|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 387/2007 |
| Fecha | de 16 de octubre de 2007 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 6729-2007 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 6729-2007 |
| Fallo | Estimar justificadas las abstenciones de la Presidenta del Tribunal, Excma. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde, y del Vicepresidente, Excmo. Sr. don Guillermo Jiménez Sánchez, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 27 de julio de 2007 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad formulado por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Diputado del Grupo Popular del Congreso de los Diputados, Comisionado por otros sesenta y siete Diputados del mismo Grupo, contra el Artículo único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en sus arts. 16.1 y 16.3. El recurso fue registrado con el núm. 6729-2007.

2. Mediante sendos escritos fechados el 5 de septiembre de 2007 la Presidenta del Tribunal, Excma. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde, y el Vicepresidente, Excmo. Sr. don Guillermo Jiménez Sánchez, manifestaron al Pleno su voluntad de abstenerse del conocimiento de dicho recurso. Con idéntico contenido, tras invocar los arts. 80 LOTC y 217, 219 y 221 LOPJ, ambos escritos citan el art. 219.10º LOPJ como causa de abstención, “dado que podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad a la vista de que uno de los preceptos recurridos se refiere al mandato del Presidente (Vicepresidente) del Tribunal Constitucional”. Dichos escritos fueron incorporados a las actuaciones por diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2007.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Vistas las comunicaciones efectuadas por la Presidenta de este Tribunal, Excma. Sra. doña. María Emilia Casas Baamonde y por el Vicepresidente, Excmo. Sr. don Guillermo Jiménez Sánchez, se estima justificada la abstención de dichos dos Magistrados en su enjuiciamiento del presente proceso, pues, habida cuenta que los mismos ostentan en el momento presente la Presidencia y Vicepresidencia de este Tribunal precisamente por virtud de lo establecido en uno de los preceptos cuya constitucionalidad se discute, no es posible negar que la suerte del proceso podría tener incidencia directa e inmediata en su singular y exclusiva situación, existiendo así datos objetivos que podrían ser percibidos por la sociedad, según señalan los Magistrados abstenidos como fundamento de su abstención, como una “apariencia de pérdida de imparcialidad”. Debe resaltarse que la apariencia de imparcialidad ha de ser especialmente exigible, cuando lo que el Tribunal juzga es su propia Ley Orgánica, dada la muy singular y relevante posición que ocupa dicha Ley en nuestro Ordenamiento para garantizar la efectividad del orden constitucional.

Es aplicable así el motivo invocado por los Magistrados abstenidos, núm. 10 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de aplicación al caso en virtud de lo dispuesto en el art. 80 LOPJ.

Podría ponerse aquí punto final a esta resolución, si bien las especiales circunstancias del caso aconsejan profundizar más detenidamente en su análisis.

2. El art. 22 LOTC dispone que los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función, entre otros principios, con el de imparcialidad. El art. 80 LOTC, para garantizar ese ejercicio imparcial de la función jurisdiccional constitucional, establece que será de aplicación supletoria a los procedimientos constitucionales los preceptos de la LOPJ y Ley de enjuiciamiento civil (LEC) en materia de recusación y abstención. A su vez, habida cuenta de que el art. 99.2 LEC se remite a la LOPJ, las causas de abstención y recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional son, en la actualidad, las enumeradas en el art. 219 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Este Tribunal ya ha destacado que la LOTC, con la remisión al régimen de recusación y abstención aplicable a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria, “[s]e diferencia en este extremo de lo que acontece en otros sistemas, en los que su propia Ley reguladora establece previsiones específicas para la abstención o recusación de los Magistrados, adaptadas a la naturaleza singular de esta institución de garantía constitucional”. Si el legislador hubiera querido modificar el régimen legal precedentemente citado y referido a las abstenciones y recusaciones de los Magistrados del Tribunal Constitucional, lo hubiera hecho en la reciente reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Sin embargo ha mantenido el referido régimen supletorio no obstante las especificidades de la función jurisdiccional que tiene asignado el Tribunal Constitucional y a la ausencia de sustituciones en el mismo. No obstante, este Tribunal también ha incidido especialmente en que “[l]a traslación a la jurisdicción constitucional de las causas de recusación que operan en la jurisdicción ordinaria no está exenta de dificultades, que dimanan fundamentalmente de la naturaleza de algunos procesos constitucionales y de la composición del Tribunal” (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2).

Así, por lo que se refiere a la naturaleza y composición de este Tribunal, se ha puesto de manifiesto que el mandato legal de que se aplique a la jurisdicción constitucional el régimen de recusaciones y abstenciones previsto para la jurisdicción ordinaria no puede obviar las peculiaridades que implica la propia naturaleza del Tribunal Constitucional y la especificidad de su magistratura. En efecto, el Tribunal Constitucional, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones, es un órgano constitucional único en su género, no integrado en el Poder Judicial, compuesto por doce únicos Magistrados, sin posibilidad alguna de sustitución interna (AATC 380/1993, de 21 de diciembre, FJ4 ó 80/2005, de 17 de febrero, FJ 5). Ello “conduce a una interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación o abstención previstas en la LOPJ” (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2), habida cuenta de la existencia de un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este Tribunal en los términos establecidos directa y categóricamente por el art. 159 CE (ATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 2). En definitiva, como recordábamos recientemente en el ATC 26/2007, de 5 de febrero, —citando los AATC 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2 y 383/2996, de 2 de noviembre, FJ 3— “en la medida en que las causas de abstención y recusación permiten apartar del caso al juez ordinario predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial; interpretación restrictiva que se impone aún más respecto de un órgano como es el Tribunal Constitucional cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución” (FJ 2).

