

RECUSACION EN MATERIA PENAL

Dr. José María Tijerino Pacheco
Profesor de Derecho Procesal Penal
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Fiscal General de la República
Poder Judicial, Costa Rica

Generalidades
 Motivos
 1.1. Relación con el objeto del proceso
 1.2. Relación con los interesados
 1.3. Aducidos por ciertos sujetos 152
 1.4. "Omnibus" de recusaciones 153
 Límites de la recusación 154
 Efectos 155
 Intervención de fiscales, secretarías y otros funcionarios 156
 Casos especiales 160
 Bibliografía 163

Dr. Juan Carlos Torres Pacheco
Escuela de Derecho, Universidad de Costa Rica
Facultad de Exactas, Universidad de Costa Rica
Ciudad General José Félix de Figueres
P.O. Box 11501, San José, Costa Rica

INDICE

- I. Generalidades 139
- II. Motivos 140
 - II.1 Relación con el objeto del proceso 141
 - II.2 Relación con los interesados 149
 - II.3 Relación con otros jueces 152
 - II.4 ¿Otros motivos de recusación? 153
- III. Límites de la recusación 154
- IV. Recursos 155
- V. Recusación de fiscales, secretarios, peritos e intérpretes 158
- VI. Conclusiones 160
- VII. Bibliografía 163

I. Generalidades

Condición indispensable para que el juez cumpla debidamente su alta función es la imparcialidad. Para evitar al juez conflictos en su fuero interno, que naturalmente se producirían si tuviera que decidir sobre asuntos que no le son ajenos a título personal, y en homenaje a la respetabilidad y confianza que debe inspirar, la ley ha establecido la abstención o inhibición, es decir, la facultad de pedir su separación del conocimiento de una causa determinada.

El ordenamiento, sin embargo, no puede dejar confiada únicamente a la rectitud de los mismos jueces la salvaguarda de su imparcialidad. Por ello es que ha establecido el instituto de la recusación, que consiste en la facultad de las partes de pedir se aparte al juez sospechoso de parcialidad (*iudex suspectus*).

BELLAVISTA y TRANCHINA consideran que la abstención es, como la recusación, uno de los medios a través de los cuales el sistema procesal se garantiza contra el *iudex suspectus*.⁽¹⁾ Estamos de acuerdo con ellos, pero hacemos la observación de que la primera es sólo un medio de prevención, en contraste con la segunda que es un verdadero remedio, porque el juez que se abstiene o inhibe no puede ser incluido en la categoría aludida. El juez se hace sospechoso cuando, habiendo motivo, no se separa voluntariamente de un proceso.

No puede negarse que la recusación importa un ataque a la respetabilidad de la judicatura, que si es autorizado por la ley lo es como un mal menor en relación con el que representa la parcialidad del juzgador.

El juez se inhibe no sólo para librarse de tener que resolver sin serenidad de ánimo, sino también para evitar sospechas, para no entrar en la categoría, en absoluta honrosa, de sospechoso.

De allí que el código italiano de 1930 dispusiera que en caso de concurso de una abstención y una recusación, aunque la primera se hubiera producido con posterioridad a la segunda, debía resolverse la abstención y considerarse la recusación como no interpuesta, si ambas se fundamentaban en los mismos motivos. Si los motivos eran diferentes, debía procederse a conocer de la recusación sólo si la abstención no hubiera sido estimada (art. 67). Fórmula que el actual código, promulgado el pasado 22 de septiembre de

(1) BELLAVISTA Y TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984, p.206.

1988, simplifica al eliminar toda alusión a los motivos de una y otra: la recusación se considera como no interpuesta cuando el juez se abstiene y la abstención es declarada con lugar (art. 39).

La misma razón subyace en otra norma del novísimo código citador: aquella que permite al juez abstenerse cuando existan graves razones de conveniencia no incluidas por la ley entre los motivos de recusación (art. 36), precepto que ya aparecía en el artículo 63 del código del 30. Se trata así, no de apartar al *iudex suspectus*, sino de evitar que llegue a serlo.

Por eso mismo consideramos que la mención de motivos de abstención hecha por el artículo 29 del código costarricense no tiene carácter taxativo, y que la diferencia de tratamiento entre abstención y recusación se impuso en homenaje al decoro de los jueces.

Otro argumento a favor de esa diferenciación se encuentra cuando se considera que la recusación tiene su raíz en una sospecha, en tanto la abstención está basada en una certidumbre: la del propio juez que, mejor que nadie, sabe en qué medida se ve afectado su ánimo.

El hecho de que el legislador costarricense expresamente haya establecido la taxatividad de los motivos de recusación, mientras guardó silencio en relación con la inhibición, deja ver que no consideró prudente dar la misma regulación a situaciones que se diferencian entre sí.⁽²⁾

II. Motivos

En cuanto a los motivos para recusar, se ha discutido mucho en la doctrina no sólo sobre la conveniencia o inconveniencia de que ellos sean establecidos taxativamente por la ley, sino también sobre la necesidad misma de hacer expresión de ellos AMAT,⁽³⁾ PODETTI⁽⁴⁾ y ALSINA,⁽⁵⁾ por ejemplo,

(2) En contra, LLOBET RODRIGUEZ, quien ve en ambas instituciones la misma finalidad y estima aplicable, por analogía, a las causales de abstención la taxatividad de las de recusación (Código de Procedimientos Penales anotado, Alajuela, 1987, p. 55).

(3) AMAT, El juicio oral en materia civil (Apuntes para la reorganización de los tribunales y la reforma de la ley), Barcelona, imprenta de "El Noticiero Universal", 1890, p. 78.

(4) PODETTI, Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, Tratado de la competencia (principios y normas generales, 1ª parte), Buenos Aires, EDIAR, 1954, p. 506.

(5) ALSINA, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., II, Buenos Aires, EDIAR, 1957, p. 204.

consideran sumamente valiosa la recusación sin expresión de causa, mal llamada comúnmente "recusación sin causa"; con lo que desatienden los reparos formulados contra esa institución por el CONDE DE LA CAÑADA en las postrimerías del siglo XVIII:

Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber y deja del arbitrio del público que conciba contra la opinión del juez recusado la que sea más perniciosa, y esto aumenta la injuria y se le priva de su natural defensa.⁽⁶⁾

Como hemos visto, nuestro Código de Procedimientos Penales sigue el sistema de taxatividad de los motivos de recusación (art. 33).

Todos los comprendidos en el artículo 29 se pueden clasificar en tres grupos, si atendemos a que el riesgo para la imparcialidad del juez puede surgir de su relación con:

- a) el objeto del proceso (los de los incisos 1º, 3º y 8º),
- b) los interesados (los de los incisos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º y 10º), u
- c) otros jueces (el único del inciso 11º).⁽⁷⁾

II.1. Relación con el objeto del proceso

En el inciso 1º se contemplan situaciones en las que el juez ha estado en estrecha relación con el proceso:

Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, o hubiera intervenido como

(6) CONDE DE LA CAÑADA, cit. por ALSINA, Tratado..., II, cit., p.284.

(7) RANIERI (Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova CEDAM, 1965, p. 188), y BELLAVISTA y TRANCHINA (Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano Giuffrè, 1984, p. 205) establecen una clasificación semejante, pero hacen uso del concepto de "partes" en lugar del de "interesados", más preciso éste en lo que atañe al código costarricense (vid. art. 29 in fine). FENECH clasifica los motivos de recusación atendiendo a la relación del juez con los otros sujetos del proceso (por "exceso" y por "defecto o distancia") y con el objeto del proceso (Derecho procesal penal, 3ª ed., I, Barcelona, Labor, 1960, ps. 238-242).

funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o hubiera actuado como perito o conociera el hecho investigado como testigo.

La primera cuestión que surge es la de determinar el concepto de proceso en este contexto. ¿Debe extenderse tal concepto hasta abarcar al proceso que puede surgir si, una vez firme la sentencia, se pide la revisión de ésta?

