

# ANALES VALENTINOS

REVISTA DE FILOSOFÍA Y TEOLOGÍA

Año III

1977

Núm. 6

## ÍNDICE

	Pág.
Ignacio P. de Heredia: <b>Abogado o procurador y juez: estudio histórico-canónico y problemática de la nueva codificación</b> ... .. .	193
Carlos Elorriaga Planes: <b>Problemas de la teología del pecado original. En torno a las controversias habidas en los últimos años</b> ... .. .	263
Miguel Antolí Guarch: <b>Algunas observaciones sobre la economía en la Iglesia</b> ... .. .	299
José Garrido: <b>La imaginación según Spinoza</b> ... .. .	323
Helmut Coing: <b>Las Facultades de Leyes de la Ilustración europea</b> ... .. .	357
Joaquín Azagra Ros: <b>Notas acerca de la desamortización de propios y comunes en la provincia de Valencia y su contexto histórico (1854-1855)</b> ... .. .	377
In memoriam: Vicente Hernández Catalá ... .. .	409

FACULTAD DE TEOLOGÍA  
SAN VICENTE FERRER, VALENCIA  
Sección Diócesis

# **ABOGADO O PROCURADOR Y JUEZ: estudio histórico-canónico y problemática de la nueva codificación**

*Por Ignacio P. de Heredia*

El abogado y el procurador mantienen con aquellos a quienes representan en juicio, por razón del respectivo oficio, una relación proveniente de un contrato explícito o implícito, por el que se obligan a prestar unos servicios.

En general ambos son elegidos libremente por las partes contendientes,<sup>1</sup> si bien el Código de Derecho Canónico prevé para algún caso especial que sean nombrados por el juez,<sup>2</sup> o con la autorización del Ordinario del lugar.<sup>3</sup>

El Código de Derecho Canónico enumera expresamente en el c. 1613 § 1 entre las razones que obligan al juez a abstenerse del ejercicio de su oficio, el que éste hubiera actuado previamente en la misma causa o bien como abogado o bien como procurador. Entre las causas de abstención que enumera el canon, son éstas las únicas causas que se refieren a una actividad previa del juez en el proceso. La prohibición fue introducida en el Derecho Canónico general por el Código; hasta entonces constituyó según la doctrina común una causa legal de recusación del juez por sospecha.

El nuevo esquema "De Procesibus", preparado por la Comisión Pontificia de Reforma del Código, ha introducido una importante innovación: la previa actuación en la causa como abogado o procurador constituye una inhabilidad para ejercer el oficio de juez. Esta progresión en la legislación más próxima justifica un estudio que investigue la evolución de la legislación y del pensamiento de la canonística a través de la historia y a partir de ella analice la justificación o no de la misma. Intención y consecuencia mediata de ello es el ilustrar desde un aspecto

---

<sup>1</sup> Cfr. c. 1656 § 1 y § 3. Prescindimos aquí de la representación en juicio del tutor o del curador, por constituir en sí misma causa de sospecha, cfr. c. 1613 § 1.

<sup>2</sup> Cfr. c. 1655 § 1 y § 2, véanse también los cc. 1648 § 1 y § 3, 1649, 1661.

<sup>3</sup> Cfr. c. 1648 § 3.

concreto el problema general de la garantía de la imparcialidad de los jueces y de los juicios.

El trabajo constará de cuatro partes: en primer lugar de una exposición histórica, para exponer en segundo lugar el derecho vigente codicial y postcodicial. La tercera parte estará dedicada a un análisis del nuevo esquema "De Procesibus", para terminar en la cuarta parte con unas observaciones críticas sobre el tema.

## I. RESUMEN HISTÓRICO

### 1.1. EL DERECHO ROMANO

Ya en el tiempo del proceso según las fórmulas aparece en los tratadistas romanos la idea, de que no era propio, que el abogado de la parte contraria fuera tomado como juez en el proceso. Así afirmará Quintiliano: <sup>4</sup>

Sicut neque optio adversario esset permittenda, nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus, nam, si dicere contraria turpe advocato videtur, certe turpius habendum facere quod noceat.

Cuando se generalizó el proceso "extra ordinem", el Derecho Romano prohibió que una misma persona pudiera actuar en la misma causa como juez y abogado: <sup>5</sup>

Quisquis vult esse causidicus, ipsam solam sumat in causis agendo personam, nec idem in eodem negotio defensor sit et quaesitor.

Este sentir del Derecho Romano fue recogido ya en los primeros siglos por el pensamiento cristiano. En su "Liber Apologeticus" escribió Pablo Orosio: <sup>6</sup>

Non potest quisquam, idem et haereticus, esse et advocatus et iudex.

El Derecho Justiniano reprodujo la prohibición del derecho anterior taxativamente: <sup>7</sup>

<sup>4</sup> Quintiliano, *Institutiones Oratoriae* 5 6 6, ed. L. Rademacher, Lipsiae 1965, p. 239.

<sup>5</sup> Cod. Teod. 2 10 5.

<sup>6</sup> Pablo Orosio, *Liber Apologeticus* 6 4,5, CSEL 5, p. 610. La cláusula "idem et haereticus", que introduce Orosio, no tiene trascendencia para nuestro tema y se refiere al hecho de que la persona de referencia era además hereje.

<sup>7</sup> Cod. Iust. 2 6 6.

Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum.

En general prohibió Justiniano simultanear el ejercicio de la abogacía y el de consejero de cualquier magistrado, y esto porque el recto ejercicio de cada una de esas funciones exige su dedicación. Justiniano imponía en caso de transgresión una multa y amenazaba con la prohibición de ejercer su oficio.<sup>8</sup> Estas penas serían también impuestas a todo el que, habiendo aceptado el patrocinio de una causa o habiendo prestado los servicios de abogado, se atreviera bajo pretexto de asesoría de cualquier magistrado a juzgar en ella.<sup>9</sup>

La imposición de esta sanción la fundamenta Justiniano en la sospecha, temor o presunción de parcialidad que pesaba sobre un juez, que hubiera actuado anteriormente como abogado en la causa:<sup>10</sup>

...ne adfectionis suae advocacionis memor incorrupti iudicis non possit nomen perferre.

En plena armonía con ello el Digesto recoge además la opinión de Ulpiano, según la cual se considera justa causa, para que el pretor delegue su jurisdicción, el que hubiera tomado la defensa de una de las partes antes de haber sido investido con la magistratura.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Cod. Iust. 1 51 14: "Nemo ex his, qui advocati causarum constituti sunt vel fuerint et in hac regia urbe in quocumque iudicio deputati et in aliis omnibus provinciis nostro subiectis imperio, audeat in uno eodemque tempore tam advocacione uti, quam consiliiarii cuiuscumque magistratus, quibus res publica gerenda committitur, curam adripere, cum sat abundeque sufficit vel per advocacionem causis perfectissime patrocinari vel adessoris officio fungi, ne, cum in utrumque festinet, neutrum bene peragat; sed sive advocatus esse maluerit, hoc cum debita sollertia implere possit, vel si adsessionis elegerit, in ea videlicet permaneat, ita tamen, ut post consiliiarii sollicitudinem depositam liceat ei ad munus advocacionis reverti... Si quis etenim in tali commisso fuerit inventus, sciat se de matriculis advocatorum penitus esse delendum et decem librarum auri multam nostris privatis largitionibus allatarum..."

<sup>9</sup> L. c.: "Eadem poena subiiciendo etiam eo vel eis, qui in his causis, quarum patrocinio adepti sunt quibusque advocacionem suam praestiterint, adsessionis cuiuscumque magistratus colore audeat vel audeant iudicare."

<sup>10</sup> L. c., final.

<sup>11</sup> Dig 2 1 17: "Praetor sicut universam iurisdictionem mandare alii potest, ita et in personas certas vel de una specie potest, maxime cum iustam causam susceptae ante magistratum advocacionis alterius partis habuerit."

## 1.2. EL DERECHO CANÓNICO

### 1.2.1. *Graciano y Paucapalea*

Estas ideas del Derecho Romano tuvieron su repercusión en el Derecho Canónico. La problemática no adquirirá, con todo, relieve hasta el Derecho Decretal. En el Decreto de Graciano encontramos solamente una referencia indirecta a este problema: se trata de la afirmación general, recogida ya en las más importantes colecciones anteriores, de que en el juicio han de actuar cuatro personas, y entre ellas los defensores.<sup>12</sup>

Sin embargo, ya uno de los primeros glosadores del Decreto, Paucapalea, comenta la C. IV q. 4 c. 1 con las palabras del Código de Justiniano:<sup>13</sup>

Non enim idem in eodem negotio potest advocatus esse et iudex, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum.

Tratándose de la misma causa, el abogado, según Paucapalea, está excluido de ejercer el oficio de juez. Paucapalea, pues, sigue la línea del Derecho Romano y habla de una prohibición: “non potest”.

### 1.2.2. *Las Decretales*

La Decretal “Postremo” de Lucio III es el primer texto del Derecho Decretal en que aparece abordada directamente la relación de la actividad como abogado y juez:<sup>14</sup>

Postremo fraternitati tuae litteris praesentibus intimamus, quod si causa aliqua alicui fuisset delegata qui... aut in eodem negotio advocati officio functus vel ex alia quacumque iusta causa suspectus, huiusmodi delegatus non inmerito potest recusari, quamvis apellatione remota fuerit ei negotium delegatum.

---

<sup>12</sup> Al responder al problema: si una persona puede ser acusador y testigo, la C. IV q. 4 c. 1 dice: “...quoniam in omni iudicio quatuor personas semper esse necesse est, i.e. iudices electos et idoneos accusatores, defensores congruos atque legitimos testes... defensores (deberent uti) extenuatione ad minuendam causam.” Las referencias a las colecciones anteriores, que recibieron esta decretal pueden verse en Friedberg, *Corpus Iuris Canonici* I col. 541.

<sup>13</sup> Paucapalea, *Summa über das Decretum Gartiani*, ed. J. F. von Schulte, Giesen 1890 p. 69, a C. IV q. 4 c. 1.

<sup>14</sup> Cfr. X 2 28 36.

Lucio III determina que el juez delegado por el Papa con la cláusula “*appellatione remota*”<sup>15</sup> puede ser recusado, cuando ha actuado previamente en la causa como abogado. Esta intervención papal se debe a la necesidad de disipar una duda latente: si la cláusula “*appellatione remota*” adjunta a una delegación se extendía también a impedir la recusación del juez delegado papal y por tanto hay que hacer caso omiso también de cualquier excepción que se presente contra él. El Papa no dirimió la cuestión, dando por supuesta la existencia de la prohibición general —al estilo del Derecho Romano—, de que quien fue abogado en una causa no puede actuar como juez en la misma, y aplicando simplemente esta prohibición al caso de una delegación “*appellatione remota*”; más bien el mismo hecho de la intervención papal es indicativo, de que no existía claridad sobre el sentido o vigencia absoluta de tal norma o de que se está produciendo al menos en Derecho Canónico un cambio de perspectiva. El Papa afirma claramente la posibilidad de recusar; ahora bien, no define en la decretal si el “*non inmerito recusari potest*” significa que se trata de una recusación porque el juez no puede absolutamente juzgar, o simplemente que puede elevarse contra él la excepción de sospecha. Lo que Lucio III pretende en primera línea es dar una norma práctica que deje bien sentado que, si en tal caso se recusa, se recusa con eficacia; esto equivale a decir que el juez recusado no podrá juzgar y deberá ser sustituido. Pero al añadir al párrafo referente a la previa actuación como abogado en la causa la frase: “*vel ex alia quacumque iusta causa suspectus*”, el Papa ha definido al mismo tiempo que la previa actuación como abogado en una causa es una causa justa de sospecha, como lo son las que menciona anteriormente y lo son otras no mencionadas y por él supuestas.<sup>16</sup>

En este sentido Lucio III ha hecho consciente o inconscientemente una equiparación: en todos los casos de causa justa de sospecha se puede recusar eficazmente al juez delegado por el Papa con la cláusula “*appellatione remota*”. La diferencia entre unos casos y otros consiste solamente en que, en los casos definidos no habrá que demostrar la existencia de la sospecha, sino sólo la existencia de la circunstancia

---

<sup>15</sup> Sobre el sentido de la cláusula véase Amanieu, *Dictionnaire de Droit Canonique* I “*Appellatione remota*”, col. 1827 ss.

<sup>16</sup> En esta decretal aparece por primera vez la exigencia de presentar una causa de sospecha al recusar al juez. Esta exigencia en un primer momento está limitada a las delegaciones papales con la cláusula “*appellatione remota*”; más tarde se generalizará, no sin contradicción de los decretalistas, y quedará establecida en las decretales “*Secundo requiris*” (X 2 28 41) y “*Cum speciali*” (X 2 28 61). Cfr. sobre ello Ignacio P. de Heredia, *Die Befangenheit des Richters im kanonischen Recht*, München 1977, pp. 25, 29, 68 y 117 ss.

reconocida en la decretal como causa justa de sospecha; mientras que en los no definidos, habrá que demostrar que la causa alegada es motivo justo de sospecha.

Así, pues, el Derecho Decretal Canónico no asume sin más el Derecho Romano en su forma de prohibición, que se impone al juez. Sino que, al definir Lucio III la previa actuación en la causa como abogado causa justa de sospecha y por ello de justa recusación, el Papa abre paso a una nueva perspectiva en el trato procesal del problema. Esta perspectiva se generaliza entre los Decretalistas, sobre todo cuando poco más tarde se imponga la exigencia de presentar una causa de sospecha para la recusación del juez y quede configurado el instituto jurídico de la excepción de sospecha contra el juez.<sup>17</sup>

No obstante, persistió también de algún modo diferenciada en la doctrina la actitud prohibitiva del Derecho Romano. Esta actitud aparece, por ejemplo, en Tancredo, a quien sigue Raimundo de Peñafort: <sup>18</sup>

Item nota quod nemo potest fungi officio assessoris et advocati, ut ne, dum ad utrumque festinet neutrum bene peragat... nemo enim in una eademque causa officio diversarum personarum fungi potest, ut C. IV q. 4 c. 1 et 2.

Es clara aquí la insinuación de que la prohibición se funda en la incompatibilidad de las funciones. Sin embargo hay que observar enseguida, que tanto Tancredo como Raimundo de Peñafort se están refiriendo a la circunstancia concreta del ejercicio simultáneo de ambas funciones de juez y de abogado en la misma causa e instancia, como

---

<sup>17</sup> Cfr. Damasus, *Summa de ordine iudiciario* XXX, ed. Wahrmund, Innsbruck 1926, p. 25: "...officio advocati sit functus in illa causa"; Tancredo, *Ordo iudiciarius* P. 2 t. 6 § 6, ed. Bergmann: *Pillius, Tancredus, Gratia libri de iudiciorum ordine*, Göttingen 1842, p. 148: "Causa recusationis unica est, scilicet suspicio, quae consurgit multis ex causis, puta... vel fuit eius advocatus in eodem negotio." Cfr. también entre otros Ambrosio, *Summa Decretalium* § De recusatibus fol. 53 vrs. (manuscrito, Roma Bib. Casanatense 1910); Vicente Hispano, *Apparatus super decretalibus* a X 2 28 36 fol. 110 vrs. (manuscrito, Vat. lat. 6769); Juan Teutonico, *Apparatus in Compil.* III a 2 3 2 v. "subesse", fol. 172 vrs. (manuscrito, Bib. Apost. CHIS E VII 207); Guillermo de Drokeda, *Summa aurea* CDXXXVII, ed. Wahrmund II/2, Innsbruck 1914, p. 378; Gratia, *Ordo iudiciarius* P. I t. 9 § 3, ed. Bergmann p. 352 s.; Gofredo de Trani, *Summa in titulis Decretalium* II De Appellationibus, p. 122 s., Venetiis 1586; Panormitano, *Commentaria in libros Decretalium*, a X 2 28 36 fol. 77, Venetiis 1572 ss.; Juan Andrés, *In quinque Decretalium libros novella commentaria*, II a X 2 28 36 p. 260, Venetiis 1581.

<sup>18</sup> Tancredo l. c. P. I t. 4 p. 109. Raimundo de Peñafort, *Summa de Poenitentia*, II t. 5 De advocatis n. 39, ed. Ochoa-Díez, Roma 1976, p. 515: "Item quod non sit iudex vel assessor in causa illa in qua vult esse advocatus, quia duo officia in eadem causa prohibitus est exercere."

se deduce de la cita C. IV c. 4 c. 1. Es el aspecto extremo del problema y al que la normativa no había hecho referencia expresa, si bien quedaba incluido en ella eminentemente.

Al glosar la decretal de Lucio III Bernardo de Pavía adopta también una postura claramente negativa, refiriéndose ahora expresamente a una actividad previa (y no simultánea) como abogado en la causa.<sup>19</sup>

Qui enim fuit advocatus in causa postea in ea iudex esse non debet aut assessor, ne actionis suae vel advocacionis memmor, incorrupti iudicis non possit nomen preferre.

La fundamentación de la prohibición de Bernardo se basa en la parcialidad que puede implicar la actuación como abogado en una causa y toma las palabras literalmente del Cod. Iust. 3 51 14.

En la Decretal de Lucio III se habla (como en Derecho Romano) sólo de la actividad como abogado. También los primeros decretalistas hablan sólo del abogado expresamente,<sup>20</sup> o con una expresión general de "patrocinium praestare".<sup>21</sup> Juan de Dios enumera expresamente al procurador junto al abogado<sup>22</sup> y Hostiense los menciona a ambos al resumir las razones de la recusación del juez ordinario:<sup>23</sup>

Et breviter puto quod si ordinarius pater sit, vel patronus vel corruptus vel odiosus vel nimis favens vel si fuit advocatus vel procurator eiusdem causae vel index.

Guillermo Duranti tomó este verso en su rúbrica de Recusationibus;<sup>24</sup> además enumeró Duranti también al procurador junto con el abogado entre las razones de recusación del juez delegado.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Decretales Dm. Gregorii Papae IX suae integritati una cum glossis restituae, Lugduni 1584, a X 2 28 36 v. "advocatis" col. 900.

<sup>20</sup> Tancredo l. c. § 6 p. 148; Gratia P. I t. 9 § 3, ed. Bergmann, p. 352; Guillermo de Drokeda, *Summa aurea*, ed. Wahrmond II/2, Innsbruck 1914, p. 378; Dámaso, *Summa de Ordine iudiciario* XXIX, ed. Wahrmond IV/4, Innsbruck 1926, p. 23.

<sup>21</sup> Cfr. Ordo "Invocato", P. 2 § 8, ed. Bergmann (atribuido a Pillius), p. 30.

<sup>22</sup> Joh. de Deo, *Doctrina advocatorum partium et assessorum...*, Venetiis 1567, l. III cp. VII p. 28 s.: "Contra personam iudicum excipere volenti hic oportet videre... item si fuit advocatus vel procurator partis in causa."

<sup>23</sup> Hostiensis, *Summa aurea super titulis Decretalium*, II De recusationibus § Ex quibus causis. Lugduni 1537, p. 133. Naturalmente, por estas razones podía recusarse también al juez delegado.

<sup>24</sup> Guillermo Duranti, *Speculum iuris* I De recusatione § 2, Venecia 1576, p. 156. Cfr. también el verso de la Glosa a X 1 29 35, Decretales Dm. Gregorii IX, etc.: "Subiectus, dominus et commensalis amicus/ incola, canonicus et

Esta asimilación de la función de procurador a la del abogado se hará común en la doctrina sobre la recusación del juez por sospecha.

Entre los decretalistas la actividad previa como abogado o procurador de la causa fue comúnmente enumerada entre las causas justas de recusación, sin entrar en más detalles ni en la problemática de una incompatibilidad de funciones, a partir, como se anotó anteriormente, de la estructuración de la excepción de recusación y la exigencia de una causa de sospecha para poder recusar al juez.

El problema preocupó no sólo a los canonistas, sino también a los legistas. Entre estos las opiniones no fueron en un principio uniformes. Una parte de la opinión sostuvo que la previa actuación en la causa como abogado no impedía que el abogado la juzgara, si se convertía en magistrado o juez ordinario.<sup>26</sup> Para Martinus constituía ello con toda causa de recusación;<sup>27</sup> y Otón de Pavía sostuvo como más honesto, que el juez, en tal caso, delegara su jurisdicción.<sup>28</sup> Contra la opinión de quienes sostenían que en Dig. 2 1 17 sólo se trataba de un consejo, mantuvo Bassiano resueltamente la opinión de que allí se trataba de una estricta obligación (*necessitas*), es decir: quien había actuado en una causa como abogado no podía ser juez en tal causa, puesto que si Justiniano mandaba por una parte que las lides procedieran sin sospecha y por otra afirmaba que quien actuó en la causa como abogado no podía como juez ser tenido por incorrupto, la consecuencia era que, por sospechoso, no podía ser juez.<sup>29</sup> Ni vale según Bassiano oponer a ello, que

---

attingens, inimicus/ si causam similem delegatus tueatur/ vel si patronus fuit olim, tunc moveatur.”

<sup>25</sup> G. Duranti l. c. De iudice delegato § 7 p. 21: “Item si fuerit advocatus vel procurator.”

<sup>26</sup> Así Bulgaro, *Excepta legum*, ed. L. Wahrnud IV/1 p. 6: “Nam si iudicatus est, non admittitur, quemadmodum nec patronus i.e. advocatus”, cfr. también *Dissensiones Dominorum...*, ed. Haenel, Leipzig 1834, p. 59: “Bulgarus et alii contra. Dicunt enim: si advocacionem de causa aliqua praestiti, et postea magistratum sum creatus, quod eandem causam alii demandare potero, ergo et ipse cognoscere possum”. Véase también Azo, *Summa Codicis*, Venecia 1566, a Cod. Just. 2 6 6: “Sed ibi dicit quod nemo debet esse advocatus et iudex, intellige ordinarius, si tamen sit advocatus et adiungatur ei specialiter illa causa, bene tenetur eam suscipere.”

<sup>27</sup> Odofredo, *Lectura*, Cod. Just. 3 1 16: “Item pro sua opinione (Martinus) facit ecce, si aliquis fuit advocatus in aliqua causa, si incipit esse iudex ordinarius illius causae merito poterit recusari.”

<sup>28</sup> Otto Papiensis a Cod. Just. 1 51 14, Paris BN lat. 4536 v. “advocatus et iudex” fol. 31: “Scilicet delegatus vel assessor nam ordinarius esse poterit, urbanus tamen fecerit si causam alii demandaverit. Ot.”

<sup>29</sup> J. Bassianus, *Libellus de ordine iudiciorum* § 65, Bibliotheca iuridica Medii Aevii II ed. G. Bt. Palmieri et N. Thomasia, Bolonia 1901, p. 220: “Item nec

el juez en tal caso podría ser recusado como sospechoso (con lo cual no se trataría de una estricta prohibición), puesto que es la misma ley quien prohíbe ser juez por una causa cierta.<sup>30</sup>

Accursio precisó que quien había actuado en una causa como abogado quedaba excluido de juzgarla, y esto no sólo porque en tal caso podría ser tenido como sospechoso, sino también porque ejercería dos actividades que se contradicen:<sup>31</sup>

Sed ibi (Cod. Iust. 1 51 14 y Dig. 2 1 17) non solum tamquam suspectus sed quasi acturus duo contraria officia repellitur a iudicando.

Para el caso en que un juez debiera juzgar una causa en la que actuó como abogado, Accursio da la solución de que el juez delegue la causa, equiparando este caso a la situación del juez de apelación, que recibe una causa, en la que ya actuó como juez en la instancia inferior.<sup>32</sup>

Item quid si coeperit esse primus iudex loco eius, qui de appellatione debet cognoscere? Rsp. et tunc non ipse cognoscat, sed alii deleget, sicut et ille qui ante fuerat advocatus eius causae.

