

IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y CREACIÓN DE CAUSAS DE RECUSACIÓN NO EXPRESAMENTE MENCIONADAS EN LA LEY

A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 162/1999 DE 27 DE SEPTIEMBRE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Carlos Faustino NATAREN NANDAYAPA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La imparcialidad judicial como característica fundamental del proceso jurisdiccional*. III. *El derecho al juez imparcial como Derecho Fundamental*. IV. *La abstención y la recusación como garantías de la imparcialidad del juzgador en el proceso*. 1. *Concepto y naturaleza jurídica*. 2. *Marco normativo*. 3. *La interpretación de los artículos 219 y 220 LOPJ*. V. *La posibilidad de creación jurisdiccional de nuevas causas de recusación o abstención*. 1. *La imparcialidad objetiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2. *La sentencia 162/1999 del Tribunal Constitucional, el caso Hormaechea*. VI. *Comentarios finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos intentar un acercamiento al tema del derecho fundamental al juez imparcial como fundamento del reconocimiento jurisdiccional de causas de recusación no contenidas expresamente en la ley. Esta finalidad trataremos de alcanzarla a través del análisis de las propuestas de la doctrina española y de la jurisprudencia, especialmente del análisis de dos pronunciamientos jurisdiccionales destacados, en primer término la sentencia del caso Castillo-Algar contra España, de 28 de octubre de 1998, número 863/1997, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena al estado español, resolución que representa un pronunciamiento reciente que resume la posición del Tribunal de Estrasburgo sobre este tema, y por otro lado, de la sentencia del Tribunal Constitucional 162/1999 de 27 de septiembre de 1999.

¹ Becario CONACYT para estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid.

Como extranjero que intenta comprender las instituciones del proceso penal español el tema reviste mucho interés, y a pesar de que observamos que la doctrina española lleva ya camino andado sobre el tema, la afirmación de Montero Aroca, que la perfecta definición sobre este concepto es una vía importante para aclarar problemas de índole práctica para las instituciones de la recusación u abstención esencialmente en casos que pueden parecer no exactamente encuadrables en alguno de los supuestos del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos pareció muy razonable y motivó a emprender este trabajo.

II. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DEL PROCESO JURISDICCIONAL

Siguiendo a De la Oliva Santos² es posible afirmar que el proceso moderno se estructura básicamente “de dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y *de un juzgador que, situado por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones*”. Esta estructura se hace compatible con el influjo de cualquiera de los dos grandes principios procesales de carácter técnico-jurídico. Y es una estructura en la que han de manifestarse y concretarse los dos principios procesales jurídico naturales: el de audiencia y el de igualdad.

En el mismo sentido Arias Domínguez³ destaca la importancia de la imparcialidad de juez, afirmando que, sobre este principio —sumado al de audiencia y al respeto de los ciudadanos y poderes públicos a las decisiones judiciales—, se ha estructurado “el proceso jurisdiccional”.

Incluso se puede traer a colación la sentencia 299/1994, donde el Tribunal Constitucional afirmó que:

El derecho al Juez imparcial ...es un derecho que, como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, siguiendo la sentada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, y de 1 de octubre de 1982, caso Parsec), constituye sin duda una fundamental garantía en la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (artículo 1.1 CE)...

De esta manera observamos que, la imparcialidad del juzgador es una de las principales características con que se le ha investido tradicionalmente; incluso, se puede señalar que, antes de la configuración moderna

² *Derecho Procesal. Introducción*, (con Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ), Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 67.

³ *La abstención y recusación de jueces y magistrados*, Madrid; Edersa, 1999, p. 29.

del proceso, siempre ha estado presente la idea de encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares.

