

Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos

Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez

Por JOSE I. LACASTA ZABALZA

Zaragoza

I

George Orwell, en su excelente novela *Burmese days*, describe así el modo de actuar de un magistrado birmano de la administración colonial británica: «Como magistrado, sus métodos eran sencillos. No vendía la decisión de un caso por mucho que le ofrecieran, porque sabía muy bien que un magistrado que dicta sentencias injustas a conciencia, es cogido más pronto o más tarde. Lo que él hacía era mucho más sensato: aceptaba soborno de ambas partes y luego decidía el caso estrictamente con arreglo a la ley» (1). La peculiar conducta del juez birmano retratado, consistía en una rara ecuanimidad y un acendrado respeto a la ley a la que se vinculaba escrupulosamente en sus criterios. Salvas sean las distancias, en tiempo, espacio y novela, lo que Orwell refleja, entre otras cosas, es un viejo problema. El hecho de que atenerse a la ley no implica necesariamente la resolución de los problemas de una manera concorde con la justicia. Pero, como reflexión general, no deja de señalar una de las muchas quisicosas inherentes al poroso cuerpo del fallo judicial, a sus motivaciones y razonamientos.

Si la vida «normal» de la decisión judicial se ve interferida por notables mediaciones y obstáculos de todo tipo, trátese de operaciones epistemológicas o circunstancias consustanciales al siempre complicado ejercicio del poder, la recusación de un juez, alegando frontalmente en el proceso causas políticas para ello, pone sobre el tapete muy diversas inquietudes que hacen parar mientes acerca de los *límites* en la consideración positivista de la atadura razonadora del juez a la ley. En la recusación misma, como procedimiento de saber o indagación de la verdad, la ten-

(1) Traducida al castellano por Rafael Vázquez Zamora como *La Marca*, Destino, Barcelona, 1982, págs. 10 y 11.

sión entre lo fáctico y lo normativo puede adquirir tintes y contornos dramáticos o perplejos. Paradoja que se acentúa si dicha recusación, como suele acontecer cuando se aportan motivos ideológicos, se sitúa en el ámbito jurídico del proceso criminal, donde lo psicológico y el margen legal de interpretación hacen que, como observa el procesalista Emilio Gómez Orbaneja, determinados supuestos de hecho de la recusación «no se dejan fijar por modo tan inmediato» como, pongamos por caso, el hecho tangible del parentesco (2). «No son directamente el objeto de la prueba, sino el producto de dotar a otros hechos que constituyen el *thema probandi* —aquéllos en que la amistad se expresa o se manifiesta la enemistad—, de un sentido que en sí mismo, aisladamente, no poseen, sino que sólo adquieren gracias a la experiencia social del que los contempla en su conjunto» (3). Trátese de amistad, enemistad o interés, que son los lugares donde se suele aspirar a encajar legalmente la recusación política, esa «experiencia social» contemplada en su conjunto, se deja fijar tan poco, y de una sazón tan resbaladiza, como esos hechos que en sí mismos, sin contraste complementario, no poseen un sentido o repercusión jurídica. Si se recusa a un juez por parcialidad ideológico-política, englobando la acción en el contexto general ofrecido por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el funcionario recusado: «Es preciso 'subsumir' los hechos indicados y probados, bajo un concepto general, lo cual implica su calificación con arreglo a un criterio valorativo». En consecuencia, no se hace sino apuntar, atisbar, la dificultad del razonamiento, de la prueba, del contexto social que se tiene en cuenta, y, sobre todo, el acoplamiento e incorporación de ese interesante e inquietante «criterio valorativo» aducido por el profesor Gómez Orbaneja, el cual constituye un auténtico punto nodal previo a la decisión única y necesaria.

La recusación en el proceso español es un fenómeno hartamente infrecuente, y tan extraño como en el procedimiento italiano, en el que ya advertía Francesco Carnelutti la «rareza de su aplicación práctica» (4). Incidente procesal, al que unos conocidos comentaristas del procedimiento italiano de 1878 llamaban instrumento «odioso y personal» (5). Praxis poco agradable y perturbadora para abogados y jueces, recogida legalmente en 48 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deja fuera hipótesis no poco relevantes, máxime si se le compara, según indica Gómez

(2) Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 1 a 62.

(3) *Ibidem*.

(4) Francesco CARNELUTTI, *Una straordinaria esperienza in tema di ricusazione di giudici*, págs. 188 a 197 del vol. V, parte II, de la «Rivista di Diritto Processuale», Padova, 1950.

(5) *Commentario del codice di procedura civile*, Napoli, 1878, citado por Roberto Romboli en su clarificador e imprescindible trabajo para este tema, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, págs. 455 a 480 de la «Rivista di Diritto Processuale» (seconda serie), núm. 3, Padova, septiembre 1982.

Orbaneja, con la legislación recusatoria alemana en torno a los jurados y escabinos (6). El propósito de la institución de este incidente se coloca en los aledaños de unas *garantías liberales* que, tomando axiomáticamente la *neutralidad* del juez, tiende a asegurar «la *imparcialidad* en la resolución» y apunta teleológicamente «al *prestigio* de la administración de justicia». Por ello la recusación «no es una concesión hecha al recusante, sino que se establece en función de un interés público» (7). Podría hablarse así de unas garantías generales, o en aras de un interés estatal *supra partes*, más que de un recaudo particular o derecho concreto que las leyes procesales trasladan a la potencialidad de establecer los recursos subsiguientes a la decisión e, incluso, a la exigencia de la responsabilidad criminal pertinente. En la misma línea, y en lo tocante a los comentaristas italianos y a la doctrina sentada por la Corte costituzionale, se viene entendiendo, desde el siglo pasado, que la *ratio* de la institución de la abstención-recusación consiste en la «tutela de la imparcialidad del juez», comprendida como una «equidistancia de los intereses en juego en el proceso» (8).