Bartolo comentando Cod. Iust. 2 6 6 afirma primero en general:<sup>33</sup>

Non potest quis in eodem negotio esse advocatus et iudex.

in ea causa iudicabis in qua advocatus fueris, ut D. de iur onm. iu. l. praetor (Dig. 2 1 17); et licet quidam dicant quod lex illa tantum consulat, videtur tamen quod necessitatem imponit; nam nec assidebis in causa in qua advocacionem praestitisti in antea ut C. de assess. l. ult. (Cod. Just. 1 51 14). Et conveniens ratio redditur huic negotio 'ne incorrupti iudicis nomen perferre non possit', ergo nec is de quo agitur iudex erit, cum dicat dominus Justinianus 'cordi nobis est lites sine suspicione procedere' ut C. de iud. l. apertissime (Cod. Just. 3 1 16). Hic ergo suspectus cum sit, iudex in eadem causa esse non poterit ut C. de test. l. ult. (Cod. Just. 4 20 20)."

<sup>30</sup> Cfr. l. c. "Et caveas ne dicas quod liceat adversario hunc recusare suspectum, quod esset contra sententiam nostram. Non enim adversarius hic recusat, sed lex eum iudicem esse prohibet ob certam causam. § 66. Porro qui dicunt legem superiorem dare consilium, ubi dicit 'ne incorrupti iudicis nomen et cet.' hoc de suo marsupio habent. Et argumentantur: iste iudex qui ante fuit advocatus potest hanc causam delegare; secundus enim idem dicit, ergo multo magis idem ipse poterit iudicare. Quod non sequitur et secundum legem falsificare hoc modo."

<sup>31</sup> Accursius, *Codicis D. N. Iustiniani... libri XII cum Accursii Commentariis...*, Venecia 1574, a 3 1 16 v. "iudices" col. 480.

<sup>32</sup> Accursius, l. c. a 7 62 6 v. "provocatum" col. 2082.

<sup>33</sup> Bartolo, *Opera omnia*, Lion 1575, a Cod. Just. 2 6 6.

Y pasa luego a plantearse la cuestión concreta de una actuación en la misma causa como abogado y juez en sucesivas instancias:

Quaero numquid diverso tempore possit quis in eadem causa esse advocatus et iudex...?

La respuesta de Bartolo es categórica: “Et dico quod non”. La razón para Bartolo es la presunción contra la imparcialidad del juez, que por su actuación como abogado en la causa necesariamente tendrá el ánimo afectado en ella. Bartolo propone la misma solución de Acursio y que ya propuso Otón de Pavía: el juez debe delegar la causa:

Nam ratione affectionis quam haberet ad causam praesumptio esset contra eum, sed deberet causam delegare.<sup>34</sup>

### 1.2.3. *La Constitución “Ratio Iuris” para la Cancillería Apostólica.*<sup>35</sup>

La Constitución “Ratio Iuris”, por la que el Papa Juan XXII reguló la actividad de los auditores y notarios de la Cancillería Apostólica, contenía una norma, que interesa directamente nuestro tema. El § 13 presta especial atención al problema de la posible parcialidad del auditor por haber patrocinado una causa:

Item quod nullus eorumdem Auditorum in causis quae sunt in dicto palatio vel in brevi sperantur existere, consilium nec per se, nec per interpositam personam partibus praebat, nec aliquod patrocinium praestet, nisi causae propriae, vel suorum usque ad tertium gradum consanguinitatis, vel dominorum, aut familiarium suorum, seu Ecclesiarum, in quibus beneficiatus foret existerent. Et in praemissis ultimis casibus ad Coauditorum suorum consilia minime admittantur: quodque hoc revelare teneatur, si existeret id occultum. Item quod nullus Auditorum ipsorum causam recipiat audiendam, si committatur eidem, in qua consilium dederit, sed ad Cancellariam ipsam incontinenti remittat alteri committendam.

En primer lugar se prohíbe pues a cualquier auditor que por sí o por un intermediario dé su consejo o preste cualquier patrocinio en las causas ya introducidas en el tribunal papal o que se prevé que serán introducidas en breve. Se trata de una prohibición general y absoluta que prescinde de si el auditor está o será encargado de la causa

<sup>34</sup> Para Bartolo nada se oponía por otra parte a que el juez de una causa en una instancia inferior pudiera actuar como abogado en una instancia superior de la misma causa, cfr. I. c.

<sup>35</sup> *Magnum Bullarium Romanum*, ed. Cocquelines, Barbieri, Spetia, Sagreti, Roma 1639 ss. y 1835-1857, III/2 p. 195 s. La Constitución es del año 1331.

en cuestión. Es una norma preventiva, que trata de evitar de raíz la posibilidad de una intervención en la misma causa como consejero o abogado y como juez. A los auditores les es lícito el consejo o patrocinio, cuando se trata de causas propias, o de sus parientes hasta tercer grado, de sus señores o sus familiares, o de las Iglesias de donde son beneficiados; en tales casos, sin embargo, no deben ser admitidos ni como consejeros de los otros auditores, y, si tal actuación no es conocida, ellos mismos deben manifestarla. Pero además, ningún auditor debe aceptar una causa en la que él hubiere prestado ya su consejo; por ello en el caso que le fuera encomendada tal causa la deba remitir a la Cancillería de nuevo, para que sea encomendada a otro auditor. Así, pues, se prohíbe taxativamente que un auditor ejerza su función de juez en una causa, si de alguna manera piensa actuar en ella como defensor o ya ha defendido o aconsejado a una de las partes. En consecuencia cuando un auditor, en los casos especiales en que le autoriza el derecho, toma la defensa de alguna causa, no puede pertenecer al colegio que va a tratarla y si ya actuó como consejero o defensor en una causa, deberá abstenerse de juzgar en ella.

Aparte, pues, del derecho y de la posibilidad que tienen los litigantes de rechazar al juez que hubiera actuado de abogado en la causa (a tenor del derecho general), esta constitución contiene dos claras normas que afectan directamente al mismo auditor:

a) El ser auditor prohíbe —salvas las excepciones— ejercer como abogado o consejero en causas introducidas y que se prevé van a ser introducidas en la Cancillería;

b) El actuar o haber actuado en una causa ya como abogado o consejero, obligan al auditor a abstenerse del ejercicio de la función de juez en esa misma causa.

La mente de Juan XXII es pues clara: en la cancillería no se puede simultanear las funciones abogado y juez en una instancia, ni en distintas instancias de una misma causa.

Es la primera vez que una norma canónica impone al juez la obligación de abstenerse por una causa catalogada por la doctrina en general como causa de sospecha.

Esta línea de la prohibición impuesta al juez-auditor en la cancillería apostólica, apenas si tuvo influencia en el derecho común. No faltaron autores que tomaron esta prohibición muy en serio y le dieron incluso el carácter de norma inhabilitante, no sólo en relación a la Rota (Cancillería), sino también como norma general.<sup>36</sup> Sin embargo en el derecho

---

<sup>36</sup> Cfr. Petra, *Commentaria ad Constitutiones Apostolicas*, IV, Roma 1729, Constitution XIV Joh. XXII Sect. 1 n. 49 p. 55.

común prevaleció la opinión de que se trataba meramente de una causa de recusación. Incluso la misma constitución "Ratio iuris" se interpretó no como una prohibición absoluta, sino en el sentido del derecho común. Así Petra mantuvo la opinión de que también en la Cancillería papal un Auditor que hubiera actuado de abogado en una causa, podía ser juez en la misma instancia papal si las partes interesadas estaban de acuerdo o no presentaban la excepción de sospecha y recusación: es decir, trató esta circunstancia como una causa de sospecha, sujeta al funcionamiento de la excepción de recusación. Según Petra las normas del § 13 de la Constitución había que entenderlas como si "simpliciter ad eiusdem (iuris comunis) corroborationem fuerit emanatae."<sup>37</sup>

#### 1.2.4. *La Canonista posterior al Tridentino*

Aunque no excesivas, no faltan en la legislación postridentina normas que afectan a la limitación de la actividad como abogado y juez.

Pío IV en la Constitución "In Throno Iustitiae"<sup>38</sup> sobre la Rota Romana recogió algunas disposiciones, que intentaban mantener limpias de influencias mutuas las gestiones de la abogacía o procuraduría y el oficio del juez. No se trata en estas normas del ejercicio de dichas funciones por la misma persona, sino por distintas, pero cuya proximidad o relación pudiera levantar sospechas de abusos. Así prohíbe que pueda actuar como abogado o procurador en un juicio quien es consanguíneo o afín de algún auditor hasta el segundo grado. Pero la exigencia de todo posible influjo va más allá, y se prohíbe a los auditores hospedar a abogados y procuradores en sus casas, y en fin, para evitar toda sospecha, se prohíbe al juez que de cualquier modo induzca a las partes a elegir un determinado abogado o procurador.<sup>39</sup> La libertad de las partes a este respecto debe estar completamente asegurada, así como también hay que evitar hasta cualquier apariencia de colusión.

Todas estas disposiciones con pequeñas modificaciones, que marcan una mayor severidad, fueron recogidas en la Constitución sobre la

<sup>37</sup> Petra, l. c. n. 48 ss. p. 55.

<sup>38</sup> *Magnum Bullarium Romanum* IV/2, p. 98.

<sup>39</sup> Cfr. l. c. n. 10 y 11: "Nec auditores in eorum domibus substitutos, vel doctores, aut alios iurisperitos, etiam consanguineos qui substituti, vel advocati, aut procuratoris officio fungantur, aut in casibus rotalibus, vel eorum processibus sese quoquo modo intromittant, nec advocatos, et procuratores domesticos, aut aliquos ex suis notariis domesticos habeant. Item advocati, aut procuratores consanguinei vel affines usque ad secundum gradum, alicuius auditoris ac etiam illius notarii, in causis coram eo pendentibus nullatenus patrocinari valeant". "Nec auditores compellant, aut aliquo modo inducant partes per se vel per alios, ut assumant certum advocatum vel procuratorem, sed electio huiusmodi omnino ipsarum partium arbitrio relinquatur."

reforma de los Tribunales de la Urbe de Pablo V “Universi agri” de 1640.<sup>40</sup> Pero la Constitución “Universi agri” contiene en el § XII, que se refiere a todos los jueces de la curia en juicios civiles o criminales, otra disposición digna de tenerse en cuenta: se impone a los jueces ordinarios sin excepción, que se abstengan absolutamente de ejercer a la vez pública u ocultamente las funciones de procurador o abogado.<sup>41</sup> Se trata de una prohibición general de ejercicio de los dos oficios, no limitada al ejercicio de ambos oficios en la misma causa. Por esta norma queda prohibido el ejercicio de la función de abogados para quienes ostentan el oficio de juez en la Urbe. Es de notar que se trata de los jueces ordinarios, y a éstos es a quienes expresamente se les prohíbe el ejercicio de la abogacía o de la representación en juicio. La prohibición no afecta por tanto a los jueces delegados para un caso, y con razón, pues la prohibición carecía respecto a éstos de sentido, puesto que ello hubiera imposibilitado al superior elegir buenos juristas como jueces especiales, e impedido a los jurisconsultos el ejercicio del propio oficio de abogado por el hecho de una delegación “ad casum”. Precisamente esta limitación indica el sentido de la ley: la incompatibilidad de las dos funciones, a fin de evitar las ingerencias, que el ejercicio del oficio de abogado o el del procurador pueden tener en una sana administración ordinaria de justicia.

No faltan tampoco disposiciones en la legislación particular. La incompatibilidad de las funciones queda por ejemplo afirmada en el Concilio Provincial de Méjico de 1585:<sup>42</sup>

Nullus officialium praedictorum advocatus sollicitatorve sit, clam aut publice in causis quae intra fines suae iurisdictionis tractantur in quibus aut iudex fuerit aut esse posit, nisi in concernentibus ad suae iurisdictionis et status ecclesiastici defensionem, et in his sine mercede aliqua, et cum speciali episcopi consensu.

<sup>40</sup> *Magnum Bullarium Romanum* V/4, pp. 23-55, § V n. 16 y n. 17, § XII n. 1, § XVIII n. 1.

<sup>41</sup> Cfr. 1 c. § XII n. 3, p. 35: “Ipse autem iudices ordinarii quicumque tam civiles quam criminales abstineant omnino a procuratoris vel advocati munere tam publice quam secrete exercendo.” La disposición se refiere exclusivamente a los jueces ordinarios.

<sup>42</sup> Mansi 34 col. 1048 § 8. En 1463 se disponía para el tribunal del decanato de Bamberg: “Art. 6. Keiner kann in ein und demselben Prozess von den vier wichtigen Ämter des Richters, Advocaten, Prokurators und Notars zugleich ausüben. Wer dagegen verstösst, wird für sechs Monate von allen Ämter suspendiert, in Wiederholungsfall überhaupt abgesetzt. Ausgenommen sind leichte Fälle der personae misserabiles, denen man unnötige Kosten ersparen will (als solche gelten Arme, Witwen, Waisen, Kreuzfahrer, Pilger)”, cfr. H. Straub, Die geistliche Gerichtsbarkeit des Domdekans im alten Bistum Bambergs von den Anfängen bis zum Ende des 16. Jahrhunderts, München 1957.

La canonística en general siguió tratando la previa actuación como abogado o procurador en una causa como motivo justificado y suficiente para recusar al juez por sospecha.<sup>43</sup> Ya vimos a este respecto incluso la aclaración de Petra sobre la Constitución “Ratio iuris”, precisamente fundada en que en el derecho común la actuación como abogado en una causa era simplemente considerada como causa de recusación. Los autores no discuten por lo demás este problema críticamente y se expresan muchas veces en términos confusos. Así, por ejemplo, Barbosa: <sup>44</sup>

Notatur ad hoc quod advocatus non potest esse iudex in eadem causa in qua advocatus fuit, et potest in ea ut suspectus recusari.

La expresión “non potest esse iudex”, por el contexto no tiene otro valor que el de que el juez puede ser recusado por sospechoso, es decir, que contra tal juez se puede elevar la excepción de sospecha, figura clara en el derecho.

Devoti exige que el juez examine ante todo cuidadosamente, si le está prohibido actuar en la causa que se le presenta, y esto concretamente en relación a los casos en que fue abogado o cuando tiene una causa semejante, dado que entonces puede ser recusado con razón como sospechoso.<sup>45</sup> La poca claridad de los conceptos es evidente: tratándose de un examen previo al inicio de la causa no es exacto hablar de prohibición por el hecho de que pueda elevarse contra el juez la excepción de sospecha. Ello no obstante no hay duda de que para Devoti el haber sido abogado previamente en una causa es motivo justo de sospecha y recusación del juez.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Cfr. R. Maranta, *Speculum aureum de ordine iudiciario*, Lugduni 1573, p. 688; P. Leurenus, *Forum ecclesiasticum*, Maguntiae 1720, II q. 1160 p. 676; Pignatelli, *Consultationes canonicae*, Colonia 1700, IX cons. 151 n. 24 p. 469; Farinaccius, *Fragmenta criminalia*, Frankfurt 1612, I P. 2 n. 848 p. 122; Barbosa, *Collectanea doctorum*, Venecia 1716 ss., II a X 2 28 36 p. 499; Droste, *Kirchliches Disciplinar und Criminalverfahren gegen Geistliche*, Padeborn 1882, § 47 p. 43.

<sup>44</sup> *Collectanea Doctorum* II a X 2 28 36 n. 3 p. 499, véase también I a X 1 6 24 n. 23 p. 73. Cfr. también I a X 1 6 24 n. 22 y 23 p. 108.

<sup>45</sup> Devoti, *Iuris Canonici Universi publici et privati libri* V, Roma 1804, II t. 1 § XVI p. 15: “Omnis iudex, antequam de causa sententiam dicat, diligenter considerare debet num iudicandae eius habeat potestatem. Quae consideratio duplex est, generalis et specialis. Generalis eo spectat, ut videat, num causa sui sit fori, suaeque obnoxia iurisdictioni. Specialis consideratio in eo versatur ut videat iudex num huiusmodi sit causa, ut de ea speciatim iudicium ferre prohibeatur. Nam suspectus est, ac merito recusatur iudex in causa cuius antea defensor fuit, quique in consimile causa actor aut reus est.”

<sup>46</sup> Cfr. I. c. t. 28 § XXV p. 220, y ver del mismo Devoti, *Institutiones canonicarum libri* IV, Roma<sup>5</sup> 1818, t. X § VIII p. 147.

También Ferraris adolece de falta de claridad. Según él quien defendió anteriormente una causa como abogado no puede ser juez en tal causa; y, sin embargo, al fundamentar esta opinión se basa simplemente en la sospecha de parcialidad, dada su inclinación hacia la opinión que sostuvo como abogado.<sup>47</sup> La misma o parecida confusión se da en Gratiani;<sup>48</sup> aunque Gratiani aclara que la sentencia no sería nula, a no ser que el juez hubiera sido rechazado como sospechoso.<sup>49</sup> Para Gratiani se trata, pues, de una prohibición que no afecta a la capacidad de la persona. Gratiani se expresa más contundentemente, en el sentido de una total incompatibilidad, cuando se trata del ejercicio simultáneo de ambas funciones:<sup>50</sup>

Eodem tamen tempore non posset quis esse iudex, advocatus et assessor, quia in iurisdictione contentiosa non licet sustinere vices plurium..... Et est incompatible, ut quis sibi ipse consulere possit...

La necesidad de dos personas distintas para el ejercicio de las dos funciones en una misma instancia es acentuada en general también por Reiffenstuel.<sup>51</sup> Tratándose sin embargo del ejercicio de estos oficios en instancias sucesivas Reiffenstuel siguió la opinión de Bartolo, proponiendo que el juez, por razón de la sospecha de parcialidad, no trate la causa personalmente, antes bien delegue en otro la función de juzgar.<sup>52</sup>

La actuación previa como abogado en una causa adquiere relieve especial en algunos autores al tratar de los presupuestos o requisitos

---

<sup>47</sup> Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis...* Napoles 1844/55, V "Iudex" n. 50 p. 572: "Iudex non potest esse in causa, in qua fuit prius advocatus... Et ratio est quia eius iudicium heberetur suspectum et praesumptio staret contra ipsum ratione specialis affectionis, quam haberet ad eam partem a se olim iam defensam."

<sup>48</sup> Gratiani, *Disceptationes forensium iudiciorum...*, Ginebra 1664, I cap. IV n. 5 p. 10: "Prout etiam prohibebitur quis esse iudex et assessor in causa in qua fuit advocatus".

<sup>49</sup> L. c. n. 21 p. 11: "Quemadmodum dicimus de sententia Iudicis advocati, quae valet, neque subjacet nullitati, si non fuerit recusatus suspectus... cum alias fungens officio iudicis et advocati nulliter iudicet, et puniatur etiam poenis."

<sup>50</sup> L. c. n. 8 p. 10.

<sup>51</sup> Reiffenstuel, *Ius Canonicum Universum*, München 1702, I t. 37 § II n. 39 p. 572: "Insuper non potest idem esse advocatus et iudex in eadem instantia, sive causa; debet enim inter utrumque esse differentia personalis."

<sup>52</sup> L. c.: "Ubi Bartolus addit, quod etiam diverso tempore, is qui antea fuit advocatus non possit postea esse iudex in eadem causa, sed debeat hanc alteri delegare; nam ratione affectionis, quam haberet ad causam a se olim iam defensam, praesumptio staret contra eum."

del juez o del ejercicio del poder judicial.<sup>53</sup> Al principio de su comentario sobre el Libro II de las Decretales Wiestner se planteó entre otras la cuestión de la legitimidad del juez.<sup>54</sup> Para que el juez sea legítimo es necesario —según Wiestner— que no esté excluido por el derecho. Esta exclusión —siguiendo la sistematización del Derecho Romano— puede provenir: por naturaleza, por costumbre o por ley.<sup>55</sup> Entre los casos que excluyen del oficio de juzgar por ley Wiestner incluye también la actuación previa en la causa como abogado:<sup>56</sup>

Sexto qui in causa aliqua advocatum egit, in eadem iudicem vel assessorem agere nequit (arg. l. fin de assess. (= Cod Iust 1 51 14)).

Un juez competente, pues, deja de ser juez legítimo si hubiera actuado como abogado en la causa. Ninguna norma canónica de derecho común se había pronunciado explícitamente en este sentido. La Decretal “Postremo” (X 2 28 36) había reconocido solamente que una actuación previa como abogado en la causa era motivo legítimo de recusación por sospecha, según hemos visto. Cuál sea la transcendencia jurídica de la afirmación de Wiestner, e. d. de la ilegitimidad del juez para actuar en esa circunstancia, no es coherente y suficientemente claro en el pensamiento de Wiestner. En primer lugar hay que observar que la razón última con que Wiestner justifica su aserto, no es a fin de cuentas otra que el peligro de parcialidad que existe o se puede presuponer:<sup>57</sup>

Cum de improbitate merito suspectum se reddat qui iudicare vel iudicanti assistere vult in causa, cuius antea suscepit defensionem; quod ne se ipsum confundat adversus ea quae antea tanquam iusta defendit, non pronuntiaturus aut suassurus praesumatur.

El motivo de la exclusión es pues la presunción de que el juez no será ya neutral. Ahora bien, esta razón se da en cualquier causa de

<sup>53</sup> Sobre ello véase Ignacio Pérez de Heredia, *Die Befangenheit des Richters im Kanonischen Recht*, München 1977, § 17, 3, pp. 193 ss.

<sup>54</sup> Wiestner, *Institutiones Canonicae*, München 1605-6, II t. 1, art. 3, p. 21: “Multo magis, quam litigantium sive actoris et rei, inter eos intercedentis sive iudicantis personam a iudiciis, ut legitima sit, iure non removeri, necesse est.”

<sup>55</sup> Wiestner l. c. Cfr. Dig. 5 1 6, 12, 39, 46; Dig. 3 1 1 § 5. Compárense también el *Ordo “Antequam”*, ed. A. Wunderlich, Basilea 1840, § 4; *Ordo “Tractaturi”*, ed. C. Gross, Innsbruck 1870, p. 98; el *Ordo de Eilbert de Bremen*, ed. L. Wahrmond I/5, Innsbruck 1906, versos 45, 49, p. 4; *Rethorica Ecclesiastica*, ed. L. Wahrmond I/4, Innsbruck 1906, p. 3.

<sup>56</sup> Wiestner l. c. n. 71 p. 25.

<sup>57</sup> Wiestner l. c. Cfr. también Pirhing, *Ius Canonicum in V libros decretalium*, Dillingen 1674/77, II t. 1 n. 121 p. 39.

sospecha contra el juez reconocida como justa, sin que por ello se deduzca —ni deduce Wiestner—, que, dada cualquiera de las causas justas de sospecha, el juez actúe ilegítimamente, o dicho de otro modo, que por el hecho de que una causa sea reconocida como causa justa de sospecha, exista (o deba existir) una prohibición taxativa, y por consiguiente la actuación del juez sea en tales casos siempre ilegítima.<sup>58</sup> Por otra parte al exponer las causas de recusación por sospecha, Wiestner incluye entre ellas también la actuación como abogado en la causa, a tenor de la Decretal “Postremo” (X 2 28 36).<sup>59</sup> Con ello ya no aparece claro si el juez, en caso de haber actuado en la causa como abogado, queda excluido automáticamente (que es en lo que se fundaría su ilegitimidad) o si más bien debe sólo quedar excluido a consecuencia de la presentación y aceptación de la excepción de sospecha. Una causa de recusación no excluye al juez del ejercicio de su oficio sin más; jurídicamente es sólo relevante si se hace valer por las partes mediante la excepción de sospecha y si además la excepción es reconocida como legítima.

