

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS, 'CASTILLO ALGAR',
DE 28 DE OCTUBRE DE 1981.**

ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura*

De los múltiples aspectos desde los que puede ser analizada esta resolución sólo nos centraremos en este breve comentario en observar el referido a la eficacia de la alegación efectuada por la parte en la instancia de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial sin haber ejercitado para ello la recusación de los Magistrados que presume incursos en un motivo de apartamiento.

El aspecto sustancial de la resolución se centra en examinar si la Sala del Tribunal Militar Central que condenó al militar que da nombre a la Sentencia a una pena de tres meses y un día de prisión por Sentencia del 25 de mayo de 1994, estaba contaminada por haber resuelto anteriormente dos de sus miembros (el 7 de julio de 1992) un recurso de apelación interpuesto contra un segundo auto de procesamiento dictado por el Juez Togado Militar con fecha de 6 de mayo de 1992 (2).

(1) Dicha resolución puede consultarse en el suplemento al núm. 1842 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, de 1 de abril de 1999, págs. 41 y ss; y en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, con el número de repertorio TEDH 1998/ 51. Una referencia breve a la misma puede consultarse en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, III época, núm. 1, enero-junio de 1999, págs. 96-7.

(2) Para un análisis pormenorizado de la relevancia de la cuestión debatida a efectos de integrar un motivo de recusación véase mi obra *La abstención y la recusación de Jueces y Magistrados*, Madrid, 1999, págs. 180 y ss, con la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

Contra esta sentencia condenatoria interpuso el condenado un recurso de casación ante el Tribunal Supremo sosteniendo que la Sala que le había juzgado y sentenciado no constituía un Tribunal imparcial.

El Tribunal Supremo entendió, en la sentencia del 4 de noviembre de 1994 (Raj. 1994/9081), en referencia a la alegación de parcialidad del juzgador que hizo el ahora recurrente sin formalizar para ello el incidente de recusación, que “en nuestro ordenamiento jurídico, la abstención y la recusación son los instrumentos legalmente establecidos para dar efectividad al derecho al Juez imparcial, por lo que quienes crean tener alguna razón para dudar de la imparcialidad de un Juez deben atenerse a las normas que regulan el instituto de la recusación. Una de dichas normas es el artículo 56 de la Ley (Militar) Procesal Penal a cuyo tenor la recusación tendrá que proponerse por quienes estén autorizados por la Ley -el Fiscal y las partes- al inicio del procedimiento o tan pronto tengan conocimiento de la causa concurrente, siempre antes de las cuarenta y ocho horas del comienzo de la vista del juicio oral, a no ser que sobreviniese con posterioridad. Interpretada lógicamente esta norma y complementada con el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se llega fácilmente a la conclusión de que las partes legitimadas al efecto pueden formular la recusación -deben hacerlo so pena de preclusión- si antes no hubiesen tenido conocimiento de la concurrencia de la causa, en el momento inmediatamente anterior al comienzo del juicio oral, salvo en el caso de que la causa de recusación sobreviniera con posterioridad. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar la pretensión deducida en este motivo, toda vez que está claro que la Defensa del procesado -hoy recurrente- tuvo conocimiento de los Vocales que iban a integrar la Sala ante la que se iba a celebrar el juicio oral -y que consiguientemente habría de dictar sentencia- en el momento de constituirse el Tribunal y antes del comienzo de la sesión, en cuyo instante debió recusar a los Vocales que estimaba afectados por la alegada tacha de parcialidad, sin que pueda aceptarse, por formalista y sólo amparada en un inverosímil olvido, la objeción de que en tal trance no le podía ser impuesta la carga de verificar si entre los Vocales Togados presen-

Cabe reseñar que con anterioridad a estas vicisitudes se había dictado un primer auto de procesamiento por el Juez Togado Militar Central el 18 de diciembre de 1989, y que, posteriormente, el Tribunal Militar Central revocó dicho auto el 19 de marzo de 1990 y dictó otro de sobreseimiento el 12 de julio de 1992. Contra esta resolución interpuso el Ministerio Fiscal un recurso de Casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que, por Sentencia de 20 de enero de 1992 (Raj. 1992/2519) casó y anuló el auto de sobreseimiento del Tribunal Militar Central. Contra esta resolución se interpuso un recurso de amparo que fue inadmitido el 23 de marzo de 1992.

ten se encontraban los que dictaron el Auto de 7 julio 1992, en que el mismo Tribunal desestimó la apelación interpuesta por la citada Defensa contra el auto de procesamiento. No habiéndose formulado en ese momento la recusación, no es admisible que se pretenda hacer valer ahora, en sede de casación, la pretendida existencia de la causa que en hipótesis la justificaría”.

Contra esta resolución interpuso el condenado un recurso de amparo (resuelto por el Auto 70/1995, de 20 de febrero) exponiendo, con respecto al punto objeto de nuestro comentario, dos argumentos: primero, que a pesar de la existencia objetiva del motivo de apartamiento los Magistrados incurso en el motivo de recusación no se habían abstenido de intervenir en la sentencia condenatoria, y, segundo, que la parte no tuvo ocasión de recusar a los citados Magistrados porque no se les comunicó la composición de la Sala, aunque sí reconoce que tuvo conocimiento de quiénes eran los integrantes del tribunal cuando se inició el juicio oral, aunque éste duró un día únicamente, “sin que en aquel momento pudiera recordar que eran los mismos (Magistrados) que resolvieron cuando se desestimó la apelación contra el Auto de procesamiento”.

Con respecto a la insinuación del recurrente en el sentido de que los Magistrados incurso en un motivo de apartamiento no se abstuvieron de intervenir en el mismo, el Tribunal Constitucional ni siquiera lo toma en consideración, aunque sabido es que no es legítimo tachar de parciales a los Jueces o Magistrados sin formular para ello la recusación.

Debe precisarse que todos los pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido han entendido que el incumplimiento de la obligación de abstención no libera a la parte de ejercitar la recusación en tiempo y forma (3),

(3) Así, por ejemplo, las SS TS (2^a), de 23 de abril de 1992 (Raj. 6783) y de 28 de septiembre de 1992 (Raj. 7384). También la S TC 138 / 91, de 20 de junio y el A TC 168 / 90, de 23 de abril.