Para los que consideran que la revisión es un recurso más, es decir, una continuación del mismo proceso,⁽⁸⁾ la cuestión ni siquiera debe llegar a plantearse: si se habla de proceso nada justifica la exclusión de una de sus fases.

Desde la perspectiva de quienes consideramos que la revisión constituye otro proceso,⁽⁹⁾ la solución al problema hay que buscarla en otro

(8) Para la casi totalidad de la doctrina española —en la cual GUASP, quien cambió de criterio, constituye la notable excepción— es sustancial a la idea de recurso el que éste forma parte del mismo proceso en el cual se dictó la resolución contra la cual se dirige (Vid. por todos, CALVO SANCHEZ, La revisión civil, Madrid, Montecorvo, 1977, ps. 26–32; asimismo, DOVAL DE MATEO, La revisión civil, Barcelona, Bosch, 1979, ps. 29–37). En Italia, para autores como MANZINI y PETRELLA la identidad de proceso está en la definición misma de medios de impugnación (entendido este concepto como sinónimo de recurso). MANZINI señala: “*Le impugnazioni sono attività processuali determinanti una fase nuova dello stesso procedimento...*” (Trattato di diritto processuale penale italiano, 4ª ed., IV, Torino, UTET, 1952, ps. 458–459), y “*Le “impugnazioni” sono attività processuali determinanti una nuova fase del procedimento, nella quale, con maggiori garanzie funzionali soggettive (giudice superiore), si controlla, o si rinnova, la fase processuale anteriore.*” (Istituzioni di diritto processuale penale, 2ª reimpresión de la 12ª ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 266). Asimismo para PETRELLA “*Le impugnazioni sono i mezzi con i quali su domanda di soggetti legittimati e interessati, e attraverso giudizi retti da specifiche norme, costituenti fasi diverse dello stesso processo...*” (Le impugnazioni nel processo penale, I, Milano, Giuffrè, 1965, p. 41). Por su parte DEL POZZO, apoyado en BIRKMEYER y LEONE, estima “*che il procedimento d’impugnazione è una continuazione del processo originario...*” (Le impugnazioni penale. Parte generale, Padova, CEDAM, 1951, p. 381).

(9) Nosotros compartimos el criterio de quienes consideran que el recurso es, necesariamente, parte del mismo proceso en el cual se dictó la resolución que se impugna. Dado que el proceso finaliza cuando la sentencia adquiere firmeza, no calificamos la revisión como recurso, sino como “acción

lado. Si hubiera la misma razón para dudar de la imparcialidad del juez del proceso de revisión por haber participado en el proceso anterior, habría que optar por una aplicación analógica de la norma.

Obviamente no nos referimos a la situación expresamente prevista por el artículo 496 CPP, que prohíbe la participación en el nuevo “juicio” que puede ordenar el tribunal de revisión de los jueces que intervinieron en el juicio anterior. En este caso “juicio” hace referencia a la fase procesal de ese nombre, no a la totalidad del proceso.⁽¹⁰⁾ De lo que hablamos no es de uno de los momentos de la revisión, sino de la revisión en su totalidad.

Aunque el proceso de revisión tiene un objeto distinto (y por eso, precisamente, es que constituye un proceso nuevo),⁽¹¹⁾ ese objeto (que es la

impugnatoria” que da lugar a un nuevo proceso (así, FAIREN GUILLEN, con apoyo en CALAMANDREI, “*Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*”, en Revista de derecho procesal, Madrid, 1949, ps. 270–271). Nos inclinamos, además, a dar al concepto de medios de impugnación un alcance más amplio del de recursos; que vienen a ser una, pero no la única, especie de medios de impugnación. Dentro del género amplio de medios de impugnación y a la par de los recursos, aunque perfectamente individualizada como acción impugnatoria, debe ubicarse la revisión (en el mismo sentido, VIADA-ARAGONESES, Curso de derecho procesal penal, 4ª ed., II, Madrid, 1974, p. 257). En Italia, SATTA también tiene una concepción amplia de medios de impugnación: “*Impugnare infatti non significa altro etimologicamente che contrastare, attaccare, e pertanto ovunque vi sia una doglianza contro un provvedimento vi è un’impugnazione, qualunque sia il mezzo e il nome col quale la doglianza si concreta (ricorso, reclamo, opposizione e via dicendo)*”. (“*Impugnazione. Diritto processuale civile*”, Enciclopedia del diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, p. 697). En la misma línea de pensamiento opina TRANCHINA: “*...ritiniamo que qualunque istituto che si concretizzi nella denuncia di un ingiusto provvedimento del giudice o, talora, del pubblico ministero, possa essere inquadrato tra i mezzi d’impugnazione, ancorchè non venga così definito espressamente dal codice di procedura penale, la cui sistematica in materia appare, per altro, ispirata a criteri decisamente criticabili,*” (La postestà di impugnare nel processo penale italiano, Milano, Giuffrè, 1970, p. 169).

(10) En contra CASTILLO GONZALEZ, quien identifica “juicio” con “proceso” e incluso habla de “instrucción” (El recurso de revisión en materia penal, San José, Colegio de Abogados, 1980, p. 221).

(11) FOSCHINI señala: “*...ciò che diversifica e quindi individua un dato processo rispetto ad un altro processo non può essere che la materia del giudizio: la res iudicanda ... Il quid materiae, dal quale il processo deriva la sua individualità è, quindi, la fattispecie materiale.*” (Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 31).

sentencia firme que se considera injusta),⁽¹²⁾ deriva de la imputación que constituía el objeto del proceso en el que se dictó la sentencia impugnada.⁽¹³⁾

La íntima relación entre ambos objetos procesales puede perjudicar al juez en forma semejante a aquella en que puede resultar perjudicado el instructor que sea llamado a participar en la etapa de juicio de un mismo proceso. Consideramos, pues, que estamos ante situación análoga a la prevista en la ley, por lo que resulta procedente su aplicación.

Otra razón para inclinarse por la aplicación de la norma en examen al caso señalado es la concepción que el legislador tiene de la revisión.

Independientemente de que no compartamos su posición doctrinaria (que no vincula al intérprete, puesto que no le es dado a ningún legislador la potestad de transmutar la naturaleza de las cosas), al considerar, como consideró, que la revisión es un recurso,⁽¹⁴⁾ la encuadró en el mismo proceso.

Si para el Código de Procedimientos Penales la revisión es parte del proceso, rige también para ella la hipótesis prevista en el primer inciso del artículo 29.

Una segunda cuestión surge con el concepto de "sentencia". ¿Está usado en sentido técnico, es decir, como "resolución que pone término al proceso" (art. 105 CPP)? ¿O en sentido lato, como resolución jurisdiccional: "sobre el fondo del proceso", comprensiva de los autos de procesamiento (art. 286 CPP) y elevación a juicio (art. 344 CPP), entre otros?

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española expresamente se cuenta entre los motivos de recusación el haber sido instructor de la causa (art. 54.12).⁽¹⁵⁾

(12) AUGENTI, Lineamenti del processo di revisione, Padova, CEDAM, 1949, ps. 82-83.

(13) SABATINI, Gu., expresa: "...oggetto del processo penale altro non può essere che l'imputazione di un fatto come reato a carico di una determinata persona..." (Principi di diritto processuale penale, 3ª ed., I, Catania, Casa del Libro, 1948, p. 55).

(14) En el Código de Procedimientos Penales la revisión está ubicada en el libro cuarto, dedicado a los recursos. Por otra parte, "recurso" expresamente la denominan los artículos 492, 493 y 494.

(15) AGUILERA DE PAZ refiere que esta casual se introdujo "como una necesidad impuesta por la nueva organización de los Tribunales de la justicia penal... pues adoptado el criterio de la completa y absoluta separación de la instrucción sumarial y del fallo, es indudable que el magistrado que como juez hubiere instruido un sumario, no no puede de ningún modo cooperar al fallo de la misma causa." (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2ª ed., I, Madrid, Reus, 1923, p.386).