En ese mismo contexto, también se ha destacado, vinculada con la imposibilidad de sustitución de los miembros del Tribunal Constitucional, la necesidad de que la aplicación del régimen de recusación y abstención no conduzca a resultados absurdos y gravemente perturbadores al alzarse como un obstáculo insalvable para que el Tribunal Constitucional cumpla las funciones que constitucionalmente tiene asignadas por imposibilidad de quedar legalmente conformado (ATC 80/2005, de 17 de febrero, FJ 4) o para que accedan a la magistratura del Tribunal Constitucional juristas en que se acredite la competencia profesional exigida por el art. 159.2 CE (AATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3; 380/2006, de 24 de octubre, FJ único, ó 26/2007, de 5 de febrero, FJ 8). Así, este Tribunal ha llamado especialmente la atención sobre los riesgos de conformar espacios y materias en que resultara imposible ejercer ningún tipo de control constitucional, como son los que se derivarían del eventual planteamiento de la concurrencia de causas de recusación dirigida contra todos los Magistrados y, por lo tanto, contra el propio Tribunal Constitucional (AATC 380/1993, de 23 de diciembre, FJ 4, y 80/2005, de 17 de febrero, FJ 5).

3. Aunque los motivos legales de abstención y recusación son los mismos, la doctrina y praxis de este Tribunal permite constatar una visible diferencia en el tratamiento de los casos de abstención y recusación, debiendo destacarse en general la menor extensión del enjuiciamiento crítico de las primeras cuando se admiten, frente a los de enjuiciamiento de las recusaciones. Pese a que tanto en los supuestos de abstenciones como de recusaciones está en juego la insustituibilidad de los miembros del Tribunal Constitucional, y por ello el interés prevalente en el mantenimiento de su composición, con la consiguiente necesidad, en ambos supuestos, de interpretación restrictiva de las causas, concurriendo también igualmente en ambos casos, la existencia de un quórum obligatorio, en los términos establecidos en el art. 14 LOTC, la regulación legal de ambas instituciones pone de manifiesto una diferencia relevante entre ellas, cual es que mientras en la abstención la iniciativa es del propio Magistrado, en la recusación corresponde a una de las partes procesales. Esta diferencia entre los dos institutos ha conducido en la doctrina de este Tribunal a un análisis de la abstención y de la recusación que no resulta necesariamente idéntico, pues en el caso de la abstenciones se trata de decisiones adoptadas por Magistrados, respecto de los que no es discernible ningún interés personal, ni imaginable siquiera ninguna posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento, a diferencia de lo que podrá quizás suceder con la recusación. Ello, en cualquier caso, no significa ni que cualquier abstención, por esa sola circunstancia, debe siempre estimarse justificada ni que, por el contrario, cualquier recusación deba ser rechazada. De ahí que el régimen jurídico de las abstenciones, en la nueva regulación establecida por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, haya reforzado, frente al régimen anterior, la necesidad de que exista una resolución expresa que se pronuncie de manera motivada sobre si estima o no justificada la abstención (art. 221 LOPJ).

4. El Pleno de este Tribunal, limitándonos a procesos atribuidos a su conocimiento, ha dictado hasta dieciséis Autos en los que declara justificadas las correspondientes abstenciones, cuya fundamentación, en todos ellos, se limita a la escueta aceptación de que las causas expuestas en las correspondientes comunicaciones de los Magistrados son subsumibles en los motivos de abstención invocados. En diez de los Autos aludidos (ATC 42/2007, de 13 de febrero —recurso de inconstitucionalidad 1358-1999—; ATC 425/2006, de 21 de noviembre —RI 1383-1998—; ATC 280/2006, de 18 de julio —conflicto positivo de competencia 2637-2001; ATC 27/2006, de 31 de enero —conflictos positivos de competencia 5229-1998 y 5504-1998, acumulados—; ATC 7/2006, de 17 de enero —RI 1832-2000—; ATC 6/2006, de 17 de enero —CCPPC 2832-1997, 541-1998 y RRI 1172-1998 y 1267-1999, acumulados—; ATC 135/2005, de 5 de abril —RI 1569-1999—; ATC 97/2005, de 1 de marzo —CPC 2287-2000—; y ATC 396/2004, de 20 de octubre —RRI 460-1998, 469-1999 y 438-1998, acumulados—) el motivo de abstención invocado fue la intervención del Magistrado o la Magistrada abstenidos en órganos que habían emitido dictamen en el proceso de elaboración de las normas, leyes o decretos, impugnados en los respectivos recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia. En otros cuatro Autos (ATC 168/2005, de 19 de abril —cuestión de inconstitucionalidad 6947-2004—; ATC 163/2005, de 19 de abril —CI 1418-2003—; ATC 162/2005, de 19 de abril —CI 6277-2002— y ATC 159/2005, de 19 de abril —CI 406-2000—) fue la participación de los Magistrados abstenidos en el órgano jurisdiccional que había planteado las respectivas cuestiones en tres de los casos y en otro el haber participado en el órgano jurisdiccional que planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto de la misma norma cuestionada por otro órgano jurisdiccional. Finalmente en otros dos Autos (ATC 430/2005, de 13 de diciembre —RI 3394-1997— y ATC 429/2005, de 13 de diciembre —RI 1785-1997—) el motivo invocado por el Magistrado abstenido, y cuya concurrencia consideró justificada el Pleno, fue haber emitido dictamen o asesorado en el asunto objeto del proceso constitucional.

Es indudable que ninguno de los motivos legales apreciados en todos los Autos de precedente cita tiene nada que ver con el motivo invocado en el actual proceso por los Magistrados ahora abstenidos, ni las circunstancias de cada caso tienen ningún punto de similitud con el actual, por lo que no es posible extraer de los mismos doctrina jurisdiccional atendible en el enjuiciamiento de las abstenciones. Es procedente empero destacar la naturalidad con la que el Pleno se limita a declarar justificadas las abstenciones, aceptando, sin ningún cuestionamiento crítico, la realidad de los hechos argüidos por los Magistrados abstenidos, limitándose a constatar la aplicabilidad a los mismos de los motivos legales invocados en cada caso, en términos de un hacer jurisdiccional claramente diferenciado del seguido en casos de recusaciones.

