivo de esta índole, se podría pensar, como alternativa inmediata, en una adecuada reforma de la vía de acceso directo, que desterrara toda posible influencia del Ejecutivo en la propuesta de los vocales, así como en la regulación de las bases de la prueba, baremo, etc., que podría serle encomendada al Consejo del Poder Judicial, como se hace en el caso de promoción de la categoría de Juez a Magistrado, por imperativo del artículo 312.3 LOPJ.

NOTAS:

(1) Todos estos aspectos pueden verse con detalle en mi trabajo sobre «La recusación de jueces y Magistrados», publicado en la *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, 1988, núm. 1, págs. 73 y sigs.

(2) Refiriéndose a la recusación GOLDSCHMIDT LANGE, *La imparcialidad como principio básico del proceso*. Discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950, págs. 8 y 9, dice: «La recusación en todas sus formas asegura la base misma de la justicia y sus reglas generales pueden considerarse como principios generales del Derecho.»

(3) En este sentido GUASP DELGADO, «Administración de Justicia» y «Derecho de la personalidad», *Revista de Estudios Políticos*, 1944, IX, 17, págs. 75 y sigs., dice que el órgano jurisdiccional «se configura negativamente frente a los demás órganos de la Administración, de donde se deduce de esta situación de especialidad o singularidad (de su función) como una situación de independencia de donde surge el principio de independencia jurisdiccional como característica básica de toda organización jurisdiccional. Como elemento cualificador de la jurisdicción consideran a la independencia entre otros: STAFIL, *Staat un Rechtsiebre*, Berlín, II, 1847, págs. 150 y sigs., quien destaca que la independencia de la jurisdicción

aparece en dos sentidos destacables, negativamente frente al ejecutivo y positivamente frente al justiciable, configurada de tal forma que puede negar a considerarse como «control judicial del ejecutivo» en el sentido de «control judicial de los medios del poder propios del Gobierno (A. Régimen) monárquico y concretamente de la burocracia administrativa, negando incluso a exigirse la sumisión de la Administración toda a los Tribunales civiles». Para autores como LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1895, págs. 19, 77 y 79, «... dada la ausencia de un contenido sustancial propio de la actividad jurisdiccional sólo tendría dos caracteres formales particulares, de suerte que únicamente sería factible una individualización haciendo referencia a la cualidad del órgano estatal agente, esto es, a la imparcialidad y a la independencia del Juez»; en el mismo sentido FAZZALARI, «La imparcialità del giudice», Riv. di Dir. Proc., 1972, pág. 193; a pesar de que exagera el «margen de discrecionalidad» concedido a los Jueces; sobre el que con mejor acierto se pronuncia BÜLOW, «Gesetz und Richteramt», Neudr. der Ausgabe, Leipzig, 1885, 1972; CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padua, 1973, en la que se recogen unas interesantes consideraciones históricas, y GOLDSCHMIDT, «La imparcialidad en el proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1950, págs. 118 y sigs.

Sobre la independencia como atributo indispensable del Tribunal se pronuncia también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* diciendo: «Según la jurisprudencia del Tribunal sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responde a una serie de otras exigencias -independencia con respecto al ejecutivo y a las partes encausadas...» Esta doctrina había sido sentada en la Sentencia de 4 de diciembre de 1979, caso *Schiesser*, y en la de 27 de febrero de 1980, caso *Sewe*, y ratificada en la de 10 de febrero de 1983, caso *Albert y Le Compte*, y en la de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*, en la que afirma que incumbe a los Estados contratantes «ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del artículo 6.1, a la cabeza de las cuales figura seguramente la imparcialidad».

(4) La imparcialidad es definida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como: «Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada... de diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto», Sentencia de 1 de octubre de 1982, caso *Piersachk*, y en el mismo sentido Sentencia de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*.

La imparcialidad es lo que justifica la atribución a los órganos jurisdiccionales del monopolio de la función jurisdiccional y a la vez actúa como contrapeso, haciéndolos responsables para que la misma no degenera en arbitrariedad. Ver en este sentido GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1982, página 40; asimismo PRIETO-CASTRO, L., «Informe general sobre los principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, pág. 662, y asimismo, MONTERO RIOS, «Breves indicaciones acerca de las nuevas leyes relativas al Derecho penal y organización del Poder Judicial. Idea sobre la alta misión del Magistrado», discurso en *RGLJ*, t. 37, págs. 247 y sigs., en el mismo sentido al decir que la «responsabilidad judicial es reconocida y aceptada en principio como garantía eficaz de la imparcialidad y sanción del acierto de los Tribunales ... ». Ver también GARCIA, G. DE LA SERNA, «Informe de la Audiencia de Madrid: sobre la ley provisional de organización del Poder Judicial», en *RGLI*, t. 40, 1872, pág. 304; asimismo *vid.* a ORTIZ DE ZUÑIGA, M., «De la responsabilidad judicial», en *RGLJ*, t. 25, 1864, págs. 99 y sigs.

