



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Nieva Fenoll, Jordi

El sesgo ideológico como causa de recusación

Ius et Praxis, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 295-308

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19725565010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL SESGO IDEOLÓGICO COMO CAUSA DE RECUSACIÓN

JORDI NIEVA FENOLL*

1. INTRODUCCIÓN

Es inconcebible que un juez no pueda tener ideología. Su obligada neutralidad no puede llegar hasta el punto de impedirle pensar libremente aquello que considere adecuado sobre la economía, la sociedad o la cultura en general, o sobre los más diversos aspectos de la vida.

Sin embargo, la ideología de un juez no puede lastrarle en las consideraciones de su juicio jurisdiccional, haciéndole, literalmente, depender de la misma en el momento de dictar sentencia. Cuando un juez juzga, sus únicas ataduras ideológicas deben ser los mandatos de la Constitución, o de cualquier otra norma suprema que siente los principios generales y valores principales del ordenamiento jurídico que está obligado a aplicar. Por muy en desacuerdo que esté con la norma constitucional en su vida privada, en su labor como juez no puede ir en contra de lo que dispone dicha Norma. De igual modo que no puede incumplir lo que dispone ninguna otra norma positiva del ordenamiento jurídico, porque lo contrario supondría una vulneración de la división de poderes que le haría incurrir en responsabilidad.

De todos modos, cualquier ciudadano puede desconfiar, legítimamente, de los juicios de un determinado juez cuando tiene la percepción de que el mismo posee una orientación ideológica especialmente marcada. Muy particularmente si existe la percepción racional de que dicha ideología puede influirle en esos juicios. Y es que resulta difícil que, al menos potencialmente, no sea así, dado que la "ideología" es algo tan sumamente genérico que puede afectar, al menos hipotéticamente, de un modo u otro, a cualquier juicio jurisdiccional. Por ejemplo, en un simple juicio de desahucio de una persona que no tiene medios para pagar una vivienda digna, no tendrá la misma percepción un juez preocupado por la buena marcha del tráfico inmobiliario como pieza necesaria para el buen funcionamiento del país, que el juez que tenga una ideología más tendente a la colectivización de la propiedad, porque entiende, igualmente, que esa colectivización es lo más procedente para la misma buena marcha de la

* Catedrático de Derecho Procesal Universidad de Barcelona. Correo electrónico: jnieva@ub.edu.

economía del país. Y esto sucede en un simple juicio de desahucio... Es obvio que la ideología puede influir, e influye de hecho, en cualquier juicio.

Pero el juez no puede ser excluido simplemente por su ideología, sea la que fuere, porque ejecutar una decisión así equivaldría a coartar el libre pensamiento, lo que no es más que una forma de inaceptable dictadura. Sin embargo, hay que dar cauce a esa sensación de injusticia que racionalmente nos invade cuando observamos que un juez particularmente sesgado ideológicamente, va a juzgar un determinado caso concreto relacionado con esa ideología.

En el presente trabajo analizaré si dicho cauce tiene que materializarse en una causa de recusación, o bien es posible que existan otras vías alternativas o cumulativas. Abundan ejemplos prácticos sobre el tema, en España desde luego¹, y en diversos casos de lo más dispar. También en otros países, como EE.UU.², en los que esas sospechas ideológicas se han transformado casi en certezas y han alcanzado incluso al Tribunal Supremo, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta el presidencialista sistema de nombramiento de los *Justices* de dicho tribunal.

En todo caso, este estudio pretende ser un humilde homenaje a M^a del Carmen CALVO SÁNCHEZ. De toda su trayectoria universitaria me gustaría destacar ahora algo muy poco frecuente. Carmina es amante del estudio; y eso ya es decir muchísimo de un universitario, tanto en los tiempos actuales como quizás también en los pretéritos. Además, es una persona con una sensibilidad científica fuera de lo común. Quien bien la conoce –sus discípulos sobre todo– sabe perfectamente a qué me estoy refiriendo. Desgraciadamente, yo sólo la he podido conocer realmente casi al final de su carrera académica. Me queda su obra como testimonio del periodo en que no la conocí, así como su ser actual, que no sería el que es de no haber sido el que, a buen seguro, fue. En todo caso, este trabajo sólo espera ser considerado digno por su principal lectora. Muchas gracias, Carmina.

2. LA IDEOLOGÍA DEL JUEZ: SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES

Por vía de principio, quizás cualquier jurista afirmaría que es mejor que el juez tenga una ideología abierta, o incluso pragmática. Es más fácil de ese modo adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto y conseguir una justicia

¹ La profesora CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona 2009, realiza a lo largo de su libro todo un extenso recuento de supuestos en que los magistrados del Tribunal Constitucional pudieron haber incurrido en parcialidad. En prácticamente todos los casos, existía la sospecha –a veces incluso la certeza– de que la razón de la puesta en cuestión de la imparcialidad eran motivos de ideología política. Los medios de comunicación se hicieron un muy sonoro eco de ello. Vid. op. cit. pp. 28 y ss.

