

LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN Y EL «DESPISTE» DEL LEGISLADOR*

Por D. PEDRO LOZANO GÓMEZ

Alumno de 4.º de Derecho de la Facultad de Derecho de la U.Ex.

Resumen

Estudia la contradicción existente en el ámbito de la recusación y la abstención entre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, y como afecta, en particular, a los principios de seguridad jurídica, imparcialidad e independencia.

Abstract

It investigates the contradiction that exists in the field of disqualification and the abstention from the Law 1/2000 that rules Civil Procedure and the Organic Law of the Judiciary Power in its drafting given by the Organic Law 19/2003, and as affecting, in particular, the principles of legal certainty, fairness and independence.

* 1^{er} Premio de Ensayo Jurídico «San Raimundo de Peñafort» de la Facultad de Derecho de la U.Ex.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DE LA INMEDIACIÓN
- III. DE LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN
- IV. INCIDENCIA DE LA DISPOSICIÓN FINAL 17.ª L.E.C. EN LOS ARTS. 101 A 119 L.E.C., A PROPÓSITO DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN
- V. RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 102.2 L.E.C. Y 221.2 L.O.P.J.
- VI. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTS. 109.4 L.E.C. Y 225.4 L.O.P.J.
- VII. DEL PRINCIPIO GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA
- VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Alguien, a primera vista, al leer el título de este Ensayo, podría pensar que dado que tanto la abstención, como la recusación, son dos temas que están, especialmente, de moda, éste es un buen momento para realizar un análisis jurídico, sobre un tema de actualidad. Sin embargo, lo cierto es que no es ésta mi intención, no pretendo dejarme llevar por la senda que marca la actualidad, sino que lo que persigo con ésta, mi primera incursión en el mundo de la investigación jurídica, es poner de manifiesto una grave incongruencia legislativa que, como estudiante de Derecho, he detectado, en la legislación procesal y que me ha llevado a pensar que no siempre el Legislador es muy consciente de lo que está legislando y lo que es aún peor, de las repercusiones prácticas de lo que regula. Me estoy refiriendo, a una contradicción absurda que, desde el año 2003, viene contraponiendo a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, L.E.C.) y a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (en adelante, L.O.P.J.). Contradicción o incongruencia, de la que parece que el Legislador aún no se ha percatado y, por tanto, no se ha molestado en corregir. Por supuesto, se trata ésta de una «denuncia» que formulo a mi modestísimo entender y hasta donde llegan mis conocimientos, como estudiante, de la materia.

No obstante, lo que acabo de declarar, que fue mi primera intención, no impide que el tema de este Ensayo pueda ser actual, pues, precisamente, siempre es actual la defensa de la Constitución (en adelante, C.E.78) y, más aún, la de sus principios programáticos; en concreto, del principio de seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 C.E.78, o el de inmediación, como pilar del proceso oral¹, tal y como se desprende del 120.2 C.E.78.

II. DE LA INMEDIACIÓN

Aunque, en principio, nada nuevo vamos a decir, respecto de este tema, sin embargo, es necesario tenerlo muy presente, dado que, por un lado nos va a ayudar a aclarar algunas ideas y, por otro, nos va a servir de guía, para gran parte de lo que, a continuación, vamos a exponer.

Nos dice la Exposición de Motivos de la L.E.C., en su punto XII, que esta ley diseña los procesos declarativos de modo que *la inmediación, la oralidad y la*

¹ A. de la Oliva Santos, *Introducción al Derecho Procesal*, F. Universitario Editorial Ramón Areces, 2004, pág. 81.

publicidad hayan de ser efectivas. Es por ello que, vamos a centrarnos, ahora, en la intermediación², por cuanto resulta de especial interés, para analizar la cuestión que me interesa, cual es la abstención y recusación.

La oralidad implica intermediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las actuaciones que se han realizado durante todo el proceso. Esta exigencia es particularmente importante en relación con las pruebas, hasta el extremo de que, normalmente, se ha venido concibiendo la intermediación, solamente, en relación con la exigencia de que el Juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de la prueba.

No obstante, a mi juicio, creo que conviene distinguir entre la presencia de un Juez en el proceso y la verdadera intermediación. La verdadera intermediación sólo existe cuando quien dicta la sentencia ha estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y oído y no con el reflejo documental del acto de prueba³, o como dice el profesor De la Oliva⁴, «*El Tribunal puede, gracias a la intermediación, extraer un convencimiento por impresiones directas y no por referencias escritas u orales de experiencias ajenas. La inobservancia de la intermediación, impuesta con la oralidad en los arts. 120.2 C.E. y 137 L.E.C., conlleva la rotunda sanción de nulidad radical.*».