(5) En este sentido PEREZ CAPELLA, «Jueces y Abogados», *Poder judicial*, 1982, núm. 3, pág. 40,

dice: «En efecto, la imparcialidad y la honestidad son los principales atributos que, sobre cualesquiera otros, exige al juez la comunidad; podrá transigir en cuanto a su grado de cultura y preparación jurídica. Pero no en lo tocante a su rectitud.» ALZAGA VILLAMILL, *Comentario sistemático a la Constitución española*, Madrid, 1978, página 713, referido a la independencia señala: «La independencia judicial constituye en todo Estado de Derecho requisito *sine qua non* para que los Jueces y Magistrados puedan asumir el deber de otorgar justicia», en el mismo sentido puede verse, entre otros: MARTINEZ CALCERRADA, *Independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1970; ALVAREZ GENDIN, *La independencia del Poder judicial*, Madrid 1966; PLAZA NAVARRO, *Las garantías de la independencia judicial*, discurso de recepción en la R. A. de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954; FUENTES PEREZ, «El principio de la independencia judicial», en *RDJ*, X, 40, 1969, págs. 125 y sigs.; CALAMENDREI, «Independencia y sentido de responsabilidad del Juez», en *Proceso y democracia*, 8 Buenos Aires, 1960, y del mismo, «Per L'indipendenza della Magistratura» en *Opere Guridiche*, Nápoles, II, 1966, págs. 424 y sigs.

(6) PEDRAZ PENALVA, «Reflexiones sobre el "Poder Judicial" y el PLOPJ», *La Ley*, 31 de mayo de 1985, pág. 7- GIMENO SENDRA, *Fundamentos ...*, cit., Madrid, 1981, págs. 53 y 57 y sigs. Para ALMAGRO NOSETTE: *Derecho procesal civil*, Valencia, 1986, t. I, vol. I

(con GIMENO-CORTES-MORENO), «la independencia judicial es instrumental respecto de la imparcialidad, que es, en realidad, el fin perseguido por las garantías en que aquélla se manifiesta».

(7) Esta garantía siguiendo a ALMAGRO NOSETTE, «El Derecho procesal en la nueva Constitución» *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núm. 4, pág. 870, significa que nadie puede ser juzgado sino por el juez preconstituido y establecido legalmente por los presupuestos que connotan al juez auténtico (independencia), inamovilidad, responsabilidad, que aseguran un juicio imparcial al que se llega por medio del proceso debido.

(8) Entre otras sentencias pueden verse las de los casos Delcourt, de 17 de enero de 1970; Piersack, de 1 de octubre de 1982; De Cubber, de 26 de octubre de 1984, así como los informes de la Comisión en los casos Ben Yaacoub, de 7 de mayo de 1985, y Hauschildt, de 16 de julio de 1987

(9) Recientemente en Sentencia 113/1987, de 3 de julio, la incardina en el Derecho a un proceso con todas las garantías, diciendo en el fundamento jurídico 2: «La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del artículo 24 que consagra el derecho a un proceso público "con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador ... »

(10) La garantía del juez ordinario predeterminado por la Ley se cuestionó por la Sala de Gobierno del TS en resolución de 28 de julio de 1983, por la que nombraba juez especial; sentando una peligrosa doctrina al alegar que el derecho fundamental del juez ordinario predeterminado por la Ley no se refiere al proceso civil; contra la cual se manifiesta la Sala Segunda del TC en Sentencia de 8 de noviembre de 1984 (RA 256) con una clara doctrina que por su importancia reproducimos. «Tal afirmación no puede admitirse.» Este Tribunal ha dicho (STC 62, 1982, de 15 de octubre, Sala 1.ª, JC, IV, 287) que «dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos no ha de estar justificada», pero no se ve cuál podría ser en este caso la justificación de excluir tal derecho fundamental del orden procesa civil, pues el único argumento aducido al efecto de la Sala de Gobierno del

