

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Juan MONTERO AROCA*

SUMARIO: I. *Las referencias del Convenio a la imparcialidad (y también a la independencia) judiciales.* II. *La composición del tribunal del Convenio.* III. *La jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad (y sobre independencia).* IV. *Crítica de la jurisprudencia anterior.* V. *La noción de imparcialidad.* VI. *Las clases de causas de abstención y de recusación.* VII. *Imparcialidad e incompatibilidad.* VIII. *Los efectos de la incompatibilidad de funciones.* IX. *Las paradojas del Convenio.*

I. LAS REFERENCIAS DEL CONVENIO A LA IMPARCIALIDAD (Y TAMBIÉN A LA INDEPENDENCIA) JUDICIALES

Por muy sencillo que parezca determinar lo que es la imparcialidad de las personas que ejercen jurisdicción, imparcialidad a la que se refieren todas las normas internas e internacionales que regulan órganos a los que se atribuye aquella potestad, es el caso que en la práctica la situación está muy lejos de presentarse con esa pretendida sencillez. Antes al contrario, de la imparcialidad se han dicho, doctrinal y jurisprudencialmente, a veces meras obviedades; otras se la ha confundido con la independencia, y, por fin, no siempre se ha sabido precisar su deslinde con la incompatibilidad de funciones en el proceso.

En las páginas que siguen vamos a intentar determinar lo que debe entenderse por imparcialidad en un texto internacional de gran trascenden-

* Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia; magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.

cia, y debemos empezar dejando establecido lo que dice ese texto, para lo que es necesario atender tanto a sus referencias a la independencia como a la imparcialidad misma. Esas referencias en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (conforme al texto del Protocolo 11, del 11 de mayo de 1994, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998) (en lo que seguiremos hablaremos del Convenio, para abreviar), tienen muy diferentes contenidos, pues unas veces se trata de recoger un derecho de las personas, y otras, de establecer un requisito atinente a quienes ejercen jurisdicción en los tribunales que crea el Convenio.

A) Los derechos de las personas. En el Convenio se dispone en el artículo 6.1, esto es, dentro del título I (“Derechos y libertades”), que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”, entendiéndose que el derecho está incluido en el “derecho a un proceso equitativo”. Se trata, por tanto, de que todas las personas tienen derecho a que los órganos judiciales estén integrados por jueces independientes e imparciales.¹

B) Los requisitos de los titulares de los tribunales respectivos. En el mismo orden de cosas, en el Convenio se contiene una segunda referencia a la independencia y a la imparcialidad, la del artículo 21.3, es decir, ya en el título II, el relativo al “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en el que se dispone que los jueces del Tribunal, durante su mandato, no podrán ejercer actividad alguna que sea incompatible con las exigencias de independencia e imparcialidad.²

¹ En este mismo sentido, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 dice que “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”.

² De la misma manera, en el artículo 71 del Pacto de San José se dice que “son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos”. Y en el Estatuto de la Corte de 1979 se dice en el artículo 18 que el cargo de juez de la Corte es incompatible “c) cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones o que afecten su imparcialidad, la dignidad o prestigio del cargo”.

C) Los sentidos diferentes de estas referencias. Las normas dichas del Convenio, aun referidas todas ellas a la independencia y a la imparcialidad judiciales, tienen contenidos muy diferentes:

a) Los derechos y los obligados a respetarlos. El artículo 6.1 del Convenio reconoce un derecho a toda persona frente a las altas partes contratantes. La independencia y la imparcialidad del tribunal se conciben así como dos derechos, que deben considerarse integrados en el “derecho a un proceso equitativo”, que han de entenderse referidos, desde luego, a los tribunales internos de los Estados miembros. Toda persona tiene derecho a que el o los jueces que juzguen su causa, se entienda en el Estado miembro de la alta parte contratante del Convenio, sean independientes e imparciales, y parece lógico mantener que se está ante dos derechos aparentemente, al menos, distintos.

No se trata aquí de que esos derechos se reconozcan precisamente frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nada de eso; los derechos se afirman existentes frente a las altas partes contratantes del Convenio, como expresa claramente el artículo 1 del mismo, y por ello el artículo 19 dispone que para asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las altas partes contratantes del Convenio mismo se crea el Tribunal.

b) No frente a los tribunales del Convenio. Cuando se trata de los requisitos de las personas que han de integrar los tribunales regulados en el Convenio, la situación es muy diferente, pues frente a esos órganos quienes sean parte en los procesos correspondientes no tienen derecho a la independencia ni a la imparcialidad de los integrantes de esos tribunales.

El artículo 21.3 del Convenio se refiere a la independencia y a la imparcialidad de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y concibe a aquéllas como características generales que han de concurrir en dichos jueces. No se trata de derechos de la persona que presenta una demanda ante el Tribunal, sino de elementos caracterizadores generales que ha de concurrir en los jueces. De esta norma no se desprende que las personas tengan derecho a que ese Tribunal se integre por jueces que sean independientes e imparciales.

II. LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DEL CONVENIO

Por razones que aparecerán evidentes cuando se trate de la noción de imparcialidad (derivadamente, de la independencia) y, más concretamen-

te aún, de la de incompatibilidad de funciones, es conveniente dejar aquí constancia de las normas reguladoras de la composición del tribunal, que se determina en el Convenio. La falta de derecho a la independencia y a la imparcialidad de los jueces del TEDH se pone de manifiesto de modo muy claro cuando se comprueba, primero, la composición del tribunal mismo y, después, la composición de la Sala, de siete jueces, y de la Gran Sala, de diecisiete jueces.

A) Los jueces del Tribunal tienen que igualar en número a las altas partes contratantes (artículo 20), y serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada alta parte contratante, por mayoría absoluta de votos, pero de entre una lista de tres candidatos presentada por esa alta parte contratante (artículo 22.1). Dejando a un lado las alusiones grandilocuentes, al final todo consiste en que cada Estado propone tres nombres, y la Asamblea elige un juez entre ellos, de modo que cada Estado controla casi totalmente el nombramiento de “su” juez, que además es reelegible (artículo 23.1). Todo esto atiende al estatuto que condiciona la independencia.

El estatuto de los jueces, por otro lado, queda prácticamente indeterminado, pues los artículos 21.1 y 3 se limitan a enunciar las generalidades típicas de cuando no se quiere regular un verdadero estatuto. Por ejemplo, durante su mandato, los jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad necesarias para la actividad ejercida a tiempo completo. Y se añade: cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por el Tribunal.

B) Ya con referencia clara a la imparcialidad, según lo dispuesto en el artículo 27, el examen de los asuntos se hace (aparte de por los comités, que atienden a la inadmisión, artículo 28), por las Salas y por la Gran Sala, de modo que:

a) En la Sala y en la Gran Sala siempre se integrará el juez elegido en representación del Estado parte en el litigio; si ese juez no está en condiciones de intervenir por cualquier causa, el Estado parte designará una persona que actuará de juez.³ Estamos, de una manera u otra, ante el juez *ad hoc*.

³ Dice el artículo 27.2, según la traducción al español publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, del 26 de junio de 1998: “El Juez elegido en representación de un Estado parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará una persona que actúe de juez”. La palabra “representación” vuelve a utilizarse en el ar-

Sin suscitar aquí el problema derivado de que en el texto español del CEDH se utilice la palabra “representación”, que puede entenderse como una deficiente traducción de los textos inglés y francés,⁴ no puede desconocerse que los jueces del Tribunal pueden actuar en el mismo en dos condiciones muy distintas:

1) Cuando un juez integra la Sala o la Gran Sala atendiendo al sistema normal de determinar la composición de una y otra, lo hace a título individual, siendo entonces plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 21.2 del Convenio, según el cual “los Jueces formarán parte del Tribunal a título individual”. En este supuesto no cabe suscitar cuestión alguna relativa a la imparcialidad (sin perjuicio de lo que diremos después) ni a la incompatibilidad de funciones.

2) Por el contrario, cuando un juez integra la Sala o la Gran Sala en atención a que el Estado que lo ha propuesto es parte en el litigio, se convierte en un juez *ad hoc*, esto es, en juez que compone el órgano jurisdiccional precisamente porque ha sido designado a propuesta de ese Estado concreto. En este supuesto la palabra “representación” no se utiliza en los textos francés e inglés, pero en el fondo se trata siempre de que el Estado determina un juez concreto que ha de juzgar de su asunto, desconociéndose el principio del juez natural o predeterminado por la ley.

El juez *ad hoc* es un juez que, de algún modo y en el fondo, representa al Estado que lo ha nombrado, por lo que si el Estado parte es el representado y el juez su representante, resulta que quien es parte en el proceso es al mismo tiempo juez, con lo que se está de modo claro ante una de

título 27.3, al determinarse la composición de la Gran Sala: “Cuando el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43, ningún Juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del Presidente de la Sala y del Juez que haya intervenido en representación del Estado parte interesado”. Esta palabra “representación” no se utiliza en los textos francés e inglés, que son los fehacientes o auténticos.

⁴ Según el texto francés: “2 Le juge élu au titre d’un Etat Partie au litige est membre de droit de la Chambre et de la Grande Chambre ; en cas d’absence de ce juge, ou lorsqu’il n’est pas en mesure de siéger, cet Etat Partie désigne une personne qui siège en qualité de juge». Según el texto inglés : «2 There shall sit as an ex officio member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the State Party concerned or, if there is none or if he is unable to sit, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge”. Según el texto italiano: “2 Il giudice eletto in relazione ad uno Stato parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera; in caso di assenza di questo giudice, o se egli non è in grado di svolgere la sua funzione, lo Stato parte nomina una persona che siede in qualità di giudice”.

las causas que las legislaciones suelen establecer como negadoras de la imparcialidad, aunque en realidad se trata de causa que se refiere a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso.

b) En la Gran Sala, y cuando el asunto llegue a ésta en virtud de lo dispuesto en el artículo 43, es decir, cuando habiendo dictado sentencia la Sala de siete jueces alguna de las partes solicita la remisión del asunto a la Gran Sala, ésta se compondrá con diecisiete jueces, dos de los cuales han de ser necesariamente el presidente de la Sala anterior y el juez que haya intervenido en representación del Estado parte interesado.

En este caso dos de los jueces que conocieron de la “primera instancia” integran el órgano que conoce del “recurso”, con lo que se permite que dos jueces realicen actividades claramente incompatibles. A pesar de lo que suele sostenerse, no se trata aquí de que se desconozca la imparcialidad, sino de que se está permitiendo la realización de actividades procesalmente incompatibles, de modo que se llega a negar lo que se corresponde con la esencia de los recursos.⁵

Nos encontramos, por tanto, ante una paradoja de muy difícil explicación. El artículo 6.1 del Convenio reconoce a toda persona el derecho a la imparcialidad judicial frente a las altas partes contratantes, pero los artículos 21.3 y 27 no sólo no reconocen ese derecho frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que lo niegan de modo expreso, y ello aparte de que admiten también que en el Tribunal dos jueces realicen actividades procesalmente incompatibles, negadoras de la esencia del doble grado de jurisdicción.