Según el procesalista italiano Roberto Romboli, «la evidente racionalidad sobre la cual reposa» esta institución recusatoria, se hace coincidir en sus inicios con el Derecho romano justinianeo y con el corolario del principio general *lites sine suspitione procedant* (9). Origen más que discutible, pues los jueces romanos, si bien eran efectivamente «racionales», no actuaban como «razonadores» en el sentido moderno de la actual jurisprudencia, tal y como precisa el profesor Gil Cremades siguiendo a Max Weber, al contrastar las distancias entre la función judicial contemporánea, su motivación, y los caracteres de la jurisprudencia oracular romana (10). Tal afirmación de Romboli es muy propia de la episteme *in abstracto* utilizada por los «juristas teóricos» al interpretar la historia, y ya criticada por Ihering en sus conocidas *Charlas de un romanista* (11). También, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, emplaza la recusación en «la lista de instituciones en que se manifiesta el entrecruzamiento de proceso y autodefensa», cuya finalidad «tiende a garantizar la *imparcialidad* característica del proceso», tras aclarar que habla en exclusiva de los jueces, pues «la recusabilidad de otros sujetos secundarios del proceso, como los peritos y testigos, puede tener la máxima importancia y arrastrar al juez a una sentencia francamente injusta, pero, en

(6) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

(7) *Ibidem*.

(8) *L'interesse politico...*

(9) *Ibidem*.

(10) Juan José GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas*, págs. 415 a 433 de Estudios en honor de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1980.

(11) Rudolph von IHERING, págs. 195 y 196 de *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1974.

todo caso, sólo a través del pronunciamiento judicial, repercutirá en la resolución del litigio» (12). Es más, Alcalá-Zamora se sirve de la recusación para reinterpretar procesalmente la obra de Calderón de la Barca *El Alcalde de Zalamea*, ya que el alcalde no acudió a la autodefensa directa por la ofensa de Pedro Crespo a su hija, y «prefirió el enjuiciamiento», convirtiendo «en fallo judicial recusable, lo que como acto de parte habría sido inobjetable entonces y aún ahora». Aclara Alcalá-Zamora que estas observaciones están hechas «desde el punto de vista jurídico» (13). Matización necesaria, porque el punto de mira de Alcalá-Zamora, aunque ingenioso y ejemplificador, también se sitúa en una postura *in abstracto*, que hay que poner en tela de juicio, ya que la institución recusatoria hay que acomodarla a otras circunstancias históricas más cercanas, sin descartar otros precedentes jurídicos *formales*, pero ajenos a las funciones efectivas del juez liberal-positivista, y al proceso racionalizador, en la dirección weberiana de la expresión (14).

Más verosímil y *concreto* puede ser instalar el arranque histórico de la recusación en los hábitos judiciales implantados por la revolución francesa y heredados, aunque no a beneficio de inventario, del Antiguo Régimen, que, como estudia sagazmente Alexis de Tocqueville, lo mismo obligaban a *motivar* todo tipo de resoluciones, que a difundir y a sentar la creencia pública en que «toda cuestión está sujeta a debate y toda decisión es apelable» (15). Considerando así la función judicial como una forma de saber que, aún con la cabeza y el rostro vueltos hacia el liberalismo y el mundo occidental actual, tiene sus pies hundidos en el racionalismo de la indagación de la verdad frente a la *disputatio* medieval, pues: «La indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, en medio de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticificar la verdad, de adquirir cosas que habían de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las» (16). Y, entre estas «verdades» figura por derecho propio, en lugar destacado, el papel del juez *imparcial*. Todo ello acompasado por la

(12) Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, México, imp. Universitaria, 1947, págs. 169 y 170.

(13) *Ibidem*.

(14) Más semejanza real en lo jurídico, por el papel jurisdiccional de los alcaldes, con el supuesto calderoniano descrito por Alcalá-Zamora, puede ofrecer, a pesar de la distancia en el tiempo, el alcalde don Ximio, que dirime el pleito entre el lobo y la raposa en el *Libro del Buen Amor*, del Arcipreste de Hita. En este libro, demostrando que el carácter histórico del Derecho no se mide únicamente por las *formas y nombres*, se habla ya de «demanda», «esenciones», «rreconvencción», «perentoria» y «dilatoria» (Decimocuarta edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1976, págs. 41 a 45).

(15) Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, tomo I, pág. 139, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

(16) Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, págs. 87 y 88, Barcelona, Gedisa, 1980.

Instauración modélica del juez que aplica aquel «silogismo perfecto» propuesto por el marqués de Beccaría, que tiene «como mayor la ley general» y «por menor la acción», pero de cuya operación se inferirá la consecuencia de la libertad o la pena (17). Y si hoy las afirmaciones de Beccaria pudieran ser tachadas de simplistas, habría que precisar *a sensu contrario* varias cuestiones: a) que, como escribe Foucault, «Beccaria piensa en términos de una justicia estatizada», es decir, en una práctica judicial que presupone la conformación del Estado moderno (18); b) Beccaria no efectuaba una propuesta ingenua, sino racionalizadora, ya que pretendía terminar con la incertidumbre e incoherencia en el funcionamiento del viejo sistema jurídico, adoptando un enfoque soldador de la decisión del magistrado a la ley (19); c) hoy día, el «así llamado silogismo legal es eminentemente racional», y continúa siendo un importante instrumento para la justificación interna de la decisión judicial, aunque «esta racionalidad está oculta en medio de las controversias que mezclan los diversos niveles de razonamiento» (20).

Precisamente, en la vivienda de la institución recusatoria, tan poco visitada por los juristas profesionales, el intento de ajustar el razonamiento judicial a una ley que por sí misma no puede ser muy precisa, dada la compleja materia que contempla, pone en jaque el proceso racionalizador, al chirriar el eje de una norma que no se ajusta ostensiblemente al acontecimiento práctico que el juez contempla. El hecho se agudiza cuando el incidente se produce en los que, algunos juristas clásicos, con mayor tino y menos eufemismo que en la actualidad, llamaban *juicios políticos*. Así, un sólido y significativo libro sobre la prueba penal escrito el pasado siglo por C. J. A. Mittermaier, denota que el Jurado, tratándose de juicios políticos, ofrece más garantías para el acusado que los magistrados, pues existe la posibilidad de ejercer «ante los jurados un derecho de recusación mucho más lato que ante un tribunal ordinario», y si bien «un juez puede ser igualmente recusado», lo cierto es que «esto sólo tiene lugar en los casos previstos por la ley y por motivos articulados de antemano» (21). Aquí Mittermaier indica la estricta delicadeza legal que ha de observarse en el caso de tratarse de un juez, en comparación con el procedimiento observado con el jurado. Ello no supone ninguna apología del modo de juzgar de esta institución, pues el autor alemán se sitúa en la misma línea mental con respecto

(17) Cesare BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Imp. de Rosa Sanz del Baño, 1820, pág. 11.