No es tampoco ocioso destacar la existencia, como antecedentes remotos, de las abstenciones que fueron estimadas justificadas por sendos Acuerdos del Pleno gubernativo de este Tribunal de 20 de marzo y 30 de octubre de 1986, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 839-1985 y en los conflictos entre órganos constitucionales del Estado núms. 495, 788 y 797-1985 y en el recurso de amparo avocado núm. 351-1985, respectivamente, tratándose en dichos casos del enjuiciamiento abstracto de normas.

En el recurso de amparo avocado al Pleno la cuestión subyacente era un recurso contencioso-administrativo en el que se impugnaba una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 10 de enero de 1984, de aplicación de preceptos transitorios de Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, en virtud de la que se establecía la atribución de determinadas plazas de Catedráticos a Profesores Agregados de Universidad, siendo los demandantes de amparo Catedráticos que cuestionaban la constitucionalidad de la Ley, en cuya virtud se dictó la Orden impugnada. Se produjo en el proceso la abstención de un Magistrado de la que se deja constancia en el antecedente 13 de la STC 148/1986, de 25 de noviembre, aunque no se deje constancia en él de los términos de aquélla. No obstante, es dato de conocimiento del Tribunal el de la condición profesional del Magistrado abstenido, Catedrático, lo que permite inferir sin ningún esfuerzo que la abstención se fundara en la afectación por el proceso. No está de más advertir que la afectación de que se trataba no era una afectación singularizada y exclusiva, sino que se trataba simplemente de la inclusión del Magistrado abstenido en el círculo subjetivo genérico de afectados por las normas cuestionadas. Ello no obstante, el Pleno del Tribunal, según se lee en el antecedente 13 de la STC 148/1986, admitió la abstención.

En los casos de los otros cuatro procesos constitucionales, tres conflictos entre órganos constitucionales y un recurso de inconstitucionalidad, resueltos, respectivamente por las SSTC 45/1986, de 17 de abril, y 108/1986, de 29 de julio, se produjo la abstención de tres Magistrados del Tribunal Constitucional. De ellos, uno había formado parte del Consejo General del Poder Judicial que había planteado los tres conflictos entre órganos constitucionales acumulados, y los otros dos habían sido propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, integrado conforme a lo establecido en los núms. 1 y 3 del art. 112 LOPJ, precepto que era uno de los impugnados en el recurso de inconstitucionalidad. Como en el caso antes examinado es del mismo modo claramente inferible por las circunstancias de los respectivos procesos que la causa de las abstenciones fueron, en un caso, la participación en el órgano que había suscitado los conflictos, y, en los otros, la ligazón de la validez de sus nombramientos con el de la validez constitucional de la composición del órgano que los había propuesto. Especialmente en el segundo caso así se infiere de lo indicado en el antecedente 9 de la STC 108/1986, en que se dejó constancia de la recusación y precedente abstención de los dos Magistrados aludidos, y sobre todo de la lectura del escrito de recusación obrante en los autos del recurso de inconstitucionalidad. Lo significativo en esos casos es que, según acredita la lectura del acta del Pleno gubernativo de 20 de marzo de 1986, el Pleno que se enfrentó a la dificultad de la abstención y recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional solventó dicha dificultad poniendo el límite de la posibilidad de aceptar las abstenciones y recusaciones en la concurrencia del quórum preciso para la actuación del Tribunal, y aceptó la aplicación del motivo legal de abstención en cada caso.

Desde la preocupación reiterada del Tribunal por asegurar la íntegra composición del mismo es destacable que en los casos a que acabamos de referirnos el Tribunal quedó reducido en su composición a un nivel muy aproximado al mínimo posible (sólo nueve Magistrados, según se constata en el encabezamiento de las SSTC 45/1986 y 108/1986), lo que no fue óbice para la admisión de las abstenciones. Asimismo es destacable la gran similitud de aquellas precedentes abstenciones con las actuales, habida cuenta que la base subyacente de todas consiste en la hipotética relación de interés derivada de la afectación de las normas recurridas en cada caso, afectación más lejana en los precedentes, pues la norma a la sazón cuestionada no era el soporte directo del estatus de los Magistrados, aunque la hipotética invalidez de la composición del órgano designante pudiera por derivación incidir en él. En el caso actual, según se razonará más adelante, la norma impugnada es el soporte directo del actual estatus institucional de los Magistrados abstenidos. La conclusión a retener de los precedentes reseñados es la de que el Tribunal ha admitido la aplicación del motivo legal del interés directo o indirecto del Magistrado en recursos abstractos en lo que lo cuestionado eran normas afectantes a la situación jurídica del Magistrado abstenido, y que para ello no ha considerado como obstáculo la alteración de la composición del Tribunal, siempre que pudiera mantenerse el mínimo establecido en el art. 14 LOTC.

Finalmente, el Pleno de este Tribunal también ha rechazado estimar justificadas determinadas abstenciones en los más recientes AATC 380/2006, de 24 de octubre; 456/2006, de 14 de diciembre y 289/2007, de 19 de junio. En especial, en los dos últimos Autos citados se reiteró que “… aunque este Tribunal mantiene estrictamente el principio de imparcialidad al que le obliga la Constitución y el art. 22 de su Ley Orgánica, y comprende los escrúpulos de sus miembros, debe atenerse a razones objetivas al apreciar las causas de abstención y recusación. No hay que olvidar que el deber de imparcialidad de los Magistrados nunca puede ir en detrimento del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) ni perjudicar el ejercicio de la jurisdicción constitucional” (AATC 456/2006, FJ 1, y 289/2007, FJ 1). E, igualmente se destacó en el ATC 289/2007, FJ 1, que “[n]o cabe olvidar tampoco, como hemos señalado en el ATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3, que ‘en la medida en que las causas de abstención y recusación permiten apartar del caso al juez ordinario predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), interpretación restrictiva que se impone más aún respecto de un órgano, como es el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución (ATC 80/2005, de 17 de febrero)’”.