Wiestner ha usado por tanto respecto a la actuación previa como abogado dos puntos de vista distintos que se excluyen entre sí.

Para Schmalzgrueber la actuación previa como abogado en una causa constituye una de las tres excepciones en que un juez, a cuya competencia pertenece una causa, no puede juzgar:<sup>60</sup>

Sed neque de causa qualibet, quae sui fori est, iudex potest cognoscere, nam tres praecipue reperiuntur excepciones: 1. nemo potest esse iudex vel assessor in causa in qua advocatus fuit...

Schmalzgrueber fundamenta esta excepción, igual que Wiestner, en la presunción de imparcialidad.<sup>61</sup> Como para Wiestner, también para Schmalzgrueber el juez está excluido del ejercicio de su oficio si actuó en la causa como abogado; pero con una apreciable diferencia. Schmalzgrueber sitúa la prohibición, no entre los presupuestos o requisitos

---

<sup>58</sup> En todo caso no se comprende cómo Wiestner no incluyera también, junto a la actuación previa como abogado, el haber actuado como juez en una instancia inferior.

<sup>59</sup> Wiestner l. c. II t. 28 art. IX n. 145 ss. p. 597.

<sup>60</sup> Schmalzgrueber, *Ius Canonicum Universum*, Roma 1843-45, II t. 1 § II n. 17 p. 14.

<sup>61</sup> L. c.: “Quia de improbitate merito suspectum se reddit is qui iudicare vel iudicanti assistere vult in causa cuius ante defensionem suscepit; neque enim praesumi potest pronuntiaturus vel suassurus adversus ea, quae antea tanquam iusta defendit”.

previos a todo poder judicial (o como una norma general de competencia), sino más bien como consecuencia de los principios que regulan el *ejercicio* del poder judicial,<sup>62</sup> entre los que hay que pensar en primera línea en la imparcialidad del juez. Esto se aprecia claramente en el carácter de excepción que da Schmalzgrueber a estas circunstancias y en la fundamentación de la exclusión para juzgar. La fundamentación en efecto de esta excepción del poder de juzgar no es otra para Schmalzgrueber —igual que para Wiestner, al que cita al pie de la letra— que la presunción de parcialidad. Ahora bien, Schmalzgrueber no explica por qué en este caso la presunción o temor de parcialidad del juez lleva consigo una prohibición de ejercer el oficio del juez y por qué en otras circunstancias, que son también causa suficiente de recusación por sospecha contra el juez, es decir presunción de parcialidad, no se dé esta excepción del poder de juzgar, sino que haya sólo que reconocer a las partes el derecho de oponer legítimamente contra el juez la excepción de recusación. Por otra parte también Schmalzgrueber, al igual que Wiestner, incluye ilógicamente la previa actuación en una causa como abogado entre las causas de recusación por sospecha contra el juez.

En la misma línea de Wiestner y Schmalzgrueber hay que colocar a Bouix,<sup>63</sup> quien da sin embargo un paso más. Bouix cataloga la previa actividad como abogado entre las circunstancias (aparte del hecho de carecer de jurisdicción sobre la materia y las personas, que llama simplemente incompetencia), en las que, según él, un juez juzga *inválidamente*.<sup>64</sup> Se trata en consecuencia de un requisito para la validez de la sentencia: sólo cuando se cumple éste (y otros presupuestos enumerados expresamente) se puede hablar de competencia relativa para el caso concreto.<sup>65</sup> Es decir, la existencia de esta circunstancia hace que un juez que de sí es competente, sea incompetente para el caso.

---

<sup>62</sup> Schmalzgrueber, l. c., introduce así la cuestión: "Quaeritur 2, in qua causa quisque iudicare possit? Certum est, ut iudex cognoscere et iudicare de causa aliqua possit, necesse est, ut illa sit sui fori".

<sup>63</sup> Bouix, *Tractatus de Iudiciis Ecclesiasticis*, Paris<sup>2</sup> 1866, I P. I Sect. IV cap. II § II p. 124 ss.

<sup>64</sup> L. c.; el enunciado del título es el siguiente: "De requisitis praeter competentiam fori, ut iudex valide iudicare possit", y la Regla segunda se refiere a nuestro tema: "Non potest quis esse iudex vel assessor in causa in qua prius advocatum egit." La regla tercera se refiere al juez que tiene pendiente una causa semejante, la cuarta al juez en causa propia y la quinta a las excepciones de esta última. La regla sexta a la recusación justa de un juez sospechoso y la séptima al juez excomulgado.

<sup>65</sup> L. c.: "Relative ad huiusmodi causas, pro quibus aliquis accipit iurisdicundi potestatem dicitur iudex competens; pro coeteris vero incompetens.

Bouix argumenta para fundamentar su afirmación desde el derecho natural. Por derecho natural, dice, no deben actuar como jueces en una determinada causa quienes, atendida la condición humana, darían con frecuencia una sentencia injusta.<sup>66</sup> Para demostrar sin embargo que un juez que hubiere actuado previamente en la causa como abogado, daría frecuentemente una sentencia injusta, no hace sino citar textualmente a Schmalzgrueber. Con ello lo que realmente demuestra, como éste y Wiestner, es que en tal caso se da una causa justa de sospecha o de temor de parcialidad del juez.<sup>67</sup> La consecuencia lógica de ello debería ser que todo juez contra el que se pueda hacer valer una causa justa de sospecha está por derecho natural impedido de actuar como juez. Esto significa una magnificación de la sospecha contra el juez, y como consecuencia la necesaria desaparición del instituto jurídico de la excepción de sospecha tal como se venía y viene concibiendo.

Aparte de esta argumentación iusnaturalista arguye Bouix desde el Derecho Eclesiástico: el Derecho Canónico, dice, ha previsto que un juez sospechoso no pueda juzgar una causa. Ahora bien, quien fue abogado en la misma causa ha de ser considerado entre los sospechosos y esta sospecha se funda en una razón gravísima.<sup>68</sup> La conclusión para Bouix es entonces clara:<sup>69</sup>

---

Si quis ergo iudex sit quoad causam incompetens, eam valide iudicari nequit, ut patet. Atvero ut iudex valide iudicet non sufficit eum esse competentem; i. e. causam esse de earum specie, et eorum hominum, et illius loci, pro quibus ipsi iurisdictio fuit commissa. Requiritur insuper non intervenire certas circunstancias, in quibus a iure cautum et statutum fuit, nullam fore iudicis, licet aliunde competentis, sententiam." Compárese también l. c. § I n. IV p. 122: "Competens dicitur iudex relative ad aliquam causam definiendam, quando illa causa ipsius iurisdictioni subiacet et aliunde non adsunt certae circumstantiae, in quibus iudices a lege prohibentur ne de causa (quamvis eorum iurisdictioni subiecta) cognoscant et pronuntient. Incompetens est iudex, quando vel ipsius iurisdictionis ad causam non sese extendit, vel intervenit aliqua ex praedictis circumstantiis, in quibus a lege cautum est, ut nullius valoris sit iudicis sententia".

<sup>66</sup> L. c. p. 125: "Nam de iure naturali est, ut ii non constituentur quoad certam causarum speciem iudices, qui, attenta humana conditione iniustam saepe sententiam in huiusmodi causis proferrent... Et aliunde illa iniustitia facile precaveri potest, causas huiusmodi atribuyendo aliis iudicibus, qui ex dicta ratione suspecti non sint".

<sup>67</sup> L. c. p. 124 y 126.

<sup>68</sup> L. c. p. 125: "Praeterea cautum fuit iure ecclesiastico, ut infra ostendimus, ne causam iudicare posset iudex suspectus suspicione non frivola: porro qui advocatum in eadem causa egit, hoc ipso inter suspectos iudices reponendus est; et nequaquam frivola, sed gravissima ratione fundatur in hoc suspicio".

<sup>69</sup> L. c. p. 125.

Ergo tanquam naturalis simul et ecclesiastici iuris dispositio habenda est regula, qua decernitur ne iudex valide pronuntiare possit in causa, in qua advocatum egit.

Ciertamente, el Derecho Canónico previó que el juez sospechoso pudiera ser excluido, pero esto por vía de excepción de sospecha, es decir, presentada la excepción y probada la justa causa. Así lo explicará el mismo Bouix más tarde al exponer la excepción de sospecha.<sup>70</sup> Si Bouix afirma ahora que un juez en el que recae una causa (concreta) de sospecha no puede simplemente “cognocere”, más aún “valide cognoscere”, está haciendo un salto que no puede fundamentarse con el texto de la Decretal, que sencillamente estableció para el caso la legitimidad de la excepción.

Es interesante sin embargo constatar en nuestro contexto el salto dado por Bouix. Esto no puede tener otra explicación más que el que Bouix creyó ver en la previa actuación como abogado alguna diferencia respecto a otras causas de recusación; con ello sugiere Bouix que algunas circunstancias exigen algo más que la posibilidad de recusar al juez. Ciertamente Bouix no aclara satisfactoriamente por qué hay que hablar en nuestro caso de una prohibición y ésta con valor inhabilitante, teniendo sobre todo en cuenta que toda su argumentación se basa simplemente en que aquí existe una causa justa de sospecha. ¿Por qué en este caso hay que llegar a una norma inhabilitante y en los otros no? Si la intuición es sugerente, falta sin embargo en Bouix un criterio de diferenciación, por el que se aclare que determinadas circunstancias justifican o exigen una prohibición y en su caso una norma irritante o inhabilitante.

Bouix no completó pues su pensamiento. Además, a pesar de hablar de sentencia nula también él, siguiendo a Schmalzgrueber, enumera la actividad previa como abogado entre las causas que justifican la excepción de sospecha.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> L. c. II P. II Sect. II cp. VIII p. 179. Lógicamente Bouix debería haber hablado según su concepto de competencia “relativa ad causam” (véase la n. 65) de una excepción de competencia y no de una excepción de sospecha; teniendo en cuenta, para valorar y precisar estos dos conceptos que, según él, aun en el caso que no se elevara la excepción de sospecha la sentencia dada por un juez que hubiera actuado previamente en la causa como abogado sería nula. Ya De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Colonia 1706, II disc. 47 n. 15 p. 116, había aportado a este respecto una importante distinción: “Ideoque aliud est dicere, quod non potest esse iudex altera parte invita, quia nempe possit recusari, aliud vero quoad omnimodam impotentiam seu negationem iurisdictionis, unde resultat nullitas”.

<sup>71</sup> Bouix l. c. II P. II Sect. II cp. VIII p. 183. La inconsecuencia es clara: según Bouix se puede elevar la excepción de “iudex suspectus” contra un juez,

Schulte distingue entre capacidad absoluta y capacidad relativa. La actuación como abogado constituye para Schulte una circunstancia que hace al juez incapaz *relativamente* para ejercer el oficio de juez en la misma causa.<sup>72</sup> A diferencia de la incapacidad absoluta, que lleva consigo —según Schulte— la nulidad, la incapacidad relativa tiene según él las siguientes características: no incluye la nulidad de los actos del juez automáticamente, sino sólo si se ha presentado la recusación del juez. Más aún, el juez, a pesar de su incapacidad relativa, puede actuar si las partes consienten expresamente en su actuación; de lo contrario, si no consienten, en derecho austriaco deberá el juez retirarse, pero según el derecho común el retirarse será facultativo del juez. Por otra parte, supuesto el deseo de las partes de que tal juez actúe, tanto según el derecho común como el derecho austriaco, nada impide que el juez pueda retirarse por propia iniciativa.<sup>73</sup> A tenor de esto parece inexacto hablar entonces de una “incapacidad”. El concepto “relativamente incapaz” aparece pues como un concepto confuso. En realidad el mismo Schulte apenas distingue al juez relativamente incapaz y al juez contra el que existe una causa justa de sospecha, y como consecuencia de ello tampoco desarrolla claramente la distinción entre la recusación por sospecha y la recusación por incapacidad relativa.<sup>74</sup>

También para Wernz cuenta como inhábil relativamente para ser juez quien actuó previamente en la causa como abogado.<sup>75</sup> Wernz pre-

---

que por principio es “iudex incompetens”, cuya sententia será en todo caso inválida; excepción que se basará en las mismas razones en que se basa la incompetencia del juez.

<sup>72</sup> J. F. von Schulte, *Darstellung des Prozesses von der katholischen geistlichen Ehegerichten Österreichs*, Gießen 1858, p. 27: “Relative (Fähigkeit). Unfähig, als richter in einem einzelnen Prozesse zu fungiren, wird Jemand, der zu einer der Parteien in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschafts-Verhältnisse steht, oder in derselben Sache als Advokat fungirt, oder die Rolle eines defensor matrimonii geführt hat”.

<sup>73</sup> L. c. p. 29: “Ein relativ unfähiger Richter zieht erst Nichtigkeit herbei von der geschehenen Rekusation an. Mit Zustimmung der Parteien kann zwar ein solcher bleiben, darf aber (soll, nach der österreichischen Eheprozeßordnung) auch gegen deren Willen seine Funktion für diesmal eintellen”. En derecho particular austriaco el juez debía retirarse a tenor del n. 100 de la Instrucción del Cardenal Rauscher.

<sup>74</sup> Sobre ello Pérez de Heredia l. c. § 17, 3.4.1. p. 207 ss.

<sup>75</sup> Wernz, *Ius Decretalium*, Prati<sup>3</sup> 1913, V/1 t. 5 § 3 n. 113 p. 99: “Propter relativam inhabilitatem nemo potest existere iudex ecclesiasticus: ... 3) in causa, in qua quis advocatum egit”. Los otros casos que menciona Wernz son: el juez en causa propia o de sus parientes próximos y cuando el juez es parte en una causa semejante.

senta sin embargo una clara diferenciación de los conceptos: juez absolutamente inhábil, juez relativamente inhábil y juez sospechoso.<sup>76</sup> Consecuente con esta distinción y con una moderna precisión de los conceptos: *a*), tiene por nulas las acciones del juez absoluta o relativamente inhábil; *b*), exige de él que se abstenga de ejercer el oficio,<sup>78</sup> y *c*), en caso de que a pesar de ello el juez actúe, reconoce a las partes el derecho de rechazarlo con la excepción de inhabilidad (no con la de sospecha).<sup>79</sup> Lo que Wernz sin embargo no explica es por qué la previa actividad como abogado tiene tal transcendencia, que incapacita relativamente a una persona para juzgar. Las citas legales aducidas por Wernz son fundamentalmente del Derecho Romano y la Decretal "Postremo". Pero ya hemos visto cómo estas fuentes prácticamente no hacen sino definir la actividad previa en una causa como abogado como causa justa de sospecha y fundamento legítimo de la excepción de recusación. Si toda la razón, por la que la previa actividad de abogado en una causa ha de ser valorada como circunstancia que inhabilita al juez, es sencillamente el que por esa actividad sea sospechoso de parcialidad, no se comprende por qué no hayan de ser tenidas en cuenta también otras causas de sospecha. Y si se insiste en que aquí se trata de un motivo de sospecha basado específicamente en una actuación previa en la causa, tampoco Wernz da ninguna razón por la que ha de ser ésta especialmente atendida y no las demás causas justas de sospecha, en las que la afección a la causa provenga también de una actividad previa en el proceso, por ejemplo la del testigo o perito, la

<sup>76</sup> L. c. n. 111 p. 98: "Omnes esse possunt iudices ecclesiastici, qui natura vel iure canonico non prohibentur, sive neque absolute vel relative inhabiles neque suspecti existent," y en el n. 114 p. 100: "Hinc ut quis iudex existere possit, praeter absolutam et relativam habilitatem, requiritur ut a legitima suspensione sit immunis".

<sup>77</sup> L. c. n. 709 p. 545: "Sententia a iudice ecclesiastico lata potest esse invalida: aut propter incompetentiam aliamque inhabilitatem iudicis vel partium" y en V/2 n. 793 p. 36: "Quodsi iudex ipsa legis dispositione in causa quadam criminali tanquam *inhabilis* exclusus est, ex officio ab interventione in illa causa absteineat necesse est, ne sua culpa nullitatis vitio universus processus afficiatur". Cfr. también V/1 n. 115 p. 100 y n. 119 p. 101.

<sup>78</sup> L. c. V/1 n. 115 p. 100: "Si iudex inhabilis sit, ex officio a iudicio exercendo abstinere debet", cfr. también nota anterior.

<sup>79</sup> L. c.: "Quod si negligat, a partibus per exceptionem iudicis inhabilis recusari potest", cfr. también l. c. V/2 n. 793 p. 36: "Si iudex inhabilis obligationis suae immenor sit, a partibus per exceptionem iudicis inhabilis excludi potest". La importancia de esto radica en que la excepción de inhabilidad, como bien notó Droste l. c. § 46 p. 42, puede proponerse en cualquier estadio del proceso y no sólo hasta la contestación de la lid, como la excepción de sospecha.

de haber sido juez en una instancia inferior, especialmente si como en este último caso la intervención en la causa es cualitativamente de mayor importancia que la del abogado. Con ello tocamos al final de la elaboración doctrinal anterior de C. I. C. el fondo de la cuestión. ¿Existen en realidad circunstancias, motivos concretos de sospecha que de tal manera afectan a la función del juez, que exijan el que en tales casos haya de establecerse una incapacidad del juez que por otra parte es en sí capaz y competente? Wernz ha contestado de hecho a esta pregunta presentando una serie de circunstancias concretas que según él inhabilitan, sin ofrecernos sin embargo una fundamentación y un examen crítico del problema de fondo. Ahora bien, ¿por qué una causa justa de sospecha hace al juez inhábil y otra no; y más concretamente por qué unas funciones son de tal modo incompatibles y otras no? La enumeración de Wernz da la impresión de capricho o de seguir y hacer propias afirmaciones de una corriente doctrinal, que fueron intensificándose, y a las que faltó precisión crítica en sus fundamentos y precisión formal. Wernz consiguió la precisión formal; pero el sistema de Wernz, formalmente bien estructurado, siguió adoleciendo del fallo en el contenido.

#### 1.2.5. *Legislación inmediatamente anterior al C. J. C.*

Diez años antes del Código, Pío X reorganizó la Curia Romana, y en el marco de esa reorganización reformó también los Tribunales Papales, que recibieron normas nuevas.<sup>80</sup> La legislación de Pío X no aportó sin embargo ningún elemento nuevo respecto a nuestro tema.

Las Reglas de la Signatura Apostólica enumeran, recogiendo literalmente una formulación del “Reglamento Legislativo e Giudiziario” de Gregorio XVI,<sup>81</sup> la previa actividad en una causa como abogado o pro-

---

<sup>80</sup> Cfr. Constitución “Sapienti Consilio” del 29-6-1908, AAS 1 (1909) 16 ss.; Lex Propria S. Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae, 29-6-1908, AAS 1 (1909) 20 s.; Regulae servandae in praecipuis actibus iudicialibus apud S. R. Rotae Tribunal, 8-9-1909, AAS 2 (1910) 783 s.; Regulae servandae in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, 6-3-1912, AAS 4 (1912) 187 s.

<sup>81</sup> El movimiento Codificador del siglo XIX tuvo su repercusión en los Estados Pontificios; fruto de ello fueron en 1817 el “Nuovo Codice de Procedura Civile” de Pío VII, y el “Regolamento Legislativo e Giudiziario” de 1834 del Papa Gregorio XVI. Sobre sus disposiciones en relación a la recusación del juez y sus causas véase Pérez de Heredia l. c. § 13, I.1. y I.2. p. 145 s. El art. 1045 del Regolamento rezaba: “Sono motivo de legitimo sospetto: ... 4) Il parere manifestato dal giudice in voce od in scritto sulla causa stessa, l'averla conosciuta come giudice in altro grado di giurisdizione, o come arbitro e l'averla difesa come procuratore od avvocato”.

curador entre las razones de sospecha contra el juez e. d. como causa justa de recusación del juez por sospecha: <sup>82</sup>

*Suspicionis exceptioni locum praebet...d)... causa iam alias ab ipso propugnata uti advocato vel procuratore.*

Aparte de esta referencia al tema, en el sentido de la doctrina tradicional, la legislación de Pío X no presenta ninguna otra aportación. Sobre una posibilidad u obligación de abstenerse, por ejemplo, no hay mención ninguna de todas las normas dadas para los Tribunales papales, que ni siquiera recogieron las disposiciones del "Reglamento" a este respecto. <sup>83</sup>

## II. EL DERECHO VIGENTE

### 2.1. EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE Y DERECHO DE RECUSACIÓN

El Código de Derecho Canónico, además de recoger la doctrina anterior respecto a la posibilidad de recusar a quien fue abogado o procurador previamente en la causa, impuso al juez por primera vez en el Derecho Canónico común la obligación de abstenerse de su función de juzgar. <sup>84</sup>

En efecto, el canon 1613, § 1, dispone que un juez no debe actuar en una causa que le corresponde juzgar, cuando previamente hubiere actuado en ella como procurador o abogado.

En el canon no se alude para nada a las distintas instancias de la causa; en consecuencia, la prohibición del canon tiene validez si se trata de actuaciones en diversas instancias, así como a fortiori, si se trata de la actuación simultánea o sucesiva (por haber sido el abogado promovido al oficio de juez) en la misma instancia. La norma tiene igual-

---

<sup>82</sup> *Regulae servandae in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, art. 2.*

<sup>83</sup> El Reglamento estableció en sus art. 510 y siguientes la posibilidad de abstenerse el juez cuando se daba alguna de las causas de recusación por sospecha enumeradas en su art. 1045, cfr. sobre ello Pérez de Heredia l. c. § 18 2.3.

<sup>84</sup> La obligación de abstenerse está basada en causas tradicionales de la excepción de recusación del juez por sospecha: consanguinidad, afinidad, tutela o curatela, trato íntimo (amistad), gran enemistad, lucro y perjuicio, haber actuado previamente como abogado o procurador en la causa.

mente aplicación en los procedimientos e instancias de una querrela de nulidad y en la restitución "in integrum".<sup>85</sup>

La obligación de abstenerse, que se impone al juez, se refiere expresamente a las causas en que éste actuó como representante de una parte en la *misma causa* ("in qua"). Esto indica que la razón de la norma no se basa en el hecho de ser y actuar como abogado,<sup>86</sup> ni hay que buscarla en el servicio como abogado o procurador de una parte, o dicho de otro modo que la razón de la prohibición no está en la relación entre las personas que surge de tal servicio y en el que ésta se funda, sino en la relación con el objeto de la controversia surgida de tal actividad.<sup>87</sup> El legislador hubiera podido tomar en cuenta sencillamente el hecho de haber estado al servicio como abogado de una parte para exigir la abstención (y dar derecho) a la recusación; éste no ha sido sin embargo el caso.<sup>88</sup> La fiel y leal ejecución de la misión como abogado o procurador no puede de sí justificar el temor de que una actuación suya como juez tenga que ser considerada en otras causas como sospechosa.<sup>89</sup>

Lo que ha de tenerse en cuenta, pues, es la identidad de la causa que, como atinadamente explica Gómez Orbaneja, no proviene de la identi-

<sup>85</sup> Cfr. Roberti, *De Processibus* I, Roma<sup>4</sup> 1956, n. 172, p. 426.

<sup>86</sup> Ya en la canonística anterior argüía justamente Gratianini, l. c. cp. IV n. 9 p. 10, contra la opinión de algunos: "Amplius voluit Alciatus libro duodecimo parergon. ut neque expediat creare iudicem, qui simpliciter alias fuerit advocatus, quasi non sit iudicaturus sine pecunia tanquam suetus lingua venali opes acquirere, et ibi adducit versus Palladis poetae graeci, quod tamen non est verum, cum multi advocati integerrime, et summa cum laude, et prudentia munus iudicandi subierint".