Estamos de acuerdo con Arias Domínguez,⁴ en que esta imparcialidad requiere en un primer momento una posición del juzgador: no ser formalmente parte y, en segundo lugar, una actitud: dejar al margen las condiciones objetivas al momento de actuar la función jurisdiccional. En este mismo sentido abunda De la Oliva Santos cuando afirma que “la imparcialidad no es sólo ni principalmente una recta *disposición del ánimo* de los juzgadores, sino una *objetiva posición* de éstos”.⁵

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que estamos ante una nota esencial a la actividad jurisdiccional, y en consecuencia, también que cuando la imparcialidad del juez no exista o esté erosionada —tanto cuando el sujeto llamado a resolver la controversia se halle situado junto alguna de las partes en conflicto, como si en su ánimo no exista la disposición de resolver rectamente la cuestión— no podemos hablar propiamente de proceso.

III. EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Iniciaremos por señalar que en el texto de la Constitución Española de 1978 no se encuentra expresamente mencionado el derecho al juez imparcial, pero de acuerdo con Arias Domínguez⁶ esta ausencia no es un caso único, ya que exceptuando al artículo vi de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, las demás constituciones se limitan a proclamar la independencia judicial.

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos⁷ el derecho fundamental al juez imparcial sí se encuentra

⁴ *Idem*, p. 30-31.

⁵ *Derecho Procesal Civil*, (con Migue! Angel FERNANDEZ-BALLESTEROS) Tomo I, 4ª. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 27-28.

⁶ *Op. cit.* p. 34.

⁷ Para algunos autores existe un conjunto de normas -tanto sustantivas como procesales, contenidas en instrumentos internacionales- que, junto a organismos de carácter supranacional para la protección subsidiaria de los derechos contenidos en estas, han adquiridos características específicas que la separan del derecho internacional en general y por esto las han englobado en una nueva disciplina que ha recibido el nombre de derecho internacional de los derechos humanos.

Entre los aspectos que le dan carácter específico a esta rama del Derecho internacional general, sobresale el hecho que, mientras este último tiene como sujetos a los Estados soberanos, el derecho internacional de los derechos humanos otorga a los individuos la naturaleza de sujetos y no de objetos de la protección internacional.

En relación con este tema *Cjr. FIX-ZAMUDIO*, Héctor, “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, y FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 163-224. HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El pacto de San José. Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1991 y 1993; NEKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

expresamente garantizado, en este caso, en consideración a la importancia que tiene en el ámbito del ordenamiento jurídico español, nos limitaremos a destacar el texto del artículo 6.1 del *Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, del 4 de noviembre de 1950, que establece:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.⁸

Este derecho también está garantizado en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de Diciembre de 1948 y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, suscrito en Nueva York en diciembre de 1966 y en vigor desde el 3 de marzo de 1976.

Sin embargo, el hecho que expresamente el derecho a un juez imparcial no se encuentre expresamente mencionado en la Constitución Española no ha sido obstáculo para considerarlo incluido dentro de ellas, y se le ha encontrado acomodo entre las garantías procesales de su artículo 24. En este sentido existe una sólida línea jurisprudencial, que incluso lleva a considerar a este precepto constitucional equivalente al artículo 6 del CEDH ya citado, como lo atestigua la sentencia del Tribunal Constitucional 162/1999, que en su fundamento jurídico 5º afirma:

En los artículos 24.1 y 2 CE y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), se reconoce a todo ciudadano el derecho a que el fundamento de cualquier acusación que en materia penal se dirija contra él, sea decidido en un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, tras un proceso público y equitativo.

Sin embargo, si nos detenemos a considerar un momento que, la imparcialidad se encuentra estrechamente relacionada con la independencia judicial, tanto que se ha llegado a afirmar que “la imparcialidad

⁸ Es ya un lugar común señalar que el sistema europeo de protección de los derechos humanos por ser cronológicamente anterior, ha influido en la configuración inicial del sistema Interamericano —aunque este luego amplió las posibilidades de legitimación y las facultades consultivas de su órgano jurisdiccional—; esto se hace evidente al constatar la similitud de la redacción del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, que establece:

Artículo 8. *Garantías Judiciales.*

1. Toda persona tiene derecho a ser Oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter

es una manifestación de la independencia judicial en un caso concreto”⁹ y que la independencia es “la característica fundamental del estatuto de los jueces y magistrados”,¹⁰ parecería entonces natural que este derecho se incluyera dogmáticamente en el artículo 117 de la CE.