² POSNER, Richard A., *How judges think*, Cambridge (Massachusetts) 2008, pp. 20 y ss.

real y al amparo del ordenamiento jurídico, aunque no siempre sea entendida por todos. Como ya se ha dicho, un juez está sometido a los condicionantes ideológicos en que se inspira cada legislación, y si bien puede adaptarlos a los tiempos, lo que no puede hacer es atacarlos frontalmente. La única alternativa que le queda, si no está de acuerdo, es dejar de ser juez.

Sin embargo, no es objeto de este trabajo resolver la complicada cuestión de qué debe hacer el juez en situaciones extremas como las que se les plantearon a no pocos juzgadores durante el nazismo. La materia de este estudio es mucho más sutil y consiste en lo siguiente: partiendo de la aceptación de que cualquier persona posee una ideología, se intenta averiguar si es legítimo –o incluso posible– excluirle, o que el juez se excluya a sí mismo, por esa razón de su íntimo pensamiento personal sobre cuestiones eminentemente sociológicas.

Debe dejarse claro desde un principio que la respuesta a esa pregunta no puede venir del hecho de que un juez sea o no un “fanático”. En primer lugar, la cuestión de que alguien sienta sus ideas con extremismo es algo muy difícil de valorar, y depende de cada observador. De manera que aquel que hiciera una humilde defensa, por ejemplo, de los valores democráticos en un contexto dictatorial, muy probablemente sería considerado un fanático. Se observa constantemente, además, que los defensores de las diversas posturas sobre un mismo tema se tachan mutuamente de fanáticos, pese a que acostumbran a estar íntimamente convencidos de que poseen una ideología justa y tolerante³. Basta aludir, por ejemplo, a temas candentes, y muy diferentes entre sí, como la eutanasia, o el aborto, o la homosexualidad, o las corridas de toros, o incluso fumar en espacios públicos, para percibir lo que quiero expresar. Y esos son los temas abiertos en el momento presente. En otra época, no tan pretérita, fue el papel de la mujer en la sociedad, los derechos de los trabajadores, la moral sexual, o el mismísimo derecho al voto. Esos asuntos provocaron las reacciones más viscerales que puedan imaginarse, pasando por revueltas y hasta guerras. Y aún provocan esas reacciones en no pocos lugares.

Por otra parte, también debe decirse que el hecho de tener una opinión estricta sobre cualquiera de los temas expuestos, no invalida al juez para obrar con justicia en los casos acerca de los que deba conocer. Al contrario, es posible que siendo consciente de su propio pensamiento sobre el tema, sea más capaz de no dejarse influir sobre el mismo en un determinado asunto relacionado con la cuestión en concreto.

No obstante, esa propia conciencia de lo que se es y se piensa, es la única ventaja que tiene el hecho de tener una ideología inflexible sobre ciertos temas. El recuento de inconvenientes es interminable. Es muy difícil ser auténticamente

³ Ello es consecuencia de que todos ellos padecen el llamado en psicología “sesgo egocéntrico”, al que me referiré después.

libre para juzgar cuando se tienen convicciones tan profundas sobre un tema, y resulta que ese tema está directamente relacionado con la *materia iudicandi*. El juez, como persona, tendrá mala conciencia si juzga prescindiendo de su ideología, lo que probablemente le llevará a dictar una sentencia llena de matices injustificados, o directamente contraria al ordenamiento jurídico. Además, durante el proceso es posible que su conducta sea hostil a una de las partes, lo que le influirá, sin duda, en algo tan relevante como la admisión de los medios de prueba, sin contar con otras resoluciones también relevantes, por ejemplo en materia de medidas cautelares, apreciando, *verbi gratia, periculum* donde no lo haya, o queriendo ver un *fumus boni iuris* en una documentación que en realidad pruebe muy poco. Ello puede ir haciendo del proceso un continuo conflicto, no ya con la parte contraria, que es lo natural, sino con el juez, lo cual resulta inaceptable por más que se vea en la práctica incluso con cierta frecuencia. Si para colmo de males el juez ha hecho exhibición pública, en alguna ocasión y de cualquier forma, de esa ideología, lejos de poseer la *auctoritas* que debe tener cualquier juez⁴, resultará que será observado como un sujeto sospechoso y en el que, no es ya que no concurra esa imprescindible *auctoritas*, sino que tampoco poseerá algo que también es imprescindible: la imparcialidad.