El artículo 61 del recién derogado código italiano de 1930 prohibía la participación en el juicio no sólo del juez que hubiera dictado o concurrido a dictar sentencia en un grado anterior del proceso, sino también del que hubiera dictado o concurrido a dictar la resolución de remisión a juicio ("*ordinanza di rinvio a giudizio*"). Disposición mantenida por el código de 1988 en su artículo 34.2 en concordancia con el 424.1.

Más rígido aún resultaba el proyecto preliminar de 1978, que en su artículo 39 contemplaba como motivo de incompatibilidad el que el juez hubiera "*cumplido actos*" en un grado anterior del procedimiento.

No nos parece conveniente que el juez que haya dictado una resolución de fondo durante la instrucción, ya sea como juez de instrucción o como miembro del tribunal de apelaciones, integre posteriormente el tribunal de juicio. Opinamos que ha prejuzgado.⁽¹⁶⁾

FINZI, en cambio, se pregunta si no sería provechoso que se llamara a formar parte del tribunal al juez de instrucción, por considerar dicho autor que el juez aportaría "*la cooperación de quien, por los contactos con el imputado, al que ha visto de cerca y no fugazmente, está en situación de conocerlo bien*".⁽¹⁷⁾

No entendemos qué quiere decir FINZI cuando habla de contactos cercanos del juez de instrucción con el imputado, en contraposición con una relación fugaz que parece ser aquella a la que da lugar el debate. No creemos que la relación de los jueces de instrucción con los reos, al menos en Costa Rica, pueda calificarse como lo hace el autor en comentario. Nuestros jueces, por exceso de trabajo principalmente, rara vez tienen algún contacto cara a cara con el inculcado. En muchas ocasiones ni siquiera cuando éste rinde su declaración está presente en el acto el instructor.

Por el contrario, consideramos que si una ventaja tiene el debate es que la oralidad impone el contacto directo entre juez o tribunal e imputado. Contacto fugaz, si se quiere, pero muchísimo más intenso que el que puede tener el instructor.

El mismo FINZI, que sólo después de muchas cavilaciones se atrevió a externar su anterior opinión, como él mismo reconoce, termina por advertir sobre el peligro de "*que el juez de instrucción haya pronunciado la sentencia*

(16) En relación con los integrantes del tribunal de apelaciones, vid. REDONDO GUTIERREZ, "El juez legal", Iustitia, San José, Costa Rica, año 2, número 23, noviembre, 1988, ps. 9-12. Asimismo, TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL, SECCION PRIMERA, resolución de la 15:00 del 27 de diciembre de 1988.

(17) FINZI "El imputado ... visto de lejos", Revista de derecho procesal, Buenos Aires, 1943, I, p. 326.

de remisión a juicio con la profunda convicción de que el imputado es culpable y que se disponga a llevar al debate tal convicción, la cual, tanto más si va envuelta en un mal entendido amor propio, podrá hacerlo inaccesible a admitir cualquier resultancia que esté en oposición con lo que él ha entendido, y podrá determinar a influir sobre los otros jueces para que se adhieran a su opinión".⁽¹⁸⁾

En ese orden de ideas merece destacarse la sentencia del Tribunal Constitucional español número 145/1988, de 12 de julio, en la que, con fundamento en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los casos "De Cubber" y "Piersack", considera el más alto tribunal de España que "la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible".⁽¹⁹⁾

Por todo ello, nuestro criterio es que el vocablo "sentencia" en el contexto del artículo 29.1 CPP debe interpretarse extensivamente, de manera que incluya cualquier resolución recaída sobre el fondo de la causa: procesamiento, prórroga extraordinaria, auto o providencia de elevación a juicio y, desde luego (por ser en el código costarricense una sentencia), sobreseimiento.⁽²⁰⁾

El haber intervenido en el mismo proceso como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o haber actuado como perito o simplemente conocer el hecho investigado como testigo son también circunstancias adversas a la imparcialidad del juzgador, el que difícilmente podrá sustraerse a la influencia que sobre su ánimo ejerce el recuerdo de la actitud adoptada cuando se encontraba en el desempeño de esas funciones o, en el caso del testigo, el conocimiento privado que sobre el objeto del proceso tiene.

El inciso 3º contiene un solo motivo: el interés del juez, ya sea en forma directa (interés personal) o indirecta (interés de su cónyuge o alguno de

(18) FINZI, "el imputado ..." , cit., p. 327.

(19) Boletín Oficial del Estado , Madrid, Nº 189, suplemento, 8 de agosto de 1988, p. 20.

(20) En contra, VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1968, p. 172; LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., ps. 55-56.

sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad).⁽²¹⁾

Existe interés en el juez cuando él, su cónyuge o sus parientes se encuentran en situación de obtener provecho o sufrir perjuicio por la resolución que habrá de dictarse en la causa.⁽²²⁾ No es necesario que el interés sea patrimonial,⁽²³⁾ puesto que el efecto turbador de la serenidad del juez no depende de la naturaleza de aquél.

El interés personal del juez no puede ser el que tendría en causa propia, en cuyo caso habría perdido la primera condición para ser tal, el ser tercero (heterocomposición), y se plantearía un problema que rebasaría los límites de la recusación: el de la incapacidad absoluta del juez, y no el del juez sospechoso.⁽²⁴⁾

Por otra parte, no debe confundirse el interés que hace dudar de la imparcialidad del juez (interés privado) con el que como funcionario debe tener en cumplir cabalmente sus funciones (interés público).⁽²⁵⁾

En cuanto al interés del cónyuge o de los parientes, debe advertirse que no los convierte en "interesados" en el sentido expuesto en el último párrafo del artículo:

(21) SATTÀ ("Astensione e ricasazione del giudice", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, p. 948) y COSTA ("Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale civile", Novissimo Digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, ps. 1463-1464) dan a las expresiones "interés directo" e "interés indirecto" un sentido diferente al que tienen en este trabajo. Para ambos "interés directo" es el que tendría el juez en causa propia, es decir, cuando un mismo individuo reúne la condición de juez y la de parte. "Interés indirecto" vendría a darse en cualquier otro caso.

Como se ve, usamos "interés directo e indirecto" en el mismo sentido de la ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 189, causal 8ª).

(22) Así, ALSINA, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, cit., p. 298.

(23) Así, MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 168; GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, Aguilar, 1943, p. 593; LEONE, Trattato..., I, cit., p. 384, p. 384; FENECH, Derecho procesal penal, I, cit., p. 241; VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 174; CHIAVARIO, Processo e garanzie della persona, 2ª ed., II, Milano Giuffrè, 1982, p. 40; LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., p. 56. En contra, NUÑEZ, Código procesal Penal de la provincia de Córdoba anotado, Buenos Aires, Lerner, 1978, p. 56.

(24) Así, SATTÀ, "Astensione e ricasazione ..." , cit., p. 948; COSTA, "Astensione e ricasazione..." , cit., p. 1463.

(25) Así, AGUILERA DE PAZ, Comentarios..., I, cit., p. 383; MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 169.

"A los fines de este artículo, se consideran interesados el imputado, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios".

Mientras todos los "interesados" tienen interés en el proceso, no todos los que tienen interés son "interesados". Interpretar lo contrario significaría confundir los motivos de los incisos 2º y 3º.

Si examinamos el inciso 8º del artículo 2º CPP podremos apreciar que encierra dos motivos fundados en la relación del juez con el objeto del proceso:

"Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso."

Por "consejos" debe entenderse los que se den a alguno o algunos de los interesados sobre su actuación personal en el proceso,⁽²⁶⁾ directamente o a través de otras personas.⁽²⁷⁾

SATTA y VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO piensan que el consejo debe ser anterior al conocimiento de la causa; los dos últimos agregan que "si el hecho ocurre durante la tramitación del proceso, el juez incurre en delito y media algo más que una causal de recusación".⁽²⁸⁾ Pensamos que la circunstancia de que el hecho llegue a constituir una falta de mayor gravedad no excluye que también sea causal de recusación, por el contrario: *¡a fortiori!*

La opinión debe ser dada por el juez a título personal o con abuso de sus funciones y no en el legítimo ejercicio de ellas,⁽²⁹⁾ y debe versar sobre el objeto del proceso específicamente, y no en general. No constituye opinión a estos efectos la académica, vertida en la cátedra, el libro, la revista o la prensa, etc., salvo que se haga expresa referencia al caso concreto.⁽³⁰⁾

(26) En este sentido, sentencia italiana de casación citada por MANZINI (Trattato..., II, cit., p. 170). En contra NUÑEZ, que estima que el destinatario del consejo puede ser también alguien ajeno al proceso (Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba..., cit., p. 57).