5. Por otra parte, en lo referido a la influencia que puede tener sobre el régimen de abstención la naturaleza de algunos procesos constitucionales, también se ha señalado que “[l]os procesos constitucionales –en especial los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, como procesos objetivos y abstractos de control de constitucionalidad de las leyes- pueden comportar modulaciones en la aplicación supletoria de la LOPJ y LEC, en materia de abstención y recusaciones” (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, tal modulación e, incluso, una interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación en los procesos objetivos y abstractos de control de la constitucionalidad de la ley “no comporta, sin embargo —como hemos declarado en el ATC 26/2007, de 5 de febrero—, la exclusión de la posibilidad de que se aprecien abstenciones o causas de recusación. La participación de todos los miembros que integran este Tribunal en los procesos constitucionales no es, en efecto, un elemento decisivo para entenderlo así, como lo evidencia la previsión misma de la posibilidad de constitución del Pleno, de las Salas y de las Secciones de este Tribunal sin la totalidad de sus componentes, sino con el quórum de presencia que resulta del art. 14 LOTC. Por otra parte el mandato citado del art. 22 LOTC, que exige que los Magistrados ejerzan su función de acuerdo con el principio de imparcialidad, no contiene salvedad respecto de los procesos objetivos de control de constitucionalidad ni de ninguno de los procesos de que conoce este Tribunal (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 3)” FJ 2].

En cualquier caso, como se ha puesto de manifiesto en los ya mencionados Acuerdos del Pleno gubernativo recaídos en los conflictos entre órganos constitucionales núms. 495, 788 y 797-1985 y en el recurso de inconstitucionalidad núm. 839-1985, así como en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 351-1985, este Tribunal no ha tenido impedimento en estimar justificadas abstenciones de sus miembros en casos de procesos que implican directa o indirectamente un control abstracto de normas incluso cuando aparecían fundamentadas en la posible apariencia de pérdida de imparcialidad por ostentar interés directo o indirecto en el thema decidendi.

En conclusión, siendo indudable la aplicabilidad supletoria de las previsiones de la LOPJ y la LEC en materia de abstención a los procesos constitucionales, su interpretación y aplicación a la jurisdicción constitucional no se puede realizar de una manera incondicionada sino, lógicamente, adaptada a sus peculiaridades y los procesos que en ella se dilucidan con estricta vinculación al contenido del derecho a un juez imparcial y, en cualquier caso, teniendo en cuenta que debe quedar siempre garantizado que el Tribunal Constitucional tenga la posibilidad efectiva de cumplir las funciones que tiene encomendadas.

6. En el presente caso, como se ha expuesto en los antecedentes, cabe constatar, en primer lugar, que el procedimiento es un recurso de inconstitucionalidad en el que, a los efectos que ahora interesa, se impugna la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al art. 16.3 LOTC, en cuyo último inciso se dispone que “[s]i el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”. Y, en segundo lugar, que tanto la Presidenta como el Vicepresidente de este Tribunal han motivado su abstención ex art. 219.10º LOPJ, en que, habida cuenta de que uno de los preceptos recurridos se refiere a los mandatos del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional, “podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad”.

Nos encontramos, por tanto, ante el control de una norma que afecta singular y directamente al estatuto personal e institucional de la Presidenta y del Vicepresidente. Es cierto que, de manera indirecta o remota, el art. 16.3 LOTC impugnado puede afectar a todos los Magistrados del Tribunal Constitucional en la medida en que son electores y elegibles para la Presidencia y la Vicepresidencia, pero es evidente que esa afectación se produce de manera más intensa y directa respecto de quienes ostentan ambos cargos institucionales, habida cuenta de que es la norma impugnada la que, sin participación previa del Pleno del Tribunal, provoca de hecho en los casos de los Magistrados abstenidos la prórroga de su permanencia en los cargos que ostentan, así como también de los eventuales efectos que sobre dichos cargos institucionales pudiera tener la resolución sobre el fondo del presente recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, la eventual relación de interés de los Magistrados que en la actualidad no desempeñan los cargos de los abstenidos se situaría de partida en una perspectiva de futuro y en un plano hipotético, pues, de un lado, sólo después del agotamiento de los periodos de mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente podría entrar en juego su posible acceso a dichos cargos, en cuyo momento la norma rectora de los mismo sería ya previa a ese acceso y la hipotética elección partiría de unas perspectivas temporales de los referidos cargos establecidas legalmente antes de que las correspondientes elecciones se produjeran y, de otro lado, ese potencial interés estaría sometido a la doble condición de que quisieran postularse a la elección de dichos cargos y llegar a ser elegidos. De modo que frente a la situación de los actuales Presidenta y Vicepresidente, que está condicionada por la norma impugnada de modo presente, no futuro, real y directo, no hipotético, y singular y exclusivo, no existe un interés actual discernible del resto de los Magistrados que pueda entrar en juego.

En todo caso la eventual consideración de ese interés no sería posible, primero porque se estarían desbordando en su análisis los términos en que la abstención viene propuesta, y después, porque en ese solo caso, que no en el de las abstenciones que ahora nos ocupan, la consideración de ese hipotético interés conduciría a la abstención de todos los Magistrados, con la consecuente imposibilidad de que este Tribunal enjuiciase este proceso, consecuencia que, según criterio reflejado antes, impide atender tal eventualidad.