(18) *La verdad y las formas jurídicas*, pág. 101.

(19) *Tratado de los delitos y de las penas*, pág. 11.

(20) Jersy WROBLEWSKI, *Silogismo legal y racionalidad de la decisión judicial*, Cuaderno de Trabajo 19 de la Facultad de Derecho de Maracaibo, 1977.

(21) *Tratado de la prueba en materia criminal*, C. J. A. Mittermaier, 10ª edición, puesta al día por Pedro Aragoneses, Reus, Barcelona, 1979, páginas 104 a 108.

al jurado que, en nuestros días, un Chaïm Perelmann (22). Pero, constatando fielmente la realidad del derecho comparado de su tiempo, ofrece una conciliación de la existencia del jurado con un acercamiento de sus componentes al conocimiento de la ley, como medida de la prueba, para evitar que «no sigan más que sus propias inspiraciones», y asegurar así que «su veredicto tendría toda la autoridad de una sentencia fundada en la racional apreciación de los elementos de convicción» (23).

Ya apuntaba Beccaria, en su defensa del jurado, la conveniencia y la utilidad de «aquella ley según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus iguales» (24). Y, en cuanto a la recusación, elaboraba, incluso, una original teoría consistente en que, a su entender, un exceso de incidentes de recusación planteados por parte del reo frente al jurado sería, según comenta al respecto el profesor Tomás y Valiente, «un indicio indirecto de su culpabilidad, porque quien teme ser juzgado por cualquiera es que teme ser condenado por saberse culpable» (25).

Aunque, volviendo al análisis de Mittermaier, lo más revelador de sus observaciones quizá sea el registro de los *límites* laberínticos con los que se encuentra un juez ante un caso político. Advierte que un juez «no puede eximirse de la flaqueza humana», y en caso de duda entre dos opciones, puede inclinarse perfectamente «hacia el lado menos favorable al acusado», no siendo preciso para ello una mala fe preconcebida por parte del juzgador, sino que la operación puede realizarse perfectamente «creyendo con la mejor buena fe del mundo en la lealtad de sus propias convicciones». Sobre todo, en los procesos políticos, «sus opiniones y sus preferencias de partido ejercen sobre su espíritu una inmensa influencia». Por su parte, el procesado «no ignora que no tiene que esperar absolución de un hombre inquieto y adicto al poder, y, sin embargo, no puede recusarle sino en el caso muy raro en que la ley admita los motivos que articula» (26).

II

Las observaciones de Mittermaier son válidas para nuestro tiempo, toda vez que subrayan las intrincadas fronteras de una decisión judicial directamente condicionada por móviles políticos, así como por la constatación de la fragilidad y excepcionalidad

(22) Desde el punto de vista de Chaïm Perelmann, el Jurado se fundamenta, a la vez, en una confianza extrema en sus miembros y en una desconfianza correspondiente en los magistrados y en el poder judicial (*La Preuve en Droit, essai de synthèse*, págs. 358 a 364 del libro colectivo *La preuve en Droit, Etablissements Emil Bruylant, Bruxelles*, 1981).

(23) *Tratado de la prueba...*, pág. 108.

(24) *De los delitos y de las penas*, Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, pág. 85, Aguilar, Madrid, 1976.

(25) *Ibidem*, pág. 195.

(26) *Tratado de la prueba...*, págs. 107 a 108.

legal de la caución recusatoria ofrecida a un procesado ante la presumible arbitrariedad de un juez, que puede ser su adversario político, tácito o expreso, y a veces antagónico.

Una nítida aporía en la que se coloca la institución recusatoria, que viene determinada por los objetivos que persigue y el procedimiento que implica. Unas reglas rápidas, con pocas formalidades, pretenden salvaguardar el prestigio de la judicatura sin excesiva publicidad o, tal vez sea históricamente más riguroso, con el máximo *secreto*. Un juez recusado, aunque no falle de plano en contra del incidente planteado, es un juez bajo cierta sospecha, habida cuenta que no suele emplearse dicho procedimiento. En el supuesto de tratarse de un juicio político, una recusación por móviles ideológicos, y propuesta por personajes públicos, suele ir acompañada del conocimiento de un sector importante de la opinión social. Todo lo cual se pronuncia en flagrante oposición con los mecanismos recusatorios recogidos en las leyes de enjuiciamiento, de las que cabe afirmar lo mismo que del semejante articulado procesal italiano sobre el tema. Reglas que están pensadas para soslayar el siempre posible «escándalo» ante la ciudadanía, dotando de esta manera a la recusación de un carácter especial, al concebirla como «una cuestión interna entre el juez y el recusante», casi «una cosa en familia que no debe ser conocida por otros», porque su sola difusión «podría hacer caer el descrédito sobre la magistratura» (27). Valoraciones italianas aplicables, desde luego, a la experiencia española.

Ha habido ocasiones históricas, no demasiado lejanas en el escenario occidental, tal y como escribe Franz Neumann en su *Behemot*, en las que las tropelías políticas del poder judicial han sido realmente manifiestas y premeditadas (28). Mas, dejando aparte una casuística extrema, parece que la judicatura de los países de capitalismo desarrollado, y España no es una excepción, no suele ver con demasiados buenos ojos el inconformismo radical (29).

Acaso sea pronto para asentar definitivamente afirmaciones de este calibre con respecto al régimen español. No han transcurri-

(27) *L'interesse politico ...*

(28) «Uno de los ejemplos más extremos de parcialidad judicial que se puede encontrar en cualquier sistema político de tipo occidental, en este siglo, fue la flagrante predisposición exhibida por los jueces alemanes de la república de Weimar, en favor de los asesinos y matones de la extrema derecha, por una parte y en contra de la extrema izquierda, o de la simple izquierda, sin calificativos, por otra parte. Sin embargo, tal vez puede dudarse si estos jueces hayan tenido conciencia de estar incumpliendo sus obligaciones judiciales; por el contrario es más probable que hayan creído cumplirlos, al mostrarse extremadamente benévolos con hombres que, aún cuando se excediesen tal vez en su entusiasmo, estaban luchando contra la subversión comunista». Reflexión de Ralph Miliband, fundamentada en Neumann (*El Estado en la sociedad capitalista*, 6.ª edición, siglo XXI, Madrid, 1976, páginas 136 y 137).