⁵ La STEDH del 16 de noviembre de 2000, en el caso Rojas Morales contra Italia, es un excelente ejemplo de callar cuando no conviene hablar. Según la propia sentencia, el gobierno italiano había sostenido que una determinada situación de hecho, la ocurrida en Italia, no era incompatible con el Convenio, habida cuenta de que en el seno de la propia Corte europea el presidente de la Sala y el juez *ayant siégé au titre de l'Etat partie intéressé* participan en las deliberaciones de la Gran Sala, como dispone el artículo 27.3 del Convenio. Esta alegación queda sin respuesta en la sentencia, la cual estima la demanda y que se violó el artículo 6.1 del Convenio. El Tribunal pudo razonar en torno a por qué el ciudadano argentino es titular de un derecho frente a la alta parte contratante, que es Italia, pero ese mismo ciudadano no tiene el mismo derecho cuando se trata del Tribunal Europeo. Un caso de silencio prudente, aunque sea a costa de no motivar la resolución.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE IMPARCIALIDAD (Y SOBRE INDEPENDENCIA)

Empecemos por decir que el Convenio no sólo no da unos conceptos de independencia y de imparcialidad, sino que ni siquiera ofrece indicios desde los que poder iniciar un razonamiento que nos lleve a determinar esos conceptos. En estas circunstancias, la jurisprudencia del TEDH debería ser elemento esencial para determinar el ámbito de los derechos.

1. *La imparcialidad según el TEDH*

De las referencias del Convenio a la imparcialidad no se desprende una noción clara de la misma y, especialmente, no puede saberse en qué consiste la imparcialidad en cuanto derecho de toda persona frente a las altas partes contratantes. Debe estarse, por tanto, a la jurisprudencia del TEDH, y ya en ella, prescindiendo ahora de supuestos concretos (existen más de seiscientos sentencias en las que se contienen alusiones a la imparcialidad),⁶ puede decirse que en la jurisprudencia del Tribunal pueden considerarse dos etapas.

⁶ De esas más de seiscientos sentencias puede decirse que más de cuatrocientas carecen de utilidad conceptual, e incluso que de las doscientas restantes la mayor parte de ellas son contra Turquía, desde la primera del caso *Çiraklar*, STEDH del 28 de octubre de 1987, hasta la del caso *Yüksel*, STEDH del 25 de octubre de 2005, en la que ya se limita el tribunal a decir que no existe circunstancia alguna que permita llegar a decisión distinta de la sostenida en los anteriores casos. En todas estas sentencias lo cuestionado era la integración de un magistrado militar en el tribunal y en todas ellas no se distinguía claramente entre los derechos atinentes a la independencia y a la imparcialidad del tribunal, aunque lo cuestionado verdaderamente es la independencia del juez militar. Un número sensiblemente menor de esas sentencias, pero por lo menos dos docenas, se refieren al Reino Unido y a consejos de guerra, entendiéndose que los jueces militares son designados *ad hoc*, su rango de subordinación dentro del estamento militar y el hecho de que se hallasen sometidos a la disciplina y jerarquía de sus superiores, permiten albergar objetivamente dudas razonables en torno a la posible presencia de presiones externas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (por ejemplo desde el caso *Moore y Gordon* en la STEDH del 29 de septiembre de 1999; luego casos *Miller* STEDH del 26 de octubre de 2004 y *Le Petit* STEDH del 15 de junio de 2004), con lo que también aquí parece claro que lo cuestionado era la independencia.

A. *Etapa inicial o tautológica*

En la primera de las etapas se entendió de modo general y reiterado que:

1o.) “La imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades”.⁷

2o.) Pueden distinguirse en ella dos supuestos: 1) subjetivo, “que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto”, y 2) objetivo, que “se refiere a si éste (el juez) ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

3o.) Porque “en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia”; “todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer de esa causa. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

Las anteriores afirmaciones las hizo el TEDH en la sentencia del 1 de octubre de 1982, en el caso Piersack, y después añadió, en la sentencia del 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, que la imparcialidad debe predicarse de todos los órganos judiciales, tanto los de primera instancia como los que conocen de cualquier recurso.

B. *Etapa actual o imprecisa*

En las sentencias de los últimos años las referencias a la imparcialidad están siendo algo distintas, pues ya no se define de modo directo lo que es la imparcialidad (se renuncia a la tautología), sino que se entra directamente a sostener que la imparcialidad, según lo que dispone el artículo 6.1 del Convenio (por ejemplo en el caso Morel y STEDH, del 6 de junio de 2000), tiene un doble sentido, de modo que:

1) Subjetivo. Se trata, primero, de determinar la convicción personal de un juez concreto en un asunto determinado, añadiéndose que esta imparcialidad personal se presume mientras no se demuestre lo contrario.

2) Objetivo. Por medio del que se trata, después, de determinar si, independientemente de la actitud personal del o de los jueces, bien si exis-

⁷ Según el texto francés: “L’impartialité se définit d’ordinaire par l’absence de préjugé ou de parti pris”, y según el inglés: “Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias”.

ten hechos objetivos que autoricen a poner en duda la imparcialidad de alguno de aqueéllos, bien a asegurar que existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre esa imparcialidad (por ejemplo, caso Zennari, de la STEDH del 6 de noviembre de 2003, y Cianetti en STEDH del 22 de abril de 2004; o caso Chmelír en STEDH del 7 de junio de 2005).

Y aquí se repite aquello de que en esta materia hasta las apariencias tienen importancia (“En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l’importance”). Para añadir que “il y va de la confiance que les tribunaux d’une société démocratique se doivent d’inspirer aux justiciables” (caso Castillo Algar, y STEDH del 28 de octubre de 1998; o caso Cianetti en STEDH del 22 de abril de 2004).

Desde estas vagas afirmaciones generales, reiteradas una y otra vez y de modo literal, el Tribunal pasa a examinar el caso concreto. Parece claro que no existe una clara base conceptual sobre lo que deba entenderse por imparcialidad.

2. La independencia según el TEDH

El TEDH ha distinguido, en ocasiones, entre independencia e imparcialidad, estimando que:

1o.) Para decidir si un tribunal es independiente es necesario atender al modo de designación y duración del mandato de sus miembros y a la existencia de medidas de protección contra las presiones exteriores (por ejemplo, la STEDH del 25 de febrero de 1997, caso Findley, y la STEDH del 3 de marzo de 2005, en el caso Brudnicka).

2o.) Mientras que la imparcialidad se aprecia en un doble sentido, consistiendo el primero o subjetivo en precisar la convicción personal de cada uno de los miembros del tribunal, y el segundo u objetivo en atender a si existen garantías suficientes para excluir toda duda legítima u objetivamente justificada, e insistiendo en que las apariencias tienen también importancia (por ejemplo, sentencia del 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros; y STEDH del 3 de marzo de 2005, en el caso Brudnicka).

Con todo, son muy numerosos los casos en que el Tribunal, a pesar de lo anterior, no ha distinguido entre independencia e imparcialidad, y ha

procedido a examinar la concurrencia de estas dos notas caracterizadoras de modo conjunto, con lo que ha acabado por considerar mezclados los dos derechos (por ejemplo, en las sentencias del 9 de junio de 1998, caso *Incal*, y del 28 de octubre de 1998, caso *Çiraklar*; hay casos muy evidentes, como el de la STEDH del 10 de octubre de 2000, caso *Daktaras*). De la misma manera y, siempre por ejemplo, en la STEDH del 3 de marzo de 2005, en el caso *Brudnicka*, y asumiendo literalmente lo dicho en muchas ocasiones anteriores, se dice que “les notions d’indépendance et d’impartialité objective étant étroitement liées, la Cour les examinera ensemble dans la mesure où elles concernent la présente affaire”.

Procediendo a ese examen conjunto el Tribunal dice:

41. Pour maintenir la confiance dans l’indépendance et l’impartialité d’un tribunal, les apparences peuvent revêtir de l’importance. Dès lors que les membres des chambres maritimes (le président et le vice-président) sont nommés et révoqués par le ministre de la Justice en accord avec le ministre de la Navigation, il en résulte qu’ils ne peuvent être considérés comme inamovibles et qu’il existe entre eux et les ministres un lien de subordination hiérarchique. Dès lors, les chambres maritimes, telles qu’elles existent en droit polonais, ne peuvent être considérées comme des tribunaux impartiaux aptes à assurer le respect des exigences d’équité énoncées par l’article 6 de la Convention. Les requérants pouvaient selon la Cour nourrir des doutes objectivement fondés quant à leur indépendance et à leur impartialité (voir, mutatis mutandis, *Sramek c. Autriche*, arrêt du 22 octobre 1984, série A no 84, p. 20, § 42). Il y a donc eu violation de l’article 6 § 1 de la Convention.⁸

⁸ Insistimos en que se trata de un ejemplo, pues pueden verse otras muchas resoluciones, pero destacamos la STEDH del 22 de junio de 2004, caso *Pabla Ky*, en que también se examina de modo conjunto la independencia y la imparcialidad, aquí respecto de un miembro del tribunal de apelación de Finlandia, que era al mismo tiempo miembro del Parlamento, para acabar estimando que, a pesar de la separación de poderes, ni el artículo 6 ni precepto alguno del Convenio exige a los Estados que cumplan disposición alguna de limitación de interacción entre los varios poderes de ese Estado. En otro orden de cosas, también puede verse la STEDH del 28 de septiembre de 1995, caso *Procola*; la STEDH del 8 de febrero de 2000, caso *McGonnell*, y la STEDH del 6 de mayo de 2003, en el caso *Klein* contra los Países Bajos, ahora referida al Consejo de Estado y a las funciones consultivas y judiciales. En esa línea, especial interés tiene la STEDH del 10 de octubre de 2000, en el caso *Daktaras* contra Lituania, pues parece evidente que si la persona encargada de designar a los jueces que van a conocer de un recurso de casación actúa a la vez como fiscal, lo cuestionado no puede ser la imparcialidad, sino la independencia, a pesar de lo cual el TEDH declaró la violación del artículo 6 del Convenio,

Párrafos como el anterior se reiteran una y otra vez en multitud de sentencias.

IV. CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR

Los conceptos de independencia y de imparcialidad que se deducen de la jurisprudencia del TEDH no resisten la crítica.

1. *En general, la imparcialidad*

Centrándonos, de entrada, en las afirmaciones generales que se hacen en la sentencia del caso Piersack sobre la imparcialidad, y que se repitieron luego de modo reiterado durante un tiempo, debe advertirse:

a) “La imparcialidad se define ordinariamente —decía el TEDH— por la ausencia de prejuicios o parcialidades”, y con ello no se estaba diciendo nada útil para entender la imparcialidad judicial a la que el artículo 6.1 califica de derecho.

La pobreza conceptual de esta definición se pone de manifiesto simplemente notando que el definido está incluido en la definición, pues la imparcialidad no puede dejar de ser ausencia de parcialidad. Con ello resulta que el Tribunal lo único que está diciendo es que la imparcialidad es ausencia de prejuicio.

En sentido estricto, prejuicio significa juzgar de algo antes de tener todos los datos necesarios para ello, es decir, haberse formado una opinión de modo precipitado o sin haber conocido todos los elementos que han de servir para formar la convicción, y en esto no puede consistir la verdadera imparcialidad, dado que la misma tiene que atender a equidistancia respecto de las partes. El haberse formado una convicción previa, y no de sí a favor o en contra de una de las partes, sino sobre el contenido de la resolución que debe dictarse, no implica predisposición para decidir sirviendo los intereses particulares de una parte en un proceso determinado, sino que afectará, en todo caso, al incumplimiento de la función, por no formarse la convicción del modo previsto en la ley.