Por ello, cabe concluir, sin dudas, que un juez no puede estar sesgado ideológicamente hasta el punto de comprometer la debida imparcialidad de su juicio. Como se ha recordado con reiteración⁵, la imparcialidad también es una cuestión de apariencias y, por ello, si existe la duda acerca de la influencia de la ideología del juez sobre ese concreto juicio jurisdiccional, dicho juez, siempre que sea factible, debe ser apartado del conocimiento del asunto. Y habrían de arbitrarse los diversos mecanismos para que sea efectivamente factible.

3. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE RECUSACIÓN VS. DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL

Por desgracia, en España actualmente es completamente imposible excluir, *a priori*, a un “fanático” de la función de juzgar en un caso concreto que tenga que ver directamente con su ideología. Esta durísima constatación debería

⁴ Aunque utilizando una noción algo más amplia del concepto que la que suele manejarse, expresiva del prestigio social del que debe gozar el juez, y que no solamente está determinado por sus conocimientos jurídicos, sino también por su condición de tercero en el conflicto, para lo que es imprescindible su imparcialidad. Vid. al respecto CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Las fronteras del Juez*, en: “FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1962, pp. 103 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio jurisdiccional*, en: “Estudios de Derecho procesal”, Barcelona 1969, p. 66.

⁵ Por ejemplo, RUIZ VADILLO, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641, expuso que la imparcialidad supone que el juez “se encuentre fuera por completo, real y aparentemente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo considerado. Que no le mueva otro impulso que realizar la justicia”.

causar el estupor de cualesquiera operadores jurídicos relacionados con este tema, pero, sin embargo, parece ocurrir todo lo contrario.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tienen una jurisprudencia muy estricta y reiterada en materia de abstención y recusación, de manera que únicamente es posible alegar parcialidad en los casos recogidos en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causas de recusación. Ni siquiera se admiten interpretaciones extensivas de los diversos supuestos, ni tan solo de aquellos incisos en los que sería perfectamente factible una interpretación más amplia al amparo del generoso redactado de la ley (“*tener interés directo o indirecto en el pleito o causa*”). De hecho, ese supuesto, muy alegado en la práctica, finalmente, tiene una aplicación judicial, más que marginal, decididamente marginalizada.

La razón es muy conocida. Existe una preocupación, un tanto desmesurada, por que los incidentes de recusación sirvan para paralizar los procesos. Pero los antecedentes de esa *communis opinio* no son tan conocidos. En realidad esa extendida creencia es fruto de una serie de desgraciadas circunstancias, quizás olvidadas por la mayoría, que provienen del Derecho antiguo.

En el Derecho histórico castellano⁶, como fruto de un mal entendido respeto por el prestigio de la autoridad judicial, podía recusarse a un juez sin causa, es decir, sin decir la razón de la recusación. Y así se mantuvo durante siglos, influyéndose con ello muy negativamente en la percepción general acerca de las recusaciones, puesto que se las veía como simples obstáculos que trataban de impedir maliciosamente el avance de los procesos⁷.

Este problema intentó ser resuelto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁸, pero de forma desgraciada. Esta ley introdujo un elenco de causas de recusación, enfatizando el art. 121 que “únicamente” eran causas de recusación aquellas citadas expresamente por la ley, que fueron concretadas en diez. Pero el problema fue que el art. 130 dispuso que la sentencia interlocutoria que denegaba la recusación, fuera apelable en ambos efectos, lo que suspendía el proceso, por lo que el efecto chikanoso buscado con la recusación era finalmente el mismo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 intentó desbloquear esta situación⁹, pero nuevamente de modo desacertado. Ciertamente dispuso el art. 201 que “la

⁶ Fuero Juzgo, Lib. II, tít. I, Ley 22.

⁷ Testimonio de ello son las leyes contenidas en Nov. Recop. Lib. 11, tít. 2, leyes 1 y 27.

⁸ Vid. DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid 1856, T. I, pp. 398 y ss.

⁹ Como señala MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid 1881, pp. 427 y ss.

recusación no detendrá el curso del pleito". Pero acto seguido, para remediar otro problema de la ley de 1855, dispuso que el juez recusado se apartara del conocimiento del asunto (art. 202), debiendo ser traspasado el proceso a otro juez a quien, lógicamente, el pleito le era ajeno. A la postre, con todo ello se conseguía, y de manera muy eficaz, enmarañar el pleito, que era lo que buscaba un litigante con mala fe. Y lo grave es que este problema procedural sigue sin resolverse actualmente, salvo por la inadmisión a trámite en caso de no alegarse causa de recusación o no acompañarse a la solicitud un principio de prueba de la misma (arts. 223.3 L.O.P.J. y 109.2 L.E.C.). Esta inadmisión a trámite, aunque a veces se ha utilizado de forma un tanto abusiva, ha demostrado su eficacia.