A pesar de lo anterior el derecho al juez imparcial se encuadra en el artículo 24 CE, esta aparente incongruencia se debe a que, de otra manera este derecho se encontraría sin la protección reforzada que otorga el amparo constitucional.”

Así se observa claramente que el Tribunal Constitucional, convencido de que es necesario otorgar una protección reforzada a este derecho, siempre lo ha incluido en el artículo 24 CE, y aunque en un principio lo considero incluido en los derechos de defensa y al juez predeterminado por la ley, posteriormente a la STC 113/1987 lo ha incluido, y con mucha más razón a nuestro entender, en el derecho al proceso con todas la garantías.

IV. LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN COMO GARANTÍAS DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR EN EL PROCESO

Para que la imparcialidad del juzgador no sea una mera declaración teórica y en consecuencia existan en la práctica las condiciones ideales de imparcialidad, se han ideado dos instrumentos jurídicos para protegerla, nos referimos obviamente a la abstención y a la recusación.

En este sentido nos parece interesante la doble vertiente que Picó i Junoy¹² encuentra en estos instrumentos procesales, por un lado, se les puede considerar a favor del juez, ya que sirve al objeto de evitar que sus sentimientos personales le impidan intervenir con rectitud, ecuanimidad y objetividad en un proceso concreto.

Por otro lado, sirven igualmente al justiciable, al objeto de defenderse en las situaciones en que exista el temor de que un determinado juez no esta actuando con la debida imparcialidad. Este aspecto que busca la confianza del justiciable en la administración de justicia bien puede interpretarse como la intención de legitimar el poder que ejercen los tribunales.

⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Angel, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan (con Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar), *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 115.

¹¹ Lo anterior ha sido claramente destacado por Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en “El Derecho Fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* número 31, enero-abril 1901, pp. 92-93.

¹² *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998, p. 37.

1. *Concepto y naturaleza jurídica*

En cuanto al concepto de la abstención y recusación y al margen de las definiciones doctrinales, nos parece que debemos mencionar los conceptos de abstención y recusación de la sentencia de 28 de junio de 1982 del Tribunal Supremo, Sala de lo Criminal (RJ 3581), que dice:

la abstención, es el acto procesal del órgano jurisdiccional o la determinación espontánea de aquél mediante la cual se aparta del conocimiento de un asunto por reconocer que carece, o puede parecerlo, de las condiciones necesarias subjetivas —neutralidad, ecuanimidad, rectitud, imparcialidad— para obrar independientemente en él,...

En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo delimita el concepto de la recusación, a la que define como:

...acto procesal de parte en virtud del cual ésta rechaza al Juzgador, objetiva, funcional y territorialmente competente, pleno de capacidad y en el que no concurre ninguna clase de incompatibilidad genérica, para que conozca de asunto o negocio determinado en que dicha parte tiene interés, porque existiendo ajuicio de dicha parte, en el mentado Juzgador, cierta tacha personal, es decir, determinada circunstancia personalísima que le liga al proceso o a una de las partes directamente, se recela o sospecha, o se tiene la certidumbre, de que no actuará con la serenidad, ponderación, rectitud e imparcialidad que deben caracterizar las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos institutos procesales, encontramos que se ha discutido mucho sobre si la abstención es un derecho o un deber del juzgador, punto sobre el cual, humildemente nos sumamos a la posición que, a la vista de los preceptos que la regulan,¹³ la considera un deber jurídico del juez, de donde se deriva la posible responsabilidad del juez o magistrado que no lo haga. En cuanto a la recusación, y como habíamos mencionado líneas arriba, esta se deriva del derecho que tiene todo litigante a un proceso con todas las garantías.