La norma procesal, al regular el proceso precisamente de una manera determinada, persigue, por ejemplo, que la convicción sobre los hechos

porque las dudas del demandante sobre la imparcialidad de la Corte Suprema de Finlandia estaban objetivamente justificadas.

se forme atendiendo a la prueba practicada válidamente, y no de cualquier otra manera, por lo que el prejuicio es un modo de incumplir la función jurisdiccional que atiende al proceso, sin que pueda vincularse a la relación del juez con las partes. Es un modo de no cumplir correctamente la función jurisdiccional, pero distinto del modo que atiende a la parcialidad.

b) La imparcialidad —sigue diciendo actualmente el TEDH— puede ser apreciada de diversas maneras, pues cabe distinguir en ella un aspecto subjetivo, “que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto”, y otro objetivo, “que se refiere a si éste (el juez) ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

Esta concepción descansa en un error de partida evidente. No existe ordenamiento alguno en el que se trate efectivamente de averiguar la convicción personal de un juez en un caso concreto, y no existe porque esa supuesta averiguación pretende lo imposible,⁹ aparte de que los ordenamientos no regulan un sistema de garantías de la imparcialidad en el que se atienda a las “garantías suficientes”. Los ordenamientos han llegado a la conclusión obvia de que la imparcialidad puede garantizarse sólo mediante la previsión legal de una serie de situaciones, constatables objetivamente, que se estima que pueden llevar a poner en riesgo la imparcialidad. Afirmada y acreditada la concurrencia de una de esas situaciones, se habrá de producir la exclusión del juez, su incompatibilidad, su abstención o su recusación.

⁹ No se trata de que se investigue la convicción personal de quien juzga, pero esa convicción puede exteriorizarse en algún caso excepcional. Este es el supuesto de la STEDH del 9 de mayo de 2000, caso Sander contra Reino Unido, en el que se parte de que dos miembros del jurado inglés habían exteriorizado opiniones. Dice el TEDH: “26. En l’espèce, un membre du jury a soumis une note où il alléguait que deux jurés «[avaient] fait des remarques et plaisanteries ouvertement racistes» et déclarait craindre qu’ils ne « condamne[nt] les défendeurs non pas en se fondant sur les preuves mais parce que ces derniers [étaient] asiatiques». Confronté à ces allégations, un juré admit qu’il « se pouvait qu’il ait fait de telles plaisanteries» et «qu’il regrettait d’avoir été offensant». La Cour considère donc comme établi que l’un des jurés au moins a formulé des remarques pouvant être comprises comme des plaisanteries au sujet des Asiatiques. A son avis, cela en soi ne prouve pas que le juré en question nourrissait un réel préjugé à l’encontre du requérant. De plus, la Cour relève que le juge du fond n’avait pas la possibilité d’interroger les jurés au sujet de la véritable nature de ces remarques et du contexte exact dans lequel elles avaient été prononcées. Il s’ensuit qu’il n’a pas été établi que le tribunal ayant jugé le requérant manquait d’impartialité d’un point de vue subjectif”.

Proscritas la abstención y la recusación sin causa, sólo resta en algunos ordenamientos, bien la abstención facultativa, en la que el juez tiene que afirmar la existencia de una “grave razón de conveniencia” (artículo 51 del Codice di procedura civile, y artículo 36 del Codice di procedura penale italianos), bien la recusación por “motivo serio y grave, adecuado para generar desconfianza sobre su (la del juez) imparcialidad” (artículo 43.1 del Código de processo penal portugués) o por “motivo que sea apto para justificar desconfianza hacia la imparcialidad del juez” (parágrafo 24 de la StPO alemana), pero aquí también la parte ha de afirmar y probar una circunstancia de hecho que pueda entenderse subsumible en ese “motivo”.

Resulta así que el pretendido aspecto subjetivo no parece que puede concurrir, y que el llamado aspecto objetivo no se resuelve en la falta de “garantías suficientes”, por lo que uno y otro acaban referidos a la concurrencia o no de las circunstancias que en cada ordenamiento el legislador estima que pueden poner en riesgo la imparcialidad, y que esas circunstancias son siempre objetivas, esto es, presuponen la afirmación por la parte de un hecho que la ley ha tipificado como uno de aquellos de los que la experiencia considera como capaces de afectar a la imparcialidad, y ello independientemente de que en el caso concreto el juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad.

La única diferencia entre unos ordenamientos y otros radica en la existencia o no en ellos de una cláusula general. En el ordenamiento español ni siquiera existe una cláusula general como la que antes hemos dicho, sino que todo se resuelve en la concurrencia o no de uno de los hechos o situaciones que la ley eleva a causa de abstención y de recusación. Si el hecho o la situación se afirma por el juez, y puede incluirse en una de las causas, aquél debe abstenerse; si el hecho o la situación se afirma y se prueba por una de las partes, el juez quedará recusado.

c) “En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia”, o “no sólo hay que hacer justicia, sino que ha de parecer también que se hace”, son frases repetidas por el TEDH, que sin duda tienen un cierto interés literario, e incluso recogen viejos adagios ingleses, pero que carecen de verdadero contenido técnico.

No es preciso recordar aquí la distinción del derecho común entre *iudex inhabilis e iudex suspectus*, ni que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos las causas de recusación han quedado enunciadas de

modo taxativo.¹⁰ Es cierto que en algún momento histórico existió la recusación sin causa, y que todavía hoy algún ordenamiento, enunciando de modo taxativo las causas de recusación, contiene una causa genérica de recusación, como es “motivos suficientes de desconfianza en la imparcialidad del juez” (párrafo 42 de la ZPO alemana), pero en la mayoría de los ordenamientos y, sobre todo con relación al proceso civil, primero, no existe recusación sin causa y, segundo, se ha procedido a efectuar legislativamente una relación exhaustiva de las causas que permiten a las partes recusar al juez por estimar que éste es sospechoso de parcialidad.

No puede negarse que el adagio inglés, relativo a que también ha de parecer que se hace justicia, expresa un sentimiento razonable, pero en Italia o en España, por destacar dos ejemplos, las causas de recusación son *numerus clausus*. En estos ordenamientos el legislador ha establecido cuáles son las circunstancias que, de concurrir en un caso concreto, hacen a un juez sospechoso de parcialidad, y lo ha hecho atendida la experiencia acumulada durante siglos y su percepción de la realidad social, sin que luego los tribunales puedan aumentar esas circunstancias desde su propia perspectiva de la realidad social. Ni siquiera la Corte o el Tribunal Constitucional podría llegar a crear *ex novo* causas de abstención y de recusación en sentido estricto, pues ello supondría, no ya controlar la constitucionalidad de la actividad legislativa, sino suplantar al legislador en su función de determinar cuándo una realidad social debe ser tenida en cuenta a los efectos de una consecuencia jurídica.

Las causas de abstención y de recusación no suponen que, de concurrir, el juez sea parcial, sino simplemente que se convierte en sospechoso de serlo; esto es, que existe el riesgo de parcialidad, de favorecer o de perjudicar a una de las partes. Cuando se dice por algunos autores que la ley en general tiene que garantizar en todo caso que un juez parcial pueda ser recusado, se está olvidando que la recusación no persigue descubrir el ánimo del juez en un caso concreto, sino simplemente poder apartar del conocimiento de un asunto al juez en el que concurre una causa que le hace sospechoso, y que esa sospecha sólo existe si antes el legislador ha fijado las causas.

¹⁰ Puede verse en general Montero Aroca, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, pp. 190 y ss.

2. *En especial, la independencia*

La apreciación conjunta por el TEDH de la independencia y de la imparcialidad descansa en un grave error conceptual, pues se trata de dos notas relativas a las personas que integran los órganos judiciales de naturaleza y fines muy diferentes.

La independencia no se refiere propiamente a cada juez puesto en relación con un caso concreto; no pudiendo consistir desde luego en atender al ánimo de un juez en especial, se basa en considerar si objetivamente en el estatuto jurídico de los jueces de un Estado se establecen garantías suficientes que permitan a esos jueces poder resistir las presiones exteriores. La independencia no es algo que exista o deje de existir con relación a un caso determinado y concreto, sino que tiene carácter absoluto.¹¹ Por más que la independencia se establezca en las Constituciones y en las leyes para todos los posibles casos que lleguen a someterse a un juez en el futuro, lo cierto es que la misma se pone en juego efectivamente en unos pocos casos.¹²

La claridad conceptual exige distinguir dos tipos de normas sobre la independencia:

1) Existen, en primer lugar, normas que declaran la independencia, y que son propias de las Constituciones. No hay país alguno que diga en la Constitución que sus jueces van a ser dependientes. En sentido estricto las declaraciones de independencia proclaman que los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función, quedan sometidos única y exclusivamente a la ley; la tutela de los dere-

¹¹ Los dos casos de mayor interés conceptual sobre la independencia son los de la STEDH del 22 de junio de 1989, caso Langborger, y de la STEDH del 26 de octubre de 2004, caso Kellermann, los dos contra Suecia, y en los que se trataba de saber si los jueces escabinos y legos, expertos en la materia, en los casos arrendamientos y trabajo, podían considerarse independientes (aunque en la sentencias se habla siempre de imparcialidad). Lo curioso es que en las dos sentencias se llega a decisiones contradictorias.

¹² Es cierto que la independencia adquiere su verdadera virtualidad con relación a los asuntos en los que está interesado el poder político, que son necesariamente un tanto por ciento muy reducido del total de los decididos por un juez a lo largo de su carrera, pero ello no supone que la independencia se refiera a un supuesto concreto. En la mayoría de los casos que se someten a la decisión de un juez el poder político no tiene interés, porque esos casos no afectan al ejercicio del poder mismo, pero ello no implica que la independencia se tenga o no para un caso concreto. Se es o no independiente en general, aunque la independencia se demuestre en unas pocas clases de asuntos.

chos e intereses legítimos de los ciudadanos, que es la función judicial, sólo puede cumplirse efectivamente si el juez es independiente en el sentido que indicamos, y de ahí la importancia de esas proclamaciones constitucionales.

2) Existen, después, normas en los ordenamientos jurídicos cuya finalidad es establecer medidas para garantizar esa independencia. Las proclamaciones constitucionales de independencia de los jueces son en sí mismas insuficientes para que ésta se entienda realmente existente. Es necesario, pues, un paso posterior, que consiste en establecer toda una serie de normas dirigidas a garantizar la independencia, las más importantes de las cuales son las que componen el estatuto personal de los jueces.

Por lo mismo, puede decirse que se empieza a ser independiente o se empieza a dejar de serlo desde el mismo momento del nombramiento, atendido el sistema de selección, y que todo el sistema conformador de la carrera judicial, esto es, la provisión de destinos concretos, los ascensos, los deberes y derechos, pueden o no estar preordenados para seguir garantizando la independencia o para permitir al poder político vulnerarla. Sin referencia a los casos concretos que en el futuro se sometan a la decisión de un juez, el afirmar o no que éste es independiente se tiene que hacer atendiendo a su estatuto jurídico personal tal y como lo establece la ley. Ese estatuto tiene que permitir al juez realizar con plena efectividad la tutela de los derechos e intereses de las personas en el caso concreto con sumisión exclusiva a la ley.

Naturalmente, la existencia de un estatuto personal que permita al juez ser independiente no asegura que todos los jueces lo sean efectivamente, pues siempre han existido jueces que voluntariamente ejercen su potestad jurisdiccional persiguiendo fines distintos de los de la mera tutela de los derechos e intereses de las personas en el caso concreto. Por ello, las garantías de la independencia se resuelven en posibilitar a cada juez el ser independiente, pero no aseguran que lo sea efectivamente en contra de su voluntad.

La imparcialidad, por el contrario, no es una característica absoluta de los jueces, como es la independencia, sino que ha de referirse a cada juez y en cada proceso que se somete a su decisión. Así como la independencia ha de determinarse con relación a las garantías establecidas en la ley al regular el estatuto jurídico de los jueces, de modo que la

única manera de saber si en un país existe independencia judicial consiste en comprobar si ese estatuto la permite realmente y sin referencia a un proceso concreto,¹³ la imparcialidad no puede determinarse con relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda necesariamente relación con un proceso determinado, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso.