(29) *Ibidem.*

do muchos años desde la instauración de la Constitución de 1978, y por ello se hace preciso contrapesar la balanza de las afirmaciones generales con el examen empírico de experiencias concretas que, por cierto, no son demasiado frecuentes, al menos en su conocimiento. Nada más explicativo al respecto que un estudio de la decisión judicial a lo vivo, en su propia praxis. De esta manera se hace conveniente traer a colación algunas tomas de posición de recusantes y recusados en el Estado español, transcurridos en juicios de claro contenido político, y alegando motivos de la misma índole.

Siguiendo las precisas categorías propuestas por Jacques M. Vergès en su *Estrategia judicial en los procesos políticos*, los incidentes de recusación que se van a examinar a continuación, habida cuenta de la distinción básica entre juicios de «connivencia» o de «ruptura», se colocan más bien en el marco de una connivencia matizada o impura, ya que aceptan el juicio y ciertas reglas y valores legales, fundamentalmente los de corte democrático, aunque sorprenden al juzgador por el planteamiento mismo de la propia recusación, no esperada, y poco asidua en el procedimiento criminal español (30).

II A)

En el sumario 25 de 1981 del Juzgado núm. 3 de Zaragoza, el Magistrado-juez Julio Boned Sopena siguió actuaciones de instrucción por delito de injurias y calumnia a Ricardo Berdié Paba, dirigente de la Federación de Asociaciones de Vecinos de aquella ciudad, acusado de realizar pintadas, que pudieran ser constitutivas de los delitos apuntados, contra el dirigente ultraderechista Blas Piñar López. La iniciativa y la acusación particular corrieron a cargo de la organización Fuerza Nueva.

El 2 de enero de 1981, el mencionado dirigente vecinal interpuso un incidente de recusación al Magistrado-juez Boned, porque, según decía el escrito presentado: «ha llegado al conocimiento objetivo de que el señor Juez que instruye la presente causa puede tener interés indirecto y manifiesta enemistad con el procesado, dadas las posibles relaciones ideológicas que le pueden vincular con la acusación privada, sus representantes y asesores, al tiempo que enfrentarle con las ideas y modos del procesado». La interposición del incidente trataba de apoyarse en varios hechos y argumentos. 1.º) En que el procesado «vinculado al movimiento democrático ciudadano, es personalidad de arraigadas convicciones democráticas y antifranquistas». 2.º) «Que aún ignorando por manifestaciones directas el cariz de la ideología del señor Juez; de los signos externos sostenidos por el mismo y fundamentalmente por la pertinaz presencia de un cuadro de Franco en su despacho oficial del Juzgado, pudiera desprenderse una afi-

(30) Jacques M. VERGÈS, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1970.

nidad con las ideas y el régimen que dicho personaje representa». 3.º) «Que precisamente entre los objetivos del querellante privado, representante de la organización política Fuerza Nueva, se encuentran los de la exaltación de Franco y su régimen. Régimen que fue derogado por la vigente Constitución del Estado español». 4.º) «Que todo ello, además de poder afectar a la necesaria independencia del Poder Judicial, al denotar la adscripción a una ideología determinada, supone un serio obstáculo para un enjuiciamiento imparcial en el presente caso». 5.º) Como respaldo legal, el procesado estimaba que el Juez Boned se hallaba incurso en los supuestos 9.º y 11.º del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El escrito alega valoraciones clásicas inherentes a la democracia parlamentaria, tales como la diferenciación de poderes, la independencia judicial, y la necesidad del «enjuiciamiento imparcial». No se trata, por tanto, de un planteamiento categórico de «ruptura». Lo rupturista aquí, siguiendo el razonamiento de Vergès, consiste en el hecho mismo de cuestionar la idoneidad del Juez que entiende el proceso.

El escrito mencionado no es pieza cotidiana de la vida procesal española, es más bien, y valga el símil, una auténtica «pieza separada». Pero quizá sea aún más curioso el auto de 3 de febrero de 1981 por el que el Magistrado-juez Boned Sopena, ante el Secretario del Juzgado, responde que no ha lugar a la recusación iniciada. En cuanto al «interés directo o indirecto aducido», el auto recuerda las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1896, 16 de junio de 1894, y 13 de marzo de 1899, que exigen «una relación privada —del juez— con el objeto del proceso» o que «puedan afectar a su persona o bienes». Y, «como expresa un conocido comentarista de dicha ley procesal», el interés directo sólo puede recogerse en el caso de «las relaciones personales del Juez con las partes». «Y, es claro, que en este proceso la única persona que aparece como ofendida y perjudicada es don Blas Piñar López, al que el Instructor ni siquiera conoce personalmente». Motivando algo más adelante: «Mas aunque de otro modo se entendiere, del hecho de que en el despacho del Juez actuante se encuentre una reproducción de un óleo representando al General Franco, que tiene para el que provee un especial valor afectivo, por haberle sido donado por persona a la que profesa gran estima, no puede ni debe deducirse, como gratuitamente hace el recusante, una afinidad ideológica con el señor Piñar o con la asociación política que preside». Respecto a la enemistad manifiesta traída a efecto por el recusante, el auto subraya que éste «no apoya en hechos concretos» tal actitud, a no ser que se fundamente en «la contradicción entre la ideología atribuida al Instructor y la que manifiesta profesar el procesado, 'de arraigadas convicciones democráticas y antifranquistas'». Porque la ley, rememora el auto, se refiere «a una relación entre personas» y «el Juez recusado no ha tenido la oportunidad de conocer

a su recusante hasta que le recibiera declaración en su despacho», «sin que de la no coincidencia de ideologías, pueda válidamente deducirse la existencia de tal sentimiento íntimo, en tanto no se manifieste en actos recíprocos de recusante y recusado» (31).