De todo lo anterior se deriva la mala prensa de la recusación, dado que lo único que se buscaba era una suspensión *de facto* al conseguir apartar, aunque fuera temporalmente, al juez recusado del conocimiento del asunto. Pero superado ese periodo histórico a través de la inadmisión a trámite, y habida cuenta de que, actualmente, las recusaciones en un proceso son algo –pese a lo que se percibe a veces en la prensa– bastante excepcional, parece absolutamente desproporcionado que la conciencia jurisprudencial siga siendo que las recusaciones sólo buscan entorpecer el curso del proceso. Y lo curioso es que todo ello se deriva de la simple copia de la jurisprudencia antigua, que de manera acrítica se ha trasladado a los tiempos actuales sin que ya tenga realmente vigencia.

Ojalá existiera la misma atención en la jurisprudencia, no sólo por la economía procesal, sino por el respeto al derecho al juez imparcial. Pero, sin embargo, no parece que ello preocupe tanto como lo anterior, lo que, ciertamente, no deja de ser sorprendente.

La Constitución española de 1978 no reconoce expresamente el derecho al juez imparcial¹⁰, pero es sobradamente conocido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incluido su contenido en el derecho a un proceso con todas las garantías¹¹, pese a que inicialmente lo hizo en el derecho al juez

¹⁰ Igual que el resto de todas las Constituciones españolas. Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, 1999, pp. 33-34.

¹¹ Al menos desde la STC 113/1987 de 3-07-1987, F.J. 2. "La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del art. 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador. Este derecho está, asimismo, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (...)".

ordinario predeterminado por la ley¹². En todo caso, el Convenio Europeo de Derechos Humanos sí reconoce expresamente el derecho en cuestión en su art. 6.1, y no es concebible que esta laguna constitucional hubiera de servir para excluir que en España los jueces deban ser imparciales. No obstante, no estaría de más que si algún día llega a reformarse la Constitución, se incluya explícitamente este derecho en el artículo 24.2, corrigiendo de ese modo la involuntaria omisión.

En todo caso, lo que es obvio es que es una de las principales garantías de la justicia del juicio jurisdiccional es que el juez deba ser imparcial. Y se reconoce que esa imparcialidad, como ya se ha indicado, debe darse real y apariencialmente. Es decir, que incluso sin estar incurso el juez en causa de recusación, si existiera la apariencia de que sí pudiera estarlo, el juez debería apartarse inmediatamente del proceso. Tal es la exigencia en un tema tan sumamente grave como éste, y es lógico que sea así, puesto que un juez parcial pierde por completo esa necesaria *auctoritas* de la que antes hablé.

Por consiguiente, la imparcialidad debe tener un protagonismo máximo en esta materia. Y precisamente la cuestión del sesgo ideológico que se está debatiendo en estas líneas, entra de lleno en ese tema de las apariencias. Un juez cuya ideología trascienda más allá de su esfera privada, si la misma tiene que ver directamente con el asunto en cuestión que debe juzgar, sin duda no es un juez imparcial. Existe una posibilidad excesivamente grande de que en su sentencia intente imponer los postulados de su pensamiento, y por ello es mejor que una vez que esa ideología, claramente expresada, sea conocida, se aparte del conocimiento del asunto. Es posible que ello provoque, ciertamente, un problema para la debida constitución del tribunal, como sucede a veces en los Altos Tribunales. A esa compleja cuestión le dedicaré el último epígrafe de este trabajo.

4. EL SESGO IDEOLÓGICO EN EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho extranjero, hasta donde he podido consultar, el sesgo ideológico no está recogido, como tal, expresamente como causa de recusación. Lo

¹² STC 47/1983 de 31-05-1983, F.J. 2, “*El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.*

Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta –y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales– (...).”

que sí que existe es un elenco de causas de parcialidad que contiene alguna expresión abierta, de manera que es interpretable extensivamente, en conciencia de lo importante que resulta el mantenimiento de la debida imparcialidad judicial por encima de todo.

Ese es el caso de la ZPO alemana, en cuyo § 42 se dispone que el juez puede ser apartado del asunto “*si existe un motivo que justifique debidamente las dudas sobre la imparcialidad de un juez*”¹³, lo que representa, sin duda, una cláusula abierta que debe ser interpretada siguiendo simplemente el sentido común¹⁴ en cada caso concreto, como reconoce la doctrina alemana, y como por otra parte resulta absolutamente lógico. El § 24 de la StPO contiene una norma idéntica¹⁵.