(27) En ese sentido VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 175.

(28) SATTA, "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale civile". Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, p. 950; VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 175.

(29) Así, MANZINI, Trattato..., II, ps. 169-170.

(30) así, PODETTI, Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, cit., ps. 518-519; MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 170.

II.2. Relación con los interesados

Las causales que hemos clasificado atendiendo la relación del juez con los interesados pueden ser subclasificadas en dos grupos, según estén fundadas en la afectividad o en la comunidad de intereses que vincula al magistrado con aquéllos.

En el primero de estos grupos tenemos situaciones en las que el juez, por el orden natural de las cosas, puede sentirse inclinado afectivamente ya sea en sentido positivo (sentimiento de solidaridad o simpatía) o en sentido negativo (hostilidad, odio, aversión).

Dentro de las causales por afectividad positiva cabe incluir las basadas en parentesco, en relaciones de familiaridad surgidas por la convivencia, en la amistad y en la gratitud.

Los vínculos de parentesco, consanguíneo o por afinidad, entre el juez y alguno de los "interesados", en el sentido que se explicó, configuran motivos de recusación que aparecen en dos incisos distintos: el 2º y el 9º. La razón de ello es que la ley considera de mayor peso los motivos indicados en los primeros cinco incisos, como se evidencia al excluir éstos de la facultad que tienen los interesados de solicitarle al juez que continúe conociendo de la causa (art. 30, párrafo segundo).

En el inciso 2º se señala el parentesco por consanguinidad hasta tercer grado y el de afinidad hasta segundo, mientras que el inciso 9º señala únicamente a los parientes en cuarto grado de consanguinidad. Parece razonable la distinción si tomamos en cuenta que muchas veces entre primos hermanos (cuarto grado de consanguinidad) apenas hay trato, situación harta diferente de la que suele darse entre padres e hijos, abuelos y nietos, hermanos entre sí, y hasta entre tíos y sobrinos y cuñados entre sí.

La posibilidad de que se presente parentesco en cuarto grado en línea directa es improbable: un juez conociendo de una causa en la que figure como ofendido o damnificado su tataranieto (para no considerar la hipótesis más remota de que el tataranieto sea imputado, defensor, representante o mandatario) es difícil de imaginar con los límites de edad establecidos para la jubilación de los funcionarios judiciales.

El interesado que viviere o hubiere vivido a cargo del juez es equiparado por la ley, para efectos de recusación, a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad; mientras que el concuñado, que no es pariente ni por afinidad pero suele verse de cerca en el ámbito de la familia política, aparece en el mismo inciso de los primos hermanos, tatarabuelos y tataranietos.

Las relaciones a que dan lugar la tutela y la curatela figuran en el inciso 4º como otra causal de recusación. La disposición se justifica por los lazos afectivos que aquéllas suelen crear.

La afectividad, en este caso por antonomasia, es también la razón de ser de otro motivo: la amistad, que el inciso 9º establece con la calificación de "íntima". Arduo problema este de determinar cuándo la amistad merece ese adjetivo.

GUASP se inclina por dejar a la discreción del órgano jurisdiccional la apreciación de la amistad íntima, ante el riesgo de que una enumeración de casos hecha por la ley pueda pecar por defecto o por exceso.⁽³¹⁾ En la valoración del grado de amistad deben tomarse en cuenta las costumbres, los usos predominantes en el ámbito social al cual pertenecen las personas cuya relación examinemos. Lo que en la España de principios de siglo no era signo de amistad íntima podría serlo en la Costa Rica o en la España actuales y viceversa, y lo que se estilaba en una clase social entre amigos puede ser mal visto en otra.

Parece ser que esta causal de recusación, que no aparece ni en el código italiano del 30 ni en el cordobés del 39, llega al código de Córdoba del 70 y al costarricense del 73 por influencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil españolas.

Compartimos el criterio de VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO de que, ante la vaguedad que la caracteriza, es prudente que el juez interprete con amplitud esta causal para evitar sombras en la imagen que la justicia debe siempre presentar.⁽³²⁾

El ánimo del juez, como el de cualquier ser humano, puede ser movido a simpatía hacia uno de los interesados no sólo por los lazos de parentesco o por situaciones de convivencia, como las que prodigan la tutela o curatela, o por la amistad sino también por relaciones pasajeras pero que suelen dejar huella. El inciso 10º se refiere a dos de esas situaciones:

- a) el haber recibido el juez, su cónyuge, padres o hijos beneficios de importancia de alguno de los interesados, y
- b) si después de iniciado el proceso él recibiere presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

(31) GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, cit., p. 591.

(32) VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 176.

Obsérvese la importancia que para uno y otro motivo tiene el factor temporal: si el beneficio es de envergadura constituye motivo de recusación sin que influya en absoluto el transcurso del tiempo. Si el regalo o la dádiva es de poca monta debe ser recibido durante el proceso para que adquiera trascendencia procesal.

Si la primera de estas causales parece fundarse en el sentimiento de gratitud que el beneficio habrá hecho nacer en el espíritu del juez, la segunda, además de prestar atención a ese sentimiento, que en cualquier caso no será profundo, puede encontrar base en el recelo que provoca un juez que se revela poco digno e inescrupuloso.

También la afectividad de signo negativo, es decir, la enemistad está considerada como causal de recusación en el código de Costa Rica. Aparece prevista en el mismo inciso de la amistad: el 9º.

Siguiendo al ordenamiento español (Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 54.11), el código costarricense exige que la enemistad sea "manifiesta". No "grave", como establece el italiano (código de 1988, art. 36.d). Consideramos que la diferencia debe ser resaltada.

La simple enemistad, la enemistad aun leve, basta para recelar de la imparcialidad del juez. No obstante, para evitar que invocándola se trate de apartar injustificadamente al magistrado, la ley exige que sea manifiesta, que no haya duda de ella. Lo de "manifiesta" hace referencia, pues, a su exteriorización, es decir, a su prueba, no a su intensidad o grado. La enemistad puede no ser grave, pero si es palpable, clara, evidente constituye motivo para recusar al magistrado.

He aquí una prueba más de que el legislador no ha dado el mismo tratamiento a la abstención o inhibición y a la recusación en lo que se atañe a taxatividad. Para recusar se exige que la enemistad sea manifiesta, sobre el recusante recae la carga de la prueba de esa enemistad. En cambio, resultaría absurdo que se exigiera al juez que invoca la causal de enemistad la prueba de que ella es manifiesta, de que se ha hecho ostensible, porque lo que importa no es el sentimiento de desafección de la parte o su abogado hacia el magistrado sino el de éste hacia alguno de aquéllos. Es el ánimo del juez el que interesa a la ley mantener libre de pasiones.

Estima SATTÀ que la enemistad debe ser considerada en relación con situaciones ajenas al proceso, es decir, debe excluirse de la hipótesis de la norma la actividad que el juez ha desarrollado aplicando la ley.⁽³³⁾ No compartimos la tesis del citado autor en los casos en que la forma de actuación del juez evidencie sentimientos hostiles hacia alguno de los interesados.

(33) SATTÀ, "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale civile", cit., p.950.

Esto no significa que si el proceso da lugar a relaciones agrias deba estimarse necesariamente que existe enemistad; si así fuera, bastaría con que el imputado o cualquiera a quien la ley atribuya la facultad de recusar provocara el enojo del magistrado con actuaciones deliberadamente irrespetuosas o impertinentes para hacer que éste sea separado de la causa. Tampoco puede manifestar enemistad cualquier corrección disciplinaria o cualquier resolución adversa a los intereses de una de las partes. Mucho tino debe tener el llamado a juzgar sobre la existencia de esta causal para que ella no resulte desnaturalizada y se convierta en arma de inescrupulosos en contra de los magistrados probos.