Ese carácter concreto de la imparcialidad es el que ha llevado a que la misma, y los medios para garantizarla, no se incluyan en las leyes orgánicas, sino en las leyes procesales, como ocurre en Italia¹⁴ y en Alema-

¹³ Por ello, las sentencias del TEDH contra Turquía por la intervención de un juez militar en los procesos contra disidentes políticos acaban siendo mera reiteración sin mayor detalle. Por ejemplo, en la STEDH del 25 de octubre de 2005, caso Yüksel, el tribunal se limita a decir que no existe circunstancia alguna que permita llegar a decisión distinta de la sostenida en las decenas de anteriores casos en los que se trataba siempre del juez militar. Por lo mismo, las sentencias contra el Reino Unido por los tribunales militares se limitan también a reiterar que los jueces militares son designados *ad hoc* y se encuentran sometidos a la disciplina y jerarquía de sus superiores (siempre por ejemplo STEDH del 5 de junio de 2001, caso Mills, y STEDH del 26 de octubre de 2004, caso Miller y otros, y ello a pesar de la reforma de los consejos de guerra entrada en vigor en 1996).

¹⁴ En Italia el R.D del 30 de enero de 1941, sobre el *Ordinamento giudiziario*, todavía vigente, aunque con grandes modificaciones, regula los órganos a los que se dota de jurisdicción y el estatuto jurídico de los magistrados, pero es en los códigos procesales civil y penal donde se regula la abstención y la recusación. En la doctrina italiana se ha considerado que las cuestiones relativas a la constitución de los órganos judiciales y a la selección de los jueces, con su estatuto orgánico, corresponden, bien a la disciplina de la organización judicial, bien a la de la administración de justicia, por lo que deben ser reguladas en las normas orgánicas. Pero existe un momento en el que la determinación del juez entra en la disciplina del proceso, lo que se produce cuando el juez viene considerado en concreto, en su relación con un proceso determinado que se somete a su decisión. Entonces no se atiende ya al órgano judicial, sino a la persona física del juez, del que debe constatarse su imparcialidad (Satta, *Diritto processuale civile*, 6a. ed., Padova, 1959, pp. 49 y 50). A partir de estas iniciales consideraciones, la doctrina italiana se divide, aludiendo unos a la capacidad relativa del juez (Costa, “Astensione e ricsuzione del giudice (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Milán 1957, t. I, p. 1462; Montesano, “In tema di ricsuzione, di difetto di giurisdizione del giudice speciale e nullità della sentenza”, *Foro Italiano*, 1950, I, p. 449, por ejemplo) y otros a su legitimación (Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, IV, p. 183; Andrioli, *Commento al Codice di procedura civile*, I, 3a. ed., Napoli, 1957, p. 177, también por ejemplo), si bien no existen entre ellos diferencias esenciales (Dittrich, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice civile*, Padova, 1991, pp. 31 y ss.; un buen resumen en Comez en *Codice di procedura civile*, de “Le fonti del diritto italiano” (dirigido por Picardi), Milán, 1994, pp. 224-260.

nia,¹⁵ por ejemplo, aunque en España no ha ocurrido así por razones históricas,¹⁶ si bien la vieja doctrina, a pesar de centrarse en el estudio del proceso, ha tenido que atender a la abstención y a la recusación, entendiéndolas instituciones más procesales que orgánicas.¹⁷

V. LA NOCIÓN DE IMPARCIALIDAD

En la crítica anterior a lo que el TEDH entiende por imparcialidad hemos adelantado ya algunos elementos de la noción de ésta, pero es necesario efectuar mayores precisiones.

1. *El desinterés objetivo de la jurisdicción*

El punto de partida para llegar a comprender lo es que la imparcialidad del juez tiene que consistir en distinguirla del desinterés objetivo en

¹⁵ En Alemania la Ley Orgánica de los Tribunales, la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), en origen del 1 de febrero de 1866, pero según texto aprobado el 9 de mayo de 1975, con algunas reformas posteriores, regula los órganos dotados de jurisdicción y su competencia, pero la exclusión y la recusación del juez se regulan en las ordenanzas procesales civil y penal. Entendía Wach (*Manual de derecho procesal civil*, II, 1977, traducción de Banzhaf, Buenos Aires, pp. 35 y 36) que las condiciones para obtener el ser investido de la función judicial, el nombramiento o la pérdida de la condición de juez, son materias que pertenecen a la teoría de la organización judicial o, en su caso, del derecho político, mientras que los requisitos individuales para ejercer el cargo respecto de un proceso concreto son, en cambio, específicamente procesales, y tienden a evitar que el juez sirva a la finalidad subjetiva de alguna de las partes, en contra de la finalidad objetiva del proceso. Son las normas procesales las que han de regular las garantías de la imparcialidad del juez, en cuanto elementos procesales que excluyen a la persona concreta de un juez del conocimiento de un proceso determinado y en atención a no ser su imparcialidad completamente segura.

¹⁶ En España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, después de regular la planta y organización de los juzgados y tribunales, el estatuto de los jueces y magistrados y la competencia, regulaba la abstención y la recusación (en los artículos 426 a 471), entre otras cosas porque no existía en aquel momento una regulación completa del proceso y penal y sí sólo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Por su parte, la LOPJ de 1985 sabido es que contiene buena parte de normas de contenido meramente procesal, sobre todo en el libro III, titulado “Del régimen de los juzgados y tribunales”, y por ello se refiere también a la abstención y a la recusación.

¹⁷ Pueden verse, por ejemplo, Guasp, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., Madrid, 1977, pp. 145 y ss., y Gómez Orbaneja (con Herce), *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Madrid, 1984, pp. 51 y ss.

el ejercicio de su función, que es lo característico de la jurisdicción. Debe así hablarse de desinterés objetivo, elemento que hace a la esencia de la jurisdicción, y de desinterés subjetivo o imparcialidad, propio del juez concreto.

Definida la jurisdicción por Chioventa como función del Estado, esto es, como función de la soberanía del mismo, y siendo preciso distinguirla de las otras funciones de esa soberanía, y especialmente de la administración, dado que las dos pueden contraponerse a la legislación en cuanto que las dos implican actuación de la ley, centraba la distinción en que la actividad de la jurisdicción es siempre una actividad de sustitución, es decir y precisamente, la sustitución por una actividad pública de una actividad de otro, lo que falta en la administración.¹⁸

Va a aparecer así la noción de *alienità* como elemento caracterizador de la distinción de la jurisdicción respecto de la administración, uno de los temas siempre presentes en la doctrina. Chioventa la expresaba diciendo que “también la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros”.¹⁹ De la Oliva se ha referido, con acierto, al desinterés objetivo de la jurisdicción en la tutela y actuación del derecho en el caso concreto,²⁰ debiendo entenderse que la administración actúa siempre con interés objetivo.²¹

¹⁸ Chioventa, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1922 (trad. de Casáis), I, pp. 339 y ss., e *Instituciones de derecho procesal civil*, II (trad. de Gómez Orbaneja), Madrid, 1940 pp. 1 y ss.; citamos por esta segunda obra por ser posterior a la primera y reflejar la posición última del Autor.

¹⁹ Chioventa, *Principios*, II, *cit.*, p. 11. En ese mismo sentido hablará hoy Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, 4a. ed., Napoli, 2002, pp. 9 y 10, de la indiferencia de la jurisdicción respecto de los fines de cualquier otro poder, de los fines de las partes, y de la ausencia de fines propios distintos de la actuación de la ley; de aquí la distinción entre jurisdicción y administración por la función, pues aquella no persigue fines propios, no gestiona intereses.

²⁰ De la Oliva (con Díez-Picazo y Vegas Torres), *Derecho procesal. Introducción*, 3a. ed., Madrid, 2004, pp. 25 y 26.

²¹ Por esto no acaba de entenderse el artículo 97.1 de la Constitución italiana, que parece referirse a la imparcialidad de la administración. Si dicha imparcialidad se entiende referida a la administración, en contraposición del gobierno, y a los concretos funcionarios públicos, no habría nada qué decir, pero no creemos que pueda sostenerse que, en sentido amplio, la administración, en cuanto ésta es dirigida por el gobierno para la obtención de los intereses generales, deba actuar con imparcialidad, es decir, con desinterés

Sin ánimo de profundizar en esta distinción, porque no es necesario a los fines perseguidos, sí hay que recordar que la administración sirve a los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución española) y que lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la misma).²² Ese servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por esto precisamente es por lo que la administración es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce, lo que ocurre incluso cuando aparentemente tiene que decidir sobre un conflicto entre particulares, pues su decisión de ese conflicto sólo se justifica en tanto sea un medio para perseguir intereses generales.²³

Posiblemente el camino más idóneo para comprender la diferencia entre la aplicación de la ley por la administración y por la jurisdicción radique en la distinción entre autotutela de la primera y heterotutela de la segunda. Para la mejor gestión de los intereses generales la administración se sirve de la autotutela, y ésta supone siempre aplicar el derecho en asunto propio, mientras que la jurisdicción ejerce siempre un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho objetivo en asuntos de otros.²⁴ Es por esto que la administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la jurisdicción es únicamente juez, y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide.

objetivo. En dicha norma no parece haberse asumido la distinción entre interés objetivo y desinterés subjetivo.

²² Fernández, T. R., “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, *Gobierno y Administración en la Constitución*, I, Madrid, 1988, pp. 113 y 114.

²³ Fernández, T. R. (con García de Enterría), *Curso de derecho administrativo*, II 6a. ed., Madrid, 1999, pp. 463 y ss., partiendo de que la administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y de parte, entiende que el principio de imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida. En realidad, si la administración es juez y parte no es que se relativice el principio de imparcialidad, que se refiere a los funcionarios concretos, sino que pierde sentido toda referencia a la objetividad, a actuar con desinterés objetivo, pues la administración actúa con interés objetivo en todos los asuntos.

²⁴ García de Enterría (con T. R. Fernández), *Curso de derecho administrativo*, I 9a. ed., Madrid, 1999, pp. 498 y ss., justificando materialmente la autotutela en una razón de expeditividad y eficacia en la gestión de los servicios y asuntos públicos (p. 502).

En cualquier caso, hay que advertir que el desinterés objetivo de la jurisdicción y el interés objetivo de la administración no atienden al juez o al funcionario concreto que conoce de un asunto determinado, sino que se refieren a la función misma que ejercen, esto es, a la caracterización de dos funciones del Estado. Con esas características no guarda relación el requisito de la imparcialidad del juez y del funcionario, que es algo que se ha de referir a un proceso y a un procedimiento determinados.

2. *El desinterés subjetivo del juez o imparcialidad*

La primera idea en la búsqueda del concepto debe consistir en percatarse de que el mejor camino para llegar a entender lo que es la imparcialidad consiste en entender lo que es la parcialidad. Si la partícula *im* denota ausencia o falta, cuando precede a una palabra, parece lógico afrontar el concepto atendiendo a lo positivo y no a lo negativo.

Por parcialidad debe entenderse el designio o, al menos, la prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes. Si esta definición se admite, la consecuencia evidente es que la imparcialidad tiene que consistir en la falta de ese designio o prevención.²⁵ Esto es, la imparcialidad es la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que incumpliendo con ella puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes.