Pero no solamente es el Derecho alemán el que posee una disposición similar. El ordenamiento italiano habla de “*gravi ragioni di convenienza*” para excluir al juez, tanto en el orden civil¹⁶ como en el penal¹⁷. En sentido parecido el Código de procedimiento civil sueco aparta al juez de un proceso “*si existe cualquier otra circunstancia que menoscabe la confianza en su imparcialidad en el caso concreto*”¹⁸. Y también el *U.S. Code Judiciary and Judicial Procedure*, que obliga a alejar a un juez “*de cualquier proceso en que su imparcialidad pudiera ser cuestionada razonablemente*”, o también “*si tiene un sesgo personal o un prejuicio en relación con una de las partes*”¹⁹.

¹³ § 42 ZPO Ablehnung eines Richters (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

(2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

(3) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Fall beiden Parteien zu.

¹⁴ “*Vernünftigen Erwägungen*” se dice en ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTLAWD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, München, 2004, p. 151.

¹⁵ § 24 StPO. (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

(2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

¹⁶ Art. 51 CPC. *In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice puo' richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione e' chiesta al capo dell'ufficio superiore.*

¹⁷ Art. 36.h CPP. se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

¹⁸ Rättegångsbalken, Cap. 4, Sección 13, 10. *Om eljest särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet.*

¹⁹ U.S. Code, § 455. Disqualification of justice, judge, or magistrate judge. (a) *Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned.*

Sin embargo, quizás son los Códigos procesales modelo para Iberoamérica los que parecen recoger con mayor precisión el sesgo ideológico. El art. 289.1 del Código Procesal Civil y el art. 22 del Código Procesal Penal permiten apartar a un juez de un proceso “*por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento)*”²⁰, o bien “*si dio recomendaciones sobre la causa o emitió opinión sobre ella fuera del procedimiento*”²¹. Con esa inspiración, el art. 325 Código General del Proceso de Uruguay recogió prácticamente el redactado del Código Procesal Civil modelo²², aunque a la vista de lo que disponía el antiguo Código de Procedimiento Civil de 1878 de Uruguay, bien parece que sea esta última norma la que haya influido al Código modelo²³.

Si lo anterior fuera así, a la vista del redactado de la antigua norma no parece que el sesgo ideológico esté incluido en su ámbito, sino que más bien podría pensarse que la disposición se está refiriendo a los casos en que el juez haya realizado un dictamen privado sobre aspectos relacionados con el asunto. Pero, sin embargo, leyendo a COUTURE, la conclusión que puede alcanzarse es justamente la contraria. Afirmaba el autor que en un proceso el juez debía ser idóneo para el desempeño de su función. Y que “*esa idoneidad exige, ante todo, la imparcialidad*”²⁴. Y más adelante afirmaba que “*en nuestro concepto, la garantía constitucional exige (...) independencia, para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones*”²⁵.

(b) *He shall also disqualify himself in the following circumstances: (1) Where he has a personal bias or prejudice concerning a party, or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceeding.*

²⁰ Art. 289.1 Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica: *Será causa de recusación, toda circunstancia comprobable que pueda afectar la imparcialidad del Juez, por presunto interés en el proceso en que interviene, por afecto o enemistad en relación a las partes o sus abogados y procuradores, así como por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento).*

²¹ Art. 22 Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica: 22. *Motivos. Un juez estará inhibido de conocer en la causa. 1) Si intervino en ella como acusador, defensor, representante, perito o consultor técnico, si denunció el hecho o lo conoció como testigo, o si dio recomendaciones sobre la causa o emitió opinión sobre ella fuera del procedimiento.*

²² Artículo 325 Código General del Proceso. *Causas. Será causa de recusación toda circunstancia comprobable que pueda afectar la imparcialidad del Juez por interés en el proceso en que interviene a afecto o enemistad en relación a las partes o sus abogados y procuradores, así como por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento).*

²³ “*Haber emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del procedimiento, antes o después de comenzado y aun cuando no revistiera todavía el carácter de funcionario actuante*”.

²⁴ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Montevideo 2005, p. 35.

²⁵ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos*, cit. p. 131.

Por otra parte, la doctrina alemana reconoce que el antagonismo político²⁶ o religioso²⁷ también pueden servir para excluir a un juez de un proceso, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, aun sin desmentir esta posibilidad, ha seguido una interpretación más restrictiva. En un caso concreto de 1998, se pretendió recusar a un juez por las opiniones sobre un partido político que había manifestado cuando había sido ministro de justicia de Thüringen. El Tribunal razonó que como ministro, ese juez había tenido que desempeñar funciones políticas, lo cual suponía, lógicamente, expresar opiniones sobre diferentes opciones políticas, por lo que no podía ser recusado por ese motivo²⁸. Y en un caso más reciente, en concreto de 2009, se confirmó dicha jurisprudencia, y se mantuvo que no sólo la antigua pertenencia a un partido político no era incompatible con el desempeño de la función judicial, sino que cuando se trataba de un magistrado del Tribunal Constitucional, era precisamente esa experiencia política la que podía enriquecer la jurisprudencia del Tribunal²⁹.