Véase también la Resolución (Tribunal de Defensa de la Competencia), de 24 de febrero de 1997 (Raj. 419) observa que “...si alguno de los interesados considera que existen motivos para recusar a alguno o algunos miembros de este Tribunal está en su derecho de hacerlo, pero lo que en ningún caso puede aceptarse es ‘aconsejar’ la abstención, bajo la amenaza de plantear una recusación. Ello es inaceptable de todo punto”.

Con todo, en el asunto que terminó con la S TSJ de Murcia (Social), de 19 de febrero de 1997 (Raj. 929) se adoptaba un criterio más acorde con la protección del derecho fundamental que estamos tratando. En el asunto concreto expone por la parte que los miembros de la Sala que suscribieron otra sentencia (de la que ella hacía depender la causa de recusación de haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia) tenía la obligación de abstenerse de conocer del presente recurso. La Sala entiende que “Tal exposición aconsejó requerir a dicha parte, por providencia, para que aclarara si con ella estaba o no planteando la recusación de los citados Magistrados. Por escrito del día 15 de julio se contestó que no se planteaba tal recusación, lo que exoneraría a la Sala de pronunciarse sobre lo que

aunque ello no debe suponer, a mi juicio, que determinados motivos de apartamiento tengan la consideración de *iuris et de iure*, y que, en consecuencia, su efectividad como motivos específicos de nulidad pueda producirse con independencia de su alegación mediante el ejercicio de la recusación.

Con todo, en el primer auto del Tribunal Constitucional que específicamente se ocupó con detalle de esta cuestión, el recurrente en amparo, aun reconociendo que no se formuló recusación contra la Juez instructora argumentó que concurría la causa y que con ello se “conculcaban los derechos constitucionales a la tutela efectiva y al proceso con todas las garantías” (antecedente 3º del A TC 799 / 85, de 13 de noviembre).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico que desatiende el amparo por falta de contenido constitucional, de manera un tanto sorprendente entra a cuestionarse la posible influencia de la causa alegada, sin desacreditar la argumentación del recurrente en el sentido de que el no planteamiento de la recusación en el momento procesal oportuno impide alegar de otro modo la infracción del derecho al Juez imparcial. Así, indirectamente, da a entender que si la actuación instructora recusable hubiera estado acreditada, y por tanto la consecuencia lógica hubiera sido la abstención, se hubiera otorgado el amparo solicitado.

Esta insinuación, sin embargo, no fue seguida de posteriores resoluciones que dijese claramente que la infracción del deber de abstención supone la nulidad de lo actuado por el sospechoso de parcialidad. Ello, llevado a sus últimas consecuencias, supondría modificar la consideración legal de la recusación, dejándola en menor medida sometida al juego del principio dispositivo, y adoptando, en fin, las consecuencias que impone un sistema caracterizado por la existencia de un elenco cerrado de causas que hacen al Juez inhábil para el ejercicio de su función, y no meramente sospechoso, como el nuestro actual.

Con respecto a la alegación central del recurrente, en el sentido de que le ha sido imposible recusar a los Magistrados por desconocer que eran los

no es un motivo del recurso de suplicación. Mas como quiera que en dicho escrito reiteró la recurrente que lo hacía para exponer una serie de razones que le ‘hacen temer legítimamente una no suficiente efectividad del derecho al Tribunal o Juez establecido por la Ley’, parece oportuno dar respuesta a tal alegato”.

Obsérvese, que, en el fondo, este es el mismo proceder seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia condenatoria de su Sala Quinta del 14 de noviembre de 1994 (Raj. 1994/9081) de la que trae causa el posterior recurso de amparo y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, después de rechazar por extemporánea la alegación del recurrente sobre la imparcialidad del juzgador sin actuar la recusación (fundamento de derecho tercero), entra a valorar la eficacia contaminante de la alegación efectuada (fundamento de derecho cuarto).

mismos que con anterioridad había resuelto el recurso contra el auto de procesamiento, el Tribunal Constitucional (en el Auto 70/1995, de 20 de enero) entiende que las alegaciones del recurrente “han sido objeto de una minuciosa, razonada y razonable respuesta desestimatoria por la Sala Quinta del Tribunal Supremo”, y, por ello, “se impone la desestimación, de un lado, porque el actor no recusó a los Magistrados a que se refiere, pese a haber tenido posibilidad de hacerlo, y porque no cabe apreciar pérdida de la imparcialidad en cuanto no hay propiamente intervención en la instrucción de la causa por el hecho de haber resuelto -de acuerdo con los criterios sentados por el Tribunal Supremo previamente- un recurso de apelación, como corroboran las SSTC 145/1988, 151/1991, 113/1992 y 136/1992, entre otras. Carece, por ello, la demanda en este punto de contenido constitucional”.

La argumentación del Tribunal Constitucional sobre esta segunda alegación del recurrente, descansa en dos puntos esenciales. El primero, (que no será objeto de nuestra atención), siguiendo la argumentación del Tribunal Supremo en el mismo asunto, observa que la resolución del recurso contra el auto de procesamiento por la misma Sala encargada de celebrar el juicio oral y dictar sentencia no constituye en sí mismo motivo de recusación, por no integrar la causa de haber sido instructor de la causa (4).

El segundo argumento empleado en esta resolución descansa en el entendimiento, hasta el momento asumido como indubitado, de que la alegación de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial tiene que ir precedida, necesariamente y en todo caso, de la articulación de la recusación en la instancia, instrumento mediante el cual se da cumplimiento a parte de los requisitos exigibles en la admisión a trámite de la demanda de amparo: agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial (arts. 44.1.a) LOTC), e invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional

(4) Sobre este aspecto, y especialmente sobre la interpretación que del mismo realiza la sentencia del Tribunal Europeo que estamos comentando, se han centrado los trabajos habidos hasta el momento a los que me remito para profundizar en él: RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La imparcialidad judicial objetiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, de 4 de febrero de 1999, págs. 1 y ss.; MUNIZ VEGA, G.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo Algar y la jurisdicción militar”, *La Ley*, núm. 4749, de 8 de marzo de 1999, págs. 1 y 2; J.R. DE PRADA, S.: “TEDH: Palenzuela Contreras y Castillo y Algar contra España”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, marzo de 1999, págs. 92 a 99; y el artículo de COBO DEL ROSAL, M.: “La ‘contaminación procesal’ en el procedimiento penal”, *El País*, 15 de abril de 1999, págs. 26.

vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello (arts. 44.I.c) LOTC) (5).