2. *Marco normativo*

Por otro lado con respecto al marco normativo de la abstención y recusación en el ordenamiento jurídico español, encontramos que se encuentra concentrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial,¹⁴ caracte-

¹³ El artículo 217 de la LOPJ establece que "Los jueces y magistrados deberán abstenerse..." y el artículo 221 de la misma ley determina que "El juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas expresadas en los artículos anteriores se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse".

¹⁴ Específicamente en su *Título II Del modo de constituirse los juzgados y tribunales, Capítulo V De la abstención y recusación*, que incluye de los artículos 217 al 228, la enumeración de causas de abstención y recusación están contenidas en los artículos 219 y 220, que a continuación se transcriben.

rística que Montero Aroca¹⁵ entiende debida fundamentalmente a razones históricas, pero si consideramos que de acuerdo con este autor “la imparcialidad no puede determinarse con relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda necesaria relación con un proceso determinado, y por ello concreta de un juez y de un proceso”, cabe aceptar que, los medios para garantizarla no se incluyan en las leyes orgánicas sino en las leyes procesales.

Esta posición que no es compartida por Picó i Junoy,¹⁶ a quien le parece que la abstención y recusación tienen un acomodo natural en la Ley Orgánica de los Tribunales, señala que, de este modo es posible darles una regulación unitaria y genérica para ambos instrumentos procesales, lo que ofrece las ventajas de *a)* evitar la dispersión y proliferación normativa, facilitando la labor de los jueces y tribunales y *b)* asegurar que no exista un tratamiento diferente de la misma cuestión en los diferentes tipos de procesos. En consecuencia, para este autor “la abstención y la recusación deben ser objeto de tratamiento jurídico unitario pues son las mismas causas las susceptibles de comprometer la imparcialidad judicial, el fundamento y los efectos de ambas instituciones”.¹⁷

Avanzando en el estudio de los preceptos legales que regulan esta institución, encontramos los artículos 219 y 220 de la LOPJ en los que están,

Artículo 219.

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

2º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de *cualquiera* de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.

6º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7º Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

9º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

10º Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

11º Ser una de las partes subordinada del Juez que deba resolver la contienda litigiosa.

12º Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores.

Artículo 220. Será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte la Administración Pública, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1º al 8º, 11º y 12º del artículo anterior.

¹⁵ *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, Tiratort lo Blanch, 1999, p. 189.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 42-43.

¹⁷ *Idem*, p. 43.

taxativamente enumeradas, las causas por las que un litigante puede cuestionar la objetividad del juez que juzgará su caso.

Es precisamente alrededor de esta enumeración de causas legítimas de abstención y recusación donde se ha desarrollado un muy interesante debate doctrinal, que en último término ha buscado clarificar los conceptos de imparcialidad. En primer término nos parece muy razonable la afirmación de Montero¹⁸ en el sentido de que debe hacerse una distinción entre dos cuestiones que pueden aparecer confundidas en este tema; una es la cuestión sobre si es posible jurisprudencialmente crear una causa de recusación distinta a las contenidas en la ley, y otra distinta, la cuestión sobre como debe darse la interpretación —restringida o extensiva— de estas causas de recusación contenidas en la ley. Aunque la finalidad de nuestro trabajo es comentar la posibilidad de apreciar una causa de recusación de creación jurisprudencial en la STC 162/1999, nos parece importante que antes de entrar a este tema hagamos un breve comentario de lo que se ha dicho respecto a la interpretación de las causas de abstención o recusación previstas en la ley.

3. La interpretación de los artículos 219 y 220 LOPJ

A favor de una interpretación restringida suele mencionarse a un sector de la doctrina y a la generalidad de la jurisprudencia, una enumeración de resoluciones podría ser muy larga, pero es suficiente para ejemplificar esta posición jurisprudencial las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997 y de 20 de enero de 1996, esta última afirma:

las causas de recusación son taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas. Forman en si mismas un *numerus clausus* y no es posible su extrapolación a supuestos distintos de los contemplados en la Ley.