7. La específica afectación de la norma impugnada a los cargos institucionales de la Presidenta y del Vicepresidente de este Tribunal, unido al hecho de que la eventual estimación como justificada de las abstenciones propuestas sólo a tales cargos concerniría, es, precisamente, lo que permite, en este caso, que podamos examinar sin mayores problemas si las abstenciones están o no justificadas. Para ello debe partirse, en primer lugar, del sentido con que ambas abstenciones han sido formuladas. En el presente supuesto, y como ya se ha señalado, el interés directo o indirecto en el proceso que se aduce como causa de abstención se ha vinculado expresamente por quienes la han formulado con que “podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad”. El tenor literal de esta motivación, aunque escueta, evidencia, por un lado, que la Presidenta y el Vicepresidente de este Tribunal no se reconocen subjetivamente imposibilitados de ejercer la jurisdicción constitucional con la imparcialidad que exige el art. 22 LOTC, sino que se limitan a expresar la posibilidad que se suscite externamente una apariencia de pérdida de imparcialidad como consecuencia del contenido de dicho precepto. En ese sentido, no cabe considerar que el mero acto de la formulación de la abstención suponga objetivizar dudas respecto de la existencia de una inclinación de ánimo hacia la causa o pleito que les impida actuar con la imparcialidad exigida. Por otro, el tenor literal de las abstenciones también pone de manifiesto que la apariencia de pérdida de imparcialidad alegada, vinculada a la duración del mandato del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal Constitucional, se referiría a lo que se viene denominando la imparcialidad objetiva.

Ciertamente la motivación de las abstenciones se ha situado por los Magistrados abstenidos, no tanto en la afirmación inequívoca de la existencia en ellos de un interés directo o indirecto, sino en la de que “podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad”.

Aun sin aquella afirmación inequívoca (que pone de manifiesto la conciencia de su propia imparcialidad por parte de la Presidenta y del Vicepresidente, extremo sobre el que no cabe la más mínima duda), la realidad es que la causa legal invocada (interés directo o indirecto), la norma recurrida en el proceso constitucional (prórroga del mandato de la Presidenta y del Vicepresidente actuales), la posición personal y directa de los Magistrados abstenidos en relación con ella —conforme ya hemos explicado— y la abstención de los mismos, son datos objetivos, que el Tribunal no puede eludir, para llegar a la correcta aplicación de la norma claramente aplicable al caso, declarando justificadas las abstenciones, ya que hacer lo contrario, esto es, rechazar que las abstenciones estén justificadas basándose en el carácter abstracto del enjuiciamiento, en la hipotética y futura posible afectación a los restantes miembros del Tribunal y a la conservación de la composición de éste, supondría, además de un excesivo formalismo, primar la garantía institucional del Órgano sobre la garantía de imparcialidad real y aparente a favor de las partes en el proceso y que alcanza una dimensión general respecto al conjunto de una sociedad democrática vertebrada en un Estado de Derecho, todo lo cual sería difícilmente comprensible por la ciudadanía.

Ha de reconocerse la sensibilidad demostrada por los Magistrados abstenidos respecto a la importancia que tiene siempre la apariencia de imparcialidad. Mas sin necesidad de salirnos de ese plano de apariencia que ellos mismos indican, debemos atenernos a la especial trascendencia que a la misma atribuyen, tanto nuestra jurisprudencia, como la del TEDH “porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (SSTC, por todas, 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14.a y 16; 5/2004,de 16 de enero, FJ 2; SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, § 26; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt, § 47; de 29 de agosto de 1997, caso Worm, § 40; de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar, § 45; de 17 de junio de 2003, caso Valero, § 23).

Es indudable que, según se ha argumentado antes, existen datos objetivos en que asentar la alegada apariencia, y dada la virtualidad de ésta como exponente de la imparcialidad o de su admisible puesta en duda, ha de concluirse que la imagen de posible pérdida de imparcialidad aducida por los Magistrados abstenidos se halla en este caso objetiva, suficiente y legítimamente justificada.

Como ya hemos anticipado no sería comprensible por la ciudadanía que, tratándose en el proceso del enjuiciamiento de una norma directamente determinante del estatus actual de la Presidenta y del Vicepresidente, y habiéndose abstenido de participar en él, el Tribunal, desacreditando su apreciación de la apariencia de imparcialidad, les obligase, contra su expresa y fundada voluntad, a participar como Jueces en el enjuiciamiento de la norma que tan directamente les afecta.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional

ACUERDA

Estimar justificadas las abstenciones de la Presidenta del Tribunal, Excma. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde, y del Vicepresidente, Excmo. Sr. don Guillermo Jiménez Sánchez, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil siete.

### Votos

1. Voto particular que formulan los Magistrados, Excms. Srs. doña. Elisa Pérez Vera, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, respecto del Auto dictado por el Pleno de este Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, estimando justificadas las abstenciones de la Excma. Sra. Presidenta y del Excmo. Sr. Vicepresidente

Con el mayor respeto a la opinión de nuestros compañeros, debemos, no obstante, expresar nuestro criterio discrepante del que se ha sostenido en el presente Auto.

A nuestro entender, y en virtud de los argumentos que defendimos en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, se exponen a continuación, no debieran haberse estimado justificadas las abstenciones de la Excma. Sra. Presidenta y del Excmo. Sr. Vicepresidente de este Tribunal.

1. El Auto del que discrepamos considera ya, de modo terminante, en su FJ 1, que la Excma. Sra. Presidenta y el Excmo. Sr. Vicepresidente de este Tribunal incurren en el motivo de abstención previsto en el art. 219.10 LOPJ, de aplicación al caso en virtud del art. 80 LOTC, e invocado por los Magistrados abstenidos, esto es, “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, “habida cuenta que los mismos ostentan en el momento presente la Presidencia y Vicepresidencia de este Tribunal precisamente por virtud de lo dispuesto en uno de los preceptos cuya constitucionalidad se discute” (artículo único, apartado siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC), esto es, una norma que afecta singular y directamente al estatuto personal e institucional de la Presidenta y del Vicepresidente, por lo que surge una “apariencia de pérdida de imparcialidad” que debe inhabilitarlos para intervenir en el enjuiciamiento de dicha norma.

