

I.

Ya hemos indicado en la introducción de este título, que la ley de 1855 no contenía disposición alguna que autorizase á los funcionarios de la administración de justicia para abstenerse de conocer, sin esperar á ser recusados, cuando concurriese en ellos algún impedimento legal. Esto dió lugar á la duda de si era ó no procedente tal abstencion, y habiendo llegado á conocimiento del Tribunal Supremo que no era uniforme la jurisprudencia sobre ese punto, instruido expediente, acordó en pleno de 6 de Mayo de 1862, cuyo acuerdo se comunicó á los Regentes de las Audiencias en 20 del mismo mes, para que éstos lo hicieran á las Salas de justicia y á los jueces de su territorio, «quien en punto á abstencion de oficio por causa de impedimento legal, aquéllas y éstos debían atemperarse á lo que sobre el particular establecían las leyes ó tenía recibido la jurisprudencia general».

Vaga era esta resolución en cuanto á las causas que debían motivar la abstencion de oficio, porque el Tribunal Supremo no se creyó con facultades para determinarlas. La ley orgánica del Poder judicial de 1870 atendió á esta necesidad, ordenando en sus arts. 429 y 558 lo mismo que se establece en el presente, en el cual se ha empleado el verbo *abstenerse*, como el más propio que el de *inhibirse* usado en aquéllos. En su virtud, tanto los magistrados jueces y asesores, como los auxiliares de los tribunales y juzgados, en quienes concurra alguna de las causas legítimas de recusacion expresadas en el artículo anterior 189, tienen el deber de abstenerse de oficio, sin esperar á que se les recuse: *se abstendrán del conocimiento del negocio*, dice la ley en términos imperativos; de suerte que la abstencion en tales casos es obligatoria, cual conviene para alejar toda sospecha de parcialidad y conservar incólume el decoro y prestigio de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia.

Por estas mismas consideraciones se ordena, que contra la resolución del funcionario que se abstiene voluntariamente del conocimiento de un negocio por cualquiera de las causas que darían lugar á su recusacion, no habrá recurso alguno, y por tanto, de-

berá ejecutarse desde luego, pasando el conocimiento del negocio á quien corresponda. Pero es posible el abuso de valerse de ese medio para evitarse compromisos ó por otras causas que no sean las legítimas de recusacion; y como tal abuso, cometido por un juez de primera instancia, sería de trascendencia para la administración de justicia, á fin de precaverlo se previene que se llevará á efecto su resolución *sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 216*, el cual le obliga á ponerlo en conocimiento de la Audiencia, cuya Sala de gobierno puede imponerle una corrección disciplinaria, si estima improcedente la abstencion. Tal sucedería si el juez se hubiese abstenido por ser pariente del abogado ó procurador de una de las partes, porque en tales casos no es el juez, sino el letrado ó procurador, quien debe abstenerse, según hemos expuesto en el comentario anterior.

En el caso de que, concurriendo alguna causa de recusación, el funcionario judicial, por olvido de ella ó por otro motivo, no se hubiere abstenido voluntariamente, podrá hacerlo luego que sea recusado, conforme á lo prevenido en el art. 197. Veamos ahora el modo práctico de llevar á efecto lo que se ordena en el que es objeto de este comentario.

II.

Luego que se dé cuenta á un juez de primera instancia, ó al municipal que le sustituya si fuera letrado, y no siéndolo, á su asesor, de una demanda ó de cualquier negocio de que no deba conocer por concurrir alguna de las causas de recusacion, sin proveer al escrito dictará auto absteniéndose del conocimiento y mandando que se dé cuenta á quien deba reemplazarle, como para caso análogo se ordena en el art. 197. Este auto será motivado, no sólo por analogía con lo que previene dicho artículo, y por estar comprendido en el párrafo 3.º del 369, sino también por la necesidad de consignar en él la causa de la abstencion, á los efectos del 216, para cuyo cumplimiento se acordará lo procedente en el mismo auto. Se notificará al litigante ó litigantes que sean parte en el juicio, y se llevará á efecto sin dilacion, puesto que contra él no se da recurso alguno.