Con respecto al requisito de agotar la vía judicial previa, debe señalarse que aunque la recusación en sentido estricto no puede ser considerada un recurso, con cuyo ejercicio pudiéramos entender cumplida la exigencia que impone el artículo 44 I a) LOTC, el Tribunal Constitucional ha entendido que su ejercicio es requisito necesario -aunque no suficiente- para tener por cumplida esta exigencia (6).

(5) A efectos del constitucional entendimiento del cumplimiento de este último requisito es importante hacer notar que aunque es cierto que el artículo 58 de la Ley Procesal Militar exige que la recusación se presente por escrito, su interpretación teleológica, en relación con el artículo 56 de la LECrim, nos lleva a considerar que es suficiente la recusación “en el momento en que se constituyó el Tribunal y antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, sin que pueda aceptarse, por formalista y sólo amparada en un inverosímil olvido, la objeción de que en tal trance no le podía ser impuesta la carga de verificar si entre los Vocales Togados presentes se encontraban los que dictaron el Auto en que el mismo Tribunal desestimó la apelación interpuesta por la citada defensa contra el Auto de procesamiento” (antecedente tercero del A TC 70 / 1995, de 20 de febrero).

Debe tenerse presente que, en el asunto que nos ocupa, no ha habido cambios en la composición del Tribunal que pudieran hacer viable al caso la doctrina constitucional que entiende que es una carga de los tribunales notificar dichos cambios a la parte con anterioridad del inicio de la vista a efectos de su eventual recusación. Así, por ejemplo, el voto particular discrepante formulado por el Magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer a la S TC 119/1993, de 19 de abril, cuando observa: “A mi entender, exigir, como hace la Sentencia, que el recurrente requiriera al órgano judicial la notificación de la composición de la sala para poder, en su caso, recusar a los Magistrados, supone transformar lo que este Tribunal ha venido considerando un deber de los Tribunales en una carga procesal del justiciable. Esta es una carga que no puede ser exigida ni aún en los supuestos como el presente en los que la composición legalmente prevista de la Sala Especial de Revisión parece propiciar la presencia en esta Sala de Magistrados que formaron parte de la Sala de apelación.../... Tampoco puede sostenerse que, en este caso, a pesar de la falta de notificación, el recurrente podía conocer la presencia de los dos Magistrados... pues ...no les era exigible (a la parte y su Letrado) que identificasen por su fisonomía a todos los Magistrados y que advirtiesen que dos de ellos habían intervenido en la anterior instancia, pues a diferencia de lo que sucede con otras causas de recusación subjetivas, la que ahora nos ocupa no se funda en un conocimiento personal y directo del Magistrado o Magistrados en cuestión, sino que opera por su relación con el objeto del proceso; de ahí que la parte necesite conocer el nombre de los Magistrados que integran la Sala para poder apreciar si concurre o no dicha causa...”

En el mismo sentido la S TC 137 / 94, de 9 de mayo, cuando afirma: “es claro que a los recurrentes no se les puede exigir el cumplimiento de este presupuesto procesal, ya que se vieron impedidos de suscribir la recusación.../...la Sala de lo social, con manifiesta infracción de lo dispuesto en los arts. 202 y 203 II de la LOPJ, incumplió con su obligación de notificar a las partes la composición de la Sala y designación del Magistrado Ponente, extremos estos que solo fueron conocidos por los recurrentes tras la notificación de la Sentencia, sin que existiera ya posibilidad procesal alguna de provocar el restablecimiento por los Tribunales ordinarios del derecho al Juez legal imparcial”.

(6) Como muestra de claridad FERNÁNDEZ FARRERES, G. (con BORRAJO INESTA, I y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.): *El derecho a la tutela judicial y el recurso de*

Así de contundente se muestra el Tribunal Constitucional: “la exigencia de recusación previa para poder considerar agotados los recursos utilizables en la vía judicial previa no constituye una extensión analógica in malam partem del artículo 441 a) LOTC, ni cabe ver en ella la imposición de un puro formalismo en perjuicio del derecho fundamental invocado, sino que, de la misma manera que el requisito contenido en el artículo 44.1.c) LOTC, responde plenamente a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Por otra parte, de admitirse la pretensión del recurrente en el sentido de que la falta de interposición del incidente de recusación no debe impedir la estimación del presente motivo, se favorecería un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia negativa alguna para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente por motivo de una expectativa razonable de obtener un fallo absolutorio” (7).

Ahora bien, con el ejercicio de la recusación en la instancia no se cumple a entera satisfacción el requisito de agotar la vía judicial previa pues, según constante y reiterada doctrina del Tribunal, es necesario, además, haber utilizado la vía del artículo 228 LOPJ para cuestionar ante la jurisdicción ordinaria la decisión denegatoria a la recusación propuesta antes de acceder al amparo constitucional (8).

amparo (Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional), Madrid, 1995, pág. 129 y, en especial, págs. 152 y ss.

En general, por lo que respecta a esta exigencia de utilización de los recursos y los ‘remedios’ SENÉS MOTILLA, C.: *La vía judicial previa al recurso de amparo*. Madrid, 1994, pág. 83 y págs. 125-6 para el análisis de nuestro supuesto.

(7) En palabras de su S TC 384 / 93, de 21 de diciembre. Línea ésta mantenida inalterable por el Tribunal desde sus sentencias más antiguas (v. gr. las SS TC 47 / 82, de 12 de julio y 47 / 83, de 31 de mayo) hasta las más recientes: SS TC 138 / 91, de 20 de junio; 384 / 93, de 21 de diciembre. También los autos se han encargado de puntualizar esta cuestión, V. gr. AA TC 779 / 85, de 13 de noviembre, 219 / 93, de 1 de julio, y 247 / 93, de 15 de julio.