Sin embargo, la L.E.C. permite⁵, en el art. 190, los cambios de personal juzgador durante la tramitación del proceso, concretamente, durante el espacio que dista entre el señalamiento de la vista y la celebración de ésta, cuando surja una causa legal que lo justifique.

Así pues, la intermediación constituye una medida básica para garantizar la justicia y el acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes, en congruencia, con lo que exige la libre valoración de la prueba, obligando al Juez o a los miembros del Tribunal colegiado a que entren en relación con el asunto y dicten resoluciones con suficiente conocimiento de causa. A esto, debemos añadir que la utilización de los modernos medios técnicos de documentación y reproducción pueden mitigar los muchos inconvenientes que también tiene la oralidad, puesto que escuchar y volver a escuchar, o ver y volver a ver, no es exactamente lo mismo que estudiar textos escritos, pero el juez no puede valerse sólo de ello. Es por esto, que estamos convencidos de que, respecto de las pruebas, la oralidad y la intermediación y la conjunción de las grabaciones y actas es, para un modelo procesal de dos instancias, el mejor régimen imaginable⁶.

² J. Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional I*, 13.ª edición 2004, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 383.

³ J. Montero Aroca, *ob. cit.*, pág. 384.

⁴ S. de la Oliva, *ob. cit.*, pág. 83.

⁵ M.ª P. Calderón Cuadrado, «Las posibilidades de recusación por variación del personal durante la tramitación del proceso. Breve referencia a su regulación en la nueva L.E.C.», *Revista internauta de práctica judicial*, n.º 6 (septiembre-diciembre, 2000).

⁶ A. de la Oliva Santos, *Introducción al Derecho Procesal, ob. cit.*, pág. 85.

III. DE LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN

La independencia judicial constituye un principio constitucional, art. 117.1 C.E., y un presupuesto del proceso que opera en el ámbito funcional y personal. En el primero, la independencia preserva al juzgador de cualquier sometimiento a las directrices de otro órgano superior; respecto del segundo, es un límite, el Juez o Magistrado no puede ser separado, jubilado o trasladado, sino por motivos previstos expresamente en la Ley⁷.

La imparcialidad⁸, por su parte, también opera desde un ámbito objetivo y subjetivo⁹, desde el momento mismo en que no existe relación del juzgador con el objeto del proceso, o con las partes. Imparcialidad que debe ser presumida *iuris tantum*. Existe un tercer espacio, a caballo entre los dos ámbitos referidos, creado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰ y recogida en la sentencias Delcourt de 1970, Piersack de 1982 o De Cubber de 1984 y, a través de las cuales, este Tribunal llegó a destacar la importancia que, en esta cuestión, tienen las apariencias, que deben llevar a los jueces a abstenerse, cuando pueda legítimamente temerse de ellos una falta de imparcialidad. El fundamento de esta afirmación, lo apoya el Alto Tribunal en la indudable confianza¹¹ que los Tribunales de una sociedad deben inspirar a los justiciables o, como dice el Profesor Santos Vijande: «No basta con que el proceder del Juez sea irreprochable; es preciso que lo parezca¹²».

De modo que puede afirmarse que, cualquier atisbo de duda acerca de la independencia y de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, a la hora de enjuiciar un asunto, debe conllevar el deber de éstos de abstenerse de conocer, siendo, además, un derecho de las partes la de plantear la recusación y una obligación del Ministerio Fiscal, denunciar esta situación, en aquellos casos en los que proceda su intervención¹³.

⁷ M. Richard González, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Miguel Ángel Fernández Ballesteros y otros [coords.]), Iurgium Editores/Atelier Editorial, Barcelona, 2000, tomo I, pág. 506.

⁸ El Tribunal Constitucional la ha venido considerando, en una primera etapa, como un derecho derivado del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y, desde la sentencia 145/1988 como un derecho comprendido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. Se trataría de un derecho fundamental de configuración legal oculto en el art. 24 de la Constitución Española.

⁹ J. L. López del Moral Echeverría, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Antonio M.ª Lorca Navarrete [dir.]), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo I, pág. 732.

¹⁰ F. Cordón Moreno, *La Ley de Enjuiciamiento Civil, Colección de Códigos con Jurisprudencia*, Editorial Aranzadi-Thomson Cizur Menor, 2002, pág. 303.

¹¹ Afirma al respecto J. Picó i Junoy que: «En un Estado democrático y de Derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los Jueces y Magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos» (*La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J. M.ª Bosch editor, Barcelona, 1998, pág. 17).

¹² J. M.ª Santos Vijande, «Abstención y recusación de Jueces y Magistrados», *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1999, pág. 1665.