Por tanto, como se ve, nada impide en el Derecho comparado analizado que un juez pueda ser recusado por razones ideológicas, aunque con restricciones bastante precisadas por la jurisprudencia alemana. La frontera de lo aceptable estaría en el hecho de que la persona en cuestión no podría ser descartada por razón del desempeño anterior de un cargo político, en el que se supone que habrá tenido que mantener opciones ideológicas de partido, o incluso de pura estrategia electoral, que incluso pueden ser contrarias a sus propias convicciones.

²⁶ WASSERMANN, *Zur Ablehnung des Richters wegen politischer Befangenheit*, DRiZ 1987, pp. 144 y ss.

²⁷ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTLWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 151.

²⁸ 2 BvE 2/93, 2 BvE 5/95, 2 BvE 1/96, 2 BvE 3/97 (15.09.1998): "Hieran gemessen rechtfertigen die von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe die Ablehnung des Richters nicht. Sämtliche Äußerungen über die PDS, welche die Antragstellerin für ihre Besorgnis der Befangenheit anführt, sind zu einer Zeit gefallen, als der abgelehnte Richter noch nicht Verfassungsrichter, sondern Justizminister des Freistaats Thüringen war. Als von einer Partei benannter Minister hatte er Aufgaben politischer Gestaltung zu erfüllen. Er nahm in diesem Zusammenhang am Wettstreit unterschiedlicher politischer Auffassungen teil".

²⁹ 2 BvR 343/09 (11-8-2009): "die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei - ob aktiv wahrgenommen oder ruhend - für sich überdies niemals die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen kann (vgl. BVerfGE 11, 1 <3>). Auch rechtfertigt die Kundgabe politischer Meinungen, die ein Richter zu einer Zeit geäußert hat, als er noch nicht Mitglied des Bundesverfassungsgerichts war und besonderen Anforderungen dieses Richteramts in seinem Verhalten nicht Rechnung tragen musste, grundsätzlich seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nicht. Den Bestimmungen über die Wahl von Richtern des Bundesverfassungsgerichts (Art. 94 Abs. 1 GG, §§ 3 ff. BVerfGG) liegt als selbstverständlich, sogar als erwünscht, zugrunde, dass auch solche Personen, die als Repräsentanten von Parteien politische Funktionen in den Parlamenten ausgeübt oder politische Ämter in den Regierungen bekleidet haben, zu Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts gewählt und ernannt werden können, um ihre politischen Erfahrungen für die Verfassungsrechtsprechung fruchtbar zu machen. Damit geht die Erwartung des Verfassungs- und Gesetzgebers einher, dass sie ihre neue Rolle als Richter unabhängig von früheren parteipolitischen Auseinandersetzungen ausüben werden (BVerfGE 99, 51 <56 f.>)".

Personalmente creo que la razón de esta jurisprudencia no es otra que el esfuerzo por no descartar que los políticos puedan llegar a ser magistrados del Tribunal Constitucional. Pero estimo que puede discreparse de la misma, sobre todo cuando el objeto del proceso que tenga que examinar ese juez esté relacionado precisamente con la opción política que en otro tiempo defendió. Si en materia de imparcialidad las apariencias son imprescindibles, un juez que perteneció a un partido político no posee una apariencia de imparcialidad cuando se está juzgando un asunto relacionado con ese partido político, o con su principal oponente, por ejemplo. Y no creo que sea preciso justificar mucho más allá esta opinión. Basta pensar en que ese juez habrá llegado al Tribunal Constitucional precisamente por el apoyo que le prestara ese mismo grupo político.

Sin embargo, las razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional alemán en cuanto a que la experiencia política enriquece la jurisprudencia, podrían ser ciertas en la medida en que el Tribunal actúe más como un órgano legislativo que como un órgano judicial, lo que no sucede, por cierto, cuando el Tribunal resuelve acerca de recursos de amparo. Pero al margen de esta cuestión, esta consideración del Alto Tribunal como órgano quasilegislativo es la que justifica en EE.UU. el hecho de que los magistrados del Tribunal tengan un claro sesgo político³⁰. De hecho, se espera de ellos que a través de su jurisprudencia, que refleja sus propias orientaciones ideológicas, vayan actualizando las exigencias de la Constitución de los EE.UU., así como el camino a seguir por el ordenamiento jurídico en general.