(8) Una de las últimas resoluciones en recordárnoslo es la S TC 196 / 95, de 19 de diciembre cuando afirma que “...la resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa, pues el propio art. 228 LOPJ hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven una recusación puede hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo, dado que en estos recursos puede la parte aducir cuantas infracciones considere cometidas al resolver el incidente y, por lo tanto, también y muy señaladamente, la que, en su opinión, haya ocasionado la infracción de los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza”. En el mismo sentido las SS TC 94 / 92, de 11 de junio y 32 / 94, de 31 de enero, y los AA TC 460 / 83, de 13 de octubre, 829 / 85, de 7 de noviembre, 929 / 88, de 20 de julio, 168 / 95, de 5 de julio, y 173 / 95, de 6 de junio.

En el ámbito del derecho al juez imparcial, la necesidad de esta regla ha sido duramente criticada (9). Se argumenta, en esencia, que con la exi-

(9) Así, con ocasión de la S TC 138 / 91, de 20 de junio, que desatendía un amparo por incumplir la regla de preclusión RODRÍGUEZ RAMOS y BARJA DE QUIROGA hacen una dura crítica a la subsidiariedad del amparo: “la doctrina que se deriva de la fundamentación manejada por el Constitucional es que los derechos fundamentales no son derechos que deben respetarse en todo caso, sino que el Tribunal transforma su naturaleza en derechos rogados; exigibles, pero a petición de parte...” RODRÍGUEZ RAMOS, L y BARJA DE QUIROGA, J: “El derecho al juez imparcial como derecho rogado.” Actualidad Aranzadi, nº 16, 19 de julio de 1992, pág. 2. Insiste en la misma idea LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El Juez imparcial”, en Jurisdicción y competencia penal. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI, Madrid, 1996, págs. 358-60. También sobre esta misma sentencia ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, P. “El procedimiento penal ordinario por delito y la garantía de imparcialidad judicial. (comentario a la S TC 138 / 91, de 20 de junio”. “, La Ley, núm. 2981, 1992, págs. 1 y ss.

En la misma línea, con ocasión de la S TC 85 / 92, de 8 de junio, ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, P. “El derecho a un Juez imparcial y la Jurisprudencia Constitucional. Un decepcionante paso atrás”, Poder Judicial, núm. 26, 1992, pág. 165 y ss. El mismo trabajo de los autores, con el mismo título, en Actualidad Penal, nº 40, 1992.

Muy interesante, con respecto a la subsidiariedad del amparo judicial, es la polémica suscitada en la a S TC 205 / 97, de 25 de noviembre, que deniega un amparo pretendido por haberse denegado en la vía judicial previa una recusación porque “Cuando en una determinada fase del procedimiento judicial, todavía no concluido por sentencia definitiva, cuando ni tan siquiera ha terminado el proceso penal, se produce una violación de derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 CE, no es ajustado a la LOTC interrumpir, por así decirlo, dicho procedimiento y acudir per saltum a este Tribunal, sin haber agotado las vías judiciales procedentes en el marco del propio proceso que se encuentra, como acaba de decirse, todavía pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse precisamente, en la sustanciación del proceso mismo. Así las cosas, es obvio que en este caso, no se ha agotado la vía judicial ordinaria...”

A esta sentencia se formuló un voto particular por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, en el que, invocando resoluciones precedentes del mismo Tribunal, observa, en concreto, que debió atenderse la queja del recurrente con respecto a que la denegación de la prueba que pretendía hacer valer para demostrar la relación recusable que le ha causado ‘indefensión’, y que, como el objetivo del amparo no es sólo proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, sino también ‘preservarlos’ cuando la no admisión del amparo prematuro consolida la lesión de un derecho fundamental, la admisión del recurso en este momento procesal es una solución oportuna. Argumentan, en concreto, que “El Auto.../...aquí impugnado, declara literalmente: ‘No ha lugar a practicar prueba alguna, pues, por las propias causas de recusación esgrimidas, el resultado que pudiera darse para nada influiría en el fondo de la decisión’. El Juez negó cualquier valor al resultado de la prueba no practicada (especialmente la testifical) y el razonamiento que le sigue es incongruente con lo anteriormente manifestado y con las alegaciones del recurrente en su escrito, solicitando la práctica de prueba, a saber: se dice que la causa de recusación por enemistad no puede prosperar, toda vez que ‘ese sentimiento no pasa -si es que llega- de un estado de ánimo unilateral del recusante y no puede hacerse bilateral o recíproco porque según cuenta el propio recurrente o puede opinar una columnista se discrepa de una ley en su día patrocinada o prefabricada por el departamento ministerial dirigido por el señor C. No es posible: para que la enemistad

gencia de agotamiento de los recursos en la vía judicial previa se puede llegar a consolidar la lesión de un derecho fundamental, que sólo, eventualmente, adquiriría satisfacción tras el posterior proceso de amparo constitucional, años después de producida la lesión. Las razones que abonan esta crítica son interesantes, aunque las que pueden hacerse a la admisión generalizada de amparos antes de agotarse la vía judicial previa también, pues ello desnaturalizaría al recurso de amparo como forma de protección solamente subsidiaria de los derechos fundamentales que no han sido protegidos en la jurisdicción ordinaria (10).

justifique una recusación es necesario que dimanen de actos o conductas que afecten en su valoración a los dos protagonistas de la relación humana; el plano simplemente subjetivo servirá para otros lances, pero no en el ámbito procesal'. En el escrito proponiendo la recusación se transcribían párrafos literales de artículos periodísticos a través de los cuales se pretendía poner de manifiesto el antagonismo existente entre recusante y recusado. No cabe dudar, en suma, de la trascendencia o relevancia de la prueba propuesta por el recurrente y denegada en la resolución que se impugna", por lo que entienden que debió admitirse la demanda y otorgar el amparo.