¹³ F. López Simó, *Lecciones de Derecho Procesal II*, Col·leccio de Materials didactics, Universitat de les Illes Balears, n.º 112, pág. 52.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, S.T.C.) 157/1993 declaró, entre otras cosas, que tanto la abstención, como la recusación, son remedios que sirven para asegurar la exigencia de imparcialidad del juez, que se deriva del art. 24.2 C.E. Reiterando, posteriormente, el propio T.C., en la S.T.C. 155/2002 (F.J. 2.º) que la recusación es un derecho, que sirve para asegurar: la exigencia de imparcialidad del Juez y la confianza misma de los justiciables, en una justicia objetiva y libre y, por tanto, fuera de toda sombra de prejuicio o prevención.

De forma que, concretando lo anteriormente dicho, podemos entender la *abstención*, que se regula en los arts. 217 L.O.P.J. (según redacción dada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre) y 100.1 L.E.C. (que, como puede comprobarse, son idénticos), como el acto, en virtud del cual, se produce la renuncia del afectado, de oficio (mediante escrito razonado, tan pronto sea advertida la causa que la motive), a intervenir en un determinado proceso, por entender que concurre en él, una causa que puede atentar contra la debida imparcialidad¹⁴. Por esta razón, la inobservancia del deber, cuando un Juez tuviera el conocimiento de la concurrencia de esa causa y no se abstuviera, constituye una falta muy grave, lo mismo que ocurre, por otra parte, cuando se produce una abstención injustificada. Y éste es un tema, a mi juicio, bastante importante.

Por otro lado, la *recusación* constituye un acto procesal en virtud del cual, la parte pone de manifiesto la concurrencia, en el órgano competente para conocer del asunto, de alguna de las causas taxativamente enumeradas en el art. 219 L.O.P.J., que puedan afectar a su imparcialidad y, en consecuencia, solicita que sea apartado del asunto. La razón esencial de la recusación se sustenta en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidas de la condición humana del Juez, que induzcan a pensar que no actuará con la serenidad, ponderación, rectitud e imparcialidad debidas¹⁵. Por lo tanto, se trata de un mecanismo para apartar al juez de un asunto, cuando la sombra de la sospecha de parcialidad caiga sobre él.

IV. INCIDENCIA DE LA DISPOSICIÓN FINAL 17.^a L.E.C. EN LOS ARTS. 101 A 119 L.E.C., A PROPÓSITO DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

La DF17.^a dispone que: *Mientras no se proceda a reformar la L.O.P.J. en las materias que a continuación se citan, no serán de aplicación los arts. 101 a 119 de la presente ley, respecto de la abstención y recusación de Jueces, Magistrados...*

En principio es necesario destacar que la reforma procesal que se preveía para el inicio del siglo XXI (reforma de la L.E.C. y L.O.P.J. en el pleno del Congreso de 23/9/1999), no pudo llevarse a cabo por la falta de consenso entre las fuerzas políticas de la oposición y del Gobierno de Aznar, y de éste con sus

¹⁴ J. L. López del Moral Echeverría, *Comentarios a la nueva L.E.C.*, *ob. cit.*, pág. 733.

¹⁵ M. Richard González, *Comentarios a la nueva L.E.C.*, *ob. cit.*, pág. 515.

socios. De lo anterior puede extraerse, fácilmente, la conclusión de que la Ley que no obtuvo ese consenso, fue la L.O.P.J.¹⁶. Las consecuencias de ello fueron, por un lado, que se impedía que la L.E.C. pudiera desplegar toda su eficacia, y por otro, que el cierre de la reforma procesal debería esperar –no olvidemos que estamos al final de la legislatura y una legislatura sin mayoría absoluta por parte del Gobierno– ya que la idea era que la L.O.P.J. regulara las causas de la abstención y recusación y la L.E.C. el procedimiento para ello¹⁷.

Un ejemplo de esa falta de vigencia plena de la L.E.C. lo tenemos en su D.F. 17.^a que dejaba en suspenso¹⁸, hasta 34 preceptos de la misma, estableciendo que no entrarían en vigor hasta la reforma de la L.O.P.J., y que concretamente, por lo a este Ensayo le interesa, afectaba a los arts. 101 a 119 L.E.C., que son los que regulan el procedimiento de la abstención y de la recusación de Jueces y Magistrados. Y utilizo ahora el presente porque la reforma de la L.O.P.J., llevado a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O.P.J.¹⁹ (cuya entrada en vigor se produjo 20 días después de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, dado que no se establece plazo distinto, al respecto, en aplicación del art. 2 C.c.), supone el final de dicho período transitorio²⁰, lo que ha provocado que dos normas de peso específico en el ordenamiento jurídico procesal regulen, en estos momentos, la misma materia. Me estoy refiriendo al procedimiento de abstención y de recusación de los Jueces y Magistrados. Regulación que, como veremos más adelante, en algunos casos, se hace de forma mimética, lo cual es congruente y, completamente, lógico; mientras que, en otros casos, se hace de forma contradictoria, y eso es, a mi juicio, lo grave. Pues en este caso, no existe, a mi entender, la posibilidad de aplicar el art. 2.2 C.c., que es el que establece las reglas a seguir, en caso de conflicto entre normas –ley posterior deroga a ley anterior, norma superior deroga a norma inferior, ley especial es superior a ley general– por entrar en vigor las dos en el mismo momento y no existir jerarquía entre leyes, ni entre las dictadas por las Cortes Generales, ni entre éstas y las aprobadas por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, en cuyo caso rige el principio de competencia.