Otra causal relacionada con la animadversión es la del inciso 7º: haber sido, antes de comenzar el proceso, "denunciante o acusador de alguno de los interesados, o denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entrambos".

En este motivo la enemistad se presume, no se exige prueba de ella. Por el contrario, el juez recusado habrá de probar que la situación provocada por los hechos a que alude la ley ha sido superada, si no quiere que prospere el incidente.

A la misma categoría de motivos por afectividad negativa corresponde el de tener juicio pendiente con alguno de los interesados el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, contemplado en el inciso 5º).

Por último, en el resto del inciso 5º y en el inciso 6º se prevén situaciones en las que la imparcialidad del juez puede estar en peligro por comunidad de intereses económicos entre él, su cónyuge, parientes cercanos u otras personas que vivan a su cargo, con alguno de los interesados en el proceso.

El inciso 5º hace referencia a la sociedad o comunidad que pueda tener el juez o sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con algún interesado. En el inciso 6º se menciona la condición de acreedor, deudor o fiador que pueda tener el juez, su cónyuge, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo respecto a alguno de los interesados.

II.3. Relación con otros jueces

El ánimo del juez puede encontrar causa de turbación no sólo en su relación con el objeto del proceso o con alguno de los interesados, sino también en la circunstancia de que en el mismo proceso haya intervenido o intervenga algún pariente suyo de grado muy próximo.

No cabe duda de que tener que resolver sobre asunto en el que ya ha vertido o está por verter su juicio un familiar tan cercano como los indicados es tarea que requiere excepcionales dotes de objetividad que no es dable esperar de todos los jueces.

El Código de Procedimientos Penales establece en el inciso 11º del artículo 29 causal de recusación cuando la situación aludida se da entre padre e hijo, entre hermanos o entre abuelo y nieto, es decir, entre parientes en segundo grado de consanguinidad. Consideramos que la misma razón debió haber llevado al legislador a incluir en este motivo a los jueces cónyuges entre sí.

II.4. ¿Otros motivos de recusación?

Además de los señalados por el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales, el ordenamiento jurídico costarricense tiene un elenco de motivos de recusación en los artículos 199 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 53 del nuevo Código Procesal Civil que, en opinión de algunos, también deben ser tomados en consideración.

Aunque en términos generales coinciden con los del Código, hay algunos que son distintos, por ejemplo: "Ser o haber sido en los doce meses anteriores socio, compañero de oficina o de trabajo o inquilino bajo el mismo techo del funcionario; o en el espacio de tres meses atrás, comensal o dependiente suyo" (art. 201.3 Ley Orgánica), o bien: "Haberse impuesto al recusado alguna pena o corrección en virtud de queja interpuesta en el mismo negocio por el recusante" (art. 201.8 Ley Orgánica).

Debe tomarse en consideración, sin embargo, que el artículo 33 CPP excluye la posibilidad de que se pueda invocar en la recusación un motivo no previsto en el artículo 29 que hemos venido comentando. La circunstancia de que el Código sea una ley posterior y especial tiene como resultado que para el proceso penal resulten inaplicables los artículos mencionados de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que atañe a la recusación; no así para la abstención o inhibición, por no estar regida ésta por el mencionado artículo 33 CPP que impone la taxatividad únicamente para los motivos de recusación.⁽³⁴⁾

(34) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 229 A, 10,00 del 3 de julio de 1985 y Nº 230 A, 10,10 de misma fecha, cit. por LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., p. 58; en contra, el mismo LLOBET, para quien tampoco es aplicable a la inhibición las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que se refiere a motivos (ibídem, p. 55).

Hay, no obstante, una excepción a la rigurosa taxatividad impuesta por el artículo 29 CPP: cuando, por haber sido ejercida la acción civil resarcitoria en sede penal, el juez resulte también juez de la litis civil. En esos casos, en lo que atañe a la acción resarcitoria, el juez puede ser recusado también por los motivos previstos en la legislación procesal civil.⁽³⁵⁾

III. Límites de la recusación

De interés es saber si la facultad de recusar que el artículo 33 CPP confiere al Ministerio Público, las partes, sus defensores y mandatarios puede ejercerse en relación con cualquier juez.

La respuesta debe ser afirmativa, pero sólo cuando se trate de jueces de la causa.⁽³⁶⁾ Esto significa que no puede intentarse la recusación de aquel juez que sólo en un futuro, eventual o cierto, conocería de ella; como sucedería si se recusara durante la instrucción a alguno de los jueces integrantes del tribunal de apelaciones sin que haya sido interpuesto recurso, o a alguno de los miembros del tribunal de juicio sin que la causa haya llegado a esa fase del proceso o, hipótesis más factible que las anteriores, si se recusara de una sola vez a los integrantes de las diversas secciones de un mismo tribunal para evitar que se sustituyan entre ellos.

Otro tanto cabe decir de los jueces llamados a resolver una recusación, que tampoco son jueces de la causa sino exclusivamente del incidente.

En Costa Rica en forma expresa la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 203.1) establece la no recusabilidad de estos jueces. Y aunque no existiera tal norma, sustentar la tesis contraria sería admitir la posibilidad de que podría impedirse indefinidamente el conocimiento de la causa con el simple expediente de recusar a cuanto juez fuere llamado a decidir en materia de recusación, en una secuencia de recusaciones que llegaría al absurdo.⁽³⁷⁾

(35) Así, MANZINI, Trattato..., II, cit., p.168.

(36) Así, CARNELUTTI, "Una straordinaria esperienza in tema di ricasazione di giudici", Rivista di diritto processuale, Padova, 1950, II, p. 191. SATTÀ, que también es del criterio de que objeto de la recusación, sólo puede serlo el juez de la causa y no el de la recusación por ser ésta un procedimiento autónomo, titubea ante el silencio del código procesal civil italiano en esta materia y sobre todo por considerar que el artículo 68 del código procesal penal, aunque con limitaciones, sí admite recusaciones en esos casos ("Astensione e ricasazione del giudice...", cit., p. 951). CARNELUTTI interpreta en forma contraria la disposición del código procesal penal (op. cit., ps. 190-191).

(37) En ese sentido, CARNELUTTI, "Una straordinaria esperienza...", cit., p. 190-191.

Por último, tal vez no sea ocioso recordar que la recusación sólo puede ser dirigida contra el juez y no contra el tribunal. Se puede cuestionar la incapacidad de los integrantes de un tribunal, no la de éste como órgano. Para reparar a un juez del conocimiento de una causa, se le recusa. Paraseparar la causa del conocimiento de determinado tribunal, sólo puede recurrirse a una excepción de incompetencia.

IV. Recursos

La recusación es, como hemos visto, un medio para garantizar la imparcialidad del juez. El acceso a ese medio es una emanación tanto del derecho de defensa como del derecho o la potestad de acción, porque la imparcialidad del juzgador es condición indispensable para la tutela de los derechos ciudadanos y la defensa de la sociedad.

Una resolución que abiertamente impidiera la recusación al imputado o al Ministerio Público viciaría de nulidad absoluta el proceso, por atentar contra la indispensable intervención en él de esos sujetos procesales (art. 145, incisos 2º y 3º CPP) y, consecuentemente, contra el derecho de defensa, consagrado en el artículo 39 de la Constitución, o el ejercicio de la acción penal pública respectivamente.

La *vía iuris* para combatir la arbitrariedad del juez sería el recurso de casación contra la resolución dictada en tal proceso, por inobservancia de norma procesal establecida por el Código bajo pena de nulidad (arts. 39 y 41 Cn, 33, 145, incisos 2º y 3º; 471.2, 474 ó 473 CPP, según el caso).

No parece tan claro que la no admisibilidad del incidente por defectos formales o su desestimación por el tribunal llamado a decidir sobre él acarreen las mismas consecuencias.