<sup>87</sup> Así lo entendió también en general la canonística antigua al tratar esta circunstancia como causa de sospecha, cfr. Maranta, l. c. p. 688: "Secus tamen est quando fuit advocatus in alia causa penitus separata, quia advocatus meus in una causa potest esse iudex in alia causa penitus separata et non per hoc potest per meum adversarium recusari". Por eso el Panormitano, *Commentarium in libros Decretalium*, Venecia 1572 ss., II P. III a X 2 28 36 p. 125, no tenía inconveniente en que una parte pidiera como juez a quien había actuado como abogado o procurador suyo en otra causa: "Ex quo infero quod eum, qui fuit advocatus vel procurator meus in una causa possum impetrare in iudicem in alia causa sine metu recusationis".

<sup>88</sup> Véase sobre ello SRR 24-7-1923 n. 13, Vol. 15 p. 189.

<sup>89</sup> Problema distinto es, si en determinadas circunstancias el servicio como abogado de una persona llega a constituir una relación personal a tener en cuenta, p. e. de amistad íntima. Si este fuera el caso, sin embargo, el juez no sería rechazado en razón de haber sido abogado de la parte, sino simplemente por amistad. Esta causa de recusación por sospecha y de abstención no lo podemos discutir aquí; baste sólo advertir que el mero servicio de abogado o de procurador no fundamenta por sí sólo una tal amistad.

dad de las personas, sino en la identidad del contenido del litigio.<sup>90</sup> Por ello mismo no vige la obligación de abstenerse cuando se trata de causas distintas, aunque sean semejantes.<sup>91</sup> Sin embargo habrá que incluir en el concepto de "causa in qua" las cuestiones conexas, de cuya solución dependa la causa principal.<sup>92</sup> Por otra parte la prohibición deberá seguir en pie también cuando el representado por renuncia, contumacia o muerte no tome ya parte en el proceso.<sup>93</sup>

Si en el c. 1613, § 1, la actividad previa en la misma causa como abogado o procurador está entre las causas enumeradas explícitamente para que el juez se abstenga de juzgar la causa, no sucede así en el c. 1614, que trata de la recusación por sospecha. El legislador no ha enumerado en el c. 1614 ninguna causa de recusación, ni tampoco hace en él referencia al canon anterior. Dejando a un lado la cuestión más general del valor enunciativo o taxativo de la enumeración del c. 1613, § 1,<sup>94</sup> que no afecta inmediatamente a nuestro tema, la doctrina cano-

<sup>90</sup> Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona 1951, II vol. I p. 39.

<sup>91</sup> A este respecto anotaba Petra en su comentario a la Constitución "Ratio Iuris", l. c. n. 51 p. 56: "Cum enim iudicum exceptiones odiosae sint, ideo dum ius commune in casu non procedit, nisi respectu illius causae in qua fuit advocatus, non est extendendum ad causam separatam vel distinctam".

<sup>92</sup> Cfr. Gratiani l. c. n. 5: "Etiam si fuisset advocatus in alia causa, dummodo conexa et invicem dependete cum illa"; Petra l. c. n. 50 p. 56: "Quamvis probabile videatur, quod dumtaxat procedat in illa eademque causa, in qua praestitum patrocinium fuit, cum verba textus... 'in his causis, quarum patrocinium adeptae sunt' individualitatem pre se ferant; attamen hodie ex communi DD. placito non tantum suspectus redditur iudex in causa, in qua advocavit, verum etiam in alia quacumque eidem anexa, conexa vel quodammodo dependenti... anexa et dependentia interpretative in iudiciis rem esse eandem cum causa principali"; cfr. también Farinaccius, *Fragmenta criminalia*, Frankfurt 1612, I P. II n. 854 p. 123: "Declarat etiam, nisi alia causa esset conexa et dependens ab ea".

<sup>93</sup> Compárese Gómez Orbaneja, l. c. p. 40.

<sup>94</sup> La mayor parte de los autores se inclina por una interpretación enunciativa: Muniz, *Procedimientos eclesiásticos*, Sevilla<sup>2</sup> 1925-6, III p. 112 nota 3, Eichmann-Mörsdorf, *Lehrbuch des Kirchenrechtes III*, Paderborn<sup>9</sup> 1960, p. 71, Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici*, Turín-Roma<sup>5</sup> 1961-2, III n. 1146 p. 72, Cabrerós del Anta, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid 1963 III n. 360 p. 333, Cappello, *Summa Iuris Canonici III*, Roma<sup>4</sup> 1955, p. 105, Weier, *Die Einrede der Befangenheit in k. Prozeßrecht*, Archiv für katholisches Kirchenrecht 123 (1944-48) 32, Hofmeister, "Von der gerichtlichen oder gericht-sähnlichen Gewalt des Ordensoberin u. ihrer Assistentin", *Theologischpraktisch Quartalschrift* 87 (1934) 368. Wernz-Vidal, *Ius canonicum*, Roma,<sup>2</sup> VI n. 147 p. 132 s. y Lega-Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, Roma<sup>2</sup> 1950, I p. 120 pretenden reducir otras causas no mencionadas a las mencionadas. Roberti, l. c. I n. 172 p. 426, en cambio opina que la enumeración es taxativa.

nística sostiene unánimemente que las causas enumeradas en el c. 1613, § 1, son todas ellas causas legítimas de recusación por sospecha; esta interpretación no parece poder ponerse en tela de juicio. En consecuencia, si un juez que hubiera actuado como abogado o procurador representante de una de las partes en la causa no se abstuviera de juzgar por propia iniciativa, según el imperativo del c. 1613, § 1, las partes, a tenor del c. 1614, § 1, tienen el derecho a elevar contra él la excepción de recusación por legítima sospecha. Y en tal caso quien interpone la excepción de sospecha tendrá que probar solamente el hecho de la actuación previa del juez como abogado o procurador sin tener que demostrar directamente la existencia del peligro de parcialidad, puesto que el peligro de parcialidad en el caso ha quedado presumido legalmente por el legislador. Para el éxito de la excepción será obviamente decisivo, como anotamos arriba, que se trate de la misma causa o de una conexas, de cuya solución dependa la primera. En general hay que decir que la recusación por previa actuación en la causa como abogado o procurador será viable al menos en la misma amplitud que indicamos para la abstención del juez.

El Código de Derecho Canónico introdujo la grave obligación de la abstención del juez, pero no sancionó expresamente el incumplimiento de esa obligación con nulidad.<sup>95</sup> Otra cosa es que por el incumplimiento de esta norma se puedan aplicar al juez las sanciones disciplinarias de que habla el canon 1625.

Esta prohibición, nueva en el ámbito del derecho común, no ha de interpretarse como endurecimiento de la ley provocado por un relajamiento de la disciplina o por insuficiencia de las normas hasta entonces vigentes. La excepción de sospecha era en sí un medio suficientemente eficaz para defenderse contra el juez sospechoso y su uso dependía exclusivamente de la voluntad de las partes,<sup>96</sup> no teniendo los litigantes ninguna traba para el ejercicio de este medio de defensa.

En un examen superficial podría justificarse la norma nueva del Código por razones meramente prácticas. En efecto, si el presupuesto de

---

<sup>95</sup> El hecho de que las causas enumeradas en el c. 1613 § 1 sean consideradas por la doctrina como causas de recusación por sospecha, y el que toda sospecha contra el juez fundada en ellas pueda ser subsanada a efectos jurídicos si las partes renuncian a la excepción, o no hacen uso de ella, nos inclinan a concluir, que la obligación impuesta al juez no puede considerarse como una ley inhabilitante. En contra véase Weier, l. c. p. 31, y Hofmeister, l. c. p. 368, que no aportan ningún argumento convincente. Otro problema distinto es el valor de la actuación de un juez contra el que se elevó y probó la excepción de sospecha, cfr. Lega-Bartocetti I p. 229 n. 2, Roberti I p. 430.

<sup>96</sup> Esto vale ciertamente para todas las causas enunciadas en el c. 1613 § 1.

hecho de la excepción de sospecha está especificado (y este es nuestro caso: la actuación previa como abogado o procurador en la causa) y la justificación de la sospecha en tal supuesto es indiscutible, parece lo más lógico y equitativo que el mismo juez deba abstenerse de juzgar imponiéndole la ley la obligación de retirarse o prohibiéndole actuar como juez en la causa.<sup>97</sup> El que para la sustitución del juez haya que esperar y sea necesario proceder a la cuestión incidental de la recusación —que por lo demás, tratándose de motivos de sospecha especificados y reconocidos legalmente como tales se va a producir necesariamente— reporta por un lado una pérdida de tiempo y por otro en nada favorece a la dignidad y prestigio del juez. Esta consideración es ciertamente justa; pero no afectaría al fondo de la cuestión. Basta notar que en el c. 1613, § 1, se hace referencia también a otras causas, que por su naturaleza son de carácter general y necesitan especificación, para las cuales no sería en consecuencia aplicable el argumento.<sup>98</sup> La justificación de la prohibición del c. 1613, § 1, no puede entonces estar basada en esta razón que no está en consonancia con el contenido total del mismo.

Parece más bien que esta novedad es consecuencia de la creciente tendencia de desprivatización del Derecho Procesal, sobre todo en lo concerniente a aspectos del Derecho Constitucional Procesal. El determinar quién ha de actuar en la administración de justicia es uno de los temas centrales del Derecho Constitucional Procesal.<sup>99</sup> Por el contenido, pues, pertenece a él la especificación de quién está excluido del oficio de juez, del ejercicio de la función y quién es recusable.<sup>100</sup> A medida que fue creciendo en importancia el carácter público del Derecho Procesal, fue también decreciendo en importancia la intervención de las partes en las cuestiones que afectan a la constitución del Tribunal o a la legitimidad del ejercicio del poder judicial. El poder público

---

<sup>97</sup> Lo mismo podría decirse respecto a la tutela y curatela, la consanguinidad o afinidad en línea recta y hasta el 2.º grado en línea colateral (y según el derecho procesal oriental c. 128 § 1, para quien hubiera actuado en la causa como testigo o perito), circunstancias todas ellas concretas y específicas.

<sup>98</sup> Estas causas son: “intimae vitae consuetudo, magna simultas, lucrum faciendum, damnum vitandum”.

<sup>99</sup> Cfr. L. Wengler, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München<sup>2</sup> 1925, p. 14: “Wenn der Staat dem um sein Privatrecht Gekränkten die Selbsthilfe verbietet und Staatshilfe anbietet, so muß er ihm zunächst durch die Gerichtsverfassung das Staatsorgan namhaft machen, wo das staatliche Rechtsschutzversprechen auch eingelöst werden wird. Die Partei muß wissen, an welche Stelle oder an welchen Mann sie sich wenden muß, um zu ihrem Recht zu kommen”.

<sup>100</sup> Cfr. E. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, Berlin<sup>4</sup> 1965, p. 79.

ha ido asumiendo la regulación de todas estas cuestiones como asunto propio de su competencia. Y en la regulación no sólo se atiende el aspecto de la protección de un interés de las partes, sino que pasan a interesar también al legislador aspectos públicos, como pueden ser la dignidad del juez, el prestigio de la administración de justicia, y la misma coherencia interna del Derecho Procesal. Esto explica que la ley haya tomado la iniciativa de regular cada vez más detalladamente estas cuestiones.

## 2.2. LA LEGISLACIÓN POSTERIOR AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

### 2.2.1. *Legislación general*

Las disposiciones de los cc. 1613, § 1, y 1614, fueron recogidas en las normas legislativas procesales importantes y de carácter general posteriores al Código.

Tres de ellas corresponden a la Sagrada Congregación de Sacramentos, y en orden cronológico son las siguientes:

—Reglas que se han de observar en los procesos sobre matrimonio rato y no consumado, de 1923, art. 16, § 1, y art. 17.<sup>101</sup>

—Reglas para los procesos sobre la nulidad de la Sagrada Ordenación, de 1931, art. 8 y art. 9.<sup>102</sup>

—Instrucción “Provida Mater” sobre los procesos matrimoniales, de 1936, art. 30 y art. 31.<sup>103</sup>

La Instrucción “Provida Mater” reproduce casi al pie de la letra los cánones del Código, simplificando el c. 1614, § 1. Mayores variantes ofrecen las otras normas, las cuales sin embargo no afectan sustancialmente al planteamiento de nuestro problema; más bien se deben a las necesarias acomodaciones exigidas por la especial índole de estos procesos, especialmente por lo que respecta a los artículos citados en segundo lugar y que corresponden al c. 1614, § 1.<sup>104</sup>

Esta legislación no aportó en consecuencia nada nuevo al planteamiento del Código: en todas estas normas se habla, en los mismos

<sup>101</sup> AAS 15 (1923) 392 ss.

<sup>102</sup> AAS 23 (1931) 450 ss.

<sup>103</sup> AAS 28 (1936) 313 ss.

<sup>104</sup> El § 1 de ambos artículos tienen idéntica redacción: “Ordinarius qui ob legitimam suspicionis exceptionem causam instruendam non susceperit, debet vel iudicem subdelegare, si haec facultas ei competat, vel rem ad Sacram Congregationem remittere”.

términos que en el Código, de la abstención del juez y de su recusación o de la excepción de sospecha contra el mismo.

En 1950 apareció el Derecho Procesal para las Iglesias Orientales.<sup>105</sup> El Código Oriental reprodujo en el c. 128, § 1, el c. 1613, § 1, del Codex Iuris Canonici, añadiendo a las actividades de abogado o procurador en la causa, el haber sido testigo o perito de la misma. Por otra parte el c. 1614, § 1, del Código fue recogido con pequeñas variantes referentes al juez competente para juzgar la excepción de sospecha, en el c. 129, § 1 del Código Oriental. Prescindiendo, pues, de las mencionadas añadiduras, el planteamiento del problema tampoco varió en el Derecho Oriental. Y sin embargo el Código Oriental introdujo en otro contexto un elemento perturbador de la coherencia. El c. 35, correspondiente al c. 1571 del Código, recibió la siguiente redacción:

Qui causam vidit vel in eadem causa operam praestitit uno iudicii gradu, nequit in alio eandem causam iudicare aut partem assessoris agere.

Dos problemas plantea esta formulación. La primera, qué se entiende por “in eadem causa operam praestitit.” Tomada la expresión en la amplitud en que está formulada debería incluir a todos los que hubieran intervenido en la causa, y así también al abogado o procurador. Esto supondría entonces una repetición del c. 128, § 1 del Código Oriental por lo que respecta al abogado o procurador, al perito y al testigo. La segunda cuestión atañe al significado de la palabra “nequit”. Si el “nequit” se interpreta, como hace la mayor parte de los comentaristas del c. 1571 del Código, en el sentido “nequit valide”, el planteamiento cambia sustancialmente porque equivaldría a establecer para estos casos también una incapacidad. La consecuencia sería pues que el haber actuado previamente como abogado o procurador, perito o testigo en una causa estaría clasificado y valorado en el mismo ordenamiento procesal por dos normas cualitativamente distintas, la del c. 35 y la del 128, § 1. De algún modo captó el problema Galtier al comentar el Derecho Proceso Oriental.<sup>106</sup> Así por una parte interpreta que la prohibición

<sup>105</sup> MP “Solicitudinem Nostram” del 6-1-1950, AAS 42 (1950) 1-129.

<sup>106</sup> Cfr. F. Galtier, *Code oriental de procédure ecclésiastique*, Beyrouth 1951, p. 53: “Sa formule est même plus large en ce qui concerne le rôle joué au premier degré: quiconque a apporté son concurs au jugement; sont ainsi exclus de ces deux fonctions le défenseur du lien et le promoteur de justice qui sont intervenus dans la cause”. Y más tarde dice: “Cette interdiction constitue pour le juge une incompétence absolue entraînant la nullité irréparable de la sentence (C. 418, 2; CIC 1892), ce que ne constitue pas la défense du C. 128 § 1. (CIC. 1613), pour qui a été avocat, procureur, expert ou témoin”. La cita debe referirse al c. 418, 1, que es el número que habla de la incompetencia absoluta.

del c. 35 entrañaba una incompetencia absoluta y nulidad insanable de sentencia; pero por otra evita toda dificultad incluyendo en el “in eadem operam praestitit” al asesor, auditor, inquisidor, promotor de justicia y defensor del vínculo, y excluyendo al abogado, procurador, perito y testigo. Sin dar ninguna explicación de la exclusión.

El punto crítico del c. 35 del Código Oriental no está en que el legislador trate de cubrir una notable laguna del Codex, es decir, tomar en consideración determinadas actividades en la causa que no son las del juez, ni las tenidas en cuenta en el c. 128, § 1 (abogado, procurador, testigo, perito); sino el haberlas incluido en el c. 35. Con ello el c. 1571 del Codex, que se refería exclusivamente a la actividad cumbre en el juicio, la de juzgar, con la exigencia de incompetencia absoluta por coherencia con la doctrina y sentido de la apelación, perdió su clara especificación. ¿Debían y podían en efecto todas las funciones incluidas en el canon 35 ser valoradas como la actuación del juez? Y apurando la cuestión, ¿podía en este canon utilizarse junto al juez una expresión tan amplia como “vel in eadem operam praestitit”, que lógicamente incluía toda actividad previa en la causa, agudizándose el problema?<sup>107</sup> Al examinar más tarde el nuevo esquema de “Processibus” veremos cómo por evolución de esta tendencia el tema quedará ineludiblemente planteado.

### 2.2.2. Legislación particular

#### a) Las Normas de la Sagrada Rota Romana de Pío XI

Pío XI aprobó el 22 de junio de 1934 las Normas nuevas para la Rota, que se habían hecho necesarias para acomodar la legislación general del Código a la índole y estilo de la Rota Romana.<sup>108</sup> Estas normas sólo contienen una alusión directa al c. 1613, en la cual sin embargo no se hace referencia a los auditores, sino a la abstención o recusación del Promotor de Justicia del Tribunal de la Rota Romana.<sup>109</sup>

---

Respecto al problema de la incompetencia absoluta funcional y a la interpretación del c. 1571 del Código véase Ignacio P. de Heredia, *Der befangene Richter auf Grund vorgängiger Mitwirkung im Prozeß* (Tesina de Licenciatura, München 1968, mecanografiado), p. 55 ss., en especial nota 30.

<sup>107</sup> Cfr. Pérez de Heredia, l. c. p. 111 ss.

<sup>108</sup> “Normae S. Romanae Rotae Tribunalis”, AAS 26 (1934) 449-491. Estas Normas iban a sustituir a la “Lex Propria”, que acompañó a la Constitución “Sapientis Consilio” de Pío X y a la “Regulae servendae ...apud R. R. Tribunal” aprobadas por el mismo Papa, cfr. arriba p. 215 nota 80.

<sup>109</sup> Cfr. l. c. art. 33 § 1: “Cum promotor iustitiae abstinere debeat ab officio suo ad normam c. 1613 Codicis, vel cum suspectus declaratus fuerit, Decanus sufficiet pro ea causa substitutum, de quo in art. 5”.

Respecto a los auditores las Normas contienen únicamente una disposición general e indirecta, según la cual el Decano sustituirá a aquel auditor que por enfermedad o por otra causa justa esté impedido de tomar parte en el turno en que debía actuar.<sup>110</sup> La expresión “aut aliqua iusta causa” incluye en un sentido amplio también las razones de sospecha, tanto si el auditor se abstiene por propia iniciativa, como si contra él se eleva la excepción de sospecha.

Expresamente en las Normas no se trata ni de abstención ni de recusación por sospecha del auditor.<sup>111</sup> Sin duda ello se debe a que no se creyó necesaria ninguna disposición o especificación de este problema por estar suficientemente regulada esta cuestión en los cánones del Código, 1613 y 1614: en el último de los cuales se dispone expresamente a quién compete juzgar de la excepción de sospecha contra un auditor Rotal.<sup>112</sup>

Nada pues nuevo respecto al Código aportaron las Normas especiales de la Rota Romana.

#### b) *Las Normas de la Rota Española*

Las Normas que rigen el Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España, a diferencia de las Normas de la Rota Romana, tratan directamente el tema a la relación entre ejercer como auditor y la actividad como abogado o procurador.<sup>113</sup> Por lo que se refiere a la abstención o recusación de los auditores por una causa de sospecha rige para la Rota Española, según se deduce de los artículos 28 y 29 de sus Normas, el derecho común del Código.<sup>114</sup>

Pero en las Normas de la Rota Española aparece otro aspecto del tema. En el artículo 33 se dispone:

---

<sup>110</sup> Cfr. l. c. art. 16 § 1: “Si quis Auditor infirmitate aut aliqua iusta causa impediatur quominus in turno partem habere possit, ei Decanus alium ex Auditoribus substituit”.

<sup>111</sup> Una insinuación sobre la posible recusación aparece en el art. 67 § 1, según el cual el decreto de citación debe indicar el tribunal, sin duda para dar a las partes la posibilidad de recusar.

<sup>112</sup> De la excepción de sospecha juzga en este caso la Signatura Apostólica a tenor del c. 1603 § 1 n. 2 y 1604 § 2.

<sup>113</sup> El texto de estas normas puede verse en el *Código de Derecho Canónico*, Madrid 1974, p. 1039 ss. El art. 25 reproduce además el comentado art. 16 de las normas de la Rota Romana con la sola variante que en la Rota de la Nunciatura de Madrid quien sustituye al Auditor es el Nuncio.

<sup>114</sup> Cfr. l. c. art. 28: “Cuando se propone excepción de sospecha contra algún que otro Auditor...”, y el art. 29: “Cuando conforme al c. 1613 §§ 1-2, tengan que inhibirse, o cuando hayan sido declarados sospechosos algún que otro Auditor...”.

Auditores, promotor iustitiae, vinculi defensor, eorumque substituti, nec non omnes administri tribunalis Rotae prohibentur munera advocati et procuratoris exercere, sive per se sive per interpositam personam apud quodcumque tribunal, iidem districte vetantur ne quavis ratione se ingerant in causas ecclesiasticas ad suum munus non pertinentibus.

Obviamente lo que esta norma trata de regular no son los efectos que de una actuación previa en la causa como abogado o procurador pueden seguirse en relación a la actividad posterior de una misma persona como juez auditor en dicha causa. Este problema está ya abordado en los artículos 28 y 29 de dichas Normas. La prohibición del artículo 33 está en un plano distinto. Trata de impedir en general cualquier otra actividad judicial del auditor durante el tiempo que permanece en el cargo. En concreto se especifica expresamente la prohibición de simultanear una actividad como abogado o procurador con su oficio de auditor.<sup>115</sup> Es decir el oficio de auditor se declara incompatible con el ejercicio directo o indirecto de la representación de las partes en el juicio tanto en el Tribunal de la misma Rota como en cualquier otro Tribunal.

### c) *La nueva ordenación de la Signatura Apostólica*

La constitución apostólica de Pablo VI "Regimine Ecclesiae Universae" reorganizó después del Concilio Vaticano II la Curia Romana; reorganización que afectó profundamente a la Signatura Apostólica.<sup>116</sup> Ello exigió normas nuevas internas, que sustituyeran a las ahora anticuadas del Supremo Tribunal.<sup>117</sup>

En relación a los Cardenales, que constituyen el Supremo Tribunal, las nuevas Normas Especiales, como las antiguas, tampoco mencionan la recusación por sospecha; sin embargo si imponen a los Cardenales la obligación de abstenerse, cuando en la causa se den las circunstancias

---

<sup>115</sup> La problemática quedó apuntada en la Constitución "Ratio iuris", cfr. p. 202, y directamente planteada en la Constitución "Universi agri", cfr. p. 205.