Cuando el que deba abstenerse sea un escribano ú otro auxi-

liar, á continuacion del escrito que se le haya entregado para dar cuenta, ó de la providencia cuya ejecucion le corresponda, extenderá diligencia consignando en ella circunstanciadamente la causa en que funde su abstencion, y pasará los autos á quien corresponda, conforme á lo prevenido en el art. 242, para que dé cuenta á la Sala ó juez que conozca del negocio. Si el tribunal estima procedente la abstencion, por estar fundada en alguna de las causas del art. 189, dictará auto aprobándola; y en otro caso declarará no haber lugar á ella, como se previene tambien para caso análogo en los arts. 235 y 236.

En los tribunales colegiados, cuando un magistrado se cree incompatible para conocer de algun negocio, se abstiene, poniéndolo en conocimiento del presidente de la Sala, y es reemplazado por otro de la misma Sala, si lo hubiere: no habiéndolo, el presidente del Tribunal designa el de la dotacion de otra Sala que deba reemplazarle. Si el designado se cree tambien incompatible, lo pone en conocimiento del presidente del Tribunal, el cual nombra otro magistrado, si estima procedente la causa de la abstencion, conforme á lo prevenido en el art. 644 de la ley orgánica del Poder judicial. Por regla general, no se consignan en los autos estas abstenciones; pero si se creyese necesario ó conveniente hacerlo, la Sala, en vista de la manifestacion hecha por el magistrado que se abstenga, dictará auto teniéndolo por recusado, como para caso análogo se ordena en el art. 197.

En 29 de Junio de 1866 se publicó una ley, cuyo art. 1.º dice así: «Se declara vigente la segunda parte de la ley 35, tit. 1.º, libro 5.º de la Novísima Recopilacion, que dice: «Y asimismo mandamos que los pleitos propios de nuestros Oidores, ni de sus hijos y yernos, no se sigan ni pidan en la Sala ó Salas de los tales Oidores»; debiendo, por consiguiente, pasar su conocimiento á otra Sala del mismo Tribunal.» Creemos que esta ley quedó derogada por la orgánica del Poder judicial, y que lo está tambien por la nueva de Enjuiciamiento civil. Los casos á que se refiere están comprendidos en las causas 1.ª y 8.ª del art. 189, y debe abstenerse, por tanto, el magistrado en quien concurran. Sin embargo, no se manda en la nueva ley que pase el conocimiento á otra Sala, sino que se abs-

tenga el magistrado, ó que se separe del conocimiento de los autos, sin esperar á ser recusado (artículos 190 y 215), lo cual supone que los autos han de continuar en la Sala en que radicaron. Y no puede ser de otro modo, dada la organizacion actual de nuestros tribunales, pues las Salas de lo criminal no tienen competencia para conocer de negocios civiles. No es posible, por tanto, dar hoy cumplimiento á dicha ley, pues aunque pudiera tenerlo en las Audiencias de Madrid y Barcelona, dotadas con dos Salas para lo civil, no están exceptuadas de la regla general. Por consiguiente, de los pleitos de los magistrados y de sus hijos y yernos conocerá la Sala á que correspondan, absteniéndose el magistrado, el cual será reemplazado del modo antes indicado.

Hemos dicho que cuando se abstenga de oficio un juez de primera instancia, debe mandar que pasen los autos á quien deba reemplazarle, segun se ordena en el art. 197. Sobre este punto no fué uniforme la práctica después de publicada la ley de Enjuiciamiento civil de 1855. Como ordenaba en su art. 133 para los casos de recusacion, que se remitieran los autos al juzgado más inmediato al domicilio de los litigantes, y si lo tuvieran diverso, al del demandado, creyeron algunos jueces que lo mismo debia practicarse en los de abstencion de oficio. Pero se dió un caso en que se pasaron los autos al juez de paz, en su calidad de suplente del de primera instancia: se impugnó su competencia, é interpuesto recurso de casacion por esta causa, declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Abril de 1860, que dicho art. 133 no era aplicable al caso en que el juez de primera instancia se abstiene de conocer por impedimento legal, ni se infringia porque en tal caso le sustituyera el juez de paz. No obstante esta declaracion, se repitieron los casos en uno y otro sentido, y para uniformar la jurisprudencia, por el acuerdo del Tribunal pleno antes citado, comunicado á los Regentes de las Audiencias en 20 de Mayo de 1862, se les previno, «que cuando un juez de primera instancia se abstenga de oficio por dicha causa del conocimiento de algun negocio civil, debe remitir los autos al juez de paz á quien corresponda sustituirle, por no hallarse comprendido este caso en lo que para el de recusacion dispone el art. 133 de la ley de Enjuiciamiento civil».