Atendiendo la parcialidad a la existencia de un designio o de una prevención y la imparcialidad a la falta de uno y de otra, dicho está que en los dos casos estamos ante algo subjetivo, ante algo que afecta al ánimo del juez, por lo que será siempre difícil constatarlo objetivamente. Imputar a un juez que tiene el designio de favorecer en un proceso concreto a una de las partes es algo que será siempre de muy difícil demostración, por cuanto supondrá descubrir cuál es su ánimo, esto es, acreditar algo subjetivo, algo que está sólo en el pensamiento del juez. De la misma

²⁵ Como decía Wach, *Manual de derecho procesal civil*, II, *cit.* p. 36, la imparcialidad supone básicamente que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes.

forma, estimar que en el juez existe una prevención a favor o en contra de una de las partes consistirá siempre en apreciar algo subjetivo, y ello aparte de que una misma circunstancia puede tener efectos muy distintos en el ánimo de cada juez.²⁶

Siendo la imparcialidad, pues, algo subjetivo, y no pudiendo dejar de serlo, lo que hace la ley es intentar objetivarla, y para ello suele establecer una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad un juez concreto sea o no capaz de mantener su imparcialidad, su equidistancia de las partes. La regulación de la imparcialidad no puede atender a descubrir el ánimo de cada juzgador y en cada proceso, lo que sería manifiestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones taxativamente enunciadas y constatables objetivamente, que son las causas de abstención y de recusación, concluyendo que si algún juez se encuentra en una de ellas cuando conoce de un proceso, el juez debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser apartado del mismo.²⁷

²⁶ Determinada relación de parentesco con una de las partes puede hacer que un juez se vea influenciado en su imparcialidad, de modo que su decisión no pueda dejar de tomar en consideración aquella circunstancia, con lo que no se limitará a decidir el asunto tutelando el derecho de las personas por medio de la aplicación de la ley, mientras que esa misma relación en otro juez puede no tener influencia alguna sobre su imparcialidad. Ésta es siempre, pues, algo subjetivo, y que radica en ser o no capaz de actuar limitándose al cumplimiento estricto de su función y sin servir a los intereses o fines de una de las partes en el proceso (o a los del propio juez).

²⁷ En correlación con que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada *imparcialidad*, el que quien juzga no puede ser parte (la palabra fue acuñada por Goldschmidt, Werner, “La imparcialidad como principio básico del proceso (la ‘parcialidad’ y la parcialidad)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pp. 184 y ss.), es una exigencia elemental que hace más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero *imparcial*, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo, la *imparcialidad* es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden “representar” por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del derecho por la jurisdicción en el caso concreto.

VI. LAS CLASES DE CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN

Si se atiende a las causas de abstención y de recusación enumeradas en cualquiera de los derechos de nuestro entorno accidental, es fácil advertir que las mismas pueden clasificarse desde varios criterios.

1. *Por la relación del juez con las personas o con el objeto del proceso (imparcialidad)*

Éste es un criterio ya tradicional en la doctrina, que suele referirse a causas de abstención y de recusación subjetivas y objetivas:

A. Subjetivas: por las relaciones del juez con las personas

Esa relación lo es normalmente con las partes, pero también con los procuradores y los abogados de aquéllas. Se trata en todas ellas de que el juez tiene alguna relación (parentesco, de crédito, tener pleito pendiente, amistad o enemistad, subordinación) normalmente con una de las partes, pero en algún supuesto con su procurador y su abogado, con una autoridad o funcionario administrativo o, incluso, con otro juez.

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnereado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la jurisdicción de que ha conocer de asuntos de otros. Naturalmente, no es lo mismo referir la *alienità* a la jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la jurisdicción, la denominada *parzialità*.

En la jurisprudencia del TEDH debe verse la sentencia del 27 de enero de 2004, dictada en el caso Kyprianou, en la que se trataba de un tribunal de Chipre que había impuesto a un abogado la “pena” de cinco días de cárcel y una multa por desacato en un proceso. El Tribunal Europeo entendió que la regla *nemo iudex in causa sua* impide que un tribunal pueda conocer de la causa por desacato contra el mismo. No podemos entrar aquí en el examen del caso, pero pudiera ser que no se tratara realmente de desacato, sino más bien la llamada *contempt of court*, con lo que estaríamos ante algo muy diferente y arraigado en los tribunales anglosajones; por lo mismo, no debería cuestionarse por esta sentencia la potestad disciplinaria de los tribunales. En el mismo orden de cosas, la STEDH del 7 de junio de 2005, caso Chmelir, debe ser leída para ver cómo un acusado que llega a acusar a uno de los jueces checos de haber mantenido relaciones íntimas con él ve estimada su demanda.

El legislador acude aquí a su experiencia, y estima que concurriendo una de estas relaciones personales o económicas se pone en riesgo la imparcialidad del juez, o, si se prefiere, asume el sentir de la sociedad de que concurriendo una de estas relaciones cabe desconfiar de la imparcialidad del juez. Si queremos decirlo con palabras de las sentencias del TEDH, las causas son hechos objetivos que permiten sospechar que el juez puede no ser imparcial o, de otro modo, que son hechos que permiten estimar la concurrencia de una razón legítima para poner en duda la imparcialidad del juez.

En la determinación de estas relaciones (si la enemistad grave lo es sólo con la parte o también con el abogado de la parte), y en su mayor o menor extensión (si el parentesco con una de las partes debe comprender hasta el tercero, cuarto o quinto grado), el legislador actúa con la discrecionalidad política que le es propia, sin que para ello esté vinculado jurídicamente por la Constitución nacional. Por lo mismo, las críticas a las decisiones del legislador no pueden ser jurídicas, debiendo ser políticas, y no pueden provenir de los tribunales, los cuales no podrán determinar ni las relaciones ni su ámbito; es decir, no podrán ni dejar de aplicar una causa por considerar que ésta no pone en duda la imparcialidad de los jueces, ni incrementar las causas de abstención y de recusación previstas legalmente, incluyendo otras no previstas.²⁸

B. Objetivas: por las relaciones del juez con el objeto del proceso

En este otro apartado las relaciones jurídicas (que no la relación fáctica ni el contacto) del juez pueden haberse producido con el objeto del proceso propiamente dicho, y e ahí que la causa básica sea tener interés

²⁸ En el sistema español, y en todos aquellos que enuncian causas taxativas de abstención y de recusación, no cabe que tribunal alguno, incluido el Constitucional, diga que alguna de las causas legales no pone en riesgo la imparcialidad ni, en sentido contrario, que tipifique como causa de abstención o de recusación algún hecho no tenido en cuenta por el legislador; por ejemplo, no podría decir que el parentesco debe ampliarse a un grado no previsto en la norma ni que el vivir el juez en la misma finca de propiedad horizontal que una de las partes es causa que determina la abstención o la recusación. La determinación de los hechos que se convierten en causas subjetivas comporta una decisión política del legislador, y en esa decisión no puede ser “suplantado” por un tribunal.

directo o indirecto en el pleito o causa. Lo dicho antes sobre la determinación política de las relaciones puede repetirse aquí, advirtiendo que ninguna de estas causas se refiere propiamente a ser parte en el proceso, dado que entonces existe más bien incompatibilidad de funciones procesales, pues no se puede ser juez y parte al mismo tiempo.²⁹

Parece claro que la imparcialidad se pone en peligro cuando el juez tiene una relación determinada con los elementos identificadores de la pretensión, esto es, con las partes y con el objeto del proceso, a los que el legislador añade algún otro supuesto de relación con personas que actúan en el proceso. Esto es completamente lógico; si el juez tiene que ser un tercero ajeno al proceso, el estar o el haber estado en relación con lo que identifica al proceso (partes y objeto) no puede afectar a su condición de tercero, pero sí a su completa “ajeneidad” respecto del mismo.

2. Por la relación del juez con el proceso (incompatibilidad)

El criterio de clasificación que consideramos más importante no ha sido abordado por la jurisprudencia ni por la doctrina, y atiende a si la causa de abstención y de recusación depende o es ajena al proceso. No estamos refiriéndonos al objeto del proceso, sino al proceso mismo, a la actividad que se realiza en el proceso y que se califica de procesal.

A. Falta de relación con el proceso

Normalmente las causas de abstención y de recusación, con las excepciones que luego diremos, tienen en común que se refieren a hechos o situaciones que son ajenos al proceso de que conoce el juez y respecto del que concurre una de esas causas. En efecto, el vínculo matrimonial con

²⁹ Decía Mortara, L., *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, 3a. ed., Milano, s.d., vol. II, p. 483, con referencia al artículo 116,1, del Codice di procedura civile de 1865, que aludía a tener interés en la controversia: “El interés personal directo (artículo 116, n. 1) del juez lo hace intuitivamente incompatible al ejercicio de la función jurisdiccional sobre la controversia; tal incompatibilidad es absoluta; y si bien la ley no establece para ella sanción específica es enseñanza común que debe considerar aparte de los otros motivos de recusación; así mientras éstos no pueden ser propuestos después de que el juez ha comenzado a ejercitar su oficio con el asentimiento tácito de las partes (artículo 121), se considera que aquél constituye también motivo para impugnar la sentencia y hacerla declarar nula”.

el juez o su parentesco dentro de determinado grado con una de las partes, o la amistad o enemistad, es algo que no guarda relación directa con el proceso, es algo independiente del proceso, de los actos procesales que se realizan en el mismo, y que existiría aunque no hubiera proceso, sin perjuicio de lo cual aquel vínculo de parentesco o de amistad, por estimarse que ponen en duda la imparcialidad del juez, se convierten en causas de abstención y de recusación.

Lo mismo puede decirse del resto de las causas, siempre con las excepciones a las que aludiremos. El tener pleito pendiente con una parte, y seguimos con los ejemplos, es algo que está fuera del proceso en el que se cuestiona la imparcialidad del juez. En todos estos casos la causa de abstención y de recusación, la circunstancia de hecho o la situación existe y existirá aunque el proceso no hubiera llegado a incoarse.

B. Dependencia del proceso

Por el contrario, en todos los ordenamientos existen otras causas de abstención y de recusación que sólo se explican desde la existencia misma del proceso, pues se refieren a la actividad realizada por el juez en el proceso mismo.

1o.) Actividad realizada por el juez en el proceso, aunque en condición distinta de la de juez. Estamos ante el supuesto de las causas que se refieren a que el juez, en el mismo proceso, haya intervenido antes siendo representante o defensor de alguna de las partes, que haya emitido dictamen sobre el pleito o causa, que haya intervenido en el proceso como fiscal, perito o testigo.

En estos casos la causa de abstención y de recusación no es ajena al proceso, sino que depende de la actividad que el juez del mismo ha realizado precisamente en ese proceso. La causa no existe independientemente del proceso, no es anterior a él, no existiría aunque el proceso no hubiera llegado a incoarse. Estamos aquí ante una diferencia muy importante respecto del resto de las causas, tanto que consideramos que estas causas no se derivan de riesgo alguno para la imparcialidad del juez, sino de la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso.

2o.) Actividad realizada por el juez en el proceso en su condición de juez. Este es el supuesto de la causa de abstención y de recusación que

suele enunciarse como haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, que es común a todos los procesos.³⁰

También aquí la causa de abstención y de recusación depende de la misma existencia del proceso, no es ajena al mismo, está vinculada a la actividad que realiza el juez en el mismo proceso. Más aún, esta causa depende de la manera como el legislador ha regulado el proceso, pues, si, por ejemplo, contra la sentencia de la instancia no se da por la ley recurso alguno, la causa no puede llegar a existir. Por ello, la cuestión radica en si esta causa no afecta realmente a la imparcialidad del juez o si, antes bien y como nosotros sostenemos, se basa en la incompatibilidad de funciones procesales.

3o.) Todavía debe hacerse mención de otra causa que se refiere a ser el juez parte en el mismo proceso. El que no se puede ser juez y parte en un proceso es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden “representar” por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. Si el juez fuera al mismo tiempo parte no se estaría negando principalmente la imparcialidad, sino que se estaría desconociendo la esencia misma de lo que es la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas como función de la jurisdicción en el caso concreto.

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero, con todo, lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de que la jurisdicción conoce de asuntos de otros. Naturalmente, no es lo mismo referir la *alienità* a la jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación que hace a la esencia de la jurisdicción.