(10) En términos más amplios que los trabajos citados en la última nota, vid. CASTILLO RIGABERT, F.: *La admisión del recurso de amparo*. Murcia 1991, págs. 146 y ss. Los términos de este debate, con sus argumentos a favor y en contra de la subsidiariedad, muy bien expuestos por FERNÁNDEZ FARRERES, I.: *El derecho a la tutela judicial...* ob. cit., págs. 5 y ss.

Obligado en este punto es la cita del voto particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la S TC 196 / 95, de 19 de diciembre. Su argumentación a favor de admitir amparos prematuros descansa principalmente en que la finalidad del amparo no es sólo 'restablecer' el derecho fundamental vulnerado, sino también 'preservar' su lesión. Por ello, y tomando como base los precedentes de la S TC 128 / 95, de 26 de julio que admitía un amparo constitucional por vulneración del derecho fundamental a la libertad (la sentencia en concreto consideraba que los autos por los que se ordenaba la permanencia en prisión de un determinado inculcado carecen de la justificación y motivación necesarias para la conculcación del derecho fundamental objeto de amparo. También subyace en la resolución que no debe utilizarse la prisión como medio para 'hacer hablar' al inculcado en un proceso penal) entiende que la subsidiariedad del amparo constitucional "no es un dogma que, como tal, resulte intocable, así como tampoco pienso que sea una regla que deba aplicarse inexorablemente, sin dejarse vencer a los ruegos de excepciones.../...no comparto la interpretación del art. 44.1.a) LOTC que ha ganado terreno en la jurisprudencia de nuestro Tribunal y que se recoge fielmente en la Sentencia de la mayoría de mi Sala. Mi contraargumentación es la siguiente: *el requisito para al admisión del recurso de amparo, consignado en el párrafo a) del núm.1 del art. 44 LOTC, no ha de ser un obstáculo insalvable para admitir y, si procede, estimar, aquellos recursos en los que Jueces y Tribunales, teniendo la oportunidad de preservar y restablecer los correspondientes derechos, no llevaron a cabo esa función tutelar, dictándose, por el contrario, unas resoluciones contra las que, de momento (y tal vez durante meses o años), no cabe recurso de clase alguna.../...la distinción a tener en cuenta es, a mi entender, ésta: A) recurso de amparo en los que no ha habido pronunciamientos revisorios en la vía judicial; B) recursos de amparo contra resoluciones de Jueces y Tribunales que pusieron fin a un incidente, o a una petición autónoma dentro de un proceso principal, es decir, aquellos en los que los Jueces y*

Por lo que respecta a la puesta de manifiesto en la instancia de la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, el Tribunal Constitucional ha entendido que el ejercicio de la recusación es suficiente para entender cumplido este requisito (11). Aunque en algunas ocasiones ha entendido que la manifestación de la quiebra del derecho puede realizar por otros medios (12). En especial cuando el ejercicio de la recusación se

los Tribunales desaprovecharon la oportunidad de preservar y restablecer los derechos fundamentales, si habían sido violados por un órgano inferior; resoluciones, además, contra las que no es legalmente permitido, de momento, un recurso que pudiera preservar y restablecer el derecho violado. Mientras que pueden considerarse prematuros los del apartado A), y en estos supuestos aplicable inflexiblemente el principio de subsidiariedad, los recursos del apartado B), en los que se dio a Jueces y Tribunales la oportunidad de remediar las infracciones, como es el caso que estamos considerando, deben ser admitidos”.

Termina el razonamiento proponiendo una correcta interpretación sobre la subsidiariedad del amparo constitucional en los siguientes términos: “Los jueces y tribunales han de ‘tener la ocasión’ para tutelar los derechos fundamentales. No resulta constitucionalmente válido privarles de una parte esencial de su gran misión. Sin embargo, los derechos han de estar a cubierto anticipadamente de cualquier daño o peligro, han de ser preservados, y este contenido esencial de la protección constitucional se vulnera al diferir la tutela a un momento posterior, cuando los perjuicios son frecuentemente irreparables; momento posterior a las fechas de las resoluciones judiciales en las que, pudiendo proteger los derechos, se optó por dejarlos en la mala situación, infravalorados, menospreciados, vulnerados, en que otro Juez o Tribunal inferior los había colocado”.

Se apoya para razonar su voto particular en una sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 16 de mayo de 1995 conocida como ‘sentencia del crucifijo’ (BvR 1087 / 91) que otorga el amparo constitucional sin haber agotado los recurrentes con anterioridad la vía previa. Aunque es oportuno precisar que la Ley del Tribunal Federal Alemán sí permite expresamente otorgar amparos prematuros (art. 90 II).

Similar argumentación en el voto particular formulado por este Magistrado (al que se adhiera el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra) a la S TC 63 / 96, de 16 de abril.

(11) Así, por ejemplo, las SS TC 85 / 92, de 8 de junio; 59 / 94, de 28 de febrero y 206 / 94, de 11 de julio. En el mismo sentido los AA TC 829 / 85, de 27 de noviembre, 168 / 90, de 23 de abril, 112 / 91, de 11 de abril, y el 70 / 95, de 20 de febrero.

(12) Como se insinuaba en el A TC 136 / 92, de 25 de mayo cuando entiende que “...remitida la causa por el Juzgado para la sustanciación del recurso de apelación, la Sala acuerda su tramitación, resolución y designación de Ponente, y en ese proveído figura como uno de los componentes del Tribunal el Ilmo. Sr. T. T., es decir, el mismo magistrado que instruyó el sumario inicial y cuya actuación en la apelación ha motivado la actual queja del recurrente. Por ello, conocida por el actor la composición de la Sala que decidirá el recurso, debió en tal momento procesal invocar los derechos fundamentales cuya lesión denuncia ahora. Al demandante se le abrían en ese momento procesal varias posibilidades de actuación para cumplir el presupuesto previo, que comprendían desde la simple denuncia por escrito ante la Sala de los derechos vulnerados, pasando por la petición de abstención del Magistrado instructor, hasta la promoción del correspondiente incidente de recusación,... Pero en ningún momento procesalmente hábil ni en ninguno otro posterior ha acreditado el actor la denuncia de la infracción constitucional que ahora da lugar a su queja de amparo”.

ha visto impedido por cambios inopinados en la composición del Tribunal, o cuando la vulneración del derecho se ha descubierto en la sentencia (13).