Así como la sentencia 138/1994 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de mayo que en su fundamento jurídico 4º afirma:

...la relación de motivos de recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene el carácter de *numerus clausus*, sin que quepa la analogía como regla interpretativa del precepto.

Frente a estas posturas, tanto doctrinales como jurisprudenciales —que no podemos menos de considerar algo drásticas, especialmente en el hecho de negar la posibilidad de aplicación del método analógico—,¹⁹

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 220-221.

¹⁹ El negar el recurso a la analogía como recurso de interpretación de las causas de abstención y recusación se explica bajo el argumento de que este método no pretende simplemente la interpretación de los motivos existentes, sino la búsqueda de los elementos que permitan la solución de problemas planteados por

encontramos una buen número de autores, que se decantan en favor de una interpretación flexible o extensiva.

Así, Montero Aroca afirma que en su opinión, una interpretación restrictiva no tiene fundamento legal, y que en caso que la recusación provoque el choque entre dos derechos de rango fundamental como son el derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a la imparcialidad del juez “de lo que se tratará es de hacer compatibles esos dos derechos, pero no de sacrificar uno al otro con base en una pretendida necesidad de interpretar de modo restrictivo las causas de recusación”.²⁰

En el mismo sentido, para Picó i Junoy la interpretación rigurosa de las citadas causas de abstención y recusación no es la más correcta atendiendo a su finalidad, que no es otra que garantizar la debida imparcialidad judicial. Por esta razón, en su opinión debería imponerse una interpretación teleológica y flexible de las citadas causas, para de esta manera, incluir a todas aquellas causas de influir en la imparcialidad del juez. Se agrega además que, en su opinión, sostener la postura contraria implica desconocer la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el artículo 6.1 del Convenio de Roma “ha establecido que la interpretación flexible o extensiva es lo más acorde al derecho a un proceso justo con todas la garantías”.²¹

Sobre este punto, nos adherimos a estas últimas posiciones, ya que nos parece que en esta institución procesal debe prevalecer una actitud teleológica que les permita cumplir con su función, y aunque el ordenamiento jurídico español se pueda considerar adscrito al sistema de *numerus clausus*, una interpretación estricta no se puede sostener por un simple prurito de legalidad, ya que en este caso se dejaría de lado que, la abstención y recusación son instrumentos que tienen como última finalidad garantizar la imparcialidad del juez frente a un caso concreto.

Dejando esta discusión pasaremos a comentar las posiciones doctrinales sobre lo que nos interesa para efectos de este breve trabajo: la posibilidad de que la jurisprudencia cree nuevas causas de recusación o abstención.

V. LA POSIBILIDAD DE CREACIÓN JURISDICCIONAL DE NUEVAS CAUSAS DE RECUSACIÓN O ABSTENCIÓN

Este punto se encuentra muy relacionado con el anterior, sin embargo y para nuestra sorpresa, encontramos que provoca una gran disparidad de

ausencia de normas específicas, y en tanto existe regulación que *pretende* exhaustividad para este caso, no debe ser admitida su interpretación. En este sentido *cf.* ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *op. cit.*, pp. 406 y ss.

²⁰ *Op. cit.*, p. 221.

²¹ *Op. cit.*, pp. 49-50.

opiniones, incluso autores que pudieran estar de acuerdo sobre la manera de interpretar las causas de recusación, sobre esta posibilidad pueden sostener opiniones completamente opuestas entre sí.