Tribunal Supremo, esto es, que los Jueces civiles tienen jurisdicción en todo el territorio nacional y a cualquiera de ellos pueden someterse las partes, no sólo es compatible con la predeterminación legal del Juez ordinario civil, sino que no deja de ser también una forma de determinación de la competencia permitida y establecida legalmente, con generalidad y con anticipación al caso. Frente a tan débil argumento *este Tribunal, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y de acuerdo con la regla de remisión del artículo 10.2 de la CE, declara la plena vigencia del derecho fundamental en cuestión en el orden procesal civil. El derecho de toda persona a que su causa sea juzgada «por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley», se extiende «a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil»* según el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 y así ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias sentencias (así, la de 21 de febrero de 1975, caso Golder; la de 28 de julio de 1981, caso Le Compte, y la de 24 de septiembre de 1982, caso de Sporong). De modo coincidente el artículo 14.1 del Pacto de Nueva York de 1966 sobre derechos civiles y políticos establece que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley... para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Aunque la dicción del 24.2 no sea idéntica a la de las normas citadas, es obvio que las tres se refieren a unos mismos derechos o garantías de contenido procesal y de vigencia explícita en las dos primeras en el ámbito procesal civil, pauta interpretativa obligada e inequívoca que fuerza a concluir que también el derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento y por imperativo constitucional en el proceso civil. Así lo ha entendido ya este Tribunal que, al menos en una de sus sentencias, se ha ocupado de la posible violación de tal derecho fundamental en materia civil. (Sala Segunda, STC 31/1983, de 27 de abril, JC, V, págs. 488 y sigs.)

(11) La imparcialidad no está ni debe estar reñida con la inmediación, ni mucho menos debe suponer dejación de funciones. BECEÑA, *Magistratura y justicia*, Madrid, 1928, págs. 326-27, en este sentido pone de manifiesto cómo así el juez pierde interés: «... no cumple con la obligación que tiene de presenciar las pruebas... y el juez se limita a ser un mero instrumento de las partes... o abandona esta importantísima función en manos de los curiales... perdiendo sus cualidades esenciales, publicidad, contradicción y presencia personal del órgano que ha de apreciarla». Ver también ALVARADO BELLOSO, *EL juez, sus deberes y facultades*, Buenos Aires, 1982, pág. 18, quien nos dice: «claro es que la imparcialidad (equidistancia, neutralidad de ninguna manera significativa *distancia*, alejamiento de las partes)... Al contrario, el contacto con ellas... es un factor valioso en la conducta del Juez ... ».

(12) Un comentario a esta sentencia puede verse en MARTIN GRANIZO, «Notas sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 (De Cubber) », *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 85 y sigs.

(13) Se corresponde el motivo 8.º del artículo 219 LOPJ con el mismo número del artículo 189 LEC, que decía: «Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante» y con el núm. 9 del artículo 54 LECr, que decía: «Tener interés directo o indirecto en la causa.»

(14) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5.ª ed., Madrid, 1928, t. I, pág. 495, dice: «El mismo motivo de recusación se estableció en la causa 9.ª del artículo 428 LOPJ pero suprimiendo las palabras o *en otro semejante*, que ahora se restablecen de acuerdo con nuestra antigua jurisprudencia en consideración a que no ofrece las condiciones necesarias de imparcialidad el juez que tenga interés en un pleito semejante... porque es de presumir, dada la condición humana, que favorecerá a la parte que sostenga pretensiones iguales a las que él sostiene en el otro pleito, para que recaiga el fallo en el sentido

que a él le interesa.»

(15) También en el ordenamiento italiano, el artículo 51.1 CPC extiende el interés a pleito semejante, mientras que el núm. 1 del artículo 64 CPP lo circunscribe sólo al proceso actual. LEONE, *Derecho procesal penal*, traducción de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1963, t. I, pág. 374, comentando este último artículo dice: «debe referirse al proceso actual y no a otro, aunque verse sobre idénticas cuestiones de derechos tocadas en el proceso en que existía el motivo de interés (más aceptable es la amplia configuración del art. 51, núm. 1, del Cod. Prov. Civ.)».

(16) La jurisprudencia dice qué debe entenderse por interés y sus clases; en este sentido, entre otros, la Sentencia de 28 de junio de 1982 (R 3581) dice que «por interés directo o indirecto en la causa ha de entenderse la confusión de los conceptos de juez y parte, dado que el proceso y la resolución final que en él se dicten supone una carga o perjuicio, o antes al contrario, una ventaja o utilidad, para el organismo jurisdiccional, de tal modo que dicha resolución afecta, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota a la persona o bienes de recusado -véase Sentencias de 14 de noviembre de 1987 y 13 de mayo de 1899- debiendo, desde luego, tratarse de un interés meramente personal...». El interés ha de ser personal Sentencias de 17 de enero de 1964 (R. 248), de 29 de noviembre de 1969 (R- 5630), 6 de octubre de 1972 (R. 3892), entre otras y actual Sentencia de 17 de febrero de 1975 (R. 5777).

(17) PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1972, pág. 78.

(18) ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, traducción de ROMERA, Buenos Aires, 1955, t. I, páginas 121-122.