Por ello, podemos insistir en la idea de que a pesar de que se podría pensar que la L.E.C. es norma especial frente a la L.O.P.J. y, por lo tanto, podría apli-

¹⁶ A. de la Oliva Santos, «La realidad de una sesión parlamentaria», Periódico *El Mundo*, de 25 de septiembre de 1999.

¹⁷ Á. Arias Domínguez, *La abstención y la recusación de Jueces y Magistrados*, Edersa, 1999, págs. 68 y ss.

¹⁸ José F. Valls Gombáu, *Comentarios a la nueva L.E.C.* (Miguel Ángel Fernández Ballesteros y otros [coords.]), Iurgium Editores/Atelier Editorial, tomo III, pág. 4018.

¹⁹ Casualmente, de nuevo, al final de la legislatura y aprobada con demasiadas prisas.

²⁰ La L.O. 19/2003 modifica, con su artículo único, 127 preceptos de la L.O.P.J., pero en sus Disposiciones Adicionales plantea nuevas reformas de otras normas, como son: la Ley de Demarcación y Planta Judicial (D.A. 11.^a), los arts. 143, 525 de la L.E.C. y añade una nueva D.A. 5.^a de la L.E.C., en su D.A. 12.^a, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre otras.

carse el art. 2 C.c., yo entiendo que si eso fuese así, no habría tenido sentido la D.F. 17.^a y menos aún, esperar a la reforma de la L.O.P.J. para la verdadera entrada en vigor de los preceptos de la L.E.C., al menos de los arts. 101 a 119, a no ser que la regulación de la L.E.C., no estuviera destinada a ser la normativa definitiva y sí lo fuera, la L.O.P.J., según redacción de 2003, como parece desprenderse de esta situación. Pero si esa era la intención, entiendo que hubiera procedido derogar, expresamente, los preceptos de la L.E.C. que afectaban a la abstención y a la recusación, o bien, algo tan sencillo y propio de una buena técnica legislativa, como hubiera sido modificar la L.E.C. para adaptarla a la L.O.P.J., como se hace en la D.A. 12.^a, con otros preceptos relativos a otras materias. Al final, desgraciadamente, no se ha hecho, ni lo uno, ni lo otro.

Este «despiste» del legislador conlleva, además, un grave problema de seguridad jurídica ya que, en la práctica, impide conocer cuál de las dos leyes se debe aplicar al ámbito procesal civil, respecto de la abstención y a la recusación: ¿la L.O.P.J. o la L.E.C.?

Y para poner un ejemplo de la contradicción en la que incurren las dos leyes referidas, respecto del tema que me ocupa, en este Ensayo, voy a comparar dos apartados, de dos preceptos recogidos tanto en una, como en la otra Ley.

V. RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 102.2 L.E.C. Y 221.2 L.O.P.J.

Dispone el 102.2 L.E.C. que «*La abstención de Juez o Magistrado suspenderá el curso del proceso en tanto no se resuelva sobre ella*».

Mientras que el art. 221. 2 L.O.P.J., tras la modificación introducida por la L.O. 19/2003, establece que «*La abstención suspenderá el curso del proceso hasta que se resuelva sobre ella o transcurra el plazo previsto para su resolución*».

Como puede observarse, las diferencias son mínimas. En los dos casos, el efecto inmediato de la abstención del Juez o Magistrado que está conociendo del asunto, es la suspensión del curso del proceso, en tanto no se resuelva la abstención²¹. Sin embargo, como puede verse, la L.O.P.J. reformada, introduce un nuevo elemento «*o transcurra el plazo previsto para su resolución*». El plazo al que hace referencia, 10 días, se contiene en el párrafo tercero del art. 221.1 L.O.P.J. y, también, en el 102.1 L.E.C., indicando al órgano competente la obligación de ajustarse a dicho plazo, al utilizar ambas leyes el verbo «resolverá».