Para un profano, puede resultar realmente insólito que un juez opine acerca de sí mismo, haciendo pensar en la realidad de la posibilidad indicada por Nietzsche, consistente en que la mejor filosofía para los funcionarios es la kantiana, ya que permite su desdoblamiento en «cosas en sí» y «fenómenos» (32). El juez Boned engarza con una argumentación, ya en el plano jurídico, recogida por la jurisprudencia española y por Gómez Orbaneja: «Si el juez y la parte pertenecen a un mismo partido político, o a partidos rivales, a un mismo credo religioso aun minoritario, incluso a familias manifiestamente enemistadas, o unidas por íntima amistad, mientras tales relaciones no se hayan traducido en actos recíprocos de los individuos en cuestión, no existe causa para recusar» (33). Sin embargo, en el tema de la «enemistad manifiesta», el motivo que sirve de soporte a la decisión del juez Boned, «la existencia de tal sentimiento íntimo», según los procesalistas Gómez Orbaneja y Jaime Guasp, la «intimidación» se establece más bien como requisito de la amistad, observando ambos procesalistas que es más precisa la legislación italiana al hablar de «enemistad grave», pues si bien la amistad ha de responder *también* a criterios *objetivos*, la ley es bastante imprecisa al no decir el grado que deba alcanzar «el sentimiento compartido para que pueda considerarse como íntimo» (34). Es más, Guasp defiende que la «enemistad manifiesta» constituye el reverso de la amistad íntima, «por ello puede haber una enemistad grave pero oculta y, a la inversa, una amistad manifiesta que no sea sin embargo de gran intensidad» (35). Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1896 dice que la «enemistad manifiesta... no ha de demostrar un mayor o menor rencor u odio, y sí sólo que esa enemistad sea cierta, positiva y evidente».

De todas formas, el juez Boned utiliza en la motivación de su decisión, al lado, en ocasiones, de un estrecho legalismo, elementos poco racionales, en el sentido de Wróblewski, es decir, como *justificadores* de dicha resolución judicial. Ya que el «especial valor afectivo» del retrato del General Franco que ostentaba en su despacho oficial, o bien el que dicho cuadro hubiera «sido do-

(31) El Magistrado-juez emplea el requisito de la existencia de «sentimiento íntimo» para que haya «enemistad», tesis discutida por la doctrina procesalista.

(32) Friedrich Nietzsche, *Crepúsculo de los ídolos*, Alianza Editorial, sexta edición, 1982, pág. 104.

(33) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, págs. 1 a 62.

(34) *Ibidem*, y también Jaime GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1943, págs. 591 y 592.

(35) GUASP, *ibidem*.

nado por persona a la que profesa gran estima», no parecen premisas jurídicas de lógica suficiente como para deducir y legitimar una ausencia de imparcialidad en el caso. Y tampoco enriquece precisamente este proceso legitimador la expresión traída por el juez Boned de «no coincidencia de ideologías», cuando lo que se plantea, expresamente, en el incidente, es la pretendida existencia de posiciones políticas tajantemente contradictorias entre recusante y recusado.

II) B)

El incidente de recusación promovido por el abogado y ex-senador vasco Miguel Castells Arteche fue, en su día, mucho más conocido, al haber sido divulgado por la prensa y, al mismo tiempo, es de enorme complejidad e interés jurídico, al intervenir el Fiscal General del Estado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, gestando un voluminoso material acerca del tema de la recusación por causas ideológico-políticas. El enredo aumentó al interponerse recursos de amparo que tienen como horizonte aspectos procesales diferentes, como son la recepción a trámite, la denegación de pruebas, y la desestimación de la recusación solicitada.

De una forma sucinta, las mencionadas actuaciones surgieron a raíz del procesamiento del abogado vasco por el Tribunal Supremo, tras pedir éste el oportuno Suplicatorio (Castells era entonces Senador) y serle concedido por la Cámara. El Ministerio Público acusó a Castells de un delito de injurias al Gobierno y de la comisión de otro de injurias a clase determinada del Estado. Según el Fiscal, los delitos se habrían cometido en el artículo titulado «Insultante impunidad», escrito por el ex-senador donostiarra y publicado el 14 de junio de 1979 en la revista «Punto y Hora de Euskalherria».

En el escrito de comparecencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Castells recusó a los componentes del mismo, excelentísimos señores Díaz Palos, Gil Sáez, Vivás Marzal e Hijas Palacios, «por entender que se encuentran incursos en el número 9 del artículo 54 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala como motivo de recusación el que los magistrados tengan interés directo o indirecto en la causa». Para ello el escrito sostenía que: 1.º «Don José Hijas Palacios ostentó, por nombramiento directo del entonces Gobierno del Estado español, durante los años 1966 a 1968, el cargo del Presidente del Tribunal de Orden Público». 2.º Que dicho Tribunal «aplicaba una ley que violaba los derechos fundamentales de la persona». 3.º Que las sentencias que negaban los citados derechos «eran confirmadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia de la que eran miembros los recusados señores Díaz Palos, Gil Sáez, Vivás Marzal y, con posterioridad a ejercer el cargo de Presidente del

Tribunal de Orden Público, el propio señor Hijas Palacios». 4.º) Que o bien los mencionados magistrados desempeñaron cargos en el propio Gobierno franquista, o fueron nombrados por dicho Gobierno totalitario y que, en todo caso, la doctrina que forjaron sus sentencias evidencian una «postura ideológica de signo totalitario que negaba el pluralismo político». 5.º) Que la personalidad política del recurrente se sitúa en la «izquierda nacionalista de Euskadi».

Castells aportó también una versada y original interpretación del «interés» recusatorio: «Existen otros intereses, como puede ser un interés de tipo ideológico en los que ni siquiera cabe la posibilidad de hacer abstracción del mismo por ir indefectiblemente unido a la toma de razón». «Y juzgar es un acto mental», concluye el abogado vasco.

La Sala del Tribunal Supremo, constituida con los magistrados recusados, dictó un Auto denegando la admisión a trámite del escrito de recusación. Un posterior recurso de súplica fue también desestimado por Auto de 13 de enero de 1982. Ante ello, el político vasco acudió en recurso de amparo el 27 de enero de 1982, alegando ante el Tribunal Constitucional, entre otras razones, la violación del articulado correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución española, produciéndose, a su entender, una «indefensión evidente».