³⁰ Dado que el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es nunca un proceso penal, pues no se pretende en él la imposición de una pena, ni siquiera en los casos en que la demanda relativa a la vulneración de un derecho humano atiende a un proceso de esta naturaleza, no nos referimos aquí a la otra causa de abstención y de recusación, la de haber actuado como instructor. Sobre ella puede verse Montero Aroca, J., “El juez que instruye no juzga”, *La Ley* del 16 de febrero de 1999, y en *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, 2006. Tampoco aludiremos a haber conocido en la instrucción de algún medio de impugnación y conocer después del juicio oral, pero sí citaremos la STEDH del 25 de julio de 2004, caso Perote, y la STEDH del 10 de febrero de 2004, caso Depiets.

VII. IMPARCIALIDAD E INCOMPATIBILIDAD

Los criterios que hemos utilizado para clasificar las causas de abstención y de recusación deben servir para poner de manifiesto que no todas esas causas se refieren de modo directo a garantizar la imparcialidad del juez, pues algunas de ellas atienden a algo tan distinto como es garantizar la efectiva incompatibilidad de funciones procesales.³¹ Los medios técnicos de la abstención y de la recusación no siempre tienen como finalidad apartar al juez del conocimiento de un proceso por concurrir una circunstancia que pone en riesgo su imparcialidad, esto es, un hecho o situación que genera la sospecha fundada de que el juez puede servir los intereses de una de las partes, pues a veces se utilizan también para que un juez no realice en un mismo proceso, funciones procesales que la ley considera incompatibles entre sí. La razón de ser de unas y otras causas es distinta y también deberían serlo los efectos de su incumplimiento en el caso concreto.

1. La “ajeneidad” al proceso

Las causas que hacen a la imparcialidad se basan siempre en la concurrencia de una circunstancia ajena al proceso, previa al mismo, que existe aunque no llegue a existir el proceso, y que el legislador estima que pone en riesgo el que un juez determinado cumpla su función jurisdiccional del modo como debe exigirse, esto es, por poner en riesgo que tutele eficaz-

³¹ Asumiendo lo que decimos en el texto y con referencia a un trabajo nuestro anterior, puede verse Cavallone, B., “Un ‘frivolo amor propio’. Precognitione e imparcialità del giudice civile”, *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, pp. 19 y ss.; en pp. 31 y 32 se transcribe literalmente nuestra opinión de que las causas de abstención y de recusación no siempre atienden a la imparcialidad. En el mismo sentido puede verse también Dittrich, L., “La precognitione del giudice e le incompatibilità nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, 4, pp. 1145 y ss. (especialmente pp. 1151 y 1160), y sin perjuicio de que mi libro sobre *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, y mi ponencia al Coloquio Internacional de Roma (“Processi di integrazione e soluzione delle controversie: dal contencioso fra gli stati alla tutela dei singoli. Europa e America Latina”), en 7-9 de septiembre de 1999, titulada *La incompatibilidad de funciones en el proceso* repartida a los asistentes y publicada luego en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, sean anteriores a su contribución de 2002. No se olvida el libro de Dittrich, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice*, Padova, 1991.

mente los derechos e intereses legítimos de las personas partes en el caso y proceso concretos. Si el juez es pariente dentro de un cierto grado de una de las partes en un proceso, el legislador estima que ese juez podría poner la potestad jurisdiccional al servicio de los fines particulares de ese pariente. La mera posibilidad de que ello sea así conduce a que el juez no deba conocer del proceso, de acto alguno propio del mismo.

Concurriendo una causa de abstención y de recusación de las que decimos que afectan a la imparcialidad, el juez debe abstenerse del conocimiento del asunto inmediatamente; no ya sólo sin esperar a ser recusado, sino en el mismo momento en que el proceso se inicie y tenga conocimiento de su existencia y de la causa. Se trata, por tanto, de que estas causas de abstención y de recusación impiden al juez realizar cualquier acto procesal, lo excluyen de todo el proceso, de cualquiera de los actos procesales que lo integran; no se permite que el juez realice unos actos sí y otros no, sino que al juez se le impide todo acto procesal.

2. La dependencia del proceso

Por el contrario, las causas de abstención y de recusación que atienden a la incompatibilidad de funciones procesales no se basan en circunstancia alguna ajena y previa al proceso, sino que esa circunstancia se origina en el proceso mismo, y si el proceso no se hubiera incoado no hubiera llegado a existir. El legislador no estima aquí que está en riesgo el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional con su actuación para la tutela de los derechos e intereses legítimos de las partes, sino únicamente que esa actuación no se realizaría de modo procesalmente previsto por él al regular de una manera determinada el proceso. Cuando se dice que el juez que ha resuelto el pleito o causa en anterior instancia no debe conocer del recurso, no se trata de que el legislador estime que ese juez podría poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses particulares de una de las partes, sino que se trata de hacer realidad la existencia misma del medio de impugnación, pues si la instancia y la impugnación fueran decididas por un mismo juez se estaría desvirtuando la existencia del recurso, esto es, la manera como el legislador ha conformado el proceso.

En estas otras causas al juez no se le excluye del conocimiento de todo el proceso, sino de la realización de algunos de los actos procesales que lo integran, de una fase del proceso. El juez que ya ha conocido de la pri-

mera instancia debe abstenerse o puede ser recusado para que no conozca del recurso, pero con ello ya se está presuponiendo que el juez ha realizado algunos actos procesales, una fase del proceso. Las causas de incompatibilidad lo son respecto de la realización de actos procesales, de fases de un proceso, por un mismo juez.

Entre las causas de abstención y de recusación que se refieren a la incompatibilidad de funciones procesales existen obvias diferencias que merecen atención específica.

a) Las causas relativas a haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen como letrado o intervenido en el pleito o causa como fiscal, perito o testigo, se basan en que el que después es juez de un proceso ha realizado antes en el mismo la función de abogado, o ha realizado antes la actividad propia de fiscal, perito o testigo o la realizará después. Se trata aquí de que son incompatibles las funciones de abogado, fiscal, perito y testigo con la función procesal de juez, y ello atendiendo a un reparto de papeles que es consustancial con la regulación caracterizadora de lo que es un proceso.

Evidentemente, puede pensarse que el haber actuado antes como abogado de una parte en el proceso pone en riesgo la imparcialidad de quien luego se convierte en juez de ese mismo proceso, pero no podrá negarse que más trascendencia tiene para excluir al juez del conocimiento del asunto el que sin esa exclusión se estaría desconociendo el reparto de papeles que es consustancial a la noción misma de proceso, de modo que en él una misma persona no puede adoptar las funciones de juez y de abogado de una parte, ni siquiera de modo sucesivo en el tiempo. Si la abogacía es profesión libre e independiente, e institución consagrada a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, y si al abogado corresponde la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, mientras que la función jurisdiccional se resuelve el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con sometimiento único al imperio de la ley, esas dos funciones no pueden corresponder a una misma persona en un proceso; las dos son tan incompatibles como defender a una parte y juzgar.³²

³² Es obligada aquí la cita de la STEDH del 23 de noviembre de 2004, caso Puolitaival y Pirttiaho contra Finlandia, en el que los hechos se referían a una persona que había sido abogada de una empresa en un proceso y después juez en otro proceso en que era parte la misma empresa. El tribunal repite lo de siempre sobre la imparcialidad

La incompatibilidad en términos parecidos puede referirse también al fiscal, perito y al testigo, si bien en lo que sigue no vamos a seguir atendiendo a estas causas de abstención y de recusación, y ello tanto porque la circunstancia que se convierte en causa de abstención y de recusación no tiene interés práctico como porque ofrece escaso interés teórico.³³ De cualquier forma, conviene ya advertir que la utilización de los instrumentos que son la abstención y la recusación para separar al juez del conocimiento de un asunto pueden ser utilizados por el legislador con fines distintos del de asegurar la imparcialidad del juez; esos instrumentos pueden utilizarse también al servicio de la incompatibilidad de funciones.

b) La causa de haber conocido como juez en otro grado del proceso atiende a que en un mismo proceso existen fases o actividades que no deben ser atribuidas a un mismo juez, a riesgo de desvirtuarlas, a riesgo de que sea desconocida la manera como el legislador ha debido conformar el proceso en atención a los principios esenciales del mismo y a las garantías de las partes en el proceso.

Si el juez que ha resuelto el proceso en la primera instancia conoce después del recurso de apelación, no es que peligre su imparcialidad, el decidir a favor o en contra de una de las partes y sirviendo las finalidades

subjetiva, que se presume, y la objetiva, salvo con consideraciones generales a la legislación finlandesa, que permite a una persona ser abogado y secretario de un tribunal, por lo menos a tiempo parcial, cita como casos anteriores los de Piersak, Wettstein y Walston, y se centra en el caso concreto para insistir en que nada impide ejercer funciones distintas y sucesivas en dos procesos diferentes, en el primero como abogado y en el segundo como juez.

³³ Y, sin embargo, todo lo que puede pasar acaba pasando. En la STEDH del 29 de marzo de 2001, caso D. N., se trataba de un perito psiquiatra que había informado sobre la salud mental de una persona y que acaba siendo “juez” en el órgano que decide sobre su internamiento. En palabras de la sentencia, se trataba de que “50. La Cour a distingué les actes suivants, accomplis par R. W. en sa qualité de juge rapporteur. Premièrement, le 15 décembre 1994, l’intéressé procéda à une audition de la requérante au terme de laquelle il conclut qu’il «proposerai[t] à la Commission des recours administratifs de rejeter l’action». Ensuite, le 23 décembre 1994, il remit son rapport d’expert sur l’état de santé de la requérante ; il y déclarait «recommande[r] d’écarter l’action si l’état de santé de la requérante ne s’amélior[ait] pas nettement [avant la date de] l’audience». Cinq jours plus tard, le 28 décembre 1994, la Commission des recours administratifs tint une audience au cours de laquelle la requérante et d’autres personnes furent entendues ; l’ensemble des juges était présents, y compris R. W. Enfin, toujours le 28 décembre, la Commission des recours administratifs rendit sa décision, fruit du travail de l’ensemble des juges, y compris R. W.”. En este caso el TEDH reconduce la situación a la imparcialidad.

privadas de ésta, sino que la misma existencia del recurso se vería desvirtuada, y con ello el derecho de la parte al recurso, tenga éste o no rango de derecho fundamental.³⁴

3. *El error jurisprudencial*

El gran error de la jurisprudencia del TEDH³⁵ ha consistido en considerar que circunstancias similares a la de haber conocido de anterior instancia afecta a la imparcialidad del juez para conocer de un recurso posterior, cuando es manifiesto que esta circunstancia atiende a la incompatibilidad de funciones. De ese error se han derivado consecuencias muy graves para la recta comprensión de la imparcialidad, y especialmente de la incompatibili-

³⁴ Por ello, si las verdaderas causas relativas a la imparcialidad sólo pueden ser “creadas” por el legislador y quedan fuera de la configuración jurisdiccional, incluido el Tribunal Constitucional, cuando se trata de las causas de incompatibilidad de funciones, la situación es diferente. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha incidido de modo reiterado en el artículo 34 del Codice di procedura penale (“Incompatibilità determinata da atti compiuti nel processo”) para declarar constitucionalmente ilegítimo el mismo en tanto que no prevé casos de incompatibilidades de funciones en el proceso penal. En el derecho español debe recordarse que fue el Tribunal Constitucional el que en la STC 145/1988, del 11 de noviembre, declaró la inconstitucional de algunas normas de la LO 10/1980, del 11 de noviembre, la que permitía que un mismo juez instruyera y juzgara.