<sup>116</sup> AAS 59 (1967) 885-928. El n. 104 de la Constitución trata de la Signatura Apostólica: se amplían sus competencias y queda dividida en dos secciones. La primera conserva las competencias que ya le atribuía el Código, a las que se añade fundamentalmente la competencia sobre la organización judicial y vigilancia de los tribunales; la segunda, completamente nueva, constituye un tribunal del contencioso-administrativo para los actos de la Curia Romana.

<sup>117</sup> "Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae post Constitutionem Ap. Pauli VI 'Regimine Ecclesiae Universae'", emanadas por la Secretaría de Estado y aprobadas por Pablo VI el 23 de marzo de 1968, texto en Ochoa, *Leges Ecclesiae* III n. 3636 col. 5321 ss.

previstas en el c. 1913, § 1 del Código del Derecho Canónico.<sup>118</sup> En consecuencia también para los doce Cardenales miembros de la Signatura Apostólica el ejercicio de la función de juez en el Supremo Tribunal sería incompatible con el hecho de haber actuado previamente como abogado o procurador en una causa.

Por otra parte al tratar de la excepción de sospecha contra los Auditores de la Rota Romana, cuestión que sigue perteneciendo a la competencia de la Signatura Apostólica, las Normas especiales afirman explícitamente que son motivos de excepción por sospecha los mencionados en el c. 1613, § 1.<sup>119</sup> Según ello también el Auditor de la Rota está obligado a abstenerse y puede ser además recusado como sospechoso si actuó previamente en la causa como abogado o procurador. Las Normas especiales mantienen por tanto en este punto la posición del Código incluso tratándose de los Jueces del Supremo Tribunal de la Iglesia.

#### d) *Normas particulares para los Tribunales Regionales*

La actuación como abogado o procurador ha ocupado de modo especial la atención del legislador en las Normas, que sucesivamente han ido regulando la constitución y actuación de los Tribunales Especiales Regionales. Tribunales de este tipo se constituyen en la Iglesia en un principio para causas de nulidad de matrimonio. Hasta 1968 es en general la Sagrada Congregación para la disciplina de los Sacramentos quien emana tales normas, por tratarse de Tribunales con competencia exclusiva para causas matrimoniales.<sup>120</sup> A partir del momento en que entra en vigor plenamente la Reforma de la Curia Romana de Pablo VI toda la organización de los Tribunales pasará a ser competencia de la Signatura Apostólica.

Se inicia la constitución de Tribunales Regionales con el MP "Qua Cura" de Pio X, por el que se ordenan los Tribunales eclesiásticos de Italia.<sup>121</sup> A esta organización siguió la constitución de muchos otros Tribunales Regionales en todo el mundo antes y después del Concilio

<sup>118</sup> Cfr. l. c. art. 1 § 4: "Iudices... se abstinere debent a causa pertractanda in casibus de quibus in c. 1613 § 1".

<sup>119</sup> Cfr. l. c. art. 21. Esta referencia explícita confirma el que en la legislación anterior no se diera ninguna disposición al respecto por estar suficientemente legislado este problema en el Código.

<sup>120</sup> En la extensión de la competencia de estos tribunales a todas las causas intervino la Sda. Congregación Consistorial, cf. AAS 57 (1965) 1006-7 y AAS 60 (1968) 226 s.

<sup>121</sup> AAS 30 (1938) 410-413.

Vaticano II.<sup>122</sup> Lo que aquí nos interesa son las normas ejecutivas de los Decretos de Constitución, por las que se regula el funcionamiento de los Tribunales. Estas Normas tienen todas el mismo esquema, que es el que ya se usó en los Tribunales Italianos.<sup>123</sup> En el capítulo I, artículo 8 se encuentra la disposición que nos interesa:

*Nemo iudicis munere in causa fungi poterit, qui advocati vel procuratoris munus actu exerceat in causis matrimonialibus, sive directe sive per interpositam personam quamvis id agat apud alia tribunalia etiam Sanctae Sedis; idem valet pro iustitiae promotore et pro vinculi defensore. Idem omnes adstrictae etiam ventantur in quaslibet causas matrimoniales extra munus suum se quomodolibet ingerere.*

La Norma es una prohibición estricta que trata de evitar que se ejerzan a la vez los oficios de abogado o procurador y juez en un ámbito específico. En efecto, según el texto de la ley se prohíbe actuar como juez en estos Tribunales matrimoniales a quien de hecho esté actuando como abogado o procurador en causas matrimoniales, pero no si actúa como tal en otras causas. El ejercicio, pues, de uno de estos oficios excluye el ejercicio del otro, si bien no se habla de una inhabilidad.

Este texto se reproduce intacto en las normas dadas para los Tribunales de Filipinas<sup>124</sup> y para los del Canadá.<sup>125</sup>

El mismo texto, con la única supresión de la palabra “actu”, se encuentra en las Normas dadas por los Tribunales franceses de Marsella,<sup>126</sup> de Toulouse,<sup>127</sup> y de Reims.<sup>128</sup> La interpretación normal de la palabra “actu” limita la aplicación de la prohibición a los casos en que el juez esté de hecho actuando como abogado o procurador en alguna causa. No parece sin embargo que fuera ése el sentido de la norma: en efecto, si se tiene en cuenta que las mismas normas en

---

<sup>122</sup> “Filipinas”, AAS 33 (1941) 263 s. (véase también AAS 49 (1957) 133 s.); Canadá, AAS 38 (1946) 284 s.; Brasil, *Rev. Ecc. Bras.* 19 (1959) 990 s.; Toulouse, Ochoa l. c. III n. 3260 col. 4630 s.; Marsella, Ochoa l. c. n. 3261 col. 4633, estos dos últimos de 1965; Reims, Ochoa l. c. n. 3507 col. 5073 (en 1966); Colombia, Ochoa l. c. n. 3591 col. 5243 (en 1967); París, Ochoa l. c. n. 3630 col. 5313; Bourges, Ochoa l. c. n. 3662 col. 5383; Lion, Ochoa l. c. n. 3697 col. 5442 (los tres últimos en 1968).

<sup>123</sup> AAS 32 (1940) 308. Ochoa l. c. n. 1552 col. 1991.

<sup>124</sup> Ochoa l. c. n. 1616 col. 2056.

<sup>125</sup> AAS 38 (1946) 284 s.

<sup>126</sup> Ochoa l. c. n. 3262 col. 4633 s.

<sup>127</sup> Ochoa l. c. n. 3266 col. 4651 s.

<sup>128</sup> Ochoa l. c. n. 3508 col. 5074 s.

el art. 9 exigen que en los Tribunales se haga un elenco de las personas autorizadas para actuar como abogado o procuradores (según lo previsto en la Instrucción "Provida Mater" art. 47-53), en buena lógica la norma comentada del art. 8 tiene su pleno sentido si se refiere no solamente a quien esté actuando como abogado o procurador de hecho, sino a todo el que está autorizado para el ejercicio de tales funciones en algún Tribunal. La palabra "actu" se presta pues en este contexto a fáciles confusiones. La supresión del "actu" abogaría en todo caso por esta interpretación más amplia pero coherente, puesto que estar en ejercicio no exige necesariamente estar actuando de hecho en una causa. Aparentemente al menos, con la supresión la mente del legislador evitaba toda confusión. La palabra "actu", sin embargo, vuelve a aparecer en las Normas dadas para los Tribunales de Colombia,<sup>129</sup> que se reproducen después para los Tribunales de París-Versalles.<sup>130</sup> La razón podría ser que la prescripción sobre los elencos de abogados apenas se cumple o ha caído en desuso, o bien que de hecho las más de las veces los abogados y procuradores actúan ocasionalmente con autorización *ad casum*. Ahora bien, dado que estas últimas normas repiten también la exigencia de establecer elencos de abogados o procuradores, la inclusión de nuevo de la palabra "actu" obliga a interpretar la norma en sentido estricto, e. d. que la prohibición vale sólo para el caso en que una persona esté actuando de hecho como abogado o procurador en ese o en otro Tribunal.

---

<sup>129</sup> Ochoa l. c. n. 3592 col. 5244 s. El artículo correspondiente en este caso es el art. 7 y tiene la siguiente redacción: "Nemo iudicis munere in causa matrimoniali fungi poterit, qui advocati vel procuratoris munus actu exercent, sive directe sive per interpositam personam, quamvis id etiam apud alia S. Sedis tribunalia agat; idem valet pro iustitiae promotore et pro vinculi defensore. Iidem districte vetantur in quaslibet causas matrimoniales extra munus suum se quomodolibet ingerere". Obsérvese una interesante variante, progresiva en relación al texto para los tribunales de Italia: la prohibición se refiere aquí a la actuación de hecho como abogado o procurador en general, sin especificar que esté actuando como tal en causas matrimoniales (véase la nota 115). Otra variante se aprecia en el inciso "quamvis...": la redacción del inciso parece dar a entender que estos tribunales se convierten en tribunales de la S. Sede, por eso nos parece mejor la redacción anterior. Más importante nos parece otra observación: el decreto de erección concedió a estos tribunales competencia para las causas de nulidad y para todas las demás contenciosas y criminales, este artículo sin embargo se refiere al "munus iudicis in *causa matrimoniali*". Esta reducción (notable además porque cambia el orden que la frase presentaba en las normas para Italia) no tiene ninguna justificación y es quizá sólo explicable por la inercia con que a veces se asumen normas anteriores. El fallo se repite en la última frase del artículo.

<sup>130</sup> Ochoa l. c. n. 3623 col. 5314 s.; el texto no se retocó.

Con extensión para todas y no sólo para las causas matrimoniales constituirá la Signatura Apostólica en 1968 los Tribunales de Bourges-Sens, anotando sin más que en ellos rijan “mutatis mutandis” las normas dadas por la Sagrada Congregación de la disciplina de los Sacramentos para los Tribunales de Marsella.<sup>131</sup> Así pues, en esta su primera intervención, después de la Reforma de la Curia Romana, la Signatura Apostólica no promulga normas por su cuenta sino que hace propias las válidas hasta ahora para los Tribunales Regionales y precisamente con la redacción en que se suprime la palabra “actu”.

La misma Signatura Apostólica interviene nuevamente en la creación de los Tribunales Regionales de Lyon. Estos Tribunales reciben competencia general para todas las causas: “no tantum nullitatis matrimonii sive formales sive sumarias, sed et alias sive contentiosas sive criminales”.<sup>132</sup> Tampoco en esta ocasión la Signatura da unas normas especiales, sino que en un párrafo final del Decreto de Constitución anota:

*In causis nullitatis matrimonii respicientibus, tribunalia regionalia Lugdunensia normas sequatur a S. C. de disciplina Sacramentorum die 15 Februarii 1968 pro Tribunalibus Provincialibus ecclesiasticis Parisiensi et Versalliensi datas, quarum exemplar hisce adnectitur.*

La aplicación de las normas se limita, pues, a las causas de nulidad de matrimonio. Limitación que no había introducido el Decreto de Constitución de los Tribunales de Bourges-Sens y cuya justificación no parece clara. Por otra parte las normas para los Tribunales de París y Versalles habían incluido de nuevo, como vimos, la palabra “actu”; en consecuencia, aunque una persona estuviera autorizada como abogado o procurador en algún otro Tribunal, podría actuar como juez en el Tribunal de Lyon con tal de que de hecho no estuviera ejerciendo alguna de estas funciones en cualquier otra causa.

Resumiendo, podemos decir que estas normas amplían la disciplina del Código: establecen claramente que es incompatible el ejercer el oficio de juez en los Tribunales Regionales y actuar como abogado o procurador en un Tribunal eclesiástico, incluso si se trata de un Tribunal de la Santa Sede. Esta prohibición —estrictamente hablando, aunque incongruentemente— se limita a los casos en que se está de hecho actuando como abogado o procurador en alguna causa cuando las normas incluyen la palabra “actu”, y abarca a todo aquel que está en ejercicio, es decir, autorizado en algún Tribunal para el ejercicio de la abogacía o procuraduría en el caso en que no se especifique esta

---

<sup>131</sup> Ochoa l. c. n. 3662 col. 5383.

<sup>132</sup> Ochoa n. 3697 col. 5442 s.

circunstancia por la palabra "actu". Por otra parte, la norma no impide que, habiendo una persona cesado en el ejercicio de la abogacía o procuraduría o respectivamente habiendo cesado "actu" de actuar como abogado o procurador, pueda ser promovido al oficio de juez, o ser nombrado juez para una causa determinada,<sup>133</sup> siempre, claro está, que no se trate de actuar como juez en una causa, en la que ya se actuó como abogado o procurador.

El Decreto de Constitución de los Tribunales de Lyon tiene todavía para nuestro tema otros puntos de interés. Los ordinarios de la región de Lyon, al solicitar los Tribunales Regionales, habían pedido que, dada la penuria de sacerdotes, algunas de las personas que hasta entonces habían actuado como jueces en las curias diocesanas pudieran ocupar el cargo de jueces en los Tribunales Regionales y que otras pudieran ser admitidas como abogados en los mismos. La respuesta a esta petición está contenida en n. 6 del Decreto:

*Qui aliquo munere in Tribunalibus, sive in sede regionali sive in dioecesi, hucusque vel in posterum functi fuerint, possunt cessato munere causarum patrocinium suscipere, dummodo ne agatur de causis in quibus quolibet modo, durante munere, partes habuerint.*

La respuesta fue, pues, favorable y más extensa incluso que la petición. En efecto, por una parte se refirió no sólo a los que habían actuado como jueces, sino a todo oficio ejercido en alguno de los Tribunales Diocesanos, que iban a desaparecer con la nueva estructuración. Por otra parte se dio no sólo con referencia al pasado, sino además con perspectiva de futuro, estableciendo así una norma general y no una mera norma para la transición. Dos condiciones puso sin embargo la Signatura Apostólica para que quien había sido juez u ocupado otro oficio en los Tribunales anteriores pudiera actuar como patrono de las partes en los Tribunales que ahora se creaban: a) que no tomará la defensa de una causa en la que hubiera ya intervenido de algún modo durante el tiempo en que estuvo en ejercicio, y b) que hubiera cesado en su oficio en el Tribunal.

La primera condición trata de evitar que en una misma causa el ejercicio de la abogacía o procuraduría se mezcle en el Tribunal con el de cualquier oficio (también de juez) incluso sucesivamente, es decir, habiendo cesado en el otro oficio. La norma considera explícitamente la sucesión: oficio en un Tribunal y abogado o procurador, y no la

---

<sup>133</sup> Fácilmente se puede apreciar aquí la importancia que puede tener la inclusión o supresión de la palabra "actu".

sucesión abogado o procurador y oficio en el Tribunal. La sucesión: abogado o procurador y juez, estaba ya prevista y regulada en el c. 1613, § 1 y expresamente regulada también en el artículo 8 de las Normas de la Sagrada Congregación para la disciplina de los Sacramentos, que como hemos visto también hizo suyas el Decreto de Constitución de los Tribunales de Lyon. La segunda condición prohíbe de modo *general* el ejercicio simultáneo en dichos Tribunales del oficio de abogado o procurador y cualquier otro oficio (también el de juez): en efecto, si “cessato munere” y atendida la primera condición, se pueden ejercer otros oficios, quiere esto decir que mientras están en ejercicio en alguno de ellos no puede ejercer como abogado o procurador.

En la mente del legislador está en primer plano el salvaguardar y destacar de un modo general la identidad propia de los distintos oficios, sin pararse sin embargo a analizar y diferenciar críticamente la índole de cada uno de ellos, ni el influjo que pueda tener el ejercicio de cada uno de ellos en cualquiera de los demás. Dado que en concreto se trataba en la respuesta a la petición formulada de establecer primordialmente la posibilidad del ejercicio de la función de abogado o procurador, se explica por lo demás que no se pensará aquí en la necesidad de establecer diferenciaciones.

Por lo que se refiere a nuestro tema resumimos de todo ello lo siguiente:

- a) se prohíbe el ejercicio simultáneo del oficio de juez y del de abogado o procurador (se trate o no de actuar en la misma causa);
- b) supuesto el cese como juez, se prohíbe actuar como patrono en una causa en que se intervino como juez;<sup>134</sup>
- c) no es incompatible que quien fue juez pueda, habiendo cesado en su cargo, actuar como abogado o procurador en las causas en que no intervino como juez, y esto aun tratándose del mismo Tribunal en que actuó como juez.

### 2.3. LAS NORMAS GENERALES PARA LOS TRIBUNALES REGIONALES

En 1971 la Signatura Apostólica emanó unas normas generales que deben regir el funcionamiento de los Tribunales Regionales.<sup>135</sup> El ar-

<sup>134</sup> En este punto las opiniones de los autores fueron divergentes. Así mientras Gratiani, l. c. n. 7 p. 10, no ve en ello ningún inconveniente: “Licet e converso si prius sententiam tulit, posset in eadem causa esse advocatus defendendo quod iudicavit”, Barbosa l. c. I a X 1 6 24 n. 22 p. 108 afirmaba: “Et qui in prima instantia iudex fuit, non potest esse advocatus in secunda”.

<sup>135</sup> “Normae pro tribunalibus interdioecesanis vel regionalibus”, AAS 63 (1971) 486-492.

título 9 de estas normas corresponde en parte a los artículos comentados de las normas de la Sagrada Congregación para disciplina de los Sacramentos, si bien se introduce aquí un elemento o aspecto nuevo y hasta cierto punto extraño:

1. "Nemo iudicis munere fungi poterit, qui advocati vel procuratoris munus in eodem tribunali exercuerit aut in quodlibet Tribunali actu exerceat sive directe sive per interpositam personam."
2. "Idem valet quoque de promotore iustitiae et defensore vinculi."
3. "Omnes de quibus in art. 8 (es decir officialis: Iudices, Promotor Iustitiae, Defensor Vinculi necnom eorum substituti) districte vetantur in quaslibet causas extra munus suum se quomodolibet ingerere."

A pesar de la estructura semejante de este artículo con el octavo de las normas de la S. C. de Sacramentos, se aprecian enseguida las diferencias. Anotamos de paso alguna observación: en el n. 1 aparece la prohibición del ejercicio simultáneo "actu" del oficio de juez de la actividad como abogado o procurador, y se aprecia una simplificación y generalización en la expresión "in quodlibet Tribunali". En el n. 3 ha cambiado la perspectiva: se hace referencia directa al juez y a los otros oficios en el Tribunal, mientras que las normas de la S. C. de Sacramentos se referían exclusivamente al abogado, procurador, defensor del vínculo y promotor de justicia, si bien para nosotros esto no tiene transcendencia, puesto que en ambos casos por lo que se refiere a nuestro tema el efecto es el mismo.

Pero lo que realmente nos importa destacar aquí es el nuevo elemento, que salta a la vista: "in eodem tribunali exercuerit", es decir el haber ejercido en un Tribunal como abogado o procurador tiene como consecuencia no poder ya ejercer el oficio de juez *en ese tribunal*.

El c. 1613 recogía el principio claro de prohibir juzgar "en la misma causa" a quien había actuado como abogado y procurador. Las Normas de la Sagrada Congregación de Sacramentos prohibieron que un juez ejerciera a la vez directa o indirectamente los oficios de abogado y procurador en general, es decir para cualquier causa y en cualquier tribunal. La norma que comentamos tomó un derrotero distinto: se trata de que en un mismo tribunal no puede ser juez quien actuó en él como abogado o procurador.

El supuesto que regula esta norma, no es la actuación de la misma persona en la *misma causa*,<sup>136</sup> ni el ejercicio simultáneo de los distintos

---

<sup>136</sup> El problema de la actuación como juez en una causa en la que anteriormente se actuó como abogado o procurador, no lo mencionan las normas; la razón es obvia, éste es el supuesto del c. 1613 § 1 también aplicable a estos tribunales.

oficios en general,<sup>137</sup> sino el ejercicio sucesivo en un *mismo Tribunal* de las distintas funciones u oficios habiendo cesado en el ejercicio del primero de ellos.<sup>138</sup> En concreto: el ejercicio del oficio de juez en *un tribunal*, por quien hubiera ejercido como abogado o procurador en el *mismo Tribunal*, y habiendo cesado en el ejercicio de estos oficios.

La característica de esta incompatibilidad sorprende por su originalidad y no se acierta a ver la razón o la intencionalidad seria de la misma. Si no hay razón, según las normas dadas por los Tribunales de Lyon, para impedir que quien fue juez, cesando en su cargo, pueda ejercer incluso en el mismo Tribunal como abogado o procurador,<sup>139</sup> menos parece que tenga que haberla para impedir que, quien ejerció como abogado o procurador, abandonado el ejercicio de estas funciones, pueda ser promovido al oficio de juez, incluso en un Tribunal en que hubiera actuado como abogado. ¿Qué inconvenientes, en efecto, pueden existir para que un buen abogado o en su caso un buen procurador puedan ser promovidos, si tienen las cualidades exigidas, al oficio de juez?<sup>139 bis</sup> No sólo no existen inconvenientes, más bien la norma parece incongruente. En primer lugar incongruente con el derecho común, dándose la circunstancia de que para los Tribunales normales diocesanos, que aún siguen siendo los más numerosos, no existe tal limitación, pudiendo los obispos reclutar sus jueces entre canonistas expertos y probados en el foro eclesiástico, como de hecho sucede. Gran parte de los jueces eclesiásticos, después de terminada su preparación canónica, han adquirido su experiencia en el ejercicio de oficios subalternos del Tribunal e incluso en el ejercicio del patrocinio privado u oficial de las causas. Ni es deseable humana y pastoralmente, al menos en los casos ordinarios, que sea precisamente el oficio de juez en un Tribunal eclesiástico el primer paso de un técnico del Derecho Canónico. El oficio de juez eclesiástico requiere, por la índole especial del foro, no sólo ciencia canónica sino una experiencia de la vida y también experiencia del singular foro eclesiástico. La forma ideal de adquirir esa experiencia no es precisa-

---

<sup>137</sup> La prohibición de ejercer los oficios de juez y abogado o procurador simultáneamente queda claramente expresada en el inciso segundo del n. 1, y abarca tanto los casos en que se trata de la misma causa como si se trata de causas diferentes. La prohibición de actuar simultáneamente en la misma causa está además incluida eminentemente en el n. 3.

<sup>138</sup> La ampliación progresiva de los aspectos a que se refiere la prohibición es la siguiente: la misma causa, cfr. p. 201 nota 31; los oficios en general, cfr. p. 206 nota 44; el mismo tribunal.

<sup>139</sup> La única limitación que impuso la Signatura, para que quien hubiera actuado como juez, pudiera actuar, si cesaba en el oficio, como abogado o procurador, fue que no actuara en causa en que hubiera actuado como juez.

<sup>139 bis</sup> Cfr. p. 193 nota 2.

mente el ejercicio del comprometido oficio de juez desde un principio, sino el de funciones menores o auxiliares y entre ellas la de abogado.<sup>140</sup> Y esto vale tanto para eclesiásticos como para laicos, que van incorporándose cada vez más a tareas del foro eclesiástico, lo que exigirá el tener cada día más en cuenta este aspecto de la cuestión. Sin olvidar ni menospreciar el valor de una formación específica y técnica del juez, en el ejercicio de la profesión libre de abogado o procurador con la máxima responsabilidad personal, es donde se puede descubrir muy especialmente al tratarse del foro eclesiástico, si se dan en la persona la competencia y cualidades morales que deben adornar la persona del juez eclesiástico. Pues bien, con esta norma queda todo ello desmontado de un plumazo. Quien haya ejercido en el Tribunal como abogado o procurador no podrá ser juez en ese Tribunal. La gravedad de ello aumenta si se atiende a la evolución hacia la creación de Tribunales Regionales importantes, donde se necesita gente cualificada de dentro y de fuera del clero. Una región que se preocupa de tener buenos y ágiles Tribunales se verá precisada a evitar cuidadosamente que actúen como abogados o procuradores en su Tribunal cualquier persona que podría interesar en un futuro como oficial o juez del Tribunal.