Para demostrar la situación que acabamos de describir recurriremos nuevamente a los autores que habíamos citado sobre la cuestión anterior y daremos cuenta de la polémica que sostienen, así pues, Montero Aroca sostiene que no es posible una creación jurisprudencial de una causa de recusación, ya que, en su opinión, las causas de recusación son los supuestos en que el legislador ha determinado que el juez es sospechoso de ser parcial, con fundamento en la experiencia histórica de la sociedad y en su conocimiento de la realidad social, por lo que los tribunales tienen vedado incrementar estos supuestos con base únicamente en su propia perspectiva de la realidad social. Para este autor, ni siquiera el Tribunal Constitucional puede llegar a desempeñar la labor de crear nuevos supuestos, pues en este caso, no se estaría controlando la constitucionalidad de la actividad legislativa sino suplantando la función legislativa.²²

Exactamente la posición contraria mantiene Picó i Junoy, quien sostiene que es un grave error afirmar que no se puede considerar una causa de recusación fuera de la enumeración taxativa de la ley. Para este autor esta posición parte de un planteamiento erróneo, que olvida que en todo proceso debe estar vigente el “principio de la imparcialidad del juez” que tiene rango constitucional, del que la abstención y recusación son el desarrollo instrumental, por lo que no se puede abandonar la configuración de estas a la voluntad del legislador. “Integrar el derecho a recusar dentro del más genérico del derecho a un proceso con todas sus garantías, supone —afirma este autor— que las leyes de procesamiento deben incluir la posibilidad de sustituir al juez que se presume parcial”, pero, considerando que es imposible realizar una regulación legal que pueda prever todos los casos en que puede llegar a sospecharse de la parcialidad de un juez, resulta razonable permitir la alegación y prueba de otro motivo que acredite el temer la parcialidad en el caso concreto”.²³

En consecuencia, para este autor, la enumeración de la Ley no supone la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional, u otros órganos jurisdiccionales encargados de interpretar los tratados y convenios internacionales, puedan acoger otros supuestos, ya que lo contrario infringiría el contenido esencial del derecho al proceso con todas las garantías. Sobre este punto destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 157/1993 de 6 de mayo, que en su fundamento jurídico 2º declara:

²² *Op. cit.*, p. 222.

²³ *Op. cit.*, p. 48.

A este respecto, la Constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2: pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho, que comprende, como se ha dicho, la preservación de la imparcialidad judicial.

La Constitución impone determinados condicionamientos al legislador que ha de ordenar esas causas de abstención y recusación, condicionamientos que derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE, a la luz de los mandatos del artículo 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a esos mandatos, y en lo que aquí importa, baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello.

Finalmente Picó i Junoy señala que, es necesario que exista en el ordenamiento jurídico un precepto que sirva de cláusula de cierre y que permita dar un cauce a los casos que no encajen exactamente en ningún supuesto legal.

Montero Aroca realiza una crítica a todos estos argumentos, en su opinión, la afirmación de que la ley debe permitir que en todo caso el juez parcial pueda ser recurrido, parece inobjetable en la teoría pero en la práctica olvida que es imposible que se pueda determinar cual es el ánimo del juez, por lo que el legislador hace es objetivar una lista de causas en las que, y de acuerdo con la experiencia histórica de la sociedad, el juez será sospechoso de ser parcial, pero esta labor política de determinar el sentimiento de una sociedad no puede ser encomendado a los tribunales.²⁴

En cuanto a la sentencia 157/1994, Montero afirma que, esta es un claro ejemplo de confusión conceptual, ya que, en su opinión, mezcla la determinación de las causas de abstención y de recusación, para garantizar la imparcialidad, por los órganos jurisdiccionales, con la posibilidad de que estas causas sean modificadas por los tratados y convenios internacionales suscritos por España, lo cual en última instancia es una modificación legislativa en virtud del procedimiento de ratificación. Se acepta que el legislador ordinario se encuentra vinculado por los principios constitucionales, pero insiste en que esta labor es propia del legislador y los tribunales no deben suplantarla.²⁵

²⁴ *Op. cit.*, p. 222, nota 305.

¹⁵ *idem*, p. 223.