³⁵ Lo peor de todo es que el TEDH, en el caso Piersack, del 1982, pudo reconducir la solución del mismo al derecho a un proceso justo o con todas las garantías y atender a la incompatibilidad de funciones y no a la imparcialidad del juez. En efecto: a) en el caso concreto el magistrado que presidió el juicio oral había actuado antes como Ministerio Público o fiscal en la instrucción (adjunto primero del procurador del rey en Bruselas), y b) conforme al artículo 127 del Código Judicial belga de 1967 “los procedimientos ante una audiencia serán nulos si han sido presididos por algún Magistrado que ha actuado en el caso como... Ministerio Público o ha establecido reglas en relación con las investigaciones”. Esta norma se cita literalmente en la sentencia del 1982 y precisamente bajo la rúbrica de: “C) Las incompatibilidades”. Después de todo esto, centrar la intervención de una misma persona en un proceso penal, primero, como miembro del Ministerio Público y en la instrucción y, luego, como juez y en el juicio oral, era un supuesto de “libro” de incompatibilidad de funciones procesales. Es posible, con todo, que el TEDH, atendidas las alegaciones de la parte demandante y el contenido literal del artículo 6.1 del CEDH, se viera constreñido a aludir a la imparcialidad del juez. Estas circunstancias, en cambio, no justifican la reconducción a la imparcialidad del juez efectuada por el Tribunal Constitucional español, el cual, de la mera lectura de la sentencia del caso Piersack, pudo deducir que si un mismo juez instruye y falla el derecho fundamental vulnerado no es de la imparcialidad del juez, sino el de la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso, aunque los dos puedan reconducirse al derecho a un proceso con todas las garantías.

dad, pues se ha podido así cuestionar si afecta a la imparcialidad que quien ha sido juez-comisario en una quiebra sea después parte del tribunal que decide sobre la liquidación de la sociedad en quiebra,³⁶ o que el juez que ha decretado una medida cautelar civil conozca del proceso principal al que esa medida cautelar sirve como instrumento para garantizar su efectividad,³⁷ o que el juez que ha decidido un proceso sumario pueda conocer del proceso plenario posterior, cuando parece claro que ello podría, en todo caso, cuestionarse desde la incompatibilidad de funciones procesales, y a pesar de que esa incompatibilidad sólo se aprecia en la ley cuando se trata del mismo proceso, normalmente no entre procesos distintos, aunque siempre pueden existir excepciones, bien cuando realmente el segundo proceso es un medio de impugnación de la cosa juzgada formada en el primero, bien cuando los hechos de un proceso y otro son los mismos.³⁸

De este error nace el mito del “juez contaminado” y la “imparcialidad objetiva”, que se pretende que se pierde, o que se pone en riesgo, cuando el juez no tiene relación alguna con las partes ni tiene interés directo o indirecto en el proceso.³⁹ De ahí a decir que el juez que ha conocido de la

³⁶ Curiosamente, en la STEDH del 6 de julio de 2000, caso Morel, se acaba estimando que el conocimiento profundo del expediente por un juez no implica un prejuicio que afecte a la imparcialidad en el momento de juzgar sobre el fondo del asunto.

³⁷ Moretti, “L’imparzialità del giudice tra la cautela e il merito”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, 4, pp. 1084 y ss. Después la bibliografía italiana básica puede verse en el trabajo citado de Dittrich, “La precognizione del giudice e la incompatibilità nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, 4, pp. 1145 y ss.

³⁸ La incompatibilidad entre procesos distintos, en el sentido de que el juez que ha conocido de un proceso no puede conocer de otro proceso, es algo que no se contempla en norma alguna, por lo menos en España. En algún caso la situación podría ser discutible, como sucede en el de la STEDH del 1 de febrero de 2005, caso *Indra*, en el que se trataba de un primer proceso de despido y un segundo proceso en el que el mismo demandante y contra el sucesor del mismo demandado pedía la rehabilitación al haber sido despedido por razones políticas. El TEDH estima que si un juez actuó el primer proceso su actuación en el segundo podía afectar a su imparcialidad, pues en los dos se trata de los mismos hechos, aunque la pretensión aparentemente fuera distinta.

³⁹ En la doctrina española los estudios sobre la pretendida imparcialidad objetiva y sobre la llamada contaminación del juez han proliferado; puede verse en general la bibliografía citada en Montero Aroca, J., “Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales”, Valencia, 1999, y El juez que instruye no juzga (la incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso), *La Ley*, 16 de febrero de 1999. De la misma época Picó I. Junoy, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Barcelona, 1998. De Después Galán González, C., *Protección de la imparcialidad: abstención y recusación*, Valencia, 2005.

instancia tiene “interés” en que el recurso sea decidido de una determinada manera sólo hay un paso, que se llega a alargar para decir que el juez que ha decidido un proceso tiene “interés” en otro proceso distinto si entre ellos existe algún elemento de conexión.⁴⁰

En nuestra opinión de la no distinción entre imparcialidad e incompatibilidad se han derivado efectos muy perjudiciales para la claridad conceptual, primero, pero, después, para la misma coherencia práctica en la actuación de nuestros tribunales.

VIII. LOS EFECTOS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES

Es posible que el TEDH se haya visto obligado a reconducir al derecho al tribunal imparcial, y ante la falta de otra norma en el CEDH, varios supuestos en los que se trataba realmente de la incompatibilidad de funciones procesales, lo que ha tenido especial trascendencia con relación, primero, a la regla de que el juez que ha intervenido en la instrucción de una causa penal no puede luego integrar el órgano judicial que conoce del

⁴⁰ Aunque en estas páginas no nos referimos al proceso penal —insistimos, porque el proceso ante el TEDH nunca puede ser penal— no está de más citar la STEDH del 16 de noviembre de 2000, caso Rojas Morales contra Italia, en el que se estimó la vulneración del derecho a la imparcialidad judicial porque dos de los jueces que dictaron sentencia en un primer proceso contra un acusado, miembro de una organización de traficantes de drogas, sentencia en la que se citaba a otro miembro de la organización, estaban en el tribunal que juzgó después en un segundo proceso a ese otro miembro. La sentencia dice: “33. La Cour note qu’en l’occurrence la crainte d’un manque d’impartialité tient du fait que le jugement du tribunal de Milan du 6 juillet 1993, prononcé à l’encontre de M. A., contenait de nombreuses références au requérant et à son rôle au sein de l’organisation criminelle de laquelle il était soupçonné faire partie. En particulier, plusieurs passages se réfèrent au requérant comme étant l’organisateur ou le promoteur d’un trafic de stupéfiants entre l’Italie et l’Amérique latine (voir paragraphe 12 ci-dessus). Deux des juges ayant prononcé le jugement du 6 juillet 1993 —notamment Mmes M. et B.— ont ensuite été appelées à décider sur le bien-fondé des accusations portées à l’encontre du requérant, qui concernaient, au moins en partie, les mêmes faits qui étaient à la base de la condamnation de M. A.”. Porque no nos referimos al proceso penal no hacemos hincapié en la sentencia de la Corte Constitucional italiana del 2 de noviembre de 1996, en la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 34 del Codice di procedura penale italiano en cuanto no prevé que no puede participar en el juicio contra un acusado el juez el juez que ha pronunciado una anterior sentencia contra otras personas y en la cual la posición de aquel acusado respecto de su responsabilidad penal ha sido ya valorada. En esa línea, por ejemplo STEDH del 22 de abril de 2004, caso Cianetti.

juicio oral y que dicta sentencia y, luego, a que un mismo juez no puede conocer de la instancia y de los medios de impugnación contra la resolución que la decide. Es también posible que no quepa exigir del TEDH una gran precisión conceptual en la fundamentación de sus sentencias, dada la heterogeneidad de su composición, y el que tiene que atender a ordenamientos jurídicos muy diferentes.

Pueden encontrarse varias razones para exculpar al TEDH de la falta de rigor jurídico en sus sentencias, pero ello no puede llevar a exculpar a los tribunales de cada uno de los Estados cuando se limitan a asumir, sin atisbos críticos, la jurisprudencia del TEDH, y cuando luego no realizan la necesaria adecuación de esa jurisprudencia a su propio ordenamiento.

Esa necesaria adecuación debe llevar, por ejemplo, a advertir que el reconducir parte de lo que el TEDH considera tema de imparcialidad judicial a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso no es un mero juego teórico, sino que implica importantes consecuencias prácticas, aparte de los beneficios que siempre se derivan de la claridad conceptual.

Desde esa claridad pueden solucionarse con mayor facilidad los problemas concretos, los casos que, de una manera u otra, han pretendido reconducirse a la llamada imparcialidad objetiva. Desde la misma claridad no importará ya preguntarse si el haber realizado una actividad pone en riesgo la imparcialidad del juez para realizar otra actividad, que muchas veces conduce a valoraciones subjetivas carentes de un criterio técnico y unificador, sino que deberá preguntarse si, atendidos los principios que deben conformar el proceso y los derechos de las partes en el mismo, el haber realizado una primera actividad convierte al juez en incompatible para realizar una segunda. Hecha la pregunta correcta, la respuesta a la misma, que debe atender de modo principal a los derechos de las partes en el proceso, normalmente en lo que decimos ahora al derecho al recurso, tiene ya un criterio técnico en que basarse: el de los principios y reglas configuradores del proceso, criterio que no abandona a la subjetividad del intérprete el ir decidiendo caso por caso. Se tratará, por tanto, de saber si se ha vulnerado un derecho procesal de la parte.

Asumidas las diferencias entre imparcialidad del juez e incompatibilidad de funciones en el proceso, se pone de manifiesto, por lo menos, que:

a) No todas las causas de abstención y de recusación son instrumentos para garantizar la imparcialidad del juez, pues algunas de ellas tienden a

garantizar que un mismo juez no asumirá funciones o no realizará actividades que la ley entiende que son incompatibles. Esta incompatibilidad se deriva de la manera de organizar el proceso y de la consideración de que si un juez asume dos de esas funciones o realiza dos de esas actividades se produciría la negación de un derecho de las partes.

b) Las causas de abstención y de recusación que atienden a garantizar la incompatibilidad de funciones en el mismo proceso deben aplicarse de oficio, lo que supone que el incumplimiento de la norma debe conducir a la nulidad de pleno derecho.

Las causas que atienden a la imparcialidad obligan al juez a abstenerse y permiten a las partes recusarlo, pero si no hay ni abstención ni recusación los actos realizados por el juez han de ser válidos. Por el contrario, tratándose de causas relativas a la incompatibilidad de funciones, el incumplimiento de la norma deberá llevar a la nulidad de pleno derecho de los actos realizados concurriendo la causa, por lo que entrará en juego entonces la nulidad derivada de vicios relativos a la constitución del juez.

Desde esta última perspectiva aparece una consecuencia de futuro, pues sería conveniente que las futuras leyes procesales distinguieran entre causas que conducen a la incompatibilidad del juez y causas que suponen simplemente riesgo para su imparcialidad; las primeras serían aplicadas de oficio, por suponer su incumplimiento nulidad de pleno derecho, mientras que las segundas, exigiendo siempre, como es lógico, la abstención del juez, exigirían alegación de la parte y precisamente por el medio procesal de la recusación.

IX. LAS PARADOJAS DEL CONVENIO

Empezamos diciendo que el artículo 6.1 del Convenio reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea juzgada por un tribunal imparcial, con lo que se está disponiendo que ese derecho queda reconocido frente a las altas partes contratantes del Convenio, es decir, frente a los Estados miembros del Consejo de Europa. A continuación hemos intentado explicar que ese derecho es distinto de los derechos de las partes en el proceso, y de modo especial del derecho a los recursos, derecho que comprende la incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso, y especialmente el que un mismo juez no puede conocer de la instancia y de los medios de impugnación. Es necesario destacar ahora que

ninguno de esos derechos se reconocen de modo claro ante los tribunales regulados en el Convenio.