Debe tomarse en cuenta que en la primera de esas hipótesis la resolución no tiene carácter definitivo y que el recusante puede volver a presentar el incidente una vez que haya corregido los defectos de forma, si no han vencido los plazos que el artículo 34 establece.⁽³⁸⁾

(38) Plazos que encuentran justificación en la necesidad de evitar que maliciosamente se hagan recusaciones tardías con miras a demorar la marcha del proceso. CHIAVARIO indica que la Comisión Europea de Derechos del Hombre considera que: "non sono da ritenere ingiustificate la preclusioni legislativamente fissate, alla proponibilità dell'istanza di ricasazione in certe fasi processuali" (Processo e garanzie della persona, 2ª ed., II, Milano, Giuffrè, 1982, p. 40).

En el caso de que fuera desestimada la recusación no habría necesariamente violación del derecho de la parte recusante, que en este particular en el ordenamiento de Costa Rica consiste en el derecho de *solicitar* la separación del juez, y no en el de separar automáticamente al magistrado.

El problema surge al considerar la posibilidad de que el rechazo ad portas del incidente o su desestimación obedezcan no a defectos reales o a falta de fundamento, sino a la velada intención de frustrar el derecho de control de la imparcialidad del juez, que asiste a todas las partes procesales.

Deseable sería que la legalidad de la decisión que recayera sobre el incidente fuera controlada por un órgano superior, pero el código costarricense no dispone ningún recurso en esta materia, como sí lo hace en cuanto a la casación la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (art. 69, párrafo segundo) y lo hacía el código italiano de 1930, recientemente derogado. En éste, a raíz de la reforma de 1955, se agregó un cuarto párrafo al artículo 69 para conceder dicho recurso y en forma tan amplia en cuanto a los titulares del derecho de impugnar que incluye al juez recusado, singular caso en que un juez pasaba a ser parte en el incidente.

Estimamos que ésa es una grave omisión del legislador costarricense, que no parece pueda subsanarse en otra forma que no sea por la vía legislativa.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, ha anulado alguna sentencia mediante casación con fundamento en que el juez incumplió el deber de inhibirse, pese a que en su oportunidad no fue recusado. En opinión de la Sala resultó afectada la integración y competencia del tribunal de juicio, lo que provocó una nulidad absoluta por resultar violado el artículo 39 de la Constitución, “de conformidad con lo dispuesto por el art. 146 del Código anteriormente citado (CPP)”.⁽³⁹⁾

Tenemos nuestra reserva de que las cosas sean como ha considerado el alto tribunal, por las razones que a continuación exponemos: Para empezar, la integración, composición o constitución de un tribunal colegiado no resulta afectada mientras no se altere (por defecto o exceso) el número de sus miembros y mientras todos ellos tengan la capacidad genérica del juez, que consiste en la aptitud de ejercer la función jurisdiccional en abstracto.⁽⁴⁰⁾

(39) Sala Tercera, N° 104 F, de 9,24 del 13 de junio de 1986, cit. por LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., ps. 58-59.

(40) DE MARSICO a este respecto indica: “...potere il vizio di costituzione del giudice nascere soltanto della violazione di norme di organizzazione giudiziaria attinenti a la nomina, alla capacità dei giudici ed al numero di essi previsto per i vari collegi giudicanti. Norme quindi che hanno tratto non ai rapporti fra il giudice ed un determinato processo, ma al rapporto fra il

La concurrencia de un hecho que constituye motivo de abstención o recusación no afecta la capacidad genérica del juez sino su capacidad específica⁽⁴¹⁾ y no *ipso facto*, sino solamente cuando se ha dictado una resolución que declare la existencia de dicho motivo.

La capacidad específica se pierde, pues, no en virtud de la existencia del hecho o de la circunstancia que constituye uno de los motivos del artículo 29 CPP, sino en virtud de que haya sido admitida la abstención o estimada la recusación.⁽⁴²⁾

Prueba de este aserto es que puede operarse la caducidad del derecho de recusar si no se ejerce oportunamente (art. 34 CPP) y que los actos cumplidos por el juez conservan, por regla general, validez (el art. 36 CPP establece un plazo de 24 horas para que el recusante solicite la declaratoria de nulidad de esos actos, es decir, es a petición de parte, y no de oficio, como aquélla está dispuesta por el Código).

Por otra parte, aun aceptando el criterio de la Sala de que la competencia del tribunal se vio afectada por la existencia del hecho previsto por la ley como motivo de inhibición y recusación (tesis que no compartimos) y que, en consecuencia, se irrespetó el artículo 39 de la Constitución (¿en cuánto indica que la sentencia condenatoria debe ser dictada por autoridad competente?), no creemos estar ante una de las nulidades a que hace referencia el artículo 146 CPP, puesto que éste exige no sólo la vulneración de alguna norma constitucional sino también que dicha nulidad esté prevista en alguna de las hipótesis del artículo 145 CPP: nombramiento, capacidad y constitución del órgano jurisdiccional, en lo que a este sujeto del proceso atañe.

Cuando esa norma prescribe que será nula la inobservancia de las disposiciones concientes a la capacidad del juez no se está refiriendo a la

giudice e la sua capacità di giudicare (in genere) o alla composizione numerica del collegio. Abbraccia perciò tanto cause di incapacità subiettiva (nomina ed “altre” condizione di capacità) quanto cause di obiettiva inidoneità del collegio a giudicare; ma le une e le altre debbono essere tali da porre il giudice, singolo o collegiale, in condizione d’incapacità o d’inidoneità di fronte a qualunque processo, e non ad un processo determinato.” (Diritto processuale penale, 4ª ed., Napoli, Jovene, 1966, p. 51).

(41) En ese sentido, SANTORO, Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954, ps. 179-180; CLARIA OLMEDO, Tratado de derecho procesal penal, II, Buenos Aires, EDIAR, 1964, p. 241.

(42) En ese sentido, LOSCHIAVO, “Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale penale”, Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, p. 1468.

competencia, sino a la capacidad genérica ya aludida por nosotros. Como agudamente observa NUÑEZ, si las nulidades a que da lugar la inobservancia de las disposiciones atinentes a la competencia están dispuestas en forma específica por la ley (arts. 16 y 20 CPP), no existe razón para admitir la redundancia de que también lo estén en forma genérica.⁽⁴³⁾

A la alegación de las nulidades absolutas no les pone plazo la ley ni son convalidables, como evidentemente lo son aquéllas a que ha dado lugar un motivo de inhibición y recusación, a la luz del artículo 36 CPP.

Por último, si en torno a distintos aspectos de la abstención y de la recusación se sustentan criterios doctrinarios muy encontrados, cuando se trata de analizar el carácter de la nulidad ocasionada por la intervención del *iudex suspectus* hay casi unanimidad en señalar que no es absoluta sino relativa y, en consecuencia, subsanable si no es alegada en el momento procesal oportuno.⁽⁴⁴⁾

Por todo lo anterior consideramos que la solución al control de la decisión que declara inadmisibile la recusación o desestima el incidente queda pendiente de una salida más airosa que la de la nulidad absoluta por integración viciada del tribunal.

V. Recusación de fiscales, secretarios, peritos e intérpretes

Además de los jueces, pueden ser recusados los secretarios de los tribunales, los peritos y los intérpretes, funcionarios todos cuya actuación sufriría gran detrimento si estuvieran parcializados. En Costa Rica, también

(43) NUÑEZ, Código Procesal Penal..., cit., p. 142.

(44) En ese sentido, MANZINI, Trattato..., II, cit., ps. 164-165, asimismo en Istituzioni di diritto processuale penale, 2ª reimpresión de la 12ª ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 115; SABATINI, Guglielmo, Principi di diritto processuale penale, 3ª ed., I, Catania, Casa del Libro, 1948, p. 282; SANTORO, Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954, ps. 179-180; VANNINI y COCCIARDI, Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, Giuffrè, 1976, p. 114; RANIERI, Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965, p. 187; BELLAVISTA y TRANCHINA, Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984, p. 206; CORDERO, Procedura penale, 8ª ed., Varese, Giuffrè, 1985, p. 272; FENECH, Derecho procesal penal, 3ª ed., I, Barcelona, Labor, 1960, p. 242; BARTOLONI FERRO, El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales, I, Santa Fe, Argentina, Castellvi, 1958, p. 146; NUÑEZ, Código Procesal Penal..., cit., p. 142. En contra FLORIAN, Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934, p. 160.

los miembros del Ministerio Público (art. 43 CPP), con lo que se pone de manifiesto que para el sistema el fiscal no está contra el imputado sino de frente a él.