(19) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, traducción de PRIETO CASTRO, Barcelona, 1936, pág. 159.

(20) MICHELI, *Derecho procesal...*, cit., t. I, pág. 186.

(21) LEONE, *Derecho...*, cit., t. I, pág. 373.

(22) CLARIA OLMEDO, *Tratado de Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1962, t. II, pág. 250.

(23) Un caso similar se suscitó no hace mucho en relación con un Juez de Málaga sobre un tema de aborto. Las manifestaciones realizadas por el juez a diferentes medios de comunicación, contrarias al aborto, llevaron al Abogado del imputado a plantear su recusación, amparándose en el interés del juez en la causa. Este aceptó el motivo y fue separado del asunto.

(24) En este sentido ANDRES IBANEZ (con MOVILLA ALVAREZ), *El Poder judicial*, Madrid, 1986, pág. 136, nos dice: «serían impensables en el nuevo marco constitucional y legal sanciones como la impuesta por la Sala de Gobierno del TS en "Expediente sobre investigación de las actividades y conducta" a Clauclio Movilla Alvarez como consecuencia de la publicación de un artículo titulado "La oportunidad en el Derecho" (*La Voz de Galicia*, 20 de febrero de 1974), en el que se hacía una valoración crítica de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de fuero de la policía. El órgano sancionador, valorando negativamente el hecho de que el articulista hiciera uso de un diario, en lugar de utilizar el cauce de "un trabajo de

investigación jurídica especializado" dándolo a la luz "en publicaciones de ese tipo", concluía estimando comprendida la conducta del Magistrado entre los actos "incompatibles con los deberes que impone la profesión judicial", del artículo 734.5.º LOPJ de 1870».

(25) ROSENBERG, *Tratado...*, cit. t. I, pág. 123.

(26) GOMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, Barcelona, 1985, pág. 65, recoge dos Sentencias, de 9 de julio de 1953 y 13 de julio de 1969, BGHST, t. 4, pág. 264, y t. 21, pág. 85, respectivamente, en las que se recoge el hecho a que nos hemos referido.

(27) CLARIA OLMEDO, *Tratado...*, cit., pág. 243.

(28) En el sentido antes enunciado, la Sentencia de 12 de junio de 1967 (R. 3150) consideraba que el hecho de que el juez perteneciera a la Acción Católica no supone «ligazón lógica, moral o religiosa para deducir interés directo o indirecto ... »; la causa se seguía contra un sacerdote.

(29) Las consecuencias de una justicia politizada son incalculables, BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial, vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Buenos Aires, 1984, págs. 98-99, pone de manifiesto la desolación del panorama argentino con estas palabras: «El Poder judicial argentino vive y padece profundamente la básica contradicción que supone aparecer como definición autónoma, independiente, "apolítico", cuando de hecho es institución del Estado implicada en la propia dinámica del poder que, tal como antes ha sido señalado, se vale de múltiples recursos para mantener el aparato judicial dentro de su área de influencia. Así, el encuadramiento de la organización judicial en el marco de un Ministerio de justicia que, aunque llamado en principio a prestar la infraestructura meramente administrativa, no pudo menos que construir un serio condicionamiento político. *En mayor medida aún si se añade la potestad del Ejecutivo a la hora de seleccionar los candidatos para cubrir los cargos judiciales*, tarea en la cual ese Ministerio desempeña un papel decisivo. Esta situación se toma aún más gravosa si se recuerda la función del llamado Ministerio Público o Fiscal, respecto del cual por más sutilezas teóricas que se emplean para tratar de caracterizarlo como «parte formal», "imparcial", "magistratura independiente etc., no puede dejar de verse a través de él una presencia efectiva del Poder Ejecutivo en el proceso penal, que es aún más evidente si se considera la fungibilidad de sus miembros con los de los tribunales de justicia y la vigencia de los principios de unidad y dependencia por los que se rige, todo lo cual lleva a la conclusión de que el ejercicio de la acción pública, así monopolizada, queda sujeto a las órdenes del Ministerio de Justicia.»