### III. EL NUEVO ESQUEMA DE "PROCESSIBUS"<sup>140 bis</sup>

#### 3.1. LA INHABILIDAD

El proyecto de Derecho Procesal de la Comisión para la revisión del Código de Derecho Canónico presenta prácticamente una nueva regulación de la abstención y recusación del juez, apartándose de determinados presupuestos que presidieron la legislación del Código. No puede ser nuestro propósito analizar exhaustivamente toda la materia. Nos reduciremos a los puntos que afectan nuestro tema, tratando en la medida en que esto lo exija la problemática general. Los cánones que nos afectan directamente son los comprendidos entre el c. 48 y el 52 del esquema, ambos inclusive; otros cánones que están indirectamente en relación con el tema los mencionaremos en su lugar oportuno.

El esquema introduce una muy notable novedad: el haber actuado en una causa como abogado o procurador *inhabilita* para actuar como juez asesor o auditor de dicha causa en una instancia superior.

<sup>140</sup> Véase Julien, *Juges et avocats des tribunaux de l'Eglise*, Roma 1970, c. X p. 247 s.

<sup>140 bis</sup> Schema canonum de modo procedendi pro tutela iurium seu de Processibus, Vaticano 1976.

El c. 48 del esquema dice textualmente:

Qui causam vidit in uno iudicii gradu vel advocatum aut procuratorem, promotorem iustitiae, vinculi defensorem, peritum vel testem egerit, nequit postea *valide* eandem causam cognoscere aut in eadem munus assessoris vel auditoris agere.

El canon se refiere claramente a la actuación en la misma causa y, por lo que nos atañe aquí, tiene presente directamente el orden de actuación juez-abogado o procurador en distintas instancias.

A primera vista este canon es la reelaboración del c. 1571 del Código de Derecho Canónico.<sup>141</sup> Cada uno de los incisos del c. 1571, sin embargo, ha sido extendido a otras funciones además de la del juez: en el primero quien “vio” la causa más quien ejerció en ella las funciones de abogado, procurador, etc. en una instancia;<sup>142</sup> en el segundo “nequit iudicare” (“non potest cognoscere”), e. d. el juez, más el asesor y el auditor. Y sin embargo el nuevo canon es algo más que una mera ampliación del 1571.

El c. 1571 del código tiene una clara intención y construcción: quien ha juzgado una causa, no puede volver a juzgarla en otra instancia. Se trata de una norma fundamental en la estructura de las instancias del proceso y con ello de la competencia funcional.<sup>143</sup> En efecto, el escalonamiento de las instancias pierde su más profundo y genuino sentido si en la instancia superior actúa de juez la misma persona que ya actuó en una instancia anterior. Las instancias en el Derecho Procesal se justifican porque los jueces pueden errar y la revisión de la causa aporta una mayor garantía de la justicia de las decisiones judiciales. Si se establecen distintos Tribunales jerárquicos, en definitiva lo que se pretende es una determinación de los distintos jueces en coordinación con

---

<sup>141</sup> Cfr. c. 1571: “Qui causam vidit in uno iudicii gradu, nequit eandem causam in alio iudicare”. El c. 35 del Derecho Procesal Oriental correspondiente reza: “Qui causam vidit, vel qui in eadem causa operam praestitit in uno iudicii gradu, nequit in alio eandem causam iudicare aut partem assessoris agere”.

<sup>142</sup> Lega-Bartocchetti, l. c. p. 106, entendieron que “qui causam vidit” incluía también al asesor. El c. 35 del Código Oriental usa una expresión muy amplia, que puede incluir a todos los que han intervenido en la causa en una instancia inferior; compárese sin embargo el c. 128 § 1, así como el c. 380 § 3 (que corresponde al c. 1941 § 3 del Código) en que se tacha de inválida la actuación como juez en un proceso criminal, si éste actúa como instructor de la inquisición previa al proceso.

<sup>143</sup> Cfr. I. Pérez de Heredia, *Der befangene Richter auf Grund vorgängiger Mitwirkung im Prozeß*, p. 5 ss.

un ordenado ejercicio de poder. No se trata, pues, sólo de que en las instancias superiores juzguen jueces de mayor rango, sino también de que juzguen *otros* jueces.<sup>144</sup> En el c. 1571 se corresponden perfectamente el “*videre causam*” de la primera parte con el “*iudicare*” de la segunda. Si alguna deficiencia se podría achacar a este canon, para que exprese plenamente lo que quiere expresar, es la ausencia de una cláusula inhabilitante.<sup>145</sup> Esta deficiencia ha sido salvada en el proyecto, a cambio sin embargo de confusionar la importancia de las distintas funciones en el juicio, o su importancia en el proceso. La equiparación para efectos jurídicos de las distintas funciones con la de juzgar quita al c. 1571 su nitidez, no sin afectar a la misma estructura o coherencia interna del Derecho Procesal.<sup>146</sup>

Al introducirse los nuevos elementos, no sólo se ha ampliado cuantitativamente la prohibición, sino que se ha producido un cambio cualitativo. La novedad se basa en efecto en un juicio valorativo diverso al que informaba el c. 1571. En relación a unos determinados efectos jurídicos se ha equiparado aquí la acción del juez y la actividad en la causa como abogado o procurador (entre otras actividades). Esto quiere decir o bien que no se da más importancia al juzgar una causa que al patrocinarla,<sup>147</sup> lo cual es inadmisibles; o bien que se da tal transcendencia al haber patrocinado una causa que, aunque teóricamente no se le diera el valor que se da al haberla juzgado, sin embargo esta valoración exige también la inhabilitación para el oficio de juez. Una medida de política procesal ésta que excede a todas vistas la valoración que se dio a esta circunstancia en el Código de Derecho Canónico, en el mismo Código Oriental (de donde nace la ampliación del c. 1571),<sup>148</sup> los cuales no pasaron de imponer una prohibición, y que contradice también la valoración que dio la doctrina común de los canonistas. Como hemos visto en la primera parte de este trabajo la canonística anterior al Código valoró en general la previa actuación en la causa como abogado o procurador como causa justa de recusación por sospecha; los pocos autores que supervaloraron esta circunstancia no dieron una explicación

---

<sup>144</sup> Cfr. l. c. p. 51 ss.

<sup>145</sup> Cfr. l. c. p. 42 ss. y 55 ss.

<sup>146</sup> Sin entrar aquí en la discusión sobre el nuevo sentido que habría que dar al “*videre causam*”, al no estar mentados explícitamente en la primera parte del canon ni el asesor ni el auditor, hay que suponer que quedan también ellos incluidos en la frase, y que la acción del juez debe especificarse por el “*cognoscere causam*”, como se deduce el último inciso del canon.

<sup>147</sup> En otro aspecto podría decirse que el patrocinar una causa se valora en relación a la coherencia interna del derecho procesal como el haber sido juez en ella.

<sup>148</sup> Cfr. arriba p. 222 s.

satisfactoria y clara de ello, de modo que sus argumentos no fueron más allá de una justificación de la excepción de sospecha contra el juez según el sistema anterior. Es inútil buscar en las fuentes legislativas y en la canonística antigua o en la doctrina actual, una justificación de esta postura extrema.<sup>149</sup> Las incongruencias de la nueva legislación que se irán notando aquí, son un indicio de que el canon del nuevo proyecto no responde a un análisis crítico y profundo de criterios, que puedan justificar su amplitud. Con estas variaciones el nuevo canon ha perdido su relación exclusiva y directa con la problemática de la incompetencia funcional para convertirse en un canon general, de determinación de incompatibilidades.

Conviene finalmente también notar que, tratándose de una ley inhabilitante, la norma incluiría como necesaria consecuencia la prohibición de ejercer el oficio de juez o, dicho de otro modo, que el juez por su inhabilidad quedará necesariamente obligado en su caso a abstenerse de juzgar.

### 3.2. LA PROHIBICIÓN

El c. 49, § 1 del esquema recoge el c. 1613, § 1 del Código de Derecho Canónico, del que sustituye el último párrafo:

*Judex cognoscendam ne suscipiat causam, in qua ratione consanguinitatis vel affinitatis in quolibet gradu lineae rectae... vel in qua aliquod ex muneribus de quibus in c. 48 egerit.*

Con el inciso último queda incluido en el canon nuevo lo que ya el Código Oriental había añadido en su c. 128, § 1 (correspondiente al c. 1613, § 1 del Código), es decir, además del abogado o procurador, el perito y el testigo, y se añaden además expresamente el promotor de justicia y el defensor del vínculo.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Problema distinto es la valoración de los actos puestos por un juez recusado legalmente por sospechoso; sobre ello cfr. Scaccia, *De Iudiciis* I cp. 101 p. 397, Frankfurt 1618. Mörsdorf apuntó sin embargo sobre ello, *Rechtsprechung und Verwaltung im kanonischen Recht*, Freiburg 1941, p. 70: "Man wird jedoch in dem Falle, dass der richter seine Befangenheit, sei es auch erst im Laufe des Prozesses, erkannt hat und nicht zurückgetreten ist, die unter seiner Leitung oder Mitwirkung getätigten Prozesshandlungen für unwirksam erklären müssen. Diese Auslegung hat den Vorzug, dass sie der im Naturrecht begründeten Forderung unbedingte Geltung sichert...".

<sup>150</sup> Pero además se incluyen también el auditor y el asesor, que habrán de ser comprendidos en la expresión "videre causam" del c. 48 del nuevo esquema.

En consecuencia, según el c. 49, § 1 del esquema, se prohíbe a quien fue abogado o procurador en una causa el que ejerza la función de juez en la misma, y así el juez deberá abstenerse de juzgar cuando en una causa que llega a su jurisdicción haya actuado anteriormente como abogado o procurador. Ahora bien, si el c. 48 del esquema se interpreta estrictamente e. d. como referido a la actuación en diversas instancias,<sup>151</sup> entonces hay que reconocer al c. 49, § 1 un ámbito más amplio que al c. 48, puesto que el c. 49, § 1 se refiere en general a la actuación previa en la causa sea en distinta o en la misma instancia. Bajo este aspecto el c. 48 estaría, pues, incluido en el c. 49, § 1. Existe sin embargo entre las prohibiciones de ambos cánones una diferencia esencial: el c. 48 es, como hemos visto, una norma inhabilitante. De ello se deduce que la prohibición del c. 49, § 1 sería inútil e ilógica en el ámbito en que ambos cánones coinciden,<sup>152</sup> por cuanto el juez a quien se dirige la prohibición del c. 49, § 1 es ya por el c. 48 un juez incapaz para juzgar. Pero además, en este supuesto de que el c. 48 se refiera a actuaciones en diversas instancias, se daría la siguiente situación jurídica paradójica: que quien fue abogado o procurador de una causa en una instancia es incapaz para ser juez de ella en otra instancia y, en consecuencia, no puede ejercer su oficio de juez y debe abstenerse por inhábil en el caso; pero quien, pendiente la instancia de una causa en la que actúa como abogado o procurador, fuera promovido juez, sería capaz para juzgarla, si bien se le prohíbe actuar y debe abstenerse de juzgar. La incongruencia no necesita comentarios.

Por otra parte, si el c. 48, a pesar de la contraposición “in uno iudicii gradu” de su primer inciso y el “postea...cognoscere” del segundo, se quiere entender en el sentido de que lógicamente también incluye la actuación en la misma instancia, entonces el último inciso del c. 49, § 1 no sólo es inútil, por ser una repetición del c. 48, sino que es equívoco, por cuanto la expresión “cognoscendam ne suscipiat causam” del c. 49 tiene en la misma frase dos sentidos completamente distintos: el de mera prohibición para la consanguinidad, afinidad, etc. y el de prohibición inhabilitante para los casos del c. 48 a que se hace referencia en el c. 49, § 1.

A pesar de todo ello, conviene sin embargo hacer una observación no deleznable. El c. 49, § 1 responde visto aisladamente al juicio de valor presente en la legislación del Código y en la doctrina común. Para

---

<sup>151</sup> Esta interpretación estricta es la que parece debe deducirse lógicamente de la contraposición: “in uno iudicii gradu” y “postea... cognoscere”.

<sup>152</sup> En nuestro caso se trataría del juez que fue abogado o procurador de la misma causa en una instancia inferior; precisamente éste es el caso más verosímil y el que motivó y mereció la intervención del legislador.

los efectos jurídicos el legislador ha equiparado también en el nuevo c. 49 la actuación como abogado o procurador en una causa a los restantes motivos tradicionales de interés en la causa. Ha seguido, pues, de algún modo la valoración tradicional de esta circunstancia como causa de sospecha, que en el Código, como novedad, llevó a la formulación de una severa aunque no inhabilitante prohibición y a la obligación subsiguiente de abstenerse. Respecto, pues, a la previa actuación como abogado o procurador en una causa el legislador ha usado en los c. 48 y 49 del nuevo esquema dos criterios de valoración completamente distintos. De aquí que se trate en unos casos de una prohibición del ejercicio de la potestad de juzgar, mientras que en otros casos no sólo afecta al ejercicio de la potestad sino a la misma capacidad para juzgar.

### 3.3. LA RECUSACIÓN DEL JUEZ

El nuevo esquema trata de la recusación del juez en los c. 50 al 52.

Lo primero que llama la atención al comparar estos cánones con los correspondientes del Código de Derecho Canónico (1614-1617) es la cuidadosa omisión de la palabra “sospecha” en todos ellos.<sup>153</sup> Otro tanto sucede con la palabra “excepción” o “excepción de sospecha”, sustituida por la palabra “recusatio” o por la expresión “quaestio recusationis”; si bien en la segunda frase el c. 50, § 4, que se refiere a la recusación del promotor de justicia, defensor del vínculo y otros ministros del Tribunal, se filtró la expresión “haec exceptio” al reproducir textualmente el inciso del c. 1614, § 4, del Código, siendo así que en el inicio del c. 50, § 4 se había sustituido la expresión “Si exceptio suspensionis” del c. 1614, § 4 por “Si recusatio”. Esta minuciosidad haría pensar que los cambios (a este respecto) se han hecho cuidadosamente y con conocimiento de causa.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> La palabra “suspicio” o “suspectus” aparece en estos cuatro cánones del Código 12 veces; en los tres cánones del nuevo esquema aparece la palabra “recusatio” y la expresión “quaestio recusationis” 10 veces. En cuanto al uso de las palabras en el derecho procesal oriental se mantiene el mismo del Código, cfr. los cánones 129-132.

<sup>154</sup> Sin embargo no todos los cambios dan esa sensación: así el c. 50 §§ 1 y 4 del esquema tienen aplicación en todas las instancias incluida la Rota; pero los §§ 2 y 3 se refieren sólo a tribunales diocesanos, sin que se concrete quién juzga la recusación de los auditores rotales. Esto es más de tener en cuenta si se considera el c. 45 del esquema, que se refiere a la Signatura Apostólica y se advierte que no se menciona la competencia de la Signatura Apostólica para juzgar la excepción de recusación contra los auditores de la Rota. Compárense también respecto a la sustitución de los recusados el § 1

Otra observación interesante es la supresión del c. 1617 del Código, que regula el tiempo en que se ha de proponer la “*exceptio suspicionis*” y en el cual se hacía referencia a la norma del c. 1628. Es de suponer que no se trata de una laguna, inconcebible por la materia a que se refiere, sino que más bien se pensó que el c. 1617 era superfluo existiendo el 1628, § 1, que en el esquema nuevo se reproduce, esta vez textualmente, en el c. 62, § 1.<sup>155</sup>

En el esquema nuevo sí se define en cambio el modo como hay que resolver la “*quaestio recusationis*”, recogiendo en el c. 52, § 1 la disciplina del c. 1616 (aquí “*exceptio suspicionis*”): la cuestión deberá resolverse “*expeditissime*”, con todo lo que esto significa respecto a la apelación.<sup>156</sup>

Una cuestión nueva que trata el mismo c. 52 en el § 2 es la referente al valor de los actos del juez recusado; problema que el Código no resolvió explícitamente al tratar de la excepción de sospecha.<sup>157</sup>

Hechas estas observaciones entremos en lo que afecta directamente a nuestro tema.

A diferencia del Código, que al hablar de la recusación del juez por sospecha en el c. 1614, § 1 no hacía ninguna referencia a los motivos de abstención enumerados en el c. 1613, § 1, el c. 50 del esquema hace expresa referencia a los dos cánones anteriores:

---

y los §§ 2 y 3 del art. 51 del esquema, teniendo en cuenta que el art. 52 en sus dos párrafos es de aplicación general. El valor distinto de las normas exige una mejor cohesión: una cosa son las normas válidas para la recusación de todos los jueces y otra la competencia para juzgar de la excepción y para la sustitución de los jueces recusados legítimamente.

<sup>155</sup> Conviene mencionar que el art. 62 § 1 del esquema habla de “*Exceptiones dilatoriae eae praesertim quae respiciunt personas et modum iudicii...*”, para las que rige la norma del Código, e. d. han de proponerse antes de la contestación de la lid, con las excepciones de si la parte desconocía la causa de recusación o si ésta se produjo después de la contestación de la lid, cfr. c. 1628 § 1. Nótese por otra parte que los cánones que regulan en el Código la excepción de competencia han sido colocados en el nuevo esquema después del c. 62.

<sup>156</sup> El que una cuestión incidental haya de resolverse “*expeditissime*” implica no sólo rapidez en la resolución, sino que conlleva el que la sentencia interlocutoria no puede ser apelada, según el c. 286 n. 5 del nuevo esquema tomado del c. 1880 n. 7 del Código. Esta disposición, que aplicada a la excepción de sospecha del Código es oportuna y equitativa, es insólita e incongruente tratándose de una cuestión de capacidad para juzgar. En efecto, fallada erróneamente, por malicia o ignorancia, la excepción, se plantea la cuestión: ¿son por ello los actos del juez incapaz válidos? No se puede fundamentar esta suplencia de capacidad en un acto injusto. Y si siguen siendo inválidos, ¿qué sentido tiene una resolución de la cuestión “*expeditissime*”?

<sup>157</sup> Cfr. nota 169.

In casibus, de quibus in c. 48 et 49, nisi iudex ipse abstineat, pars potest eum recusare.<sup>158</sup>

Al hacer referencia el c. 50 a los cc. 48 y 49, el sentido de la recusación del c. 50 queda determinado por el valor que tienen las disposiciones de dichos cánones. La palabra "recusare" tiene por consiguiente un doble significado:

a) en los casos enumerados en el c. 48, entre los cuales se incluye la actuación en una instancia previa de la causa como abogado o procurador, se recusa a un juez que según la disposición legal no puede juzgar válidamente, es decir, que se le recusa porque es incapaz o inhábil para juzgar en el caso. Con ello concuerda el c. 52, § 2, según el cual los actos puestos por el juez aún antes de la recusación han de ser tenidos por inválidos.<sup>159</sup> Evidentemente esta recusación no se puede identificar con la excepción de sospecha.<sup>160</sup> Más bien se trata de una excepción de inhabilidad. Ahora bien, ¿qué transcendencia jurídica tiene ello en el nuevo esquema? El significado "non potest valide cognoscere" quiere decir en toda lógica que la sentencia de tal juez no es válida. Ello reporta que no es aplicable a la sentencia el c. 276 del nuevo esquema, según el cual se subsanan los actos nulos conocidos y no denunciados antes de la sentencia, puesto que si la sentencia misma fuera válida se daría una contradicción palpable con el "non potest valide cognoscere".<sup>161</sup>

¿Esta nulidad de la sentencia habrá que calificarla como sanable o como insanable? Según el c. 277, n. 1 del nuevo esquema la nulidad de una sentencia es insanable cuando "lata est ab eo qui caret potestate iudicandi in tribunali in quo causa tractata est". Una interpretación lata (entiéndase bien: lata, no extensiva) de esta norma nos llevaría a

---

<sup>158</sup> La redacción parece indicar que el legislador enumera taxativamente los casos en que puede ser recusado el juez. Nótese sin embargo que los conceptos: "intimae vitae consuetudo, magna simultas, lucrum faciendum vel damnum vitandum" son conceptos generales, que necesitan concreción, a diferencia de los casos enumerados anteriormente y de los incluidos en la referencia a los oficios ejercidos en el tribunal.

<sup>159</sup> La disposición segunda del c. 52 § 2 del esquema, sobre los actos realizados por el juez después de elevada la recusación no tienen, como se comprende, aplicación en tales casos.

<sup>160</sup> Cfr. Weier, l. c.; Roberti, l. c. n. 173 p. 427; Lega-Bartocchetti, l. c. I p. 223 ss.; Eichmann-Mörsdorf, Kirchenrecht I, Paderborn 1960<sup>o</sup>, p. 71 s.; Wernz-Vidal, l. c. VI n. 147 ss. p. 127 ss.

<sup>161</sup> Lógicamente esta observación vale tanto si se conoce la nulidad y no se hace valer, como si se llega a la sentencia por inadvertencia del juez y de las partes litigantes.

concluir sin dificultad que la nulidad es insanable en los casos del c. 48, y en consecuencia que esta nulidad podría oponerse siempre como acción ante el juez que la dio, o como excepción.<sup>162</sup> Y adviértase el agravante de que estamos ante una nulidad, de la que el juez es culpable sin excusa, puesto que la causa de la nulidad se funda en un hecho propio como es el haber ejercido en la causa una de las funciones enumeradas en el c. 48. Por el hecho, pues (entre otros), de haber actuado el juez como abogado o procurador en una instancia inferior, cualquier sentencia carecería totalmente de valor y eficacia incluso en el caso en que las partes no hubieran tenido inconveniente en que juzgara tal juez.<sup>163</sup>

Si se impugna esta interpretación del c. 277 del esquema, no por ello las consecuencias son menos graves. Puesto que si la nulidad de la sentencia es sanable (cualquiera que sea el capítulo que se invoque),<sup>164</sup> la sentencia podría ser impugnada hasta tres meses después de la notificación de la misma. En tal caso la sentencia habrá de ser declarada nula, así como todo el proceso, recayendo la culpabilidad fundamental de la nulidad siempre sobre el juez.

Estas consecuencias nos parecen excesivas y nos atrevemos a dudar que ésta haya sido la mente del legislador. Muy especialmente si se tiene en cuenta la recta política legislativa del nuevo esquema de reducir, especificar y agravar las causas de nulidad de sentencia tanto insanables como sanables.<sup>165</sup> El dar al haber actuado previamente como abogado o procurador en la causa una tal transcendencia está desprovisto de suficiente fundamento, como testimonia la evolución histórica del problema. Más bien creemos que aquí se ha producido alguna confusión, resultado de simplificaciones y cambios no bien coordinados.

b) La recusación en cambio por los motivos expresamente y directamente enumerados en el c. 49, se refiere al rechazo de un juez que actúa ilegítimamente al aceptar una causa que no debe aceptar.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> Cfr. c. 278 del nuevo esquema, compárese el c. 1893 del Código.

<sup>163</sup> Según el c. 50 § 1 del esquema la parte "potest", no tiene por tanto ninguna obligación de recusar. La obligación recae directamente sobre el juez por su incapacidad, él debe abstenerse de juzgar, así se deduce del "nisi iudex ipse absteat" comparado con el c. 48. Por eso el principal responsable de la nulidad de la sentencia y de todo el proceso será el juez.