No obstante, se plantean dos cuestiones importantes a resolver. En primer lugar, el momento de la abstención, al que la Ley sólo se refiere en los arts. 221.1.2.^a L.O.P.J. *in fine* y 102.1 L.E.C., ambas en los mismos términos «tan pronto como sea advertida la causa que lo motive», lo que plantea el problema relativo

²¹ M.^a del C. Calvo Sánchez, «La abstención y la recusación en la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial», *Diario La Ley*, n.º 6207, de 10 de marzo de 2005, ref. d-59, pág. 1532.

a si el momento es, entre el señalamiento de la vista y su celebración, lo que sería el supuesto recogido en el art. 190 L.E.C. En esta situación, la solución no plantearía especiales dificultades, tanto si se acepta, como si se rechaza la abstención del juzgador, por el órgano decisorio.

Por el contrario, sí plantea problemas, si el momento es posterior, ya, en la vista, bien porque el juzgador no se haya percatado antes y ya iniciada la vista advierta de la posibilidad de concurrir en él, una causa de abstención, y si planteado el incidente al órgano decisorio, éste lo resolviera aceptando los motivos expuestos por aquél. Aquí la vista no sólo se suspendería sino que debería celebrarse de nuevo, desde el inicio, con el Juez que sustituya al «abstenido»²². En el mismo caso estaríamos si pasados los 10 días se alza la suspensión y hubiera que nombrar a un sustituto para que conozca del proceso, ya que el Juez que se abstiene no puede participar en él hasta que la abstención se resuelva, lo que no sería acorde con el sentir de la reforma en cuanto al respeto al principio de inmediación, que es lo que lleva al legislador a establecer la suspensión del procedimiento no sólo en este incidente de abstención, sino también en el de recusación²³.

Asimismo, una segunda cuestión en el sentido de que, la Ley no permite intervenir a las partes, en la resolución del incidente de abstención, sino sólo *a posteriori*. Cuando el Juez entiende que una posible causa de abstención le puede afectar, suspende el proceso y lo pone en conocimiento del órgano competente (en este caso, al órgano funcional que deba conocer de sus recursos), esa causa, razonándola. Pero esta causa no se comunica a las partes, dando la sensación de que el incidente de abstención es una cosa interna, entre órganos judiciales. Y, sin embargo, es algo que está dentro del proceso –no creo que haga falta recordar el art. 399 L.E.C. «*el juicio* (entendido de forma amplia) *se inicia con la demanda*»–. Por lo que todo lo que ocurra con posterioridad a ésta, en base al principio dispositivo, le interesa a las partes, y que la abstención se acepte o no, por ese órgano puede afectar a éstas, viéndose privadas de la posibilidad de opinar sobre la causa de abstención del juzgador –recordemos, al respecto, la importancia de las apariencias– y sólo permitiéndoseles, una vez resuelto el incidente, el derecho a recusar²⁴, quedando, por tanto, en entredicho, el principio de economía procesal. Por lo tanto, abrir un período de alegaciones (por

²² M. Richard González, *Comentarios a la nueva L.E.C., ob. cit.*, pág. 549.

²³ M.^a del C. Calvo Sánchez, «La abstención y recusación en la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre...», *cit.*, pág. 1.541.

²⁴ Como dice, M. Richard González «*no cabe entender que las partes no puedan recusar con base en la misma razón que la abstención, ya que no tuvieron intervención en ese incidente y la resolución que puso fin al mismo desestimándola no puede tener efecto de impedir la posterior recusación alegando y aportando otros datos que tal vez no pudieron tenerse en cuenta para decidir sobre la formulación del Juez*» (*Comentarios a la nueva L.E.C., ob. cit.*, pág. 519). Esta opinión, a la que se suma el autor de este Ensayo, también es compartida por Lorena Bachmaier Winter. Aunque también encuentra algunos detractores, como Del Moral Echeverría o Arias Domínguez.

ejemplo, de 3 días, dentro de los 10 que tiene para resolver el órgano decisorio) sería, a mi juicio, lo más prudente, en este caso.

VI. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTS. 109.4 L.E.C. Y 225.4 L.O.P.J.

Dispone el art. 109.4 L.E.C., en relación con el incidente de recusación y efectos de éste, en el asunto principal que: «*La recusación no detendrá el curso del pleito, el cual seguirá sustanciándose hasta la citación para sentencia definitiva, en cuyo estado se suspenderá hasta que se decida el incidente de recusación, si éste no estuviere terminado*».

Mientras que el art. 225.4 L.O.P.J. establece que: «*La recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación salvo en el orden jurisdiccional penal, en el que el juez de instrucción que legalmente sustituya al recusado continuará con la tramitación de la causa*».