Para afirmar algunas páginas más adelante (pág. 112): «El apoliticismo es asumido como sinónimo y condición de imparcialidad y de independencia del juez y, por consiguiente, constituye un principio fundamental de su escala de valores profesionales.» Asimismo RUIZ PEREZ, «El juez protagonista: Imparcialidad e independencia», revista jurídica *La Ley*, 1986, núm. 1.556, pág. 3, dice en este sentido: «Es muy peligroso el intento del ejecutivo de pretender gobernar a través de la judicatura, quebrantando la división de poderes e implicando al Judicial en tareas políticas. El ejecutivo podrá legislar desde el Gobierno, desnaturalizando y desdemocratizando la Ley, como de hecho ocurre cuando reúne suficiente mayoría parlamentaria, pero no debe conculcar la elemental garantía constitucional de la independencia judicial.» SILVA MELERO, *Las garantías de la independencia judicial*, Madrid, 1955, pág. 17, señala como garantía de la independencia judicial: «1.ª Sistema apolítico y rigurosamente técnico de ingreso en la carrera judicial por medio de un procedimiento que asegure la adecuada selección del personal ... », en el mismo sentido MARTINEZ-CALCERRADA, *Independencia del Poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 42-43.

(30) GIMENO SENDRA, *Fundamentos... cit.*, pág. 53.

(31) De neutralidad política de la Magistratura nos habla DE LA PLAZA NAVARRO, *Las garantías de la independencia judicial*, Madrid, 1954, pág. 15, y con el que «se intenta también evitar que, a pretexto de fidelidad para un Estado político a que el juez no puede sustraerse, se convierta en ciego servidor de una tendencia política determinada, defraudando por tal manera la universalidad de su función ... ». Sobre el apoliticismo de la Magistratura se han pronunciado también juristas clásicos como CORTINA, «Exposición dirigida al Ministro de Gracia y justicia dándole cuenta del estado y de los trabajos de la Comisión de Codificación», *Rev. Gual. Legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1871, t. 39, núm. 126, cuando dice: «La política y la imparcialidad que debe caracterizar al Magistrado son, por punto general y con muy pocas excepciones, incompatibles» o las palabras de PEREZ SERRANO, *La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955, pág. 9, que en este tenia dice: «parece que no rimen bien, antes se repudian mutuamente, los términos Magistratura y Política. Por ello se procura siempre que las miras políticas no influyan en el nombramiento, en el ascenso asimismo con esforzado ahínco que la política no influya en las resoluciones que hayan de dictar los Tribunales. A su vez se teme que la independencia judicial sufra menoscabo cuando los factores políticos puedan tomar parte en la tramitación o fallo de los asuntos, determinando por supeditación del juzgador sentencias demasiado severas o excesivamente benignas, según la índole específica del caso o del encargado o de un litigante».

(32) En la Exposición de Motivos se dice: «Conveniente es que los representantes del Poder Judicial se hallen alejados del terreno de la política activa... y si como ciudadanos pueden, en uso de un derecho legítimo, como Jueces deben evitar cuidadosamente cuanto pueda coadyuvar a que su ánimo aparezca turbado por las revueltas pasiones de los partidos... tanto más cuanto no basta que los Jueces y Magistrados sean rectos e imparciales, sino que además es preciso que la rectitud e imparcialidad se muestren en todos sus actos, y que la conducta pública inspire completa confianza. El Juez o Magistrado que toma parte activa en determinadas candidaturas, y el que en manifestaciones públicas se declara partidario intransigente de una idea política, por más que a la puerta del Tribunal se despoje de su afección y de sus oídos, no será creído por el que tenga que comparecer ante él en demanda de Justicia, cuando su adversario pertenezca al bando político en que ese juez no se haya afiliado. El litigante habrá siempre de considerarle parcial, enemigo suyo tal vez, y como las ideas políticas ostensiblemente manifestadas no son ni pueden ser causa de recusación, se verá ese litigante en la triste necesidad de someterse a un juez que en su concepto tiene prejuzgada la sentencia conociendo tan sólo del litigio los nombres de los contendientes.» Una preocupación tan profunda por la apolitización de la Magistratura no se encuentra en la actual Exposición (le Motivos LOPJ, donde, de pasada, se alude en el apartado VI a la «limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos».

(33) Coinciden los constitucionalistas en lo inusual de una prohibición de esta clase en el Texto Constitucional; resultando suficiente con la inclusión de la misma dentro del régimen general de incompatibilidades y prohibiciones regulado en la LOPJ. Parece que nuestro legislador constituyente pretendía con ello evitar todo tipo de celos en los justiciables, derivados de la militancia formal en las listas de cualquier partido político o sindicato. Ver en este sentido, entre otros, TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho constitucional español*, 1986, págs. 279 y sigs.; ALVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Madrid, 1983, págs. 291 y sigs.; ESTEBAN Y LOPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, Barcelona, 1980, págs. 242 y sigs., y CAVERO LATAILLADE, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo IX, Madrid, 1987, pág. 650.

(34) En este sentido ver ESTEBAN Y LOPEZ GUERRA, *El régimen...*, cit., pág. 243

(35) Ver en este sentido SATTÀ, *Comentario al Códice de Procedure Civile*, Milán, 1966, t. I, págs. 204 y sigs.