En relación con los miembros del Ministerio Público surge una cuestión interesante: ¿Son aplicables a ellos absolutamente todos los motivos de abstención y recusación que prevé el artículo 29 CPP para los jueces?⁽⁴⁵⁾

La duda aflora en lo que respecta a dos de esos motivos: el haber participado anteriormente como miembro del Ministerio Público, es decir, cumpliendo en el proceso la función de fiscal (inciso 1º), y el haber sido acusador de uno de los interesados (inciso 7º).

Si en lo que concierne al juez, al secretario, al perito y al intérprete el haber intervenido en el proceso fungiendo como fiscal no deja lugar a dudas de que constituye un serio motivo para poner en tela de juicio su imparcialidad, en lo que atañe a éste no parece tener sentido la causal, pues en su caso esa intervención está dentro de sus funciones normales.

Aún más, si consideráramos que el caso del fiscal no es una excepción a la regla general, habría que aceptar que el Código incurre en contradicción consigo mismo, ya que por otro lado indica que las atribuciones del agente fiscal son las de actuar ante el juez de instrucción y el juez penal (art. 41 CPP).

Debe entenderse que la actuación ante el juez de instrucción es, lógicamente, representando al Ministerio Público en la fase procesal que ese juez tiene a su cargo: la instrucción. Consecuentemente, en ella deberá el agente fiscal cumplir todos aquellos actos propios de su función: requerir instrucción judicial, ofrecer prueba, controlar la recepción de ella, apelar de las decisiones que le parezcan contrarias a derecho, interponer incidentes de nulidad, requerir elevación a juicio, etc. En fin, intervenir en el proceso.

Si también está dentro de sus atribuciones actuar ante el juez penal, habrá que conceder que ello significa que puede y debe fungir como fiscal en los juicios que competen a esa autoridad judicial. ¿Cómo, entonces, invocar la anterior intervención en el proceso (durante la instrucción) como causal de recusación en la fase de juicio?

Pero hay más, la ley prevé dos situaciones en las que el agente fiscal obligatoriamente tiene que intervenir en el debate al que se ha llegado en virtud de su propia intervención, aunque esa etapa no compete a un tribunal monocrático sino a uno colegiado: cuando es llamado por el fiscal de juicio a coadyuvar en asuntos complejos (art. 40.1 CPP), y cuando el fiscal de juicio

(45) Por la afirmativa se inclinan CASTILLO GONZALEZ, El recurso de revisión..., cit., p. 220, y LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales..., cit., p. 611.

estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento (de citación directa o de elevación a juicio, según haya correspondido), es decir, con la acusación hecha en su oportunidad por el agente fiscal (art. 40.2 CPP). Otro caso, en el que no necesariamente debe haber intervenido el agente fiscal, pero en el que su intervención no cambiaría nada la situación, se prevé en el mismo inciso 2º del citado artículo: cuando el fiscal de juicio, sencillamente, se vea imposibilitado de actuar, sea cual sea la causa que se lo impida.

Por lo anterior, sostenemos que el haber intervenido como miembro del Ministerio Público en el proceso no es ni puede ser motivo de recusación del fiscal o agente fiscal. Esta es la tesis que ha prevalecido en nuestros tribunales.

Naturalmente, si la intervención anterior del miembro del Ministerio Público no ha sido en la misma condición, sino como juez, perito, defensor, mandatario, denunciante o querellante la causal vale también para él.

Por último, en cuanto al motivo de haber sido acusador de uno de los interesados, debe señalarse que dicho motivo no hace referencia a la acusación que en cumplimiento de su función de representante del Ministerio Público el fiscal pudo haber hecho en ese o en anterior proceso, sino a la acusación hecha a título personal (querrela por delito de acción privada, o ejercicio de acción popular en el caso previsto en el artículo 11 de la Constitución). En éste valen las mismas razones expuestas para rechazar la aplicación del anterior motivo.

VI. Conclusiones

I

1. La abstención y la recusación son medios con los que el sistema procesal se garantiza contra el *iudex suspectus*. La primera es un medio de prevención, mientras que la segunda es un remedio.
2. La taxatividad de causales del artículo 29 del Código de Procedimientos Penales rige sólo para la recusación, no para la abstención.

II

1. Estas causales se pueden clasificar en tres grupos, si atendemos a que el riesgo de la imparcialidad del Juez puede surgir de su relación con:

- a) el objeto del proceso (las de los incisos 1º, 3º y 8º),
- b) los interesados (las de los incisos 2º, 4º, 5º, 7º, 9º y 10º) u
- c) otros jueces (la única del inciso 11º).

2. En el concepto de "proceso", en el contexto del primer inciso del artículo 29 CPP, debe incluirse el proceso (no recurso) de revisión.
3. Quien haya dictado resoluciones de fondo durante la instrucción (como juez de instrucción o como integrante de tribunal de apelaciones) no debe integrar el tribunal de juicio.
4. Mientras todos los "interesados", en el sentido del último párrafo del artículo 29 CPP, tiene interés en el proceso, no todos los que tienen interés son, en ese sentido, "interesados".
5. El consejo suministrado por el juez a algún interesado antes del conocimiento de la causa es motivo de recusación. Con mayor razón lo es el que se da durante el proceso.
6. Las causales agrupadas en atención a la relación del juez con los interesados pueden ser subclasificadas en:
 - a) fundadas en afectividad
 - aa) positiva (parentesco, convivencia, amistad y gratitud)
 - ab) negativa (enemistad manifiesta y otras)
 - b) fundadas en comunidad de intereses económicos.
7. Los vínculos de parentesco del juez con los interesados dan lugar a causales que aparecen previstas en dos incisos distintos, con el propósito de dar diferente trato según el grado de consanguinidad o afinidad.
8. En la valoración del grado de amistad deben tomarse en consideración las costumbres, los usos predominantes en el correspondiente ámbito social.

9. La enemistad puede no ser grave, pero si es palpable, clara, evidente, en una palabra, "manifiesta", constituye motivo de recusación.
10. La enemistad debe ser considerada no sólo en relación con situaciones ajenas al proceso, pero no toda relación agria que en éste se presente debe estimarse enemistad.
11. En el inciso 11º del artículo 29 CPP, único que se refiere a las relaciones que puedan tener entre sí los distintos jueces de un mismo proceso, debió incluirse a los jueces cónyuges entre sí y no sólo a los que tienen lazos de parentesco.

III

La taxatividad de los motivos de recusación no rige en cuanto a la acción civil ejercida en sede penal, respecto a la cual también se aplican los de la legislación procesal civil.

IV

Sólo pueden ser recusados los jueces de la causa. No lo son aquellos que no han tenido oportunidad de ejercer jurisdicción en ella, o que sólo lo son del incidente de recusación.

V

1. No es revisable en casación la legalidad de la resolución que declare inadmisibile o que desestime un incidente de recusación .
2. La concurrencia de un hecho que constituya motivo de abstinencia o de recusación no afecta la capacidad genérica del juez, sino sólo su capacidad específica, y ello sólo cuando ha sido declarada judicialmente la existencia de dicho motivo.
3. El artículo 145.1 CPP hace referencia a la capacidad genérica del juez, y no a la competencia.
4. La nulidad a que da lugar la intervención del *iudex suspectus* es relativa. En consecuencia, puede ser subsanada si no es alegada oportunamente.