Pero todo ello se aleja en realidad del objeto de este trabajo, porque particulariza las conclusiones en un solo tipo de tribunal, cuya naturaleza jurídica y funciones son, por lo demás, bastante especiales.

5. NECESIDAD DE INTRODUCCIÓN DEL SESCO IDEOLÓGICO COMO NUEVA CAUSA DE RECUSACIÓN

Por el contrario, cuando se trata de un tribunal que no ocupa esa posición suprema y, a la vez, no tiene esas particulares funciones quasilegislativas –propias, por otra parte, de la jurisprudencia en el sistema anglosajón–, no creo que pueda admitirse que un juez claramente ideologizado pueda legítimamente formar parte del órgano jurisdiccional, si se está juzgando un asunto en el que su ideología es precisamente dirimente. La simpatía por una ideología es simplemente una forma de mostrar las emociones “afecto” u “odio”, tanto hacia hechos en general como hacia los protagonistas de esos hechos. Y hay que recordar que son justamente estas dos emociones, “afecto” y “odio”, las que

³⁰ Vid. POSNER, *How judges think*, cit. pp. 269 y ss.

están detrás de prácticamente todas las causas de recusación existentes³¹. Si se analizan una por una las que contiene el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se verá que las mismas siempre intentan separar al juez.

La “amistad íntima o enemistad manifiesta” es obvia en este sentido. Pero fijémonos en que el resto discurren por el mismo camino, al descartar vínculos de parentesco, tutelares (causas 1, 2, 3 y 15) o laborales (6, 12, 13 y 16), o situaciones en las que el juez ha sido parte en un proceso en el que también figuraba alguno de los litigantes (causas 4, 5, 7 y 8)³². Todas ellas³³ son situaciones en las que el ser humano no se queda indiferente; o siente afecto o siente odio, siendo muy escasos los supuestos en que no ocurre ninguna de las dos cosas. Incluso la causa 10 (“*tener interés directo o indirecto en el pleito o causa*”) debe incluirse en este apartado de las emociones citadas, puesto que desde la perspectiva psicológica es prácticamente imposible separar el interés por un asunto, del afecto o animadversión que el juez pueda sentir, o llegar a sentir, por las partes que representan dicho asunto.

Pues bien, creo que hay pocas expresiones más indicativas del afecto o la animadversión que, precisamente, la ideología de una persona, al menos cuando la misma no se pone en práctica con respeto y tolerancia. Porque ese es justamente el punto de inflexión que debemos tener en cuenta para establecer la causa de recusación: el libre, pero tolerante, pensamiento.

No se puede excluir a nadie de la función judicial simplemente por razones ideológicas, porque ello sería totalmente inconstitucional por contrario al derecho fundamental contenido en el art. 20.1.a de la Norma fundamental. Sin embargo, sí que se puede excluir a un juez de la prestación de su función en un caso concreto cuando su ideología excluya a la vez, valga la redundancia, de un modo u otro, a aquello que está juzgando. Pero también debe ser el juez apartado del proceso cuando su ideología esté demasiado próxima a aquello que está juzgando. En realidad, como hemos visto, en materia de imparcialidad se trata de alejar al juez de todo aquello por lo que pueda sentir excesiva inclinación o animadversión, porque aunque ciertamente sea posible, es muy

³¹ La única excepción sería la causa 11, que no tiene tras de sí una auténtica emoción, sino un sesgo de información llamado “exceso de confianza sobre el juicio emitido”, provocado por el heurístico “anclaje y ajuste”. Sobre el mismo, vid. FARIÑA, F. / NOVO, M. / ARCE, R., *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*, Psicothema, 14 (1), 2002, pp. 39 y ss.

³² Se incluye en el elenco anterior, evidentemente, la causa 14: “*En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1^a a 9^a, 12^a, 13^a y 15^a de este artículo*”.

³³ Sobre las mismas vid. ampliamente PICÓ JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona 1998.

difícil que un juez emita un juicio contrario por completo a su íntima opinión sobre los más diversos temas, aunque deba hacerlo si el ordenamiento le obliga a ello. Pero teniendo en cuenta que la imparcialidad es una de las inexcusables características que deben concurrir en un juez, no es posible asumir riesgos en esta materia y, por tanto, el juez que posea una determinada ideología hasta el punto de tener un auténtico sesgo del pensamiento que le impida ver la realidad más allá de sus convicciones, debe ser apartado de los procesos en que esa ideología pueda tener una directa influencia.