(36) Parece que ante la nueva lectura del artículo 122.3 de la Constitución y el pronunciamiento al respecto por el TC en relación a la elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, en la que participaban estas Asociaciones y en los que como dice CAVERO LATAILLADE, *Comentarios ...*, cit., pág. 664, la Asociación Profesional de la Magistratura consiguió una amplia ventaja en las elecciones de 1980, el interés por asociarse puede haber decaído.

(37) Andrés IBÁÑEZ con MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, cit., Madrid, 1986, págs. 121-122.

(38) Dice el Tribunal Constitucional en el Auto de 4 de mayo de 1983 (A. 195): «El problema que, desde el punto de vista constitucional, plantea el incidente de recusación propuesto por- el demandante es el de si, aun estimando que concurriese la *enemistad ideológica* que denuncia, podría afirmarse que tal actitud anímica constituiría el "interés directo o indirecto" al que se alude en el núm. 9 del artículo 54 de la LECr.

Esta es, sin duda, una pura cuestión de Derecho que, de contestarse negativamente, vuelve ocioso todo recibimiento a prueba y pone de manifiesto la improcedencia de la recusación y, con ella, la corrección del Auto impugnado desde el punto de vista constitucional.

Tal respuesta es, justamente, la adecuada al caso. En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, *la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad*, como se desprende de los números 1 y 2 del artículo 16 de la propia CE. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 de la CE, puede ser discriminado en razón de sus opiniones.»

Por su parte, el Auto de 20 de julio de 1983 (A. 358) señala: «Reduciéndose el problema a la existencia o inexistencia de una «enemistad ideológica entre Jueces y encausados, ha de afirmarse que, aun cuando hipotéticamente se admitiese su existencia, no podría otorgársele relevancia a efectos de recusación, pues, como dijimos en el Auto antes citado, en el sistema de valores instaurado por la Constitución, *la ideología se halla sustraída al control de los poderes públicos, prohibiéndole toda suerte de discriminación en base a la misma.*»

(39) En relación con las cualidades que deberían reunir los integrantes del personal judicial PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, «Función jurisdiccional. Organización judicial. Política procesal», *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, pág. 92, dice: «Desde el punto de vista intelectual una formación completa sobre toda la enciclopedia jurídica, selecto tecnicismo y práctica judicial; en el carácter la mayor independencia y certeza, capaz de superar la presión de posturas encontradas... y en los sentimientos, tacto, prudencia y buen sentido de las cosas del mundo y de la vida.» Sobre los diez rasgos que caracterizarían al Juez ideal, creando una imagen también ideal del mismo, ver TAHORIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, págs. 106 y sigs. Sobre los sistemas de selección propuestos desde el proyecto de 1980 hasta la vigente LOPJ, así como el sistema en Derecho comparado, ver CARMONA RUANO, «La selección y formación del Juez profesional», *Documentación Jurídica*, 1984, núms. 42-44, págs. 118 y sigs., y DEVIS ECHANDIA, *Compendio...*, t. 1, 3.^a ed., pág. 98, dice: «Es en la forma de designarlos y en su calidad, no en su vigilancia y castigo, donde se encuentra la garantía de una justicia independiente e imparcial.»

(40) Ver en este sentido: «Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LOPJ», en *Poder judicial*; «Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», BOCG, Congreso, 19 de septiembre de 1984; *Documentación*, núm. 28, octubre 1984, tomo IV, Anexo, págs. 131 a 136.

(41) La justificación de este sistema de acceso se hace en la Exposición de Motivos, en su apartado VII, con el siguiente argumento: «Los hechos demuestran que los clásicos mecanismos de selección de personal judicial no permite que la sociedad española se dote de jueces y Magistrados en número suficiente. Es obligado, pues, recurrir a mecanismos complementarios. A tal fin, la Ley Orgánica prevé un sistema de acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio. Ello permitirá, en primer lugar, hacer frente a las necesidades y cubrir las vacantes que de otra forma no podrían serlo; en segundo término incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos, han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas; por último, lograr entre la carrera judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la judicatura quienes, por haber ejercido, se caracterizan por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques. Los requisitos exigidos, y el hecho de que operarán aquí las mismas garantías de selección objetiva y rigurosa que rigen el clásico camino de la oposición libre, aseguran simultáneamente la imparcialidad del elector y la capacidad del elegido. No se hace con ello otra cosa que incorporar a nuestro sistema de selección mecanismos experimentados con éxito desde antiguo no sólo en varios países, sino incluso entre nosotros mismos, y precisamente en el Tribunal Supremo.» Una crítica a la misma puede verse en PEDRAZ PENALVA, «Reflexiones sobre el "Poder Judicial" y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», *Documentación Jurídica*, vol. 1, núms. 42-44, tomo XII, págs. 477-578.