<sup>164</sup> De la nulidad sanable de la sentencia trata el c. 279 del nuevo esquema: podría aplicarse en nuestro caso el n. 1 y quizá también el n. 6, pero este problema es indiferente para la cuestión que aquí tratamos.

<sup>165</sup> A este respecto véanse el c. 276 y siguientes del nuevo esquema.

<sup>166</sup> Nótese sin embargo que el c. 49 § 1 hace en su último inciso referencia e incluye los casos del c. 48. En consecuencia estarían estos casos incluidos en

El c. 49 nos ofrece antes del último inciso el fundamento de la prohibición para estos casos enunciados en él:

...in qua ratione consanguinitatis vel affinitatis in quolibet gradu lineae rectae et in secundo, tertio et quarto gradu lineae collateralis vel ratione tutelae et curatellae, intimae vitae consuetudinis, magnae simultatis vel lucri faciendi aut damni vitandi *aliquid ipsius intersit...*

Es decir en tales casos el legislador presume como existente un interés en la causa, o lo que es lo mismo, reconoce como fundada la sospecha o el temor de parcialidad del juez. De ello se deduce que el motivo último de la recusación en estos casos será el temor o la sospecha de parcialidad del juez. El litigante, sin embargo, no tendrá por qué demostrar esa parcialidad o la objetividad del temor, sino tan sólo la existencia de tales circunstancias, puesto que la parcialidad queda legalmente presumida por el legislador. Si en el nuevo esquema, como en el Código, el motivo último de la recusación es la sospecha o temor de parcialidad, la causa de recusación con todo no es aquí la sospecha o temor de parcialidad, sino el que el juez tenga prohibida toda actuación porque la ley lo da por sospechoso.

Prácticamente la “recusatio” del c. 50 en los casos enunciados expresamente en el c. 49 es como la excepción de sospecha del Código

---

la referencia que hace el c. 50 al c. 49. A pesar de ello el c. 50 hace también referencia expresa al c. 48. Esto indica, que para el legislador no era suficiente la referencia al c. 49, y es lógico dado el carácter inhabilitante del c. 48. Sería incongruente aplicar en tal caso la excepción de sospecha del Código; de aquí la referencia al c. 48 y la excepción sobre la validez de los actos puestos por el juez recusado legítimamente hecha en el c. 52 § 2. Estas dos disposiciones del nuevo esquema son coherentes, pero importan dos graves consecuencias: que con la palabra “recusare” del c. 50 § 1 se expresan a la vez dos conceptos esencialmente distintos, y que la recusación del juez en el nuevo esquema es un instituto jurídico distinto, que no debe confundirse con la “recusatio” o “exceptio suspicionis” de los cc. 1614 y siguientes del Código. Ésta sin embargo, como instituto jurídico claramente definido, persiste enmarcada en el de la recusación, cuyas distintas modalidades son tratadas en el nuevo esquema sin la debida diferenciación. Por otra parte todo ello confirma que la expresión “cognoscendam ne suscipiat causam” del c. 49 tiene también (a diferencia del c. 1613 § 1) dos sentidos esencialmente distintos, según se refiera al primer o al segundo inciso del mismo canon. No estará de más observar que la novedad de enfoque y solución, y la falta de claridad de la nueva legislación ha sido provocada por la equiparación de la función del juez y otros oficios en el proceso, que el nuevo esquema introdujo al reelaborar el c. 1571 del Código; si ahí radica, la rectitud y justificación de este nuevo enfoque y de la normativa concreta de la recusación del juez dependerá también de la justeza y rectitud de esa equiparación.

con una enumeración taxativa de las causas de recusación (sospecha). Si el juez no se abstiene y las partes consienten en él, toda la actuación del juez es legítima. Las partes tienen un tiempo para presentar la excepción de recusación y pueden renunciar a ella; esta renuncia se presume en general cuando las partes no elevan la excepción de recusación a su tiempo.

En consecuencia, la sentencia del juez será en tal caso válida. La excepción de recusación además ha de resolverse “expeditissime”, de lo que se deduce que la resolución sobre el incidente no es apelable. De aquí que resuelta a favor del juez la excepción, el juez procederá en cualquier caso válidamente. Como novedad, el nuevo esquema especifica el valor de los actos puestos por el juez recusado por sospechoso.<sup>167</sup>

Todo ello sin embargo no es aplicable por lo dicho anteriormente al caso del abogado o procurador, como lo era en el Código, ni al testigo o perito, como lo era en el Código Oriental, y esto a pesar de que en el c. 49 del nuevo esquema estas causas van unidas a las causas de recusación mentadas anteriormente con la partícula “vel”, como lo estaban en el c. 1613, § 1 del Código y el c. 128, § 1 del Código Oriental.

#### IV. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL TEMA

##### 4.1. OBSERVACIONES SOBRE LOS OFICIOS DE ABOGADO Y PROCURADOR

El abogado y el procurador toman sobre sí el representar y defender los intereses de una parte en el proceso. El procurador representa y sustituye a la parte en virtud del poder otorgado por la persona representada, y normalmente por el contrato de mandato procuratorio para actuar en su nombre en el juicio.<sup>168</sup> Se caracteriza y se especifica en su función no tanto, pues, por una iniciativa y toma de postura personal sobre el contenido de litigio, como por las obligaciones del contrato (y mandato) de representación en el proceso.

La función de abogado es distinta; el abogado acepta libremente la carga de ayudar y defender en juicio a una parte, tomando partido directo en la consecución o defensa del interés en litigio de la parte a quien asesora. Ambas funciones exigen que cada uno —abogado y pro-

---

<sup>167</sup> Cfr. c. 52 § 2 del nuevo esquema: “Actus positi a iudice, cuius recusatio admissa est, valida sunt, praeter casus de quibus in c. 48; qui autem positi sunt post positam recusatorem, rescindi debent, si pars petat intra decem dies ab admissa recusatone”.

<sup>168</sup> Cfr. c. 1659 ss.

curador— en su ámbito de actuación defiendan con todos los medios justos la causa cuya representación aceptaron, tutelén los derechos de la parte a quien prestan sus servicios y consigan una decisión favorable a sus pretensiones.<sup>169</sup> Para el recto ejercicio de esa tarea les será necesario, sobre todo al abogado, recoger y valorar todo tipo de información sobre hechos e intenciones de sus representados, lo que llevará a éstos por lo común a manifestaciones confidenciales.

El abogado, enseñaba ya Benedicto XII, debe antes de tomar la defensa de una causa examinar diligentemente el derecho del cliente y los fundamentos y las pruebas de que dispone y puede disponer para su defensa. Si después de este examen encontrara la causa razonable y justa podrá tomarla y apoyarla con su patrocinio; pero si la encuentra injusta e ímproba no la tome y aconseje a la parte que abandone la causa y no se cargue a sí misma, ni veje a la parte contraria con afanes y expensas.<sup>170</sup>

Una vez aceptada la representación y sobre todo la defensa, el abogado y el procurador han dejado de ser, en razón de su función, procesalmente indiferentes al litigio.<sup>171</sup> La defensa y representación de una parte conllevan una determinada postura en el proceso, que está en favor de los derechos del representado o de sus pretensiones puestas en tela de juicio. Esto abre indiscutiblemente un interrogante en el supuesto de que quien fue abogado o procurador fuera promovido al ejercicio de la jurisdicción, al oficio de juez.

Desde dos perspectivas convergentes puede considerarse este hecho o situación:

---

<sup>169</sup> Ambas funciones no se oponen sino complementan, por ello en los tribunales eclesiásticos pueden ejercerse a la vez. c. 1656 § 4.

<sup>170</sup> Benedicto XII, Constitución "Decens" del 27 de octubre de 1340, cfr. Tangl, *Die päpstlichen Kanzleiordnungen von 1200 bis 1500*, p. 118 ss. (Innsbruck 1894): § 16. "Rursus quilibet advocatus, antequam causam proponendam et dirigendam suscipiat, factum clientuli, cuius erit negotium cum ipso principali si poterit vel cum procuratore seu promotore causae ipsius, et quae monimenta qualesque probationes super dicto negotio clientulus habeat vel habere poterit examinet diligenter; et si ex informatione huiusmodi reperiat iustam, rationabilem et probabilem eius causam, quam informationem ad cautelam in scriptis redactam sibi faciat exhiberi, eam assumere poterit suo patrocinio adiuvandam". § 17. "Si vero iniustam et improbam ex dicta informatione repererit, eam non assumat, sed a patrocinio suo repellat partique repulsae consulat, quod dictam causam dimitat nec in prosecutione ipsius se et alteram partem vexet et laboribus et expensis."

<sup>171</sup> Decía ya el Panormitano l. c. II P. III a X 2 28 36 p. 125: "Item est affectus ad illam causam ratione advocacionis susceptae, nam is qui in causa consulit potest recusari ut suspectus si deputatur iudex".

a) *Exclusivamente desde un punto de vista de la sospecha o temor de la parcialidad de las partes*

El abogado y el procurador, que han actuado en una causa, han representado y defendido de hecho como justos los intereses de una de las partes. Este hecho tiene un peso moral, que amenaza la confianza de las partes en su imparcialidad, si tuviera que actuar como juez de la misma causa, quien ya actuó como abogado o procurador. En cierto modo sería en efecto contradecirse a sí mismo, si fallaran como justo lo que defendieron como injusto,<sup>172</sup> y a ello se une la satisfacción natural de ver confirmado por sentencia judicial el juicio valorativo de hechos y argumentos, que emitieron como representantes de una parte.<sup>173</sup> Estos dos capítulos justifican el temor de que la búsqueda y visión de la verdad y justicia, que se pretende encontrar en el juicio, esté en ellos perturbada por falta de objetividad. De ahí que sea lógico y atendible el que la parte litigante, que vio atacados anteriormente sus intereses por quien va ahora a ser su juez, sobre todo si actuó en la causa como abogado, lo rechace y se cuestione la imparcialidad de la sentencia de quien tiene comprometido su prestigio e inclinado el ánimo hacia una solución concreta del litigio. Con gran facilidad, además, puede surgir aquí la apariencia y lanzarse contra el juez el reproche de corrupción.<sup>174</sup> Por otra parte también el litigante, que fue patrocinado por el que ahora va a ser juez, puede albergar serias preocupaciones contra su objetividad por razón de las informaciones confidenciales que quizá en su tiempo hizo; ciertamente el juez no debe ir más allá de las peticiones de las partes y ha de extraer para dar sentencia sus argumentos “ex actis et probatis”, pero las noticias dadas confidencialmente pueden tener importancia decisiva en la valoración de pruebas e indicios.<sup>175</sup>

<sup>172</sup> Cfr. Wiestner, arriba p. 208; Schmalzgrueber arriba p. 209 nota 61.

<sup>173</sup> Lega-Bartocetti, l. c. p. 220: “Satisfactionem moralem magis quam veritatem quaerere videri potest iudex in causa, in qua antea advocatum vel procuratorem egerit”, cfr. también l. c. p. 20: “Moralem satisfactionem quam retrahere potest iudex ex causae exitu”.

<sup>174</sup> Cfr. Hostiensis, *Summa*, p. 133: “Haberent enim tales de facili nomen corrupti iudicis”.

<sup>175</sup> Cfr. Juan Andrés, *Novella Comentaria* II a X 2 28 36 p. 260 vrs.: “Etiam meum advocatum recusare possum in iudicem propter secreta causae, quae sibi revelavi”. En contra la Glosa l. c. a X 2 20 40 v. “recusantes”: “Sed si ei revelavi secreta causae meae non sufficit ad removendum eum: quia non debet iudicare secundum conscientiam, se secundum allegata”; Petra, l. c. IV p. 55 n. 48, opinó en general, que una parte no podía recusar al juez que fue anteriormente su abogado. Contra la glosa observó expresamente el Archidiácono en una anotación a Juan Andrés, l. c. a X 2 20 40 p. 148 vrs.: “Et quod dicit hic glosa, quod si pandidi secreta mea advocato, quod non

Y sin embargo todo esto afecta en sí considerado exclusivamente a un interés privado de las partes. De modo que si a pesar de ello las partes no tuvieran inconveniente alguno de ser juzgadas por tal juez, ni albergaran ninguna sospecha contra él, a nadie se haría injuria y los reparos apuntados carecerían de transcendencia jurídica. Este es un aspecto a tener en cuenta en el problema de las causas de sospecha y del mismo derecho de recusar al juez: las causas de sospecha en tanto lo son de *hecho*, en cuanto la provocan en las partes, las cuales aun conociendo la existencia de tales circunstancias (y su valoración legal) pueden hacer caso omiso de ellas y renunciar a recusar al juez, sin que ello importe injuria a un tercero, ni suponga una incitación a pronunciar una sentencia injusta.<sup>176</sup>

Esto explica que tratándose de la excepción de sospecha, el legislador haya dejado y deje la iniciativa a las partes, quedando la eficacia jurídica e incluso la valoración legal de las causas de recusación anulada, cuando el litigante, a quien corresponda, no crea necesario o no quiera hacer uso de su derecho a recusar.

#### b) *Desde el punto de vista institucional*

El derecho exige del juez una despreocupación de ánimo y un máximo de libertad de toda influencia sobre el litigio.<sup>177</sup>

Por otra parte la función de abogado o la de procurador garantizan el mejor funcionamiento de los juicios y la correcta defensa judicial de las partes. La ética profesional y el derecho exigen a su vez al abogado y al procurador lealtad a su función y seriedad en el ejercicio de su misión.<sup>178</sup> El recto ejercicio de tales funciones, y sobre todo la de abogado, lleva consigo un conocimiento profesional de la causa y la valoración crítica de los hechos y del derecho en cuanto favorece a los intereses del representado. La función es, pues, de hecho una toma de postura en favor de los intereses de la parte a que representan. Esta postura concreta es consecuencia de que el abogado y el procurador adoptan una actitud unilateral ante la causa por razón de su función; ellos no son el juez. Ahora bien, actuar como juez cambia esencialmente la situación, puesto que se trata de una responsabilidad de orden supe-

---

sufficit ad eum removendum, dic verum si pandidi nec ipse suam intentionem dixit; alias, quia non de facili opinio mutaret, hinc debet removeri".

<sup>176</sup> El hacer caso omiso de la latente sospecha y la renuncia a una recusación pueden ser una prueba de confianza en la justicia del juez, o un equilibrio de los propios intereses.

<sup>177</sup> Cfr. Mörsdorf, *Rechtsprechung und Verwaltung im kanonischen Recht*, Freiburg 1941, p. 70 s.

<sup>178</sup> Cfr. los cc. 1665, 1666.

rior y público sin la dependencia de tener que defender unos determinados intereses. De ello es particularmente consciente el profesional del foro. De aquí que si la situación ante la causa es esencialmente distinta, también lo sea necesariamente la actitud ante la nueva responsabilidad. Este cambio esencial incide en la raíz misma de la actitud unilateral característica de la función de abogado o procurador. La misma honradez y responsabilidad que se supone en el abogado y en el procurador para el recto ejercicio de sus funciones, se ha de presumir en el juez para el ejercicio de las suyas. Desde una consideración de las funciones los intereses que manan del ejercicio de una función quedan de algún modo equilibrados por los intereses, que exige defender la otra. A pesar de todo, pues, no se puede concluir de un modo absoluto y apodíctico que el haber actuado anteriormente en una causa como abogado o procurador conlleve *necesariamente* parcialidad o falta total de garantías de imparcialidad en su actuación como juez. Y ello tanto menos, cuanto mayor haya sido la conciencia de responsabilidad en el ejercicio de su función como defensor.<sup>179</sup>

Sin embargo tampoco se puede ignorar o minusvalorar la existencia de un cualificado conocimiento de la causa, ni el hecho de la defensa en juicio de una postura, previos al contacto que se va a tener con la causa como juez. Este estrecho y específico contacto con el litigio afectan indiscutiblemente el problema de la imparcialidad del juez. De la función surge la preocupación por su falta de objetividad, que no se funda en la relación personal, que han tenido con uno de los litigantes, sino de la relación con el objeto del proceso, nacida precisamente de su actividad en el juicio.<sup>180</sup> Si de ello, decíamos, no se puede concluir inconcusamente una falta de capacidad personal para fallar imparcialmente el litigio, también es cierto que la actuación como abogado en una causa reporte una perturbación de la actitud libre de toda preocupación, que el juez debe tener ante una causa.

Ahora bien, si la sospecha, presunción o temor de parcialidad tiene su origen y es consecuencia del ejercicio de una función en el juicio, el problema deja de ser mero problema de preocupación de las partes, excediendo el ámbito privado. La función es y representa en efecto lo que el mismo derecho determina que es; de aquí que si de la misma función surge o puede surgir un temor o presunción de parcialidad del juez, el problema incida en la misma estructura y cohesión del derecho

---

<sup>179</sup> Una prueba de ello es que con frecuencia las partes de común acuerdo confían al abogado de una de ellas la solución pacífica del problema litigioso.

<sup>180</sup> Así dirá Panormitano, l. c., que el juez es entonces sospechoso: "Quia jam manifestavit animum suum".

procesal, lo que no podrá ser indiferente al legislador, so pena de caer en incongruencias internas. Este es evidentemente nuestro caso. Contra la presunción fundamental y originaria de la imparcialidad de todo juez surge una justa sospecha o presunción de imparcialidad derivada lógicamente del mismo ejercicio de la función como abogado o procurador en la causa.<sup>181</sup>

Si todo el Derecho Procesal debe estar presidido e informado por la norma príncipe de la imparcialidad del juez, la actitud del legislador ante la presunción contraria surgida de una función en el proceso, regulada por él, está condicionada, para ser congruente, no sólo por el problema que plantea cualquier causa justa de sospecha,<sup>182</sup> sino además por el grado de incoherencia que el ejercicio de las funciones conlleva.<sup>183</sup> Esto supuesto, se plantea entonces el problema de calibrar si la índole y características de la función de abogado o procurador entrañan una incompatibilidad absoluta o no respecto al ejercicio de la función de juez, y en todo caso ponderar, atendidos tanto los intereses privados como públicos que están en juego, cual sea la opción política procesal más oportuna para regular la presunción de sospecha surgida concretamente de la función de abogado o procurador.

## 4.2. CARACTERÍSTICAS Y PUNTUALIZACIONES

### 4.2.1. *Características*

La previa actuación en la causa como abogado o procurador como causa de sospecha reconocida en el s. 1613, § 1 se caracteriza en primer lugar por ser una circunstancia específica y concreta. En este sentido coincide con otras causas de sospecha reconocidas por el derecho, como son: la tutela y curatela, la consanguinidad y afinidad en los grados establecidos en la ley, el haber actuado en la causa como testigo o perito,

---

<sup>181</sup> De ello se infiere, que el problema de la posible actuación como juez en una causa de quien fue anteriormente abogado o procurador de una de las partes en la misma, afecta de alguna manera a la coherencia interna del orden constitucional procesal.

<sup>182</sup> La sospecha o temor de parcialidad, cuya causa nada tiene que ver con una intervención en el proceso, interesa al legislador en tanto en cuanto pueda existir y exista en los litigantes, y en tanto en cuanto les pueda interesar hacerla valer de hecho.

<sup>183</sup> Naturalmente, esta cuestión se plantea en todas las causas de sospecha procedentes de una actuación previa en el proceso. Las características de la función ejercida serán una de las determinantes de la recta política procesal en la regulación de la tensión.

o el haber sido juez en una instancia inferior. Por otra parte se diferencia de aquellas causas de sospecha también reconocidas, que son de carácter general e indefinido, como son: la amistad, la enemistad, el lucro o daño indirecto.

En segundo lugar se caracteriza porque se trata precisamente de una actuación en el proceso. En este sentido se diferencia de todas aquellas causas de sospecha que surgen de una relación del juez con las partes litigantes o con los intereses en litigio. Por ello mismo coincide con otras actuaciones en el proceso, que pueden engendrar sospecha o parcialidad, como pueden ser: el ser parte en la causa, el haber juzgado en una instancia inferior, el haber actuado como inquisidor en un proceso criminal o el haber actuado en la causa como promotor de justicia, defensor del vínculo, testigo, perito o consejero.

La coincidencia con las causas mencionadas en último lugar no quiere decir que todas estas causas tengan la misma importancia. Más bien indica solamente que la ocasión material del origen de la sospecha es común. La relevancia como causa de sospecha no depende sin embargo de su origen ocasional. La importancia dependerá de la incidencia que cada una de tales actuaciones tenga o puede tener en el ánimo del juez y esto vendrá determinado por la importancia y características del ejercicio de cada una de las funciones en el juicio.<sup>184</sup> Y así es muy diferente en relación a la función de juzgar el ser parte en la causa o el haber actuado como procurador en nombre de una parte; lo mismo que el haber actuado como juez en una instancia tiene una importancia mayor que el haber actuado como perito o consejero de una de las partes. Existe, pues, una graduación evidente en la influencia que las distintas actuaciones en el proceso pueden tener en el ánimo del juez y consecuentemente en la presunción o temor de parcialidad que de ahí pueden surgir. Refiriéndonos a nuestro caso, es mayor la presunción de parcialidad contra un juez que actuó como juez en una instancia inferior, que si actuó en ella como abogado, mientras que reporta menor temor de parcialidad el que un juez haya actuado como testigo "ex auditu" o como procurador, que el haber actuado como abogado en la causa.

Si el legislador tiene que proveer los medios procesales idóneos para eliminar todo temor razonable de parcialidad, con el fin de que los juicios procedan sin sospecha, estos medios deberán ser proporcionados a las causas que provocan la sospecha, sin romper el equilibrio entre la importancia e implicaciones de la causa de sospecha y la eficacia del remedio.

---

<sup>184</sup> El punto de referencia es la función del juez y las exigencias que se derivan de la función de juzgar.

#### 4.2.2. *Puntualizaciones*

La relación entre la actividad como juez y abogado o procurador presenta distintos aspectos, que fueron apareciendo a lo largo de la evolución de la doctrina y de la normativa anteriormente expuesta y que vamos a constatar y precisar aquí:

—Actuación simultánea en una causa como abogado o procurador y juez, e.d. juez y abogado o procurador de una causa en la misma instancia.

—Actuación sucesiva como abogado o procurador y juez en la misma causa, pero en sucesivas instancias.

—Ejercicio simultáneo del oficio de juez y el de abogado o procurador en general e. d. en distintas causas y en el mismo o en distintos tribunales.

—Ejercicio sucesivo de la profesión de abogado o procurador y del oficio de juez en general.<sup>185</sup>

Evidentemente la problemática que se oculta tras cada uno de estos supuestos es netamente diversa, a pesar de estar todos ellos enmarcados en un contexto común. La historia que hemos recorrido en la primera parte de este trabajo, nos previene de emitir un juicio ligero e indiferenciado.

#### 4.3. LAS POSIBILIDADES TÉCNICAS

La imparcialidad constituye una de las columnas, en que por la misma naturaleza de las cosas se basa el ejercicio del poder judicial.