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional otorgó amparo a Miguel Castells Arteché en Sentencia de 12 de julio de 1982, declarando la nulidad de los Autos del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1981 y 13 de enero de 1982, que denegaban la admisión a trámite del escrito del político vasco, declarando su admisión «para que sobre su contenido pueda dictar el órgano jurisdiccional correspondiente la Resolución que estime pertinente, una vez que la cuestión se sustancie de acuerdo con lo prevenido en la ley». La citada sentencia se muestra ajustada a su lógica habitual a la hora de rozar *el contenido* de la decisión judicial afectada por la recusación. La jurisdicción constitucional camina de puntillas en su reflexión, en un sentido parejo al que suele exhibir cuando el tema de la presunción de inocencia raspa la «libre valoración de la prueba» de un juez o tribunal. Está inmerso en esa su preocupación que Lorenzo Martín-Retortillo caracteriza como no ir «más allá de donde le está encomendado» (36). Lo que no admite el órgano jurisdiccional constitucional es el rechazo *a limine* del escrito de recusación por parte del Tribunal Supremo, pues entiende que, efectivamente, la ley procesal es clara y terminante: o se inhibe el juez del conocimiento del asunto, o forma pieza separada. No hay término medio, u otro término como el expuesto por los autos declarados nulos

(36) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional*, separata núm. 16 de la «Revista de Derecho Político», Invierno 1982-1983.

del Tribunal Supremo, al negarse de lleno a acoger el incidente, salvo, y excepcionalmente, como precisa la propia resolución constitucional, «cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso». No era este el punto de partida, y la sentencia hace gala de un «antiformalismo y enjuiciamiento efectivo», con un esmerado razonamiento que *entremezcla* consideraciones políticas y un juridicismo más que kelsenianamente estricto. El Tribunal Constitucional no es ajeno a su función política racionalizadora, ni a la conciencia de su papel de órgano que intenta alcanzar en su argumentación un máximo de consenso social que avale su decisión, por ello critica, valga la expresión, al Tribunal Supremo, pues ha «privado al Senador de un derecho que posee todo ciudadano normal y corriente: el derecho a recusar». Y sin tal derecho «hablar de juicio imparcial no pasaría de ser pura ficción». «Si ello es grave en todo caso, podría serlo más si cabe cuando se trata de una persona que representa a un número importante de ciudadanos que podrían sentirse afectados, lógicamente, por esa discriminación efectuada, que, como hemos visto, aparece nítida a la luz de la lógica jurídica». La jurisdicción constitucional, con una claridad política meridiana para sus intenciones, llama la atención sobre los efectos perturbadores que para el consenso social pueda tener el hecho de no guardar las formas con un Senador, como con cualquier ciudadano, *pero* teniendo en cuenta su grado de representatividad de un sector de la sociedad. Los tribunales, parece querer decir la sentencia, han de ser un vehículo de la «paz social» y no de su quiebra, ni servir de motivo para el incremento de la conflictividad. Mas, al lado de la recomendación política, el órgano constitucional aclara lo que de verdad es el campo acotado de su decisión: «Es pues necesario distinguir entre el hecho que dio lugar al intento de recusación y el proceso o en este caso el procedimiento seguido por el Tribunal para pronunciarse acerca de aquéllos». Es decir, ha de admitirse a trámite la recusación, pues el procedimiento seguido no es el formalmente conveniente. En cuanto a los hechos, la sentencia indica que «según también la doctrina ha recordado en nuestro derecho positivo no hace posible la recusación basada en la afinidad o en las discrepancias de orden político, social o religioso, cuando se trate de delitos de esos tipos». En cuanto a los Magistrados que se intenta recusar por su vinculación con el régimen de Franco, éstos «en el ejercicio legítimo de sus funciones' aplicaron la ley a la sazón vigente, siquiera esta ley no se atempere a los personales criterios de aquél —el recusante— y fuese de tonos y orientaciones diferentes a los hoy imperantes». Se soslaya así, con esmero, el problema de la legitimidad del régimen de Franco, y se *legitima* la función jurisdiccional ejercida durante ese sistema político totalitario, con una conocida teoría positivista, aunque en este caso poco liberal, a saber: los jueces «aplicaron la ley a la sazón vigente». La ley es la ley, aunque fuera distinta en sus fundamentos a la del sistema jurídico actual.

Difícilmente puede expresarse con mayor diaphanidad la filosofía política oficial acerca de la Reforma postfranquista y su profundización teórica. El régimen de Franco ha sido superado por la nueva situación, pero *conserva* sus órganos jurisdiccionales y todos sus componentes, cuyas decisiones fueron válidas al circunscribirse a la aplicación de la ley positiva entonces existente. El órgano supremo constitucional viene a invalidar la situación política franquista, pero a convalidar la vigencia de sus leyes. Difícil equilibrio.

Sobre la *ratio* de la institución recusatoria, el Tribunal Constitucional observa lo siguiente: a) «Que es un instrumento encaminado a asegurar la más recta actuación de la justicia y a conseguir que el funcionario judicial se comporte con la independencia, la serenidad y la imparcialidad, necesarias para el desempeño de su misión». b) «El juez, además de ser competente para conocer del litigio de que se trate, ha de reunir ciertas condiciones subjetivas sin las cuales la ley lo considera incapaz, pudiendo ser estas condiciones tanto absolutas de capacidad subjetiva, como relativas, entre las que se encuentran la recusación y la abstención». c) Ahora bien, la ley «ha establecido casos taxativos de recusación de forma prácticamente unánime en el Derecho comparado y con trascendencia a los diversos órdenes jurisdiccionales en nuestro Derecho positivo», con el fin de que el instrumento facilitado no sirva «para apartar de una causa o proceso en general, al juez que por circunstancias personalísimas puede no serle grato». d) Las causas legítimas de recusación establecidas en el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son *numerus clausus*.