(42) En este punto y como consecuencia de las enmiendas introducidas al entonces artículo 321 y a la Disposición Adicional octava del texto del Gobierno (págs. 168 y 180) y *fundamenta* mente de un enmienda *in voce* del GPSO al artículo citado, éste recoge en el texto sustentado por la Ponencia un nuevo apartado 2 en el que se introduce el sistema del «cuarto turno», manteniéndose la Disposición Adicional. Después del debate de la Comisión de justicia del Congreso el texto del Dictamen de la Comisión conserva el apartado 2 y se suprime la Disposición Adicional, es decir, el contenido de la misma. Después del debate en el Pleno del Congreso de las enmiendas presentadas a ese artículo 321 (págs. 1179, 1182 y 1378) en el texto aprobado por el Pleno del Congreso se mantiene el contenido mientras que su número ordinal pasa a ser el 305.2. En el Senado se presenta la enmienda núm. 147 del GPP intentando la supresión del párrafo 2 del artículo 305, justificada por suponer «la desprofesionalización del Poder Judicial en aras de su control político por el Ejecutivo» (pág. 1701), así como en la enmienda núm. 349 del GTS de Cataluña (pág. 1784) que proponía añadir un nuevo apartado al artículo 305; la enmienda 528 del GPSO, con el añadido de un número 4 (el actual núm. 4 del 301); la enmienda 529 del GPSO proponiendo una nueva redacción del artículo 306 recogiendo la exigencia de los seis años del ejercicio profesional (pág. 1859), y la enmienda 758 del GP de Cataluña, quedando el acceso de méritos sólo para Magistrados del TS. El resultado del Informe de la Ponencia puede verse en la pág. 2059, y el texto del Proyecto en lo que se refiere a los artículos 305 y 306 en la pág. 2137. Las páginas referidas son de *Ley Orgánica del Poder judicial. Trabajos parlamentarios...*, cit. tomos I, II y III.

(43) Sobre la influencia que sobre los distintos regímenes políticos de los últimos años han podido ejercer en la Administración de justicia, ver TAHORIA, *El Juez..*, cit., págs. 192 y sigs. Esa clara intencionalidad política de ingerencia en el judicial se opera o intenta operarse porque, como nos diría GARCIA

CANALES, «Reflexiones sobre el Poder Judicial en la Constitución española de 1978», *Estudios jurídicos en honor del profesor Martínez Bernal*, Murcia, 1980, págs. 268-269, «... es el único poder del Estado que queda un tanto incontrolado».

(44) Ver PEDRAZ PENALVA, *Reflexiones...*, cit., págs. 575-578.

330 (45) En relación con el «cuarto turno» y su instauración por la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1982, que excediéndose en las funciones atribuidas por la Ley de 15 de junio de 1982 que autorizaba solamente el establecimiento de los tribunales de lo criminal y el juicio oral y público, entra a regular además lo relativo a las condiciones para ingresar y ascender en la Judicatura, Magistratura y Ministerio Fiscal; como decíamos sobre la implantación del cuarto turno FIESTAS LOZA, «La quiebra de la independencia del Poder judicial. La "Ley Adicional" a la Orgánica de 14 de octubre de 1882 y el «cuarto turno"», Poder Judicial, 1985, núm. 14, pág. 63, dice: «Si echamos un vistazo a las publicaciones de la época tratada, o, incluso, a las obras de épocas posteriores, nos daremos cuenta de que lo que más se le criticaba a la Ley Adicional de 1882 era el cuarto turno de provisión de vacantes. Por mi parte, pienso que el cuarto turno era realmente nefasto (sobre todo porque a través del mismo podrían tener acceso a la carrera judicial personas que no pertenecían a la misma porque contaban con buenos padrinos ...).» No menos preocupantes son las manifestaciones de MARTINEZ LAGE, «Leyes Orgánicas del Poder Judicial» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1884, núm. LXIV, pág. 286, en contra de «aquellos funcionarios que llegan al sagrado recinto de la justicia para aplicar sus eternas verdades, recibiendo de tal elevada investidura, sin otras garantías que las de haber satisfecho una cuota de contribución durante algunos años: O las de AMAT, *Reformas de Gracia y justicia. Cartas a mi maestro D. Trinitario Ruiz Caldepón*, Valencia, 1895, I, pág. 305, que manifestaba que «no, habría en España quien defendiera, ese portillo del cuarto turno, en mal hora establecido». O las de DRANGUET, *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1930, pág. 100, que dice: «lo cierto es que el llamado cuarto turno, mediante el que ingresaban en la carrera judicial abogados acaso meritorios, pero sin que estas cualidades influyeran en ello, pues lo que servía de determinante para conseguir el nombramiento con la amistad con el Ministro de turno ... ».