1. *La insuficiente regulación de la imparcialidad (y de la independencia)*

El artículo 21.3 del Convenio dispone que los jueces del Tribunal, durante su mandato, no podrán ejercer actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad a tiempo completo, y con ello se está utilizando la palabra “imparcialidad” de modo claramente inadecuado.

La imparcialidad, dijimos antes, no es una característica abstracta o absoluta de los jueces, sino que tiene carácter concreto, por cuanto sólo puede entenderse referida a un proceso determinado. Así como la independencia es absoluta y su existencia o inexistencia (o, mejor, la posibilidad de su existencia) ha de comprobarse con referencia al estatuto de los jueces regulado en la ley, y sin atender a un proceso determinado, la imparcialidad no guarda relación con ese estatuto, y ha de atenderse siempre a un proceso determinado. Se puede ser o no independiente en general, conforme a cómo se regule el estatuto de los jueces; se es o no imparcial en concreto, en un proceso determinado.

A. No hay garantía de la independencia

El Convenio regula el estatuto de los jueces del TEDH de modo muy impreciso (artículos 21-24), confiando también en la consideración moral de los jueces y en su modo de designación. Junto a la proclamación indirecta de independencia del artículo 21.3, prácticamente no existen normas que tiendan a garantizarla, y todo se resume en la exigencia de que gocen de la más alta consideración moral (artículo 21.1), en la elección por la Asamblea Parlamentaria (artículo 22), en la duración del mandato (artículo 23), en la revocación del mismo sólo por el mismo Tribunal y con mayoría reforzada (artículo 24), aparte de la prohibición general de que ejerzan actividades incompatibles con la independencia misma (artículo 23.1), aunque sin decir cuáles son éstas.

La mayor parte de las garantías establecidas en los ordenamientos de los Estados miembros y de las altas partes contratantes para garantizar la

independencia de sus jueces, y que se regulan en las normas de organización judicial, se desconocen cuando se trata de los jueces regulados en el Convenio.

B. No hay derecho a recusar

Lo que nos importa, con todo, es que la referencia del artículo 21.3 del Convenio a la imparcialidad está basada en un error sobre lo que es ésta. En efecto, si se examina cualquier ordenamiento jurídico se comprobará que:

1o.) La independencia de los jueces se garantiza, entre otras cosas, disponiendo que éstos no pueden ejercer determinadas actividades públicas o privadas (por ejemplo, artículo 16 del R. D. del 30 de enero de 1941, Ordenamiento giudiziario, en Italia, y artículo 289 de la LOPJ en España). Esta garantía se contiene en la norma reguladora del estatuto de los jueces del Convenio.

2o.) La imparcialidad de los jueces no se garantiza prohibiéndoles ejercer esas actividades públicas o privadas, sino apartándolos del conocimiento de asuntos determinados en razón a su relación con las partes o al objeto del proceso. Este apartamiento se regula normalmente en las normas procesales.

Resulta así que cuando el artículo 21.3 del Convenio dispone que los jueces del TEDH no ejercerán actividades incompatibles con la exigencia de imparcialidad, no están disponiendo nada útil, pues no existen actividades, ni públicas ni privadas, que sean incompatibles en general con esa exigencia y referidas a todos los posibles procesos. No se descubre qué actividad profesional o particular puede ejercer un juez que lo convierta en sospechoso de poder actuar con parcialidad, no respecto de un proceso determinado de los que pueden plantearse ante los tribunales, sino con relación a su actuación judicial en general, a todos los procesos.

Lo más destacable, con todo, es que en el Convenio no se establece causa alguna concreta y referida a procesos determinados en virtud de la cual un juez deba abstenerse o pueda ser recusado, por lo que no existe norma alguna que confiera a las partes el derecho a que en el respectivo tribunal no se integre un juez del que pueda dudarse de su imparcialidad.⁴¹

⁴¹ Limitadamente en sentido contrario dice el artículo 19.1 del Estatuto de la Corte Interamericana de San José, que “los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en

Es posible que uno de esos tribunales llegara a pretender aplicar a sus propios jueces el adagio inglés de que no sólo hay que hacer justicia, sino que ha de parecer también que se hace u otros similares, o de que pretendiera hacer efectivo el adagio de que en esta materia incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia, procediendo a estimar la recusación formulada contra un juez al existir razones legítimas para dudar de su imparcialidad, pero en cualquier caso esa hipotética pretensión no contaría con base legal en el Convenio.⁴²

2. El ejercicio de funciones incompatibles en el TEDH

La situación es todavía más paradójica en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y respecto de la incompatibilidad de funciones procesales, y lo es en un doble sentido:

a) En los verdaderos órganos judiciales del Tribunal, que son la Sala de siete jueces y la Gran Sala de diecisiete jueces, pues son los que dictan sentencia, bien en “primera instancia”, bien en “segunda”, siempre se integrará el juez elegido en representación del Estado que sea parte en el litigio (artículo 27.2), con lo que el Estado demandado por un particular, por una organización no gubernamental o por un grupo de particulares que se considere víctima de una violación (artículo 34), es, por un lado, parte en el proceso y, por otro, miembro del órgano Judicial a través del juez que lo representa.

que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte”.

⁴² La situación puede llegar a suscitar cuestiones muy poco claras cuando el TEDH, en el que la parte no tiene derecho a recusar, estima una demanda por el hecho de que el tribunal del Estado alta parte contratante, en este caso el español, no estimó una recusación porque la parte la formuló fuera del plazo previsto en el artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el caso concreto, la demanda contencioso administrativa se presentó el 17 de septiembre de 1996, y la recusación, el 14 de mayo de 1998, y ésta fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por ser presentada mucho más tarde de lo que cabía concluir que el actor debió tener conocimiento de la concreta causa de recusación. El 10 de abril de 2000 el Tribunal Constitucional inadmitió el amparo, y después la STEDH del 17 de junio de 2003, caso Pesador Valero, estimó la demanda. Dejando a un lado si ser profesor asociado en una universidad es causa de abstención y de recusación en los procesos en que la universidad sea parte (en el caso se trataba de una cuestión de personal atinente al gerente), debe atenderse luego al cumplimiento de los plazos y a la carga de la prueba del conocimiento de las causas.

Es cierto que en el Convenio se encuentran normas aparentemente contradictorias respecto de la condición en que se nombra a los jueces. Si el artículo 21.2 dice que los jueces formarán parte del Tribunal a título individual, el artículo 22.1, al establecer la forma de elección de los jueces, deja el nombramiento en manos de cada Estado que ha de presentar una lista de tres candidatos, y el artículo 27.2 habla de juez elegido en representación de un Estado e incluso de juez *ad hoc*. En cualquier caso, lo que importa es que los Estados se han seguido reservando el privilegio de nombrar un juez para que se integre en el órgano que ha de juzgar de los asuntos en que aquéllos sean parte.⁴³

En este sistema no es que quiebre la imparcialidad de ese juez, pues lo verdaderamente importante es que resulta desconocido el principio esencial a todo proceso de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo. Se trata de que un Estado es, por un lado, parte en un proceso y, por otro, juez en el órgano Judicial, si bien por medio de la persona que lo representa. Si esto se diera en un órgano Judicial del Estado no habría duda alguna de la vulneración de un derecho reconocido por el mismo Convenio.

b) Es dudoso que en el Protocolo 11 (del 11 de mayo de 1994, ratificado por España, *BOE* del 26 de junio de 1998) se haya querido establecer un proceso con dualidad de instancias en sentido estricto, pues la solución adoptada parece más bien un compromiso en el que, manteniéndose un único tribunal, se ha establecido un posible doble examen de los asuntos.⁴⁴

⁴³ La composición de la Sala y de la Gran Sala, con la integración en una y otra del juez del Estado demandado, responde a un criterio de larga tradición; en las controversias entre Estados, éstos se han reservado siempre la designación de un juez o árbitro para integrar el órgano judicial o arbitral, pero ese criterio carece de sentido cuando se trata de controversias entre el Estado y un particular nacional del mismo. Pudiera incluso admitirse que en el inicio del funcionamiento de un tribunal de derechos humanos la integración en el mismo del juez designado por el Estado respondiera a una cierta necesidad política, relativa a la confianza del Estado en el tribunal, pero esa necesidad no puede entenderse subsistente cuando se trata de un tribunal con muchas décadas de funcionamiento.

⁴⁴ Pueden verse Bonet, J., “El Protocolo número 11 y la reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos”, *REDI*, 1994, vol. 46, pp. 474-485; Drzemczewski y Meyer-Ladewig, “Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole núm. 11, signé le 1 mai 1994”, *REDH*, 1994, vol. 95, pp. 81-6; Marín López, A., “La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre del Consejo de Europa: el Protocolo núm. 11 al Convenio Europeo de 1950”, *ADI*, 1995, vol. 11, pp. 169-202; Salado Osuna, “El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RIE*, 1994, vol. 11, pp. 943-965; Sánchez Legido, *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid,

No cabe hablar de que exista un verdadero derecho al doble grado jurisdiccional, para negar lo cual basta recordar el contenido del artículo 43.2, relativo a la admisibilidad de la remisión del asunto a la Gran Sala, pero no cabe desconocer que esa misma remisión supone, sin duda, algo similar al doble grado jurisdiccional.

Pues bien, admitido que la remisión del asunto a la Gran Sala a solicitud de cualquiera de las partes implica algo que guarda similitud con un medio de impugnación, la integración en esa Gran Sala tanto del presidente de la Sala que dictó la sentencia impugnada como del juez que ha intervenido en representación del Estado parte interesado, significa la negación de un claro supuesto de incompatibilidad de funciones procesales dentro del mismo proceso, pues esa integración es contraria a la regla esencial de que un mismo juez no puede conocer de la instancia y de los recursos.

Nuevamente aquí estamos ante un supuesto en el que lo que el tribunal estimaría que es una violación de derecho reconocido en el Convenio se permite al tribunal mismo, o, dicho de otra manera, el Convenio reconoce a toda persona un derecho que es desconocido en la actuación del tribunal que está encargado de garantizar los derechos humanos. Lo que llevaría a condenar a una alta parte contratante se dispone de modo expreso en el Convenio para el tribunal que debe garantizar a los europeos el respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

No cabe hablar de que exista un verdadero derecho al doble grado jurisdiccional, para negar lo cual basta recordar el contenido del artículo 43.2, relativo a la admisibilidad de la remisión del asunto a la Gran Sala, pero no cabe desconocer que esa misma remisión supone, sin duda, algo similar al doble grado jurisdiccional.

Pues bien, admitido que la remisión del asunto a la Gran Sala a solicitud de cualquiera de las partes implica algo que guarda similitud con un medio de impugnación, la integración en esa Gran Sala tanto del presidente de la Sala que dictó la sentencia impugnada como del juez que ha intervenido en representación del Estado parte interesado, significa la negación de un claro supuesto de incompatibilidad de funciones procesales dentro del mismo proceso, pues esa integración es contraria a la regla esencial de que un mismo juez no puede conocer de la instancia y de los recursos.

Nuevamente aquí estamos ante un supuesto en el que lo que el tribunal estimaría que es una violación de derecho reconocido en el Convenio se permite al tribunal mismo, o, dicho de otra manera, el Convenio reconoce a toda persona un derecho que es desconocido en la actuación del tribunal que está encargado de garantizar los derechos humanos. Lo que llevaría a condenar a una alta parte contratante se dispone de modo expreso en el Convenio para el tribunal que debe garantizar a los europeos el respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.