En resumen, y como conclusión a las exigencias constitucionales para admitir el recurso de amparo en la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial: “el ejercicio diligente del derecho de recusación es, a su vez, presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello, y simultáneamente agotar los recursos utilizados dentro de la vía judicial” (14).

Con el ejercicio de la recusación y la utilización de la vía que proporciona el artículo 228 de la LOPJ, en el sentido de permitir la subsanación de la quiebra del derecho fundamental producida al recurrir contra la decisión adoptada por el órgano a quo, se cumplen a entera satisfacción con las exigencias de subsidiariedad del recurso de amparo.

La exposición del *status questionis* sobre la necesaria utilización de la recusación como medio de denunciar la vulneración del derecho al juez imparcial ha sido, al menos en apariencia, matizada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos objeto de nuestro comentario.

En sede de excepciones preliminares, el Gobierno mantiene (§ 30) “que el demandante ha sido informado, en el momento de la constitución de la Sala, de la identidad de los tres Jueces militares llamados a formar parte de la misma” y que, en consecuencia, “con anterioridad a la apertura del procedimiento, el demandante pudo impugnar la imparcialidad de los dos Jueces en cuestión basándose en que habían formado parte de la Sala que había dictado el Auto de procesamiento el 6 mayo 1992”. Entiende, por tanto, que no se han agotado las vías de los recursos internos como exige el artículo 26 del Convenio, y que su queja debería, por esta razón, declararse inadmisibile.

(13) Como ocurre en la S TC 136 / 92, de 13 de octubre. En él, el Ministerio Fiscal argumenta que la parte no alegó la vulneración del derecho fundamental. El tribunal sin embargo afirma que “...el solicitante de amparo si denunció expresamente la vulneración constitucional ahora aducida durante la sustanciación del recurso de apelación por él interpuesto ante la Audiencia Provincial, momento procesal hábil para ello, máxime cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, la lesión constitucional, de existir, sólo tendría lugar tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en la primera instancia”.

(14) En palabras de la S TC 180 / 91, de 23 de septiembre. Es relativamente frecuente que el Tribunal una ambas exigencias, así, por ejemplo, los AA TC 194 / 89, de 17 de abril, 168 / 90, de 23 de abril, 419 / 90, de 28 de noviembre, 112 / 91, de 11 de abril, 195 / 91, de 26 de junio y 219 / 93, de 1 de julio.

El Demandante (§ 31), insiste, por su parte, en que la actuación de los Magistrados sobre los que se sospecha de la parcialidad es realmente constitutiva de ésta, y, a los efectos que nos interesan, que no se le debería reprochar el no haber impugnado la imparcialidad de los dos Magistrados con anterioridad al procedimiento, pues, en su opinión, “la identidad de los tres Jueces militares que debían formar parte de la Sala no podía deducirse de las firmas que figuraban en la Providencia de 6 abril 1994 (que es la que fija la fecha de la vista para días después), ya que la composición de la Sala que fija la fecha del procedimiento, no es necesariamente la misma que la de la Sala que conoce el asunto”. Insiste, a su vez, que “corresponde en primer lugar a los jueces abstenerse, obligación que no pueden eludir con el pretexto de que el demandante no recurrió su imparcialidad”.

La Comisión (§ 32) entiende que como la recusación fundada en la imparcialidad de los dos jueces en cuestión no hubiera tenido ningún efecto, ya que “el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han declarado ambos que la decisión de rechazar el recurso de apelación del demandante no podía considerarse como una intervención en la instrucción del asunto ni como una medida susceptible de atentar contra la imparcialidad objetiva del Tribunal de primera instancia”, la demanda no puede ser denegada por falta de agotamiento de los recursos internos (15).

El Tribunal recuerda (§ 33), con respecto a la falta de alegación en la instancia del derecho fundamental al juez imparcial mediante el ejercicio de la recusación, que: “la finalidad de la exigencia del agotamiento de las vías de recursos internos es facilitar a los Estados contratantes la ocasión de prevenir o corregir las violaciones alegadas contra ellos antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio. Esto signifi-

(15) La efectiva potencialidad del recurso interno para el objetivo que pretende conseguirse, esto es, la reparación del derecho vulnerado, es una de las exigencias que impone el artículo 26 del Convenio para acceder al Tribunal. Sobre este punto véase LEZERTUA, M.: “La problemática de la admisibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. BIMJ, núm. 1586-7, de 15 de enero de 1991, págs. 281-4. El agotamiento de los recursos internos impone además: que el recurso judicial interno sea accesible al demandante directamente, sin la intervención de intermediarios (fiscal, defensor del pueblo, etc.); que éste no esté, antes de interponerse, desprovisto de toda posible efectividad; que no hay necesidad de utilizar recursos repetitivos (suplica) ni otras medidas indirecta no estrictamente jurisdiccionales (petición de indulto, intervención del Defensor del Pueblo); que sólo es exigible se agoten los recursos ordinarios, ello supone que quedan exceptuados, desde la óptica de la Comisión, la utilización de los recursos extraordinario (revisión), y, por último, que el potencial demandante ante el TEDH demuestre que ha sido diligente en la utilización de todas estas reglas anteriores.

ca que la queja por la que se ha apelado a la Comisión debe primero ser planteada, al menos en sustancia y en las formas y plazos establecidos por el derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas”.

Señala, más concretamente (§ 34) “que en su recurso ante el Tribunal Supremo, el demandante sostuvo que la Sala del Tribunal Militar Central constituida para conocer su caso no podía considerarse un Tribunal imparcial, ya que dos de sus miembros habían formado parte anteriormente de la Sala que se había pronunciado sobre su recurso de apelación contra el Auto de procesamiento de 6 mayo 1992”, insiste, además, que “el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando una vulneración de su derecho a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial”, es decir, entiende cumplidos los requisitos exigibles por el artículo 26 del Convenio para poder plantear la demanda ante el Tribunal, en tanto que la parte se ha quejado, reiterada y fehacientemente, de la parcialidad del juzgador.