Las disposiciones de la nueva ley no se prestan á esa duda. Autorizada la abstencion de oficio, y comprendida en el título de las recusaciones, es indudable que debe regirse por lo que para éstas se halla establecido; y por tanto, el juez que se abstenga de conocer de un negocio, deberá pasar los autos al suplente del juzgado, ó sea al juez municipal, á no ser que hubiere en la misma poblacion otro juez de primera instancia, conforme á lo prevenido en los artículos 202, 203 y 215. Cuando se abstenga un asesor, será reemplazado con otro por el mismo juez que lo hubiere nombrado.

ARTÍCULO 191

Sólo podrán recusar los que sean parte legítima ó tengan derecho á serlo, y se personen en el negocio á que se refiera la recusacion.

Este artículo, cuya sencillez y claridad nos excusa de comentarlo, concuerda con el 427 de la ley Orgánica, y sanciona lo que estaba admitido por la jurisprudencia, á pesar de que nada se previno expresamente sobre este punto en la ley anterior. Nótese que el que tenga derecho á ser parte en un pleito, no puede proponer la recusacion sino despues de haberse personado en los autos y de ser admitido en ellos como parte legítima; porque sin este requisito no puede tener participacion en el debate judicial ni en sus incidencias.

ARTÍCULO 192

La recusacion se propondrá en el primer escrito que presente el recusante, cuando la causa en que se funde fuere anterior al pleito y tenga conocimiento de ella.

Cuando fuere posterior, ó aunque anterior, no hubiese tenido ántes conocimiento de ella el recusante, la deberá proponer tan luego como llegue á su noticia.

No justificándose este extremo, será desestimada la recusacion.

ARTÍCULO 193

En ningun caso podrá hacerse la recusacion despues de citadas las partes para sentencia en primera instancia, ni despues de comenzada la vista del pleito en la Audiencia ó Tribunal Supremo.

Tampoco podrá proponerse en las diligencias para la ejecucion de la sentencia, á no ser que se funde en causas legítimas que notoriamente hayan nacido despues de dictada la sentencia.

Para que los litigantes de mala fé no abusen del remedio de la recusacion, como suelen hacerlo, utilizándolo maliciosamente y sin justa causa, «de lo cual se sigue grande impedimento en el proceder y en la determinacion de los pleitos, y redundando en injuria del recusado», como dice una ley recopilada, se han adoptado en todos tiempos medidas severas, encaminadas á cortar ese abuso, y de ello nos dan claro testimonio las 27 leyes del tít. 2.º, lib. 11 de la Novísima Recopilacion. Entre esas medidas está la de fijar el período del juicio dentro del cual podrá proponerse la recusacion, como se hace en los dos artículos que son objeto de este comentario, en los cuales se reproduce, con las adiciones que indicaremos, lo que ordenaron los arts. 122, 123 y 124 de la ley anterior de 1855, y 430 y 432 de la Orgánica de 1870.

Cuando la causa en que se funde la recusacion sea anterior al pleito, y tenga conocimiento de ella el recusante, debe alegarla y proponerla en el primer escrito que presente en los autos; y en otro caso deberá hacerlo luego que llegue á su noticia, ó haya ocurrido el hecho que dé lugar á la recusacion. Así lo dispone el art. 192 de la nueva ley. De suerte que en el primer caso, debe proponerse la recusacion, por parte del demandante, en el mismo escrito en que formule su demanda, y por el demandado, en el de contestacion, ó en el primero que presente con cualquiera otro objeto despues de haberse personado en los autos, pues sin este requisito y sin que se le tenga por parte legítima no es permitido á ningun litigante proponer la recusacion, ya sea del juez, ya del actuario, conforme á lo prevenido en el art. 191.