En este caso, por el contrario, la contradicción es especialmente llamativa y desconcertante, incluso, ya que:

- a) mientras que la L.E.C. ordena proseguir el proceso, en el caso de abrirse un incidente de recusación, lo que significa que el proceso seguiría por el sustituto del juez recusado, como máximo, hasta la citación para sentencia definitiva. Por tanto, a mi entender, con la regulación que se contiene en el art. 109.4 L.E.C., se lleva a cabo una vulneración, grosera, del principio de inmediación, tal y como vengo defendiendo en este Ensayo.
- b) el art. 225.4 L.O.P.J. ordena todo lo contrario, o lo que es lo mismo, suspender el proceso civil, aunque se hace una salvedad en el orden jurisdiccional penal y, concretamente, en su fase de instrucción.

En relación con el primer precepto (de la L.E.C.), me planteo una primera cuestión, que se produciría si el incidente de recusación se desestimara y ya se hubiera celebrado el juicio por el sustituto²⁵. A este respecto, dispone el art. 112.1 L.E.C. que: «*el auto que desestime la recusación acordará devolver al recusado el conocimiento del pleito o causa en el estado en que se hallare*». Estos preceptos, es decir, los arts. 109.4 y 112.1 de la L.E.C., amparan lo que la reforma de la L.O.P.J. ha querido evitar a toda costa. o sea: que un Juez distinto al que presenció la prueba dicte posterior sentencia.

En este aspecto, choca, de plano, con la exigencia del principio de inmediación; en particular con el art. 194 L.E.C., que impone que la sentencia sólo puede dictarla el Juez o Magistrado que haya asistido, efectivamente, al juicio.

²⁵ R. Herrera Abián, *La intermediación como garantía procesal, excepciones al principio de inmediación «stricto sensu» en la vigente Ley de Enjuiciamiento*, Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, n.º 18, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2006, págs. 43 y ss.

Esta contradicción sólo puede deberse a una falta de previsión del legislador y exige interpretar restrictivamente el alcance, tanto del art. 109.4, como el del art. 112.1 L.E.C. Y, además, en virtud del principio de inmediación (tal y como opina el Prof. Banacloche Palao²⁶ y a cuya opinión, modestamente, me sumo) da la sensación de que sólo nos quedan dos soluciones: o bien, suspendemos el proceso al inicio del juicio, a la espera de que se resuelva el incidente de recusación (el período máximo de suspensión, sumando los plazos establecidos en el art. 109, viene a ser de unos 18 días), o bien, procede la continuación del proceso, paralizándose, éste, cuando llegue el momento de dictar sentencia y, en el caso de que la recusación se desestime, volver a celebrar otra vez el juicio, pero esta vez, en presencia del juzgador que fue indebidamente recusado.

Pero, asimismo, este segundo planteamiento nos lleva a un nuevo problema. Problema que, de nuevo, a mi modesto entender, hace que todavía sea más grave la elección que, por la continuación del proceso, hace la L.E.C., y que puede afectar al derecho de defensa de las partes; ya que si el proceso se ha desarrollado, también se han expuesto los argumentos y se ha fijado la estrategia procesal, tanto por parte del demandante, como del demandado, con el fin de acreditar sus respectivos derechos y, si se tiene que volver a celebrar el juicio y todo lo actuado es nulo, la parte contraria será una parte «prevenida»²⁷.

Por ello, podemos decir que este art. 109.4 L.E.C., es más propio de un sistema escrito, en el que para evitar dilaciones, en primera instancia, mientras que se sustancia el incidente de recusación, el Juez sustituto puede continuar con la tramitación del asunto, de modo que cuando el pleito esté concluido, a falta de sentencia, éste quede en suspenso hasta que se resuelva la recusación (tal y como recogía el art. 201 y ss. de la anterior L.E.C. de 1881).

Sin embargo, en un sistema predominantemente oral, como es el propiciado por la nueva L.E.C. de 2000, en el que toda prueba y conclusiones se sustancian en la vista, con intervención decisiva del Juez, esta norma debería conducir a que cuando se inadmitiese la recusación, se produjera la nulidad del juicio oral, en el caso de que éste se hubiese celebrado; más aun, en atención a las normas generales de la L.E.C., la nulidad debiera producirse desde el trámite de la audiencia previa, ya que el art. 137.2 L.E.C. prevé que «*todas las vistas y comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución, se celebrarán siempre ante el Juez o Magistrado que conozca del asunto*», apostando, por tanto, por la verdadera inmediación y no, por la simple presencia de un Juzgador en el proceso, tal y como, anteriormente, mantuvimos, al referirnos a la inmediación.

²⁶ J. Banacloche Palao, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 265 y 266.