Su último argumento en este sentido es contundente: (§ 35), “en estas condiciones, a pesar del hecho de que el demandante o su abogado no hayan solicitado la recusación de los dos Jueces con anterioridad a la apertura del proceso, los Tribunales del Estado demandado no carecieron de ocasiones para corregir la violación alegada del artículo 6.1 (Con cita de las Sentencias del Mismo Tribunal Gasus Dossier-und Fordertechnik GmbH, y Botten contra Noruega de 19 febrero 1996”.

En conclusión, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es requisito previo imprescindible que se haya formulado la recusación para poner de manifiesto la quiebra del derecho al juez imparcial, sino que basta con que la alegación con respecto a este punto se realice por cualquier medio que permita entenderla planteada sin ambages, como se hizo, sin ningún género de dudas, en el caso que nos compete (16). Como puede apreciarse, la regla prevista en el artículo 26 del Convenio, similar a la prevista en el artículo 44.1.a) de la LOTC, debe interpretarse de manera flexible, no entendiéndola incumplida cuando el ejercicio de la recusación no va a tener ningún efecto práctico por la interpretación que se ha dado en el derecho interno al supuesto de hecho expuesto por la parte. Ello no supone, aunque pudiera parecerlo, hacer depender la admisión a trámite de la demanda de protección ante el TEDH del problema de fondo tratado y de la eventual estimación de la demanda, sino, más bien, entender que la exi-

(16) En este sentido COBO DEL ROSAL, M.: “La ‘contaminación procesal’...”, ob. cit., pág. 26.

gencia de agotar los recursos internos no se incumple cuando se tiene una cierta seguridad, porque así se ha interpretado en el derecho interno, en que la articulación de estos 'recursos internos' no van a proteger el derecho fundamental, es decir, el cumplimiento de este requisito no exige articular remedios inútiles para la protección pretendida.

¿Qué consecuencias procesales cabe extraer de esta sentencia para nuestro derecho procesal con respecto a la falta de alegación en la instancia mediante el ejercicio de la recusación de la vulneración del derecho al Juez Imparcial?

En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, una interpretación excesivamente textual de su doctrina pudiera conllevar la inutilidad del ejercicio de la recusación, en tanto que, siguiendo su literalidad, su no ejercicio en tiempo y forma no reporta ningún perjuicio a la parte. Ello supondría, en la práctica, dar al traste con las normas previstas en las leyes procesales para hacer valer las dudas sobre la imparcialidad del juzgador, y, en una interpretación extrema, considerarlas derogadas por su no uso.

Esta consecuencia, en los términos planteados, es inadmisibles con carácter general para todos los supuestos de parcialidad judicial en todos los procesos, pues la mera invocación informal en un proceso de la vulneración de un derecho fundamental no debe servir de excusa para la inactividad procesal, máxime cuando existe en la propia ley un trámite específicamente previsto para hacer valer la protección del derecho fundamental.

A mi juicio sólo hay dos supuestos en los que dicha consecuencia sería del todo aplicable.

En primer lugar, cuando las dudas sobre la parcialidad del juzgador se refieran a motivos de parcialidad objetiva, en el buen entendimiento de que estos deberían ser considerados como motivos de inhabilidad, y no meramente de recusación, es decir, como motivos *iuris et de iure* de apartamiento (17). Estos supuestos de apartamiento producen *-rectius*: deberían producir dos consecuencias: su apreciación de oficio, con independencia de que las causas de recusación hayan sido puestas de manifiesto por las partes mediante el ejercicio de la recusación, y, como efecto asociado a su real concurrencia, generar la nulidad de todo lo actuado, pues nos encontramos ante auténticos óbices de enjuiciamiento jurisdiccional (18). Con

(17) Véase, en este sentido, *La abstención...* ob. cit., págs. 411 a 418.

(18) Esta es la idea de RODRÍGUEZ RAMOS cuando observa "que la recusación no es una 'conditio sine qua non' para después pretender el reconocimiento de la imparcialidad objetiva del juez, tanto ante el TS como ante el TC, al margen de la necesidad de acreditar en el recurso de amparo que se invocó ante la jurisdicción penal tal lesión del derecho fundamental". RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La imparcialidad judicial...", ob. cit., pág. 5.

todo es bastante cuestionable esta consecuencia cuando se acude al proceso defendido por letrado, en tanto que la presunta indefensión en que quedaría la parte por la no apreciación de oficio del motivo de apartamiento podría achacarse al abogado de la parte que no ha ejercitado el trámite procesal específicamente previsto para ello.

En segundo lugar, cuando nos encontremos ante un proceso en el que la parte no tiene la obligación de ir al mismo defendido por Letrado y efectivamente no se acompaña de éste. En estos supuestos es claro que no puede exigirse de la parte un dominio técnico cualificado del incidente de recusación, debiendo bastar para tener cumplida la invocación de la sospecha de parcialidad cualquier alegación informal que realice la parte en este sentido. La distinción entre causas de inhabilidad y causas de recusación es indiferente para este supuesto.

En estas dos hipótesis, con los matices expuestos en la primera, y más claramente en la segunda, cualquier alegato medianamente verosímil de la parte referido a la parcialidad del juzgador debería entenderse suficiente para obligar al órgano jurisdiccional a pronunciarse motivadamente sobre la sospecha de parcialidad expuesta por la parte.

Para la admisión a trámite del amparo constitucional es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 44 de la LOTC, en sus apartados 1.a) y 1.c), únicos dignos de mención a los efectos que estamos tratando.

Por lo que respecta a la invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello (art. 44.1.c) LOTC), la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos poco va a influir, pues, como observamos anteriormente, ya el propio Tribunal Constitucional entiende que la queja sobre la imparcialidad del juzgador puede manifestarse en el proceso judicial por otros medios que no sean el ejercicio de la recusación, aunque sin duda éste es el más adecuado. Téngase presente, además, que la parcialidad del juzgador es el único derecho fundamental, para cuya denuncia en la instancia judicial está previsto un cauce específico de protección: la recusación. La alegación de la vulneración de los demás se realiza, por norma general, a través de las vías alegatorias ordinarias del proceso, sin necesidad de articular incidente específico alguno (19).