Pues bien, nuestra discrepancia se basa, justamente y de manera principal, en que no compartimos, de ninguna manera, ese punto de partida del Auto: esto es, que la afectación de la norma recurrida al estatuto de la Presidencia y Vicepresidencia del Tribunal pueda ser tenida como motivo justificado de abstención subsumible en la causa prevista en el art. 219.10 LOPJ. Nuestra posición, también de partida, es exactamente la contraria: por principio, un Magistrado del Tribunal Constitucional, por el sólo hecho de que la Ley afecte a su estatuto de miembro del mismo, no puede quedar inhabilitado para juzgar la Ley destinada, precisamente, a regular al propio Tribunal y, por ello, inevitablemente dirigida a regular, como ocurre con la norma objeto de este caso, el estatuto de los miembros que componen la institución. Da igual que le afecte como Magistrado o como cargo institucional específico. Sostener lo contrario es, lisa y llanamente, impedir que quien forma parte, legítimamente, del Tribunal Constitucional pueda contribuir con su opinión y su voto a dilucidar la conformidad con la Constitución de la Ley que, de manera general y abstracta, y con plena vocación de proyección futura, es decir, con vigencia indefinida, organiza, de acuerdo con el mandato constitucional (art. 165 CE) al propio Tribunal y, más específicamente, “regula” “el estatuto de sus miembros” (mismo art. 165 CE). El hecho de que esa regulación, en el momento de su enjuiciamiento, afecte a quien sea miembro entonces (como es obvio) del Tribunal no la convierte, por ello, en una regulación ad hoc, puesto que, al margen de quien ahora sea el afectado, la norma, como se ha dicho y no importa repetirlo, es general y abstracta y, por supuesto, no de aplicación temporal limitada, sino de vigencia indefinida.

Pero es que, además, de aceptarse, y ya hemos dicho que no lo compartimos, que la afectación al estatuto de la Presidencia y Vicepresidencia pudiera subsumirse en la causa del art. 219.10 LOPJ, en este caso habría que concluir, necesariamente, que no sólo la Presidenta y el Vicepresidente, sino todos los demás Magistrados incurrirían en la misma causa de inhabilitación, pues la regulación impugnada, y, sobre todo, el resultado del proceso, a ellos también afectaría, y de manera real y directa, frente a lo que se dice en el Auto, FJ 6, por entrar, de modo indudable, en la órbita de sus intereses, en la medida en que todos los Magistrados son electores y elegibles para la Presidencia y Vicepresidencia. Como parece difícil negar que en este, y en cualquier otro supuesto, la regulación del estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional, sea cual sea la función que individualmente en ese momento desempeñen, afecta a la totalidad de los mismos, la absurda conclusión a que se llegaría con la tesis de que discrepamos es que el Tribunal nunca podría juzgar los preceptos de su propia Ley Orgánica sobre dicha materia.

Estas razones ya serían, por sí solas, suficientes para fundar nuestra discrepancia con el Auto y sostener, contrariamente a lo que en él se decide, que el Pleno debió rechazar, por injustificadas, las pretensiones de abstención. No obstante, como el Auto del que discrepamos se extiende después en la búsqueda de otros apoyos para dar mayor sustento a aquella primera y lapidaria afirmación de su FJ 1, que no compartimos como acaba de explicarse, vamos también nosotros a examinar con algún detalle tales apoyos argumentales para poner de manifiesto las debilidades que contienen.

2. Uno de los argumentos del Auto (que se reitera en varios de sus FFJJ) descansa en un entendimiento del sistema de abstenciones y recusaciones ante el Tribunal Constitucional que se aparta de nuestra propia doctrina, muy clara, sobre todo en los últimos años. Así, el Auto hablará de la “naturalidad” con que el Pleno acepta las abstenciones (FJ 4), o de que las pretensiones de abstención de los Magistrados “son datos objetivos que el Tribunal no puede eludir … para declarar justificadas las abstenciones” (FJ 7). No es ese, en nuestra opinión, un entendimiento correcto del asunto en la jurisdicción constitucional, donde las causas de abstención y recusación han de ser, y han sido, enjuiciadas de otra manera.

Así, como ya señaláramos en nuestros AATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 1, y 289/2007, de 19 de junio, FJ 1, citados en el propio Auto del que discrepamos, aunque este Tribunal mantiene estrictamente el principio de imparcialidad al que le obligan la Constitución y el art. 22 de su Ley Orgánica, y comprende los escrúpulos de sus miembros, debe atenerse a razones objetivas al apreciar las causas de abstención y recusación. No hay que olvidar que el deber de imparcialidad de los Magistrados nunca puede ir en detrimento del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) ni perjudicar el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No cabe olvidar tampoco, como hemos señalado en el ATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3, que, “en la medida en que las causas de abstención o recusación permiten apartar del caso al juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), interpretación restrictiva que se impone más aún respecto de un órgano, como es el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución (ATC 80/2005, de 17 de febrero)”. En suma, “existe un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este Tribunal en los términos establecidos directa y categóricamente por la propia Constitución, en su art. 159” (ATC 456/2006, FJ 2).

Por ello, cuando el art. 80 LOTC se remite, para la abstención y recusación de los Magistrados constitucionales, a lo dispuesto, sobre esa materia, para los jueces ordinarios en la LOPJ, dicha remisión ha de interpretarse, necesariamente, con las consiguientes modulaciones y adaptaciones que se derivan de la singular naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional, un órgano jurisdiccional que no permite sustituciones de sus miembros (a diferencia de lo que sucede en los Tribunales ordinarios) y que, en el control abstracto de la ley, no dirime conflictos entre partes que defiendan ante él derechos o intereses propios, sino pretensiones sólo encaminadas a la depuración objetiva del ordenamiento.