Como, segun el art. 430, todos los negocios civiles están hoy sujetos á repartimiento, al formular la demanda no puede saber el demandante si será recusable el actuario á quien corresponda, ni tampoco el juez, cuando haya más de uno en la poblacion. En tales casos, no será posible proponer la recusacion en el escrito de de-

manda, y se cumplirá el precepto de la ley, proponiéndola en escrito separado; pero esto deberá hacerse, conforme al párrafo 2.º del mismo art. 192, así que el demandante tenga noticia del repartimiento y sepa que ha correspondido el negocio á un juez ó á un actuario en quien concurra causa legítima de recusacion. De otro modo se entenderá que renuncia á ese derecho, y no podrá utilizarlo despues de contestada la demanda, como estaba prevenido por la ley 8.ª, tít. 10, Partida 3.ª, y por la 10, tít. 7.º, lib. 1.º del Fuero Real. «Despues que el pleito es comenzado por demanda é por respuesta delante del judgador, dice aquella ley, non puede ninguna de las partes desechar aquel juez, por sospechoso que le ayan, nin por otra razon. Fuera ende, si la sospecha ó la razon acaeciese de nuevo, é fuesse tal que deviesse ser cabida.»

El párrafo 2.º ya citado del artículo que estamos examinando establece tambien esta excepcion. Segun sus palabras, copiadas de la ley Orgánica, cuando la causa de la recusacion sea posterior al pleito, esto es, cuando ocurra despues del primer escrito presentado por el recusante, ó aunque anterior, no hubiese tenido antes conocimiento de ella, *deberá* proponer la recusacion tan luego como llegue á su noticia. Se llenará este deber verificándolo antes de practicar en el pleito, despues de conocida la causa, gestion alguna de la que pueda deducirse racionalmente que el litigante no sospechaba de la imparcialidad del juez: de otro modo se entenderá que ha renunciado ese derecho, y deberá ser desestimada la recusacion.

En la práctica antigua, para que en dicho caso se admitiese la recusacion, bastaba el juramento del recusante de no haber tenido antes conocimiento de la causa en que la fundaba. Ni en la ley de 1855 ni en la de 1870 se exigió ese juramento ni otra justificacion de dicho extremo, lo cual hacía ilusorio el precepto de la ley, é imponía en su caso á la parte contraria la obligacion de probar que el recurrente tenía conocimiento de la causa antes de presentar su último escrito. Para corregir el abuso á que esto se prestaba, se ha adicionado en la nueva ley el párrafo último del art. 192, por el cual se impone al recusante la obligacion de justificar que la causa fué posterior al comienzo del pleito, y si era anterior, que no tuvo antes conocimiento de ella. Resultará la prueba de esta

negacion justificando cuándo y por qué medio llegó á su noticia. Si el recusante no probare dicho extremo, *será desestimada la recusacion*, de cuyo precepto se deduce que ha de darse al incidente de recusacion en tales casos la sustanciacion prevenida por la ley.

II.

Dos restricciones al derecho de recusar establece el art. 193. *En ningun caso*, dice, y por tanto ni áun en el de que haya ocurrido ó se haya tenido noticia de la causa en aquel momento, «podrá hacerse la recusacion despues de citadas las partes para sentencia en primera instancia, ni despues de comenzada la vista del pleito en la Audiencia ó Tribunal Supremo». Cuando se espera á ese estado del pleito para proponer la recusacion, ésta tiene la presuncion de maliciosa, y no seria justo tolerar que por semejante medio se dilatara el fallo, el cual, por otra parte, tiene que ser ajustado á la ley y á la resultancia de los autos, y si no lo fuere, puede la parte agraviada utilizar los recursos de apelacion y de casacion, y hasta el de responsabilidad criminal ó civil. Como la ley no distingue, debe entenderse que se refiere á la citacion y vista, tanto para la sentencia definitiva del pleito, como la de cualquier incidente, sin perjuicio de que, resuelto éste, pueda proponerse la recusacion.

La segunda restriccion, establecida en el párrafo 2.º del mismo art. 193, cuyo párrafo ha sido adicionado en la nueva ley, se refiere á las diligencias para la ejecucion de la sentencia. No son raros los casos en que, sin otro objeto que el de dilatar y entorpecer el cumplimiento de la ejecutoria, se recusa al juez ó al actuario á quienes hasta entonces habia tenido el recusante por buenos é imparciales. Para cortar este abuso por una parte, y por otra para salvar la duda que podria nacer del párrafo anterior, por el cual se prohíbe recusar despues de la citacion para sentencia ó de la vista del pleito, se ordena que en dichas diligencias no podrá proponerse la recusacion á no ser que se funde en causas legítimas que notoriamente hayan nacido despues de dictada la sentencia. No basta, por tanto, alegar y justificar que hasta entonces no habia tenido conocimiento el recusante de la causa en que funda la recusacion: si dicha causa existia antes de dictarse la sentencia definitiva del pleito, ya no

puede utilizarse: es necesario que haya nacido *notoriamente* después de dictada la sentencia de primera instancia, si á los funcionarios que en ésta intervienen se refiere la recusacion.