El Tribunal Constitucional toma posición, con la salvedad de interpretar la recusación como un derecho concreto de los ciudadanos, en línea con la jurisprudencia y la doctrina española tradicional. Sin embargo, la sentencia de 12 de julio de 1982 asevera que las causas taxativas de recusación lo son «de forma prácticamente unánime en el Derecho comparado». En el caso italiano, de legislación prácticamente idéntica en este punto a la española, y tan próxima por muchas razones, el órgano jurisdiccional español debiera de haber advertido el giro experimentado en la jurisprudencia, al admitir ésta el «interés político» como causa operativa de la recusación de un juez. La nueva decisión, de no poco fuste, se refiere al caso del magistrado de trabajo Romano Canosa, tal y como se recoge en la orden del Tribunal de Milán de 5 de octubre de 1981, y publicada en el tomo I de la revista «Foro italiano» de 1981. El magistrado Canosa pertenecía al consejo de redacción de una revista política, el cual lo componían también dos personas que eran parte en un pleito laboral visto por el magistrado. El Tribunal de Milán estimó la recusación, no por pertenecer Canosa al mismo partido político que una de las partes, sino por «sostener una precisa lucha política contra una parte y al lado de la otra parte en la causa». Es decir, por la homogénea

orientación ideológica de los miembros del citado comité de redacción. Todo ello, a efectos de sopesar el interés del juez en el proceso, tras ser kelsenianamente calificada la revista como «política y de lucha política, a la que es extraña toda problemática de ciencia jurídica» (37).

Pero, volviendo a la recusación iniciada por Castells, ésta fue recibida por el Tribunal Supremo, cuyo Pleno, en auto dictado el 11 de enero de 1983, declaró no haber lugar a la recusación formulada por el senador vasco. El alto Tribunal dejó constancia «de la absoluta certeza de los hechos» introducidos por Castells, es decir, la pertenencia del señor Hijas al extinto Tribunal de Orden Público, y de éste y los demás magistrados a la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el régimen de Franco. Así como que «esta Sala conoció de cuantos recursos de casación fueron interpuestos contra sentencias dictadas por aquel Tribunal». «Ha de advertirse, además, que todas estas sentencias fueron legalmente publicadas, obran en los correspondientes archivos y, en cuanto a las de la Sala Segunda concierne, han sido publicadas en la Colección legislativa y difundidas en repertorios privados». Insiste el Tribunal Supremo en que los hechos están probados y argumenta que «el recusante debe sentir plenamente satisfecho su derecho de defensa, puesto que todas las resoluciones de ambos órganos jurisdiccionales son conocidas por esta Sala de Justicia, como han podido ser conocidas por él y por cualquier ciudadano». La discrepancia entre el recusante y el Tribunal Supremo no radica, según éste, en los hechos, sino en su *valoración*. Y, cabe añadir, que en una muy distinta visión de lo que jurídicamente fue el régimen de Franco. El Tribunal Supremo sostiene que «hay sentencias del Tribunal de Orden Público que fueron absolutorias y hay sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que casaron las condenatorias y desestimaron los recursos de casación interpuestos contra las absolutorias». «De ello habría que concluir, según el propio razonamiento de la recusación, que en algunas ocasiones había postura ideológica de signo totalitario, y en otras, la opuesta». Como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo tampoco entra en el problema global de la legitimación de las leyes franquistas y su aplicación, y, también, para este órgano supremo, la ley es la ley. No sólo eso, sino que una ley franquista puede ser interpretada de un modo totalitario y en un sentido políticamente opuesto. Tampoco se considera el problema de la función del antiguo T. O. P., al que se caracteriza como un tribunal más, y al que se reviste con un cierto tinte de «imparcialidad», dado que este órgano de excepción también dictó sentencias que fueron absolutorias. Aún más, se *justifica* en cierto modo la actuación de estos jueces de excepción, reprochando al recusante el «confundir la ideología que pueda subyacer en un conjunto de normas con la de las personas

(37) *L'interesse politico...*

individuales obligadas a aplicarlas». Es interesante el matiz, dejando de lado la complicada obligatoriedad de pertenecer o no al Tribunal de Orden Público, órgano de marcada índole política. Pero es que resulta sumamente reveladora esa distinción entre la ideología de las normas y la de los jueces, *como si* en esa operación «subsumidora» *todo* juez pudiera quedar impoluto al aplicar una ley totalitaria, o *como si* el «juez racional» efectuase una simple actuación mecánica de registro y devolución aplicada de la ley, haciendo abstracción completa y pura de la naturaleza ideológica de la misma. Según el Tribunal Supremo, ya en el meollo de su toma de posición: «la actividad judicial recusada consistió en aplicar el ordenamiento vigente en el momento en que se produjeron unos hechos concretos». Pues «el ejercicio de la potestad jurisdiccional consiste, esencialmente, en la aplicación de las leyes vigentes a un conflicto social».

Esta noción de *vigencia*, al no estar completada por algún razonamiento que ayude a relacionarla con el problema de la «validez», en todas sus dimensiones, del sistema político franquista, adquiere en la sentencia del Tribunal Supremo el carácter virtual de simple «existencia» de un ordenamiento jurídico, sin entrar en más consideraciones (38). Pero *vigencia*, según el excelente artículo de Antonio José Brandao es un término poco preciso y omnicompreensivo, pues «el derecho sólo como vigente adquiere forma de ley» y «para nosotros y en este momento, hay cierta sinonimia entre las expresiones Derecho vigente, Derecho objetivo-positivo, Derecho válido, obligatorio, coercitivo, aplicadas por los tribunales» (39). Porque, prosigue Brandao, en la mentalidad del jurista profesional, y los componentes del Tribunal Supremo no constituyen precisamente ninguna excepción en la resolución examinada, «se distingue mal la imperatividad propia del Derecho» de «la voluntad estatal que lo pone en vigor y que protege su realización» (40).

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo reitera que los motivos ideológicos no pueden encuadrarse en la casuística del «interés directo o indirecto», y que la recusación ha de proponerse a personas concretas, nunca a órganos colegiados.

III

Lo que parece estar en el fondo de toda esta jurisprudencia sobre la recusación, es la indicación de que la neutralidad y la

(38) Obviando la complejidad de la noción de «validez», en el sentido expuesto por José DELGADO PINTO en *La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica*, págs. 221 a 259 de Estudios en honor de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1980.

(39) Antonio José BRANDAO, *Vigencia y temporalidad del derecho*, trad. de L. Carnelli, en el libro colectivo *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956, páginas 62 y 63.

(40) *Ibidem*.

imparcialidad de los órganos, a tenor del razonamiento microfísico de Foucault, parecen poseer funciones nada neutrales y de mediación interesada (41).