De este modo, las especialidades del proceso de control constitucional de leyes, así como el fundamento mismo de la garantía de imparcialidad, que no se compadecen con la pacífica y necesaria aceptación de un planteamiento de abstención deberían haber conducido a formular una interpretación estricta de la causa de abstención contemplada en el art. 219.10 LOPJ, lo que, sin duda, como se verá, hubiera llevado a declarar no justificada la abstención promovida, toda vez que la circunstancia alegada por los Magistrados abstenidos no puede encontrar acomodo ni en la referida causa ni en ninguna de las causas contempladas en el art. 219 LOPJ.

3. Tampoco podemos compartir el argumento expuesto en los FFJJ 4, 6 y 7 del Auto, que hace descansar la viabilidad o no de las abstenciones (o recusaciones) en el dato numérico de los Magistrados afectados, de suerte que, dada la necesidad de asegurar la íntegra composición del Tribunal Constitucional, el límite de la posibilidad de aceptar las abstenciones y recusaciones de sus Magistrados se sitúa en la concurrencia del quorum preciso para la actuación del Tribunal, por lo que, como en el presente caso el motivo de abstención afectaría a sólo dos de sus miembros, no se compromete el funcionamiento del Tribunal.

Tal razonamiento no podemos compartirlo. En primer lugar, por el inaceptable relativismo que supondría admitir o rechazar las abstenciones que se planteasen por el mismo motivo en un determinado supuesto en función de que el número de Magistrados abstenidos fuese inferior o superior al quorum mínimo exigido para el funcionamiento del Tribunal, relativismo que, inevitablemente, conduciría a la ablación de la interpretación restrictiva sentada por nuestra doctrina acerca de las causas de abstención y recusación (AATC 80/2005 y 456/2006, antes citados).

Y, en segundo lugar, porque el dato de que la regulación del estatuto de los miembros del Tribunal cuestionada afecte a más o menos Magistrados o sólo a determinados miembros que ocupen cargos institucionales específicos (Presidencia y Vicepresidencia en este caso) es un argumento que no puede erigirse en fundamento para apartar a dichos Magistrados del enjuiciamiento del precepto legal impugnado, pues una interpretación de esta naturaleza resulta inconsistente a la vista del contenido general y abstracto y la vigencia indefinida de la norma cuestionada y porque resulta incompatible con la garantía constitucional de imparcialidad y con la dignidad e independencia de los Magistrados constitucionales, lo que, además, situaría al Tribunal en lo que se ha denominado la “cultura de la sospecha” . Más aún cuando, como sucede en el presente caso, los Magistrados abstenidos no se reconocen subjetivamente imposibilitados para ejercer la jurisdicción constitucional con la imparcialidad que exige el art. 22 LOTC, sino que se limitan a expresar la posibilidad de que se suscite externamente una apariencia de pérdida de imparcialidad como consecuencia del contenido del precepto impugnado.

En suma, estimar así la concurrencia de la causa de abstención prevista en el art. 219.10 LOPJ equivaldría, en último término, a propiciar que la composición del Tribunal (art. 159 CE) pudiera quedar alterada, simplemente, por presiones externas, políticas, mediáticas o de cualquier otro tipo, lo que resulta de todo punto inaceptable por contrario a las indicadas garantías de imparcialidad, dignidad e independencia de los Magistrados constitucionales.

4. Por otra parte, en el Auto del que discrepamos, para justificar la concurrencia de un interés directo de los Magistrados abstenidos con la norma impugnada y negarla en el resto de miembros de este Tribunal, se afirma expresamente lo siguiente (FJ 6): “… la eventual relación de interés de los Magistrados que en la actualidad no desempeñan los cargos de los abstenidos se situaría de partida en una perspectiva de futuro y en un plano hipotético, pues, de un lado, sólo después del agotamiento de los periodos de mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente podría entrar en juego su posible acceso a dichos cargos, en cuyo momento la norma rectora de los mismos sería ya previa a ese acceso y la hipotética elección partiría de unas perspectivas temporales de los referidos cargos establecidas legalmente antes de que las correspondientes elecciones se produjeran…”.

Pues bien, no resulta admisible que se aproveche una resolución como la presente, cuyo objeto es exclusivamente analizar si se deben estimar justificadas las abstenciones planteadas, para entrar en el fondo del asunto. En efecto, indicar, como se hace en el Auto, que el interés directo de los Magistrados abstenidos se deriva de que el precepto legal impugnado ha entrado en vigor durante sus respectivos mandatos como Presidenta y Vicepresidente y negarla en el resto de los actuales miembros del Tribunal porque, en su caso, el acceso a tales cargos institucionales se produciría después de la entrada en vigor de dicho precepto, supone prejuzgar una cuestión que atañe al fondo del asunto, como es la eventual influencia que sobre la constitucionalidad de la norma impugnada pueda tener el análisis su ámbito de aplicación, pese a la inmediata vigencia de la propia norma según ella misma dispone.

Más grave nos parece aún otra muestra de que se entra en el fondo del proceso que el Auto contiene, igualmente en su FJ 6, cuando se dice que “la afectación”, a la Presidencia y Vicepresidencia, se produce de manera más intensa y directa en cuanto que ha sido la norma impugnada la que, “sin participación previa del Pleno del Tribunal”, provoca la prórroga de sus mandatos. ¿Significa ello ya una toma de postura sobre el fondo? ¿Se sostiene acaso que no puede haber prorrogatio por decisión de la Ley sino sólo por decisión del Pleno? No queremos entrar nosotros, pese a que indebidamente han entrado nuestros respetados compañeros, en este debate sobre el fondo.