²⁷ Como afirma, expresamente, M. Richard González, *Comentarios a la nueva Ley...*, *ob. cit.*, pág. 550.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, la reforma de la L.O.P.J., en su art. 225.4, parece contener la regulación más adecuada²⁸, al establecer la obligación de que el planteamiento de la recusación lleve implícita la suspensión del proceso principal. Evitando, de esta manera, por un lado, los muchos inconvenientes –como anteriormente hemos analizado– que la ausencia de suspensión acarrea y, por otro lado, un pretendido celo, desmedido y desproporcionado en favor de la celeridad.

VII. DEL PRINCIPIO GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica es un elemento esencial del Estado de Derecho y el Tribunal Constitucional, ya desde el inicio de su actividad, la identifica con una denominación colectiva de todos los principios propios de un Estado de Derecho. Este Tribunal ha venido señalando que la seguridad jurídica es «*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*»²⁹. Asimismo, con posterioridad, el T.C. no ha dejado de reiterar esta doctrina, al insistir en la interconexión o complementariedad de los citados principios, cobrando cada uno de ellos valor en función de los otros y destacando, con vehemencia, el de seguridad jurídica como valor que informa el principio de legalidad. En su versión de certeza sobre el ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica actúa sobre los intereses jurídicamente tutelados, garantizando las expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos sobre el entendimiento del Derecho y la actuación de los poderes públicos en su aplicación³⁰.

Precisamente, nuestro modelo social se caracteriza, entre otros extremos, por el deber de dispensar seguridad jurídica, como principio consagrado en el art. 9.3 C.E. y como pilar de nuestra convivencia pacífica en un Estado Social y Democrático de Derecho³¹. En este sentido, la seguridad jurídica no sólo es un principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino también, un mandato dirigido a los poderes públicos³², y se exige tanto en la creación de las normas, como en su aplicación. El valor de la seguridad jurídica es, al tiempo, objetivo o aspiración y resultado del contenido y de la forma de las normas y de los actos y negocios jurídicos, exigencias formales, como las que tienden a garantizar la

²⁸ M.ª del C. Calvo Sánchez, «La abstención y recusación en la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre...», *cit.*, pág. 1535.

²⁹ S.T.C. 27/1981 (F.J. n.º 10).

³⁰ S.S.T.C. 99/1987 (F.J. n.º 6); 227/1988 (F.J. n.º 10); 150/1990 (F.J. n.º 8); 173/1996 (F.J. n.º 3); 225/1998 (F.J. n.º 2); 104/2000 (F.J. n.º 7); 235/2000 (F.J. n.º 8); 96/2002 (F.J. n.º 5), entre otras.

³¹ M.ª E. Casas Baamonde, *Discurso de clausura del XXV Congreso Internacional del Notariado*, 5 de octubre de 2007.

³² S.T.C. 325/1994 (F.J. n.º 2).

certeza de las relaciones jurídicas. Procurar claridad y confianza, y eliminar confusión e incertidumbre resulta imprescindible en el marco global de la complejidad creciente en que se desarrolla el tráfico económico y jurídico³³.

Así, el T.C. ha venido planteando la posibilidad de que la seguridad jurídica puede vulnerarse en un doble aspecto, en su vertiente objetiva y subjetiva, es decir, entendida como la certeza sobre la normativa aplicable, referida a los intereses jurídicamente tutelados, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, además de la claridad del legislador y no la confusión normativa³⁴.

En relación con este último aspecto, el T.C. ha manifestado, en su S.T.C. 46/1990 (F.J. n.º 4), que la exigencia del art. 9.3 C.E. relativa al principio de seguridad jurídica: *«implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (como la que, sin duda, se genera en el caso que vengo analizando, dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que, en esta materia, se ha producido³⁵). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuales sean las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuales sean éstas»*. No siendo pacífico que el interés público pueda primar, en algunos casos, sobre la seguridad jurídica, tal y como reconocen, entre otras, las S.S.T.C. 182/1997 de 28 de octubre de 1997³⁶, en sus Fundamentos Jurídicos n.º 11 y 13, y 173/1996, en su F.J. n.º 5.A.

VIII. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, como ha podido apreciarse, no cabe la menor duda de que en nuestro ordenamiento jurídico, en su vertiente procesal, aparecen dos normas, cuales son la L.E.C. y la L.O.P.J., después de la reforma de la L.O. 19/2003 que, en un caso, por efecto de la D.F. 17.^a y, en el otro, por su evidente contradicción, han seguido unas técnicas legislativas que considero que dejan mucho que desear. Aunque no me interese, ahora, tanto las circunstancias que rodearon sus aprobaciones, como el daño que creo que han podido

³³ M.^a E. Casas Baamonde, *Discurso de clausura del XXV Congreso Internacional del Notariado*, cit.

³⁴ S.T.C. 307/2004 (F.J. n.º 2).