Tanto la decisión del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo ponen de manifiesto la dificultad enorme de separar lo jurídico de lo político, en unas circunstancias procesales en las que son traídas a colación directamente cuestiones políticas por una de las partes.

Peró, el examen de la recusación por motivos ideológico-políticos, hace averiguar implicaciones de no poca monta, referentes al propio papel del juez y a la concepción de sus funciones.

En cuanto al carácter exclusivamente *técnico* de la decisión judicial, afirma el profesor Montero Aroca: «La neutralidad, el apoliticismo, el carácter técnico, difícilmente pueden predicarse respecto del proceso penal» (42). Si el proceso civil puede aparecer más distante, el procedimiento criminal se expresa casi siempre como muy próximo a los principios constitucionales y políticos. Por su parte, el italiano Romboli, opuesto frontalmente a la aplicación extensiva de los motivos de recusación por ideas políticas o religiosas no fundamentadas en hechos, y, por tanto, difícilmente valorables, toma como premisa inexcusable el carácter *político* del juez y sus funciones, recordando que éste, *uti civis* ha de poseer una visión «en sentido amplio» *política* de las exigencias de la comunidad, concorde con el papel reconocido por la Constitución italiana al juez ordinario, que favorece el pluralismo ideológico, incluso, en el seno de la propia magistratura. En el sistema jurídico español, no está de menos recordarlo, el artículo 127 de la Constitución restringe la capacidad política práctica de magistrados, jueces y fiscales, abonando una concepción *apolítica* de los mismos, o, en sentido nietzschiano, «por encima del bien y del mal».

Además, la causas de recusación contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal provienen globalmente de un traslado casi mecánico de los supuestos propios de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se produce, de este modo, que, como sostiene Gómez Orbaneja: a) es «en esencia un sistema adoptado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 para el proceso civil»; b) las «modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo parcial y accidentalmente han tenido en cuenta las necesidades peculiares del proceso penal». Con lo cual se promueve una *cosificación* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este instituto, ya que en la Ley de Enjuiciamiento Civil está concebido básicamente sobre el soporte mental de la relación acreedor-deudor, y no

(41) «... cada vez que la burguesía ha querido imponer a la sedición del pueblo un aparato de Estado, se ha instaurado un tribunal, una mesa, un presidente, asesores, enfrente los dos adversarios. Reaparece así lo judicial» (Michel FOUCAULT, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1978, pág. 50).

(42) José MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 211.

ofrece el mismo panorama para el proceso penal, tan diferente del discurso económico y social que sostiene el proceso civil o, tal y como dice el propio Gómez Orbaneja, «a diferencia del cual, en el proceso penal entran en juego, forman parte del juicio y de la decisión intereses y aun relaciones jurídicas cuyos titulares no necesitan intervenir como partes en la causa» (43).

Tras estas observaciones, tal vez sea prudente volver al planteamiento inicial acerca de la *ratio* de la institución recusatoria en el proceso criminal. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1977, reiterada y ampliada por la de 9 de junio de 1980, subraya: «que los institutos de la abstención y recusación tienen por objeto el que los Jueces, Magistrados o Auxiliares de unos u otros, se aparten o sean apartados del conocimiento, decisión o tramitación de determinado proceso *cuando sus relaciones personales* con los justiciables u otras *circunstancias proclives a la parcialidad* los pongan en peligro o permitan recelar o sospechar que pueden perder la imagen o el nimbo o aureola de austeridad, imparcialidad y ecuanimidad que deben presidir siempre las actuaciones judiciales». Así, según el Tribunal Supremo, la existencia de la institución «radica en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidos de la condición humana del juez, conectadas normalmente con pasiones o intereses...».

La institución recusatoria se encamina hacia la protección, parafraseando al Tribunal Supremo, de la aureola o la imagen de la judicatura. El Tribunal Constitucional añade la perspectiva de configurarla como una garantía concreta para el ciudadano, como un «derecho a recusar». Pero, de todas maneras, la recusación en el proceso criminal no resuelven el problema de fondo aquí examinado: la posible parcialidad judicial en base a fuertes divergencias ideológico-políticas.

Y es que, desde un punto de vista histórico, tras la senda de Ihering, *concreto*, la institución procesal recusatoria posee unas connotaciones *románticas*, más propias del pasado siglo que del presente (44). Sin restar ningún mérito a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, por su abandono del proceso penal inquisitivo y por su inspiración verdaderamente protectora de las libertades individuales, y sin la *excepcionalidad* que continúa invadiendo el campo de los derechos humanos en el régimen español actual, y de modo progresivo, lo cierto es que la recusación penal, cuyo origen hay que buscarlo en el articulado del procedimiento civil de los años cincuenta del pasado siglo, se encuentra ciertamente en aquella época.

El ideal de la *neutralidad* de la justicia y la proyección pública de esa imagen, puede engarzar perfectamente con el romanticis-

(43) *Comentarios...*

(44) En el sentido descrito por Enrique Tierno Galván sobre el romanticismo, págs. 194 a 196 de *Acotaciones a la Historia de la Cultura Occidental en la Edad Moderna*, Tecnos, Madrid, 1964.

mo, entendiendo este movimiento en su verdadero sentido histórico, y no de un modo peyorativo. Y si, ya que hace ahora doscientos años de su nacimiento en 1783, un Stendhal rechazaba con vigor la «neutralidad política» de la historia, trayendo a la consideración literaria los conflictos entre poseedores y desposeídos, su célebre Julián Sorel de su no menos célebre *Rojo y Negro*, al final de la obra, tras su juicio condenatorio, sólo tiene un pensamiento positivo para la hipotética imparcialidad del anciano presidente de la Audiencia, a pesar de su arrogante y convencido: «No existe el *Derecho Natural*» (45).

(45) «No existe el *derecho natural*: esa palabra no es más que una antigua sandez muy digna del fiscal que el otro día me daba caza y cuyos antepasados fueron enriquecidos gracias a una incautación en tiempos de Luis XIV. No hay derecho más que cuando hay una ley para prohibir hacer tal cosa, bajo pena de castigo». STENDHAL, *Rojo y Negro*, Barcelona, Bruguera, segunda edición, 1982, pág. 541.