Lo difícil es determinar el grado de implicación ideológica del juez. Asúmase que para el mundo del Derecho, y respetando siempre lo que debe ser la libertad de opinión de todas las personas, también de los jueces, el control de la existencia de ese sesgo solamente puede ejercerse si el juez realiza una exposición pública de su ideología en términos diáfanos, sin ninguna clase de reserva. A partir de ese momento, si el juez debe juzgar un asunto relacionado con esa ideología que tuvo a gala públicamente, si queremos conservar una imagen apariencial de imparcialidad en el juzgador, no habrá otro remedio que apartarlo del proceso.

Ese apartamiento debería ser ejercido por el propio juez a través de la abstención. Pero es poco probable que ello ocurra, dado que las personas que poseen un sesgo ideológico –y que en psicología, no por casualidad, se llama “sesgo egocéntrico”³⁴– tienden a pensar que todo el mundo piensa como ellos. O peor aún, que lo único correcto es el pensamiento que ellos tienen, por lo que acostumbran a defender sus opiniones contra viento y marea. De hecho –y esta es la parte noble– es su propia forma de sentirse buenos ciudadanos.

Por ello, lo adecuado sería establecer una causa de recusación que tuviera el siguiente tenor:

“Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del juzgador”.

Atiéndase bien a la palabra “evidencie”. Las sospechas sobre la ideología no son más que eso: sospechas. Simples hipótesis que incluso han podido ser víctimas de la más rastrera maledicencia. Mientras esa ideología no se exprese fehacientemente y, como dice el párrafo anterior, en términos tales que se evidencie el sesgo ideológico, no podrá ser apreciada como causa de recusación. Y para que ello sea así es exigible una interpretación restrictiva del ámbito de la causa, en el sentido de que mientras la manifestación ideológica no haya sido claramente inflexible, no podrá ser estimada dicha causa de recusación.

³⁴ ARTIETA PINEDO, Isabel; GONZÁLEZ LABRA, María José, “La toma de decisiones”, en GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid 2005, p. 344.

Por supuesto, la expresión irrespetuosa de la ideología, o utilizando elegantes, pero innecesarios, epítetos, ayudará en la estimación de la causa de recusación. Cuando la ideología haya sido expresada con contundencia, sin matices, es difícil aventurar que el juez cambiará de opinión cuando esté juzgando, por lo que lo más procedente es que sea apartado, a fin de evitar que falle a favor de una u otra parte por simples razones emocionales.

Sin embargo, no debiera ser necesario llegar a este punto cuando se trata de considerar la imparcialidad de magistrados de un Alto Tribunal. Una serie de recusaciones en cadena podría hacer que el órgano dejara de ser operativo, como ya ha ocurrido con anterioridad, salvándose la situación de formas algo discutibles³⁵, puesto que parece que lo que se ha acabado decidiendo es que era más importante la operatividad del órgano que su imparcialidad, lo que no deja de resultar, no ya sorprendente, sino indignante.

Desde luego, pueden arbitrarse mecanismos para intentar que la sustitución de los magistrados se produzca sin traumas, aunque son muy complejos, siempre que no se quiera crear *a priori* una especie de salas paralelas o de reserva. Sin embargo, al margen de lo anterior, creo que la única forma realmente eficaz de impedir que sucedan situaciones kafkianas en este sentido, pasa por exigir un ejercicio de responsabilidad a los agentes encargados de designar a los magistrados de los Altos tribunales. No pueden ser escogidas personas que, sin entrar en el delicado tema –que podría objetivarse mucho más– de su *curriculum vitae*, son ciudadanos que muy claramente han hecho exhibición de su ideología en todas partes, yendo mucho más allá, en muchos casos, de lo aceptable y respetuoso en la expresión de opiniones, habiéndose llegado en ocasiones, que prefiero no citar, a lo peyorativo. No se trata de prescindir de la experiencia de algunas personas en el desempeño de cargos públicos, sino simplemente de que no lleguen aquellos sujetos que no hayan sido capaces de no significarse a través de sus declaraciones públicas con respecto a la militancia vehemente en una ideología. Esas personas, sociológicamente, y desde cualquier perspectiva, carecen de la debida imparcialidad para juzgar los asuntos íntimamente relacionados con dicha ideología. Y por ello, no debieran ser elegidas para el desempeño de algunas funciones judiciales en las que esa ideología se va a ver a buen seguro comprometida.

Soy consciente de que es ingenuo pensar que los políticos van a prescindir de proponer a personas sesgadas ideológicamente, precisamente porque el control más eficaz sobre esas personas vendrá de la esclavitud de su propia ideología. Pero ahí está el drama: en constatar que es ingenuo pensar algo así.

³⁵ La profesora CALVO SÁNCHEZ, *Control de la imparcialidad*, cit. pp. 78 y ss., recoge dichas situaciones con precisión.