VI

No es procedente la recusación del agente fiscal o del fiscal de juicio por haber intervenido como funcionario del Ministerio Público en la instrucción, o por haber acusado en representación de éste.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA DE PAZ, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, 2ª ed., 1923, Madrid, Hijos de Reus.
- ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctica de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., II, Bs. Aires , EDIAR, 1957.
- AMAT Y FURIO, Vicente. El juicio oral en materia civil, Barcelona, imprenta de "El Noticiero Universal", 1890.
- ANDRIOLI, Virgilio. Appunti di procedura penale, Napoli, Jovene, 1965.
- AUGENTI, Giacomo Primo. Lineamenti del processo di revisione, Padova, CEDAM, 1949.
- BARTOLONI FERRO, Abraham. El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales, I, Santa Fe (Arg.), Castellvi, 1958.
- BELLAVISTA, Girolamo y G. TRANCHINA. Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984.
- BORGHESE, Safo. "Astensione del pubblico ministero (dir. proc. pen.)", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 958-959.
- _____ "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale penale ", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 952-957.
- CALVO SANCHEZ, Ma. del Carmen. La revisión civil, Madrid Montecorvo, 1977.
- CARNELUTTI, Francesco. "Una straordinaria esperienza in tema di ricasazione di giudici", Rivista di diritto processuale, Padova, 1950, II, ps. 188-197.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco. El recurso de revisión en materia penal, San José de Costa Rica, Colegio de Abogados, 1980.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal, II, Bs. Aires, EDIAR, 1964.

- CIVOLI, C. Manuale di procedura penale italiana, Torino, Borca, 1921.
- CORDERO, Franco. Procedura penale, 8ª ed., Varese, Giuffrè, 1985.
- COSTA, Sergio. "Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale civile", Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTEH, 1958, ps. 1461-1467.
- CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona, 2ª ed., Milano Giuffrè, 1982.
- DE MARSICO, Alfredo. Lezioni di diritto processuale penale, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1955.
- _____. Diritto processuale penale, 4ª ed., Napoli, Jovene, 1966.
- DE MAURO, Giovan Battista. Manuale de diritto processuale penale, 3ª ed., Roma, Jandi Sapi, 1959.
- DE PINA, Rafael. Manual de derecho procesal penal, Madrid, Reus, 1934.
- DEL POZO, Carlo Umberto. Le impugnazioni penali. Parte generale, Padova, CEDAM, 1951.
- DOVAL DE MATEO, Juan de Dios. La revisión civil, Barcelona, Bosch, 1979.
- FAIREN GUILLEN, Víctor. "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1949, ps. 247-185.
- FASSONE, Elvio. "Il giudice tra indipendenza e responsabilità" Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano, 1980, ps. 3-34.
- FAZZALARI, Elio. "La imparzialità del giudice", Rivista di diritto processuale, Padova, 1972, ps 193-203.
- FENECH, Miguel. Derecho procesal penal, 3ª ed., (2 tomos), Barcelona, labor, 1960.
- FINZI, Marcelo. "El imputado...visto de lejos", Revista de derecho procesal, Bs. Aires, 1943, I, ps. 321-333.
- FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro. Barcelona, Bosch, 1934.
- FOSCHINI, Gaetano. Sistema del Diritto Processuale Penale, I, Milano, Giuffrè, 1956.

- GALATERIA, Luigi. "Astensione (dir. cost. e amm)" Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 939-946.
- GALLI, Guido. "Revisione della sentenza penale" Novissimo digesto italiano, XVI, Torino, UTET, 1969, ps. 1203-1217.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, Bosch, 1947.
- GUASP, Jaime. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, Aguilar, 1943.
- IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, Miguel. Curso de derecho procesal penal, Madrid, Universidad de Madrid, 1969.
- LAJE ANAYA, Justo y Luis Alberto PERALTA. Código de Procedimiento Penal de Córdoba, concordado, anotado y comentado, Bs. Aires, Lerner, 1965.
- LEONE, Giovanni. Manuale di diritto processuale penale, 10ª y 12ª eds. Napoli, Jovene, 1979 y 1985. Trattato di diritto processuale penale, Napoli, Jovene, 1961.
- LEVENE (h), Ricardo Manual de derecho procesal penal, 2ª ed., Bs. Aires, Omeba, 1967.
- LOSCHIAVO, Giuseppe Guido. "Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale penale", Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, ps. 1467-1468.
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Código de Procedimientos Penales anotado, Alajuela, Costa Rica, 1987.
- MANZINI, Vincenzo. Istituzioni di diritto processuale penale, segunda impresión de la 12ª ed., Padova, Milano, 1967.. Manuale di procedura penale italiana, Torino, Fratelli Bocca, 1912. Trattato de diritto processuale penale italiano, 4ª ed., Torino, UTET, 1952.
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. Progetto preliminare del Codice di Procedura Penale, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1978.
- MONTERO AROCA, Juan. Introducción al derecho procesal. Jurisdicción , acción y proceso, Madrid, Tecnos, 1976.
- MONTERO AROCA, Juan y Manuel ORTELLS RAMOS. Derecho Jurisdiccional, I, Parte General, Barcelona, Bosch, 1987.

MUÑOZ ROJAS, Tomás. "Estudio sobre la revisión penal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1968, II, ps. 47-89.

NUÑEZ, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado, Bs. Aires, Lerner, 1978.

ODERIGO, Mario A. Derecho procesal penal, Bs. Aires, Ideas, 1952.

PAOLOZZI, Giovanni. "I limiti di attività del giudice ricusato", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1976, ps. 523-553.

PETRELLA, Generoso. Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico, I, Milano, Giuffrè, 1965.

PISAPIA, Gian Domenico. Compendio di procedura penale, 4ª ed., Padova, CEDAM, 1985.

_____. Lineamenti del nuovo processo penale, Padova, CEDAM, 1979.

PODETTI, J. Ramiro. Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, Tratado de la Competencia, Bs. Aires, EDIAR, 1954.

PRIETO CASTRO, Leonardo y Eduardo GUTIERREZ DE CABIEDES. Derecho procesal penal, 2ª y 3ª eds., Madrid, Tecnos, 1978 y 1987.

RANIERI, Silvio. Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965.

REDONDO GUTIERREZ, Carlos. "El juez legal", Iustitia, San José, Costa Rica, año 2, número 23, noviembre 1988, ps. 9-12.

SABATINI, Giuseppe. Principii costituzionali del processo penale, Napoli, Jovene, 1976. Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale, Torino, UTET, 1953.

SABATINI, Guglielmo. Principi di diritto processuale penale, I, 3ª ed., Catania, Casa del Libro, 1948.

SANTORO, Arturo. Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954.

SATTA, Salvatore. "Astensione e ricusazione del giudice. Diritto processuale civile", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 947-952.

_____. "Impugnazione (Diritto processuale civile)", Enciclopedia del diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, ps. 697-699.

SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos u fundamentales del derecho procesal penal, trad. José Manuel Núñez, Bs. Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

SIERRA POMARES. "Recusación. Derecho procesal", en Enciclopedia jurídica española, XXVI, Barcelona, Seix, s.f.e., ps. 867-872.

SIMON, Dieter. La independencia del juez, Barcelona, Ariel, 1985.

SOTGIU, Giuseppe. La revisione dei giudicati penali, Roma, Croce, 1948.

TRANCHINA, Giovanni. "Impugnazioni (Diritto processuale penale)", en Enciclopedia del Diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, ps. 699-763.

_____. La potestà di impugnare nel processo penale italiano, Milano, Giuffrè, 1970.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Boletín de jurisprudencia constitucional, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, s.f.e.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, Madrid Publicaciones de las Cortes Generales, s.f.e.

VALIANTE, Mario. Il nuovo processo penale, Principi fondamentali, Milano, Giuffrè, 1975.

VANNINI, Ottorino y Giuseppe COCCIARDI. Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, Giuffrè, 1976.

VASQUEZ IRUZUBIETA, C. y R. A. CASTRO. Procedimiento penal mixto, Bs. Aires. Plus Ultra, 1969.

VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos y Pedro ARAGONESES. Curso de derecho procesal penal, 4ª ed., dos tomos, Madrid, 1974.