Además de estas restricciones de aplicacion general, existe respecto de los auxiliares la que establece el art. 243, el cual prohíbe recusarlos durante la práctica de cualquiera diligencia ó actuacion de que estuvieren encargados.

III.

En los casos antedichos, en que la ley prohíbe la recusacion, si se interpusiere, deberá desestimarse de plano, pues si se diera al incidente la sustanciacion ordenada en los arts. 195 y siguientes, quedaria burlado el objeto de la prohibicion, que se dirige á impedir el que por ese medio pueda dilatarse el fallo del pleito ó la ejecucion de la sentencia. Este procedimiento está aprobado por el Tribunal Supremo, como puede verse en las sentencias de 16 de Mayo de 1860, 7 de Febrero de 1862 y 15 de Abril de 1879.

En cuanto á la recusacion de los magistrados de otra Sala ó suplentes, que en el acto de la vista sean llamados para completar el número necesario en la Sala que conozca del negocio, véanse los arts. 326, 327 y 328.

Respecto de los magistrados que sean designados para dirimir una discordia, ordena el art. 355 que se harán saber sus nombres oportunamente á los litigantes, para que puedan hacer uso del derecho de recusacion, si fuere procedente. En este caso deberá proponerse la recusacion antes de que comience la vista, para lo cual hay tiempo suficiente, puesto que ha de hacerse el señalamiento después de la designacion de aquéllos y de su notificacion á las partes.

Como los presidentes de las Audiencias y del Tribunal Supremo están autorizados por el art. 584, núm. 10, de la ley orgánica del Poder judicial para presidir, cuando les parezca, cualquiera Sala de justicia, sin necesidad de hacerlo saber previamente á las partes, cuando esto ocurra podrá proponerse la recusacion verbalmente en el mismo acto de la vista ó en los tres dias siguientes, observándose lo prevenido en los arts. 326, 327 y 328 ya citados. An-

tes de estas disposiciones, tomadas de la ley Orgánica, no habia regla concreta aplicable al caso; pero el Tribunal Supremo habia declarado en sentencia de 19 de Noviembre de 1863, que cuando el Regente de la Audiencia asista á la vista de un pleito y sea recusable, debe intentarse la recusacion desde el momento en que se le ve presidir la Sala. Más equitativo es lo que ahora se previene, de poder hacerlo en los tres dias siguientes, pues es probable que el letrado y el procurador, que asisten á la vista, ignoren la causa de la recusacion.

SECCION SEGUNDA

De la recusacion de magistrados, jueces de primera instancia y asesores.

A fin de evitar la repeticion de concordancias, que no sean de notoria utilidad para la mejor inteligencia de la nueva ley en cada uno de sus artículos, creemos conveniente anticipar en este lugar, que las disposiciones contenidas en la presente seccion concuerdan con los arts. 125 al 139 de la ley anterior de 1855, y más concretamente con los 433 al 460 de la orgánica del Poder judicial de 1870, que reformó algunas de aquellas disposiciones. En los comentarios respectivos haremos notar las novedades que ahora se hayan hecho.

Téngase tambien presente que en esta seccion se trata solamente de la recusacion de los magistrados y jueces de primera instancia, determinando los efectos de ese recurso y sus procedimientos. Segun se expresa en el art. 194, son aplicables estas disposiciones, además de las generales de la seccion anterior, á los presidentes, presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo y de las Audiencias, y á los jueces de primera instancia, como tambien á los jueces municipales y á sus asesores cuando no sean letrados, pero sólo en el caso de que sustituyan á los de primera instancia, y ejerzan por tanto las funciones de éstos, pues cuando ejercen la jurisdiccion propia de su cargo, su recusacion se rige por las disposiciones especiales de la seccion 3.^a de este título.