(46) BECEÑA, *Magistratur...* cit., pág. 405. ...

(47) Sobre este nuevo Juez puede consultarse CAPPELLETI, *Giudici Legislativi*, Milán, 1984, y DENTI, *Proceso e giustizia sociale*, Milán, 1971, pág. 72.

(48) No hay que olvidar en este punto la forma de designación del Presidente, que lo es del Consejo General del Poder Judicial (art. 123 LOPJ); el que es este último órgano quien designa el Vocal Magistrado; a lo que debe unirse el sistema de nombramiento de los Vocales del Consejo. Este es un punto que trasciende nuestro objetivo, pero no quisiera seguir sin recoger la opinión de FAIREN GUILLEN, «Colofón a un comentario de la Ley Orgánica del Poder judicial de 1 de julio de 1985», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1985, pág. 624, que en tomo a este tema dice en el tratado citado: «Si el medio utilizado por el Consejo General del Poder judicial no prospera (se refería al conflicto constitucional de atribuciones desestimado por el Pleno del Tribunal Constitucional) y sigue en su actual *planta* -impugnada ante el Tribunal Constitucional sobre la base de influencias parlamentarias, la política entrará de lleno, con todas sus variantes, en la Ley Orgánica del Poder Judicial; la justicia podrá correr el riesgo de hacerse *parte* y *no ser fiel* en los litigios. Y quizá a sabiendas de quienes así actúan al quitarle la venda de los ojos, venda que con mucha razón le colocara... el autor de *La nave de los locos*, el también jurista Sebastián Brant.»

Desestimado el conflicto de atribuciones, así como el recurso de inconstitucionalidad, sólo queda esperar que la preocupación y el temor del profesor FAIREN no se hagan realidad.

(49) ALMAGRO NOSETE con CORTES DOMINGUEZ-GIMENO y SENDRA-MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, Valencia, 1987, t. I, vol. I, pág. 111, que dice: «Si se compagina esta dependencia del Ministerio de Justicia con la propuesta vinculante para el nombramiento, que corresponde al Centro, se cae en la cuenta de una posible gubernamentalización en la formación del aspirante a Juez, marginando el sentido que debe tener, en una sana interpretación, la actuación del órgano de gobierno del Poder Judicial. Si a ello se une la experiencia sociopsicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento efectivo, puede estimarse agravado el peligro para la independencia para la justicia que han señalado numerosos estudiosos de la función judicial. »

(50) GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO, «Política y Justicia» *Estudios jurídicos*, Sevilla, 1978, pág. 222.

(51) La experiencia vivida en Italia con la politización de sus asociaciones y de la judicatura italiana que tanto contribuyó al desprestigio de la misma, dando lugar a encontradas y polémicas discusiones sobre el papel político del Juez, pueden verse, entre otros, en FERRAJOLI, *Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político italiano*, Barcelona, 1978.

(52) ROMBOLI, «L'interesse politico come motivo di recusazione del giudice», *Riv. di Diritto Processuale*, 1982, núm. 37, págs. 455 y sigs. Ver PULITANO, «La apoliticità della giustizia e Magistratura democratica», *Duale Giustizia*, 1972, núms. 15-16, pág. 197.

(53) Habla ROMBOLI en la cita núm. 75 del trabajo antes citado del proyecto de reforma del Código Procesal Civil y recoge del mismo la siguiente cita literal: «non sembra che l'adesione, pür o meno esplicitata, a sistemi di valori morali, politici, religiosi, compresenti nell'ordinamento costituzionale possa, di per sé, configurare l'ipotesi dell'index suspectus, sempre che quest'adesione non implichi coin volgimenti personali del giudice in concreti interessi sui quali incide lo suolgimento o l'esito del processo».

(54) LA CHINA, «Il giudice "politico" e la ricasazione», *Riv. di Diritto Processuale*, 1977, núm. 32, págs. 729 y sigs. Ver asimismo PAOLOZZI, «Giudice pobotico e iudex suspectus», *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1973, págs. 634 y sigs.; DELOGU, «Giustizia e politica», *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1973, págs. 628 y sigs., y DE LISO, «Sull'ammissibilitá del motivo politico como causa di ricasazione», *Giur. Constituz.*, 1972, págs. 1980 y sigs.

(55) ROSENBERG, *Tratado...*, cit., pág. 160.

(56) BAUMANN, *Derecho procesalpenal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. de C. A. FINZI, Buenos Aires, 1986, pág. 158.

(57) GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, cit., pág. 160.