³⁵ Ejemplos de esta confusión lo hemos detectado en algunos Autos de diversos órganos jurisdiccionales que, en distintas ocasiones, se manifiestan en diversos sentidos. En algunos casos, dejándose llevar por la regulación del art. 112 L.E.C., como se desprende de los Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza (303/2007), Álava (26/2007), La Rioja (135/2006), Las Palmas (203/2005), Toledo (50/2005) y en otros, claramente, por la regulación del art. 225.4 L.O.P.J. (Las Palmas 72/2007).

³⁶ Sentencia que contó con 5 votos particulares de entre sus Magistrados, entre ellos, el de su Presidente D. Álvaro Rodríguez Bereijo.

hacer o más exactamente, están haciendo, a dos importantes principios generales, como son el de inmediación y el de seguridad jurídica.

Por ello, no hay que olvidar que, precisamente, la Exposición de Motivos de la L.O. 19/2003, de reforma de la L.O.P.J., en su punto IV, fundamentaba, teóricamente, la reforma *«en una mejor garantía de la independencia e imparcialidad de Jueces y Magistrados, dando una redacción al capítulo dedicado a la abstención y a la recusación, completando así el sistema diseñado por la reciente L.E.C. 1/2000, de 7 de enero, cuyo texto también obliga a las debidas adaptaciones del régimen de nulidad de actuaciones y de aclaraciones o correcciones de resoluciones»*.

Sin embargo, insisto, el «despiste» del Legislador, en el momento de la tramitación de la Ley de reforma, de 2003, afectado, de nuevo, por las prisas por aprobar una Ley, al final de la Legislatura (al igual que como ya dije, ocurrió con la nueva L.E.C.), conllevó que no se valorasen, adecuadamente, las relaciones que se trababan entre las normas referidas. De hecho, la propia Exposición de Motivos, de la referida L.O. 23/2003, en su apartado I nos recuerda que *«se derogan determinados preceptos, bien por razones de sistemática llevándose su contenido a un libro distinto, bien por incompatibilidad con la nueva regulación»* y, sin embargo, en su Disposición Única no se deroga ningún precepto de la L.E.C. (como se recuerda, tan sólo en la D.A. 12.^a se introducen tres modificaciones en la L.E.C., en los arts. 143 y 525 y añadiendo una nueva D.A. 5.^a). Quizás, en el fondo, como apunta la profesora Calvo Sánchez, de la Universidad de Salamanca, a sus señorías tanto la abstención, como la recusación, no les atrajo en demasía³⁷, ni en la tramitación de la L.E.C. de 2000, ni en la reforma de la L.O.P.J. de 2003. Tal vez, por un desconocimiento de lo que la abstención y la recusación suponen y de cuál es su concreta finalidad, ya que incluso en el supuesto de que Jueces y Magistrados tengan que soportar recusaciones infundadas, no estaría justificada una actitud restrictiva y, menos aún, desinteresarse por la cuestión, porque entre el aseguramiento de la imparcialidad y la celeridad en la tramitación, siempre tendría preferencia la primera; sin la cual no se administra verdadera justicia, pues es ella la que justifica la atribución a los órganos jurisdiccionales del monopolio de la función jurisdiccional, a la vez que actúa como contrapeso, haciéndoles responsables, a fin de que la misma no degenera en pura arbitrariedad.

La abstención y la recusación son cuestiones que pueden comprometer la imparcialidad y la independencia de Jueces y Magistrados, tanto en su aspecto objetivo, como en el subjetivo y, más todavía, en el de las «apariencias», en el que tanto incide el T.E.D.H. Apariencias que no dejan de ser otra cosa más que la confianza, de la que habla el profesor Picó i Junio, cuando se refiere a *«la confianza en el buen hacer de Jueces y Magistrados, que es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre los ciudadanos»*, a lo que ya me he referido, en su momento.

³⁷ M.^a del C. Calvo Sánchez, «La abstención y recusación en la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre...», *cit.*, pág. 1543.

Por lo tanto y, para concluir este Ensayo, sólo me queda por incidir en la, a mi juicio, necesaria modificación de la L.E.C., bien eliminando los artículos que sobre la abstención y la recusación se contienen en ella, y dejando, como consecuencia, este asunto a la L.O.P.J., como «ley matriz», a la que todos los órdenes jurisdiccionales, puedan referirse; o bien, adaptarla y hacerla concordar con la reforma de la L.O.P.J., de 2003, tal y como anunciaba la propia Exposición de Motivos de la L.O. 19/2003, en sus apartados I y IV. Lo que, precisamente, parecía ser el espíritu de la reforma y, al mismo tiempo, eliminar todo elemento de inseguridad jurídica que tanto perjudica, al propio legislador y a los operadores jurídicos e incluso, a los estudiantes de Derecho, como es mi caso.

Cáceres, a 14 de enero de 2008