(19) Excepción hecha de la alegación de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que, en los aspectos en que se relaciona con la competencia, la jurisprudencia constitucional exige para tener por cumplido el requisito de admisión que estamos observando, la articulación en la instancia de los medios técnicos por los que se denuncia la presunta incompetencia.

El problema principal se centra en el obstáculo que supone la interpretación jurisprudencial del cumplimiento del requisito observado en el artículo 44.1.a) LOTC cuando impone, en el derecho fundamental que estamos tratando, la necesidad, de un lado, de ejercitar la recusación diligentemente en la instancia, y, de otro, reiterar la queja sobre la parcialidad del juzgador al recurrir la decisión final adoptada por el juez sospechoso de parcialidad (art. 228 LOPJ).

Con respecto al cumplimiento del segundo de estos requisitos en nada influye, me parece, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues sería contrario a todo régimen procesal permitir que una única alegación, por ejemplo, en la primera instancia, permitiese la estimación del recurso de amparo si antes no se ha reiterado la queja sobre la imparcialidad ante el órgano superior ad quem, ya que en estos supuestos no se le ha dado a los órganos jurisdiccionales la efectiva posibilidad de proteger los derechos fundamentales procesales, cometido que también a ellos, y primeramente, les compete.

El incumplimiento del ejercicio de la recusación se presenta más peliagudo, pues la jurisprudencia constitucional ha entendido que no puede entenderse cumplida esta exigencia si no se ha ejercitado en la instancia con la debida diligencia. Se argumenta que aunque la recusación no es un 'recurso' en sentido estricto sí es un 'remedio' con cuya utilización se da por cumplida dicha exigencia (20).

Es claro, me parece, que si no se dispusiera en la ley de un mecanismo técnico de alegación específica de la sospecha de parcialidad en el juzgador, cualquier alegación informal efectuada por la parte sería suficiente para entender cumplido el requisito de admisión a trámite que exige el artículo 44.1.a) de la LOTC. El cumplimiento de este requisito para el derecho fundamental que estamos tratando no sería diferente de lo que acontece cuando se alega la vulneración de la quiebra de otro derecho fundamental que no dispone de un incidente específico para ello.

Ahora bien, la alegación de la quiebra de la imparcialidad del juzgador sí tiene un cauce específico de protección: la articulación en la instancia del incidente de recusación. Por ello, una interpretación estricta del cumplimiento del requisito nos llevaría a una inadmisión a trámite del recurso de amparo en todos aquellos supuestos en los que no se formuló el incidente en tiempo y forma.

(20) Así, por ejemplo, MUÑIZ VEGA, G.: "La sentencia del Tribunal..." ob. cit., pág. 2.

Si, por el contrario, entendemos que cualquier alegación de la parte efectuada en la instancia sobre la parcialidad del juzgador es suficiente para tener por cumplida la exigencia que estamos tratando, ello conllevará, cuanto menos, la desnaturalización del incidente de recusación, pues su articulación no es requisito para el planteamiento de las dudas sobre la parcialidad del juzgador, haciéndolo además electivo para la parte, que puede plantearlo o no dependiente de su propia voluntad y sin que su no planteamiento le produzca perjuicio alguno.

Esta última posibilidad no puede admitirse con carácter general, y no sólo porque exista un trámite específico en la Ley para la alegación de la quiebra de este derecho fundamental, que también, sino porque su no ejercicio revela una falta de diligencia de la parte en el cumplimiento de la alegación en la instancia de la quiebra del derecho fundamental vulnerado, lo que supone que sólo a él puede achacarse la eventual indefensión producida por la vulneración del derecho fundamental.

No cabe duda de que en los supuestos en que se acuda al proceso sin asistencia de letrado puede excepcionarse el cumplimiento del requisito a efectos de la admisión a trámite del recurso de amparo. Pero, qué ocurre cuando se acude al proceso asistido de letrado. ¿Puede, en estos supuestos, entenderse correctamente planteada en la instancia las dudas sobre la parcialidad del juzgador sin el ejercicio efectivo de la recusación?

La respuesta en estos supuestos ha de ser negativa. En efecto, la falta de actividad procesal de la parte no puede convertirse en causa de una mejor protección de los derechos procesales. A de tenerse presente, en todo caso, que la Sentencia del TEDH es, en su más profunda esencia, una resolución de fondo, no de forma, pues solamente excepciona el cumplimiento del requisito de alegación en la instancia del derecho fundamental al juez imparcial mediante el ejercicio de la recusación, desoyendo las argumentaciones del Gobierno en este sentido, porque, según las explicaciones del mismo gobierno, el ejercicio de la recusación hubiera sido inútil al fin al que se orienta, pues la doctrina de los tribunales españoles no entendían como causa de apartamiento el supuesto de hecho que se discutía. Es decir, la parte queda excepcionada de plantear el incidente no porque no sea éste el cauce más lógico para plantear la quiebra de la imparcialidad del juzgador, sino porque el Convenio no entiende necesario ejercitar estos cauces (u otros similares) cuando se tiene la seguridad, porque así se ha interpretado anteriormente, de que su ejercicio va a ser inocuo para la pretendida protección.

Desde esta perspectiva el ejercicio de la recusación era indiferente al ejemplo discutido, lo que no puede abonar, antes al contrario, una interpretación generalizada que pueda excepcionarse su ejercicio en todos los supuestos a los efectos de tener cumplida la exigencia del artículo 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco para tener por cumplida la exigencia prevista en el artículo 44.1.a) LOTC. Debe entenderse, además, que el ejercicio de la recusación es el correcto cauce para exponer la limitada interpretación que se efectúa de determinados motivos de apartamiento, con lo que, con su inteligente ejercicio, puede variarse una tendencia doctrinal o jurisprudencial.