Ante todo no se puede perder de vista una distinción con frecuencia poco considerada. Una cosa es la parcialidad y otra la sospecha, temor o presunción de parcialidad del juez. La parcialidad implica una actitud expresa y manifiesta del juez directamente en favor de los intereses

---

<sup>185</sup> La posibilidad de que quien fue juez pudiera actuar como abogado o procurador, habiendo cesado en el oficio de juez, apenas tuvo consideración en la doctrina. Apareció como problema en la petición de los obispos de la región de Lyon (cfr. p. 230), y recibió una respuesta amplia, con la sola limitación, de que no actuaran en causas en las que hubieran actuado como jueces. Esto justifica que no lo tratemos ya específicamente aquí. Otros aspectos como pueden ser el parentesco o amistad del juez con un abogado o procurador, o el evitar toda recomendación por parte del juez de defensores concretos, no aportan ningún dato nuevo al tema y pertenecen más propiamente a otro capítulo de sospecha contra el juez.

de una de las partes del juicio, al margen de la valoración judicial de la causa y previa a la decisión judicial de la misma. Esta actitud se da eminentemente cuando el juez actúa en causa propia, por cuanto la contradicción necesaria para la existencia del litigio entrafía y conlleva una postura concreta respecto a las pretensiones discutidas en el juicio, sin cuya contradicción la controversia judicial no se produce y sin la convicción de la justicia de las cuales el juicio sería una iniquidad.<sup>186</sup>

Que esta situación de imparcialidad exige la inhabilidad de tal persona para juzgar es obvio. El principio de la imparcialidad junto con la independencia son esenciales al ejercicio del poder judicial,<sup>187</sup> sin las cuales el sistema procesal se desnaturaliza y carece de sentido. Que el juez estrictamente parcial es inhábil para juzgar no merece, pues, mayor aclaración. Aunque el abogado y el procurador estrictamente no son las partes del proceso, sí en cambio hacen sus veces y representan a estas y sus intereses, cada uno según su función, mientras actúan en la causa. En razón de esta asimilación procesal la actuación simultánea como juez y abogado o procurador en la misma instancia de una causa merece una consideración semejante, de modo que el ser juez de la causa excluye la actuación como abogado en la misma instancia, y la actuación como abogado en una causa inhabilita para actuar como juez en ella simultáneamente.

De la situación de parcialidad se distingue radicalmente la situación de temor o sospecha de parcialidad. El temor y sospecha no afirman directamente la imparcialidad, sino son una presunción personal contra la imparcialidad, que debe informar la actuación de un juez. Esta sospecha puede adquirir el carácter, y de ordinario se presenta así en los ordenamientos jurídicos, de una presunción legal basada en circunstancias, que según la sana experiencia humana ponen en tela de juicio la necesaria ecuanimidad o las garantías de imparcialidad que exige la función de juzgar. No se trata, pues, aquí de la constatación de una manifiesta y expresa actitud del juez directamente en favor de los intereses de una parte, al margen de la valoración procesal de la causa, sino de la constatación de una posible y si se quiere probable valoración parcial del litigio por parte del juez. No se constata un hecho, sino una posibilidad.

Algunas de las circunstancias que engendran la sospecha, o en que se basa la presunción de parcialidad, pueden llegar a provocar una sos-

---

<sup>186</sup> No es éste, sin embargo, el único caso en que se puede hablar de estricta parcialidad del juez; lo serán también la declaración expresa del juez de perjudicar a una de las partes o la corrupción demostrada del juez.

<sup>187</sup> Cfr. Mörsdorf, I. c. p. 70.

pecha gravísima. Como ejemplo de ello sirva la circunstancia de haber sido juez y dado sentencia en una instancia inferior de la causa, por todo lo que supone el pronunciamiento del juez y el sentido de la apelación.<sup>188</sup>

Pero no todas las causas engendran una presunción de parcialidad, como la que se deriva de esta situación. Las causas, generales unas, concretas otras, son además como motivos de sospecha o base de presunción de distinta intensidad.

Para defender la imparcialidad de los juicios ante la existencia de algunas de estas circunstancias justificantes de la presunción o sospecha contra el juez el legislador puede adoptar distintas medidas:

#### 4.3.1. *Inhabilitación del juez para juzgar*

Esta solución importa lógicamente la nulidad insanable de la sentencia dada por tal juez. Un ejemplo de ello lo tenemos en el c. 515 del Derecho Procesal Oriental, en relación al instructor de la inquisición para un proceso criminal.<sup>189</sup>

La incapacidad del juez es una solución simple y aparentemente la más eficaz. Esta simplicidad y esta eficacia, sin embargo, desfiguran la complejidad real de la vida jurídica. En efecto, la incapacitación del juez, por las graves consecuencias que conlleva, exige una delimitación clara de las causas de incapacidad, a fin de evitar toda inseguridad jurídica. Esto no es sin embargo fácil en relación a las causas de sospecha, contra el juez, dada la indeterminación de algunos capítulos de sospecha, como son la amistad, la enemistad, el interés indirecto en la causa.<sup>190</sup> Por otra parte una equiparación en la valoración de los efectos jurídicos de todas las causas que pueden legitimar una sospecha de imparcialidad del juez es incongruente y está en clara oposición con

---

<sup>188</sup> El juez elaboró su dictamen en concreto sobre el objeto de la lid a la vista de las pruebas y en su sentencia tomó con la máxima responsabilidad personal y pública postura sobre él. Además, la apelación supone una revisión del juicio anterior, de aquí que la actuación del mismo juez en la apelación se aproxima en suma grado a una actuación en causa propia; por ello la actuación de una misma persona como juez en sucesivas instancias de una misma causa desnaturaliza el sentido mismo de la apelación.

<sup>189</sup> Cfr. sobre ello I. Pérez de Heredia, "Inquisidor y juez", *Anales Valencinos* 1 (1975) 259-276.

<sup>190</sup> En estos casos se haría necesaria una delimitación clara de los conceptos, con una enumeración taxativa de los casos en que ante la ley la amistad, enemistad o el interés indirecto constituyen inhabilitación para juzgar, del mismo modo como se delimitan los grados de la consanguinidad o afinidad, dentro de los cuales se considera relevante respecto a la imparcialidad del juez la relación familiar. La dificultad de ello, sin embargo, a nadie se oculta.

la experiencia histórica. Y esto porque no es necesario llegar a la inhabilidad en todos los casos, en que teóricamente se podría ponderar, que una preocupación de parcialidad del juez es posible y racionalmente atendible, para que el problema de la defensa contra la posible parcialidad de un juez esté equilibradamente resuelto en un ordenamiento jurídico. El hecho generalizado de la existencia de la recusación por parcialidad en los derechos procesales lo evidencia. Esta solución sería sin embargo oportuna cuando se trata de incompatibilidad absoluta de funciones; pero esta incompatibilidad de funciones no podrá tener como fundamento el mero hecho del temor o presunción de sospecha.

#### 4.3.2. *La prohibición de ejercer el poder judicial (sin sanción de nulidad o inhabilidad del juez)*

La consecuencia de tal normativa es la obligación del juez de abstenerse de juzgar en la causa. Una disposición de esta índole es la del c. 1613, § 1. El cumplimiento de la ley podría estar garantizado por sanciones disciplinarias contra el juez que hiciera caso omiso de la prohibición. Pero la verdadera defensa del bien que se pretende proteger consistirá en el derecho correspondiente de la parte interesada a oponerse eficazmente a la actuación de un juez que intentara transgredir tal disposición y en la sanción de nulidad o posibilidad de rescindir todos los actos del juez en cuanto la parte exigiera el cumplimiento de la ley.

Como solución general también en esta medida se presentan las dificultades de especificación y consiguiente limitación de las causas indeterminadas, y la excesiva unificación.

Ciertamente el legislador puede tipificar en una enumeración taxativa estas causas generales; pero necesariamente quedarán en tal caso fuera de consideración circunstancias y casos tan atendibles como los especificados por la ley. Esta dificultad sólo se puede obviar, conjugando con una norma general la posibilidad de la excepción por una causa justa de recusación. Y esto es lo que explica que el sistema del Código, que introdujo la prohibición y que en la enumeración de los casos incluyó causas generales sin tipificar, mantuviera también la excepción de sospecha.

Esta posibilidad se ofrece sin embargo como oportuna para aquellas causas de sospecha reconocidas comúnmente como legítimas y que son especificables, sobre todo si surgen del ejercicio de una función en el proceso. Con tal prohibición, en efecto, se evita por un lado la necesidad de la cuestión incidental de la recusación, que con gran probabilidad se va a provocar en tales casos. Por otro lado el ordenamiento jurídico da con ello al mismo tiempo una muestra de equilibrio entre su preocu-

pación por la imparcialidad del juez y el sentido y valor de una presunción de sospecha reconocida por él mismo.

#### 4.3.3. *El derecho a recusar al juez sospechoso*

La iniciativa en este caso se deja al arbitrio o interés de las partes, sin que el juez, aun sabedor de que contra él se puede elevar la excepción de sospecha, tenga la obligación de tomar alguna iniciativa a este respecto. De este modo si el litigante, a pesar de la existencia de una causa, no alberga ninguna sospecha o no quiere hacer uso de su derecho, prevalece la presunción general de imparcialidad del juez y la causa de sospecha pierde toda su eficacia. Elevada sin embargo la excepción de sospecha, el valor de la actuación del juez dependerá de la resolución sobre la legitimidad o no de la sospecha.

Este fue prácticamente el sistema del derecho decretal.<sup>191</sup> La posibilidad de las partes de recusar al juez puede estar completada por la posibilidad o derecho del juez a abstenerse, siempre que se dé a su entender una causa legítima de recusación, de manera que en tal caso su abstención no se pueda tachar de negligencia en su obligación de juzgar.

Evidentemente esta es la solución más amplia. No necesita especificación de las causas, siendo suficiente una orientación o enumeración de causas generales de sospecha o recusación. Precisamente por esto es el medio apropiado para que queden recogidas todas aquellas causas difíciles de especificar o imprevisibles, y aquellas que, dentro de su virtualidad como causas de sospecha, son sin embargo de menor importancia.

Es un medio además que fomenta la intervención e interés de las partes por la marcha del proceso.

Sin embargo esta solución exige un control y comprobación de la causa, e. d., conlleva siempre y para todos los casos, aun los más evidentes, una cuestión incidental.

Como solución única y exclusiva desatiende la distinta gravedad y trascendencia de las diversas causas, tanto en sí, como en su relación con la coherencia interna del derecho procesal. Asentada y supuesta la presunción general de la imparcialidad del juez, el legislador admite la posibilidad de una parcialidad y crea un instrumento para defenderse contra ella; pero al abandonar el asunto al interés de las partes litigantes, se desatiende de cualquier otra implicación que pueda derivarse del planteamiento del problema.

---

<sup>191</sup> Cfr. I. Pérez de Heredia, *Die Befangenheit des Richters im kanonischen Recht*, § 5, pp. 68 ss.

Por todo lo dicho esta medida se presenta como un buen complemento para cubrir deficiencias de las medidas mencionadas anteriormente.

#### 4.4. ALGUNOS CRITERIOS

4.4.1. La opción política procesal del legislador no puede basarse exclusivamente en el hecho de una justificada sospecha. En caso contrario la solución adoptada debería aplicarse a toda causa o circunstancia legítima de sospecha, tanto si ésta procede de una previa actuación en el proceso, como si tiene otro origen, tanto si se trata de una presunción gravísima, como si de una presunción meramente atendible. La sospecha por otra parte de sí no engendra incompatibilidades, las funciones sin embargo la pueden engendrar.

4.4.2. Tampoco es justo criterio multiplicar fácilmente las inhabilidades, dada la transcendencia e implicaciones de esta medida. Una política de austeridad en este aspecto corresponde mejor a un recto ordenamiento de los requisitos personales y exigencias de preparación técnica de los jueces. Esta austeridad está justificada por demás, cuando ni la naturaleza de la presunción ni la cohesión interna del sistema procesal exijan una incapacitación. Y eso tanto más, si existen en el mismo sistema procesal otros remedios que puedan defender suficiente y eficazmente los bienes que se pretende tutelar: garantía de imparcialidad, que los juicios procedan sin sospecha, economía y agilidad del proceso, dignidad de los jueces, seguridad del derecho.

4.4.3. Hay que diferenciar entre: ejercicio de la función de juez y de otra función en general, y ejercicio de la función de juez y de otra función *en la misma causa*. La distinción es fundamental. El peligro para la imparcialidad del juez no surge del simple hecho de ejercer o haber ejercido determinadas funciones. Si así fuera esto nos llevaría a la conclusión inaceptable, de que por el recto ejercicio en un tribunal de una de tales funciones habría que poner ya sin más en tela de juicio la objetividad o imparcialidad de una persona.

El temor o presunción de parcialidad surge fundamentalmente cuando se trata del ejercicio de la función de juez y otra función *en la misma causa*.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Esta presunción o temor de parcialidad alcanza su grado máximo cuando se trate de actuaciones simultáneas en la misma instancia de una causa, cfr. p. 252.

No tratándose de la misma causa se ha puesto sin embargo alguna objeción al ejercicio simultáneo del oficio de juez y de alguna otra función o actividad, sobre todo si se ejercían en el mismo tribunal; reparos de esta índole han aparecido precisamente en relación a la actividad como abogado o procurador en los tribunales regionales.<sup>193</sup> Ahora bien, la única motivación general que se puede aducir para estos reparos es una razón de decencia, la cual nada tiene que ver en el fondo con la problemática que nos ocupa.<sup>194</sup> En alguna situación concreta podría justificarse el temor de parcialidad en el ejercicio de la abogacía, p. e., si el juez hubiera actuado como abogado en una causa semejante a la que tiene que juzgar. Si se puede hablar aquí de un temor justificado de falta de suficiente imparcialidad en el juez, esto sin embargo no proviene de la función en sí, sino de la circunstancia especial de tratarse de una causa semejante. No se puede por tanto fundamentar en ello una generalización, puesto que la presunción está condicionada a la presencia de una circunstancia ajena a la función.<sup>195</sup>

Querer en consecuencia encontrar reparos para poder ejercer la función de juez, en el hecho de *haber ejercido* como abogado o procurador, y supuesto el cese en el ejercicio de estas profesiones, es ver problemas donde no los hay. Con razón pues en el nuevo esquema "De Processibus" no existe rastro de esta tendencia, que culminó en las Normas de la Signatura Apostólica para los tribunales regionales, al prohibirse en ellas que quien haya ejercido como abogado o procurador en un tribunal no puede ser juez en el mismo tribunal.<sup>196</sup>

4.4.4. Una actividad previa *en la causa* cuestiona por sí misma la presunción general de imparcialidad de un juez para juzgarla en proporción directa a lo que tal actividad se aproxima a la función de juez o de parte o a la influencia que esta actividad pueda tener en la decisión sobre la causa.

Ahora bien, el abogado y procurador, y sobre todo el abogado:

---

<sup>193</sup> Cfr. pp. 227 ss.

<sup>194</sup> Esta razón puede mover al legislador a dar una norma prohibitiva; pero difícilmente justificaría ello una inhabilidad. En cualquier caso estas motivaciones de ningún modo implican el mismo problema que plantea la actuación sucesiva en la causa como abogado o procurador y juez.

<sup>195</sup> La semejanza de las causas tiene sus limitaciones, porque existen siempre circunstancias específicas, que pueden tener relevancia precisamente en relación al problema que aquí nos ocupa. A pesar de ello es posible una semejanza atendible, que por lo demás exigirá siempre, para evitar abusos, un examen de la semejanza de la causa, como cualquier motivo de recusación y ciertamente éste no será de los más graves.

<sup>196</sup> Cfr. pp. 231 ss.

- toman postura por una determinada solución del conflicto,
- defienden los intereses de una parte,
- aportan e interpretan los hechos y el derecho controvertido.

La función misma les compromete seriamente con la causa en los tres aspectos. Pero su relación con la causa es funcional, no sustantiva, como lo es la de la parte o la del juez; y ahí precisamente radica la diferencia. Si defienden unos intereses, no son unos intereses personales; si se forman una opinión e inclinan su ánimo hacia una solución concreta del litigio, no deciden, sino propugnan; si aportan o rebaten unas pruebas, ellos no son elemento de prueba.<sup>197</sup>

Que todo ello constituyen motivos justificados de temor de parcialidad en las partes es indiscutible. Más aún, se puede decir sin reservas, según la experiencia humana general, que esta implicación en la causa, sobre todo la del abogado, influye dañosamente sobre el ánimo de cualquier juzgador en orden a las garantías de imparcialidad, si ha de actuar en otro grado del juicio como juez en la misma causa. De aquí que esté justificada no sólo la excepción de sospecha, sino también la exclusión como juez en una causa de quien actuó en ella como abogado en una instancia inferior. Pero ¿se deduce de ello la exigencia de que se declare su incapacidad o inhabilidad absoluta para juzgar de modo que si el juez actúa, y sin que las partes se opongan a ello, toda su actuación y la sentencia sean, en todo caso, insanablemente nulas por falta de capacidad del juez?

Solamente se podrá dar críticamente una respuesta afirmativa si se trata aquí de una incompatibilidad absoluta de funciones o si ésta es la única medida eficaz para asegurar en el caso una administración de justicia libre de sospecha. Ahora bien, esto último no es el caso; puesto que esta exigencia estará suficientemente garantizada imponiendo al juez una grave prohibición de actuar y dando a las partes el derecho a exigir su exclusión. La responsabilidad del juez eclesiástico es una garantía de que en circunstancias ordinarias se evitará con seguridad, dada la prohibición, el que actúe en la causa quien fue defensor;<sup>198</sup> pero además siempre estará patente, en caso de negligencia del juez,

---

<sup>197</sup> El abogado no constituye prueba y en este sentido se distingue su influencia en la decisión sobre la causa, de la que tiene p. e. un testigo; pero el abogado conjuga las pruebas y aprovecha toda su fuerza probatoria, así como destruye las contrapruebas.

<sup>198</sup> La legislación canónica común no tuvo p. e. como necesario el prohibir expresamente que una misma persona actuara simultáneamente en una instancia como abogado o procurador y juez, siendo así que en este caso, por la identificación procesal del defensor con la parte, la incompatibilidad de funciones es indiscutible.

su exclusión ineludible a instancia de parte.<sup>199</sup> Y tratándose de casos extraordinarios, en que las partes no tuvieron inconveniente en la actuación de tal juez, o en casos de duda de identidad de la causa, quedaría con estas medidas, al mismo tiempo, también garantizada la seguridad del derecho, sin perjuicio de las consecuencias que para el juez pudiera tener su actuación.

La incompatibilidad absoluta de dos actividades se da cuando éstas, por derecho natural o positivo, no pueden coexistir. Indiscutiblemente el legislador puede establecer tales incompatibilidades por oportunidad o conveniencia, mientras que las debe establecer cuando la misma naturaleza de las cosas lo exige.

Por la misma naturaleza de las cosas la incompatibilidad absoluta del ejercicio de dos funciones en el proceso se sigue cuando el ejercicio de una desnaturaliza o imposibilita el recto ejercicio de la otra; esto sucederá fundamentalmente o bien porque las actividades en sí se contradicen,<sup>200</sup> o bien porque el ejercicio de una actividad reporta necesariamente la eliminación de los presupuestos esenciales que exige el ejercicio de la otra.

Este último supuesto es el que entra en discusión en nuestro caso; teniendo en cuenta que el problema se centra en la actuación *sucesiva* (no simultánea) de la actividad como defensor y juez en distintas instancias de una misma causa. En efecto, si se cuestiona en este caso la existencia de una incompatibilidad absoluta por la naturaleza de las cosas, se debe ante todo a que el haber actuado como defensor en la causa afecta a la imparcialidad del juez, e. d., a un principio esencial exigido por el ejercicio de su función de juzgar.<sup>201</sup>

De hecho el Código y la legislación anterior canónica común no habían determinado la incapacitación de un juez para juzgar, cuando él en una instancia inferior fue defensor en la causa.<sup>202</sup> En cambio el

---

<sup>199</sup> Esto sin perjuicio de las sanciones canónicas, que se puedan o deban imponer al juez por la transgresión de la ley.

<sup>200</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la función de parte, prueba (testigo) y juez.

<sup>201</sup> En otro sentido podría hablarse también de un cierto deterioro de la relación abogado-cliente, si quien fue abogado actúa en una instancia posterior como juez.

<sup>202</sup> En la legislación civil existen sistemas distintos. Así el derecho español no establece en la ley de enjuiciamiento criminal una inhabilidad en nuestro caso, cfr. Gómez Orbaneja, l. c. p. 13 y pp. 48 s. El derecho alemán, en cambio, ZPO art. 41, conoce una exclusión del juez, cuyas razones son estrechos lazos de parentesco y relación con la causa por determinadas actuaciones previas en el proceso; el juez en tales casos es considerado como incapaz, cfr. Rosemberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, München 1949, p. 80, y el co-

Código sí formuló la incapacidad entre las funciones de juez y parte, de juez y testigo.<sup>203</sup> Este hecho es sintomático y nos previene contra la afirmación de una evidente incompatibilidad absoluta del ejercicio de ambas funciones en instancias sucesivas por la misma naturaleza de las cosas.

En qué sentido y hasta qué punto la actuación como defensor, y sobre todo como abogado, incide en la imparcialidad del juez, ha quedado expuesto suficientemente más arriba.<sup>204</sup> Según lo allí expuesto no se puede afirmar que la actuación como defensor elimina necesaria y absolutamente los presupuestos de imparcialidad que exige la función de juez; por consiguiente la misma naturaleza de las cosas no exige necesariamente una inhabilidad.

No se trata aquí de negar que se den motivos suficientes de sospecha, ni de negar que haya razón suficiente para establecer una prohibición sobre el juez, sino de cuestionar si, atendidos todos los aspectos e implicaciones que ello reporta, está justificado establecer positivamente la inhabilidad o incapacitación de un juez para juzgar en una causa en la que actuó como defensor en una instancia inferior de la misma.

Dentro del equilibrio e índole del Derecho Canónico una medida tal, por todo lo dicho, ciertamente no es necesaria. Y nos atrevemos a añadir, que tampoco se puede considerar una medida del todo oportuna en atención a la conveniencia de no multiplicar las incapacidades sin necesidad, de no complicar el sistema de la nulidad de la sentencia, y por la mayor seguridad del derecho. Es suficientemente eficaz y mucho menos compleja una prohibición, con las garantías oportunas a disposición de las partes para exigir la exclusión insoslayable del juez en caso de transgresión de la ley.

## CONCLUSIÓN

Todas estas observaciones nos llevan, para concluir, a una consideración más general: la necesidad de una más cuidadosa elaboración del

---

mentario sobre dicho artículo de Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga<sup>18</sup> 1953.

<sup>203</sup> Cfr. c. 201 § 2 y c. 1757 § 3 n. 1. El derecho oriental estableció una inhabilidad para quien actuó de inquisidor en la preparación del proceso criminal, cfr. c. 515. Como ya hemos visto la doctrina más común interpretó el c. 1571 del Código, sobre la actuación de la misma persona en distintos grados del juicio, como una norma inhabilitante.

<sup>204</sup> Cfr. arriba, pp. 246 ss.

derecho constitucional procesal. Precisamente en esta parte del derecho procesal corresponde determinar incapacidades, incompatibilidades, competencias, requisitos para el ejercicio de la función del juez, exclusión y posibilidad de recusación. Las normas referentes a estos extremos, con frecuencia dispersas en todo el cuerpo legal, constituyen por sí un conjunto unitario que puede ser complejo, pero que debe ser armónico y claro. Esto exige la elaboración, a partir de las instituciones canónicas, y teniendo en cuenta la técnica procesal moderna, de un concepto de conjunto que haga posible una reestructuración y simplificación.

Por lo que respecta más concretamente a nuestro tema es necesaria una coordinación de los distintos aspectos intrínsecos del problema mismo de la imparcialidad del juez, de la sospecha y de sus causas, de la problemática del sentido de las distintas funciones en el proceso, del ámbito de iniciativa de las partes y de las implicaciones que para el valor de los actos de un juez y sobre todo para la sentencia, puedan derivarse de cualquier regulación.

Creo oportuno llamar la atención sobre este tema del derecho constitucional procesal en vista del interés relativamente escaso que la canonística postcodicial ha manifestado en desarrollar un concepto de conjunto del derecho constitucional procesal, en que se sistematizaran críticamente todos los componentes integrantes del mismo.

Castellón, 1-9-1977