5. En el FJ 4 del Auto del que respetuosamente disentimos se detalla profusamente el contexto procesal de los Acuerdos del Pleno gubernativo de este Tribunal de 20 de marzo y 30 de octubre de 1986, recaídos en el recurso de inconstitucionalidad núm. 839-1985, en los conflictos entre órganos constitucionales del Estado núms. 495, 788 y 797-1985 y en el recurso de amparo avocado núm. 351-1985, como antecedentes relevantes para adoptar la presente decisión, en tanto que —según se afirma— se referirían a supuestos en que se admitió la aplicación del motivo legal del interés directo o indirecto de Magistrados de este Tribunal en distintos casos de enjuiciamiento abstracto de normas en los que se cuestionaban normas afectantes a su situación jurídica.

Pues bien, la relevancia que se pretende dar en el Auto a estos precedentes no es tal, toda vez que, por un lado, se refiere a situaciones planteadas en un contexto legislativo muy diferente del actual y, por otro, se parte de presupuestos fácticos que no están documentados en las actuaciones. En efecto, no debe olvidarse que aquellas abstenciones tuvieron lugar bajo la vigencia de la regulación establecida en el Capítulo V del Título II LOPJ, en su redacción originaria de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, mientras que el presente Auto se dicta tras la redacción dada al articulado de dicho Capítulo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

En este sentido, hay que destacar necesariamente que la actual regulación, frente a aquella normativa, no sólo ha alterado significativamente la propia naturaleza de la decisión sobre la estimación como justificada de la abstención —siendo entonces gubernativa y ahora jurisdiccional— sino que también ha reforzado la necesidad de que exista una resolución expresa debidamente motivada sobre el particular. Así, el originario art. 222.1 LOPJ establecía que si el Juez o Magistrado abstenido no recibía la respuesta expresa de la Sala de Gobierno competente de que continuara en el conocimiento del asunto, se tenía que apartar del mismo, con lo que se imponía legalmente una fuerte presunción a favor del apartamiento del abstenido, hasta el punto de darse eficacia ex lege a su abstención en defecto de resolución expresa. Por el contrario, con la normativa actualmente en vigor, el art. 221.3 y 4 LOPJ establece la necesidad de una resolución expresa en forma de Auto sobre la abstención formulada, imponiendo con ello la necesidad de que el órgano jurisdiccional competente para su conocimiento entre a valorar la justificación de la causa alegada.

En definitiva, resulta insostenible el razonamiento del Auto del que disentimos, en cuanto hace hincapié en el valor que presenta la apreciación subjetiva de la causa de abstención por parte del Magistrado abstenido, pues tal interpretación resulta contraria a la actual regulación de la institución de la abstención, así como a nuestra doctrina al respecto, que atiende exclusivamente a la confirmación objetiva en cada caso de la causa de abstención por el órgano competente para apreciarla.

Además, siguiendo lo señalado con anterioridad, tampoco cabe afirmar, como se hace en el Auto del que se discrepa refiriéndose al recurso de amparo avocado núm. 351-1985, que “es dato de conocimiento del Tribunal el de la condición profesional del Magistrado abstenido, Catedrático, lo que permite inferir sin ningún esfuerzo que la abstención se fundara en la afectación por el proceso” (FJ 4). En efecto, como se reconoce en el propio Auto, en los antecedentes de la STC 148/1986, de 25 de noviembre, no se dejó constancia de la causa de abstención alegada por el Magistrado, y, desde luego, ni en las actuaciones ni en el Acuerdo del Pleno gubernativo de 30 de octubre de 1986 tampoco se hace mención sobre ese particular. En defecto de una constancia documental expresa sobre el particular, pretender inferir cuál fue la causa alegada para intentar derivar un remoto antecedente justificativo del presente Auto resulta arriesgado en una resolución jurisdiccional. Lo mismo cabe predicar de la afirmación contenida en el Auto en relación con las abstenciones formuladas en los otros procedimientos de 1985, respecto de los cuales también el Auto, a pesar de reconocer que no hay referencia documental alguna a la causa de abstención formulada, entra, sin embargo, en conjeturas que no debería tener cabida en una resolución de este Tribunal.

Por tanto, la notoria diferencia de la normativa aplicable en cada momento y la imposibilidad de verificar documentalmente el presupuesto fáctico que sustenta dicho argumento evidencian la carencia de un sustento argumental jurídico suficiente del Auto del que se discrepa para justificar la estimación de la abstención en esos remotos precedentes. A lo que debe añadirse que en ninguno de aquellos casos la eventual situación jurídica que se supone que afectaba a los Magistrados entonces abstenidos se refería a su estatuto como miembros de este Tribunal, que es, precisamente, la cuestión diferencial que se plantea en el presente recurso de inconstitucionalidad.

6. No podemos compartir tampoco el énfasis artificioso que se hace en el Auto (FJ 3) de la diferencia entre las instituciones de la abstención y la recusación a los efectos de la doctrina y praxis de este Tribunal para concluir de ello un distinto tratamiento en el análisis crítico de la causa de abstención alegada. Es evidente que la única diferencia relevante entre ambas instituciones reside en que en la abstención la iniciativa corresponde al propio Magistrado, mientras que en la recusación la iniciativa corresponde a cualquiera de las partes procesales. Ahora bien, no puede obviarse, por un lado, que las causas legales de abstención y recusación son las mismas y, por otro, que, como ya se ha señalado antes, con la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se ha potenciado la identidad de tratamiento de ambas instituciones y, especialmente, la necesidad de que el órgano jurisdiccional competente analice la efectiva concurrencia de la causa de abstención alegada de una manera objetiva desde la perspectiva de la afectación al derecho a la imparcialidad judicial, ponderando la afectación que puede tener en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Por ello, la doctrina más reciente de este Tribunal (AATC 380/2006, de 24 de octubre, 383/2006, de 2 de noviembre, 454/2006, de 12 de diciembre, 456/2006, de 14 de diciembre, y 289/2007, de 19 de junio) no hace distinción entre las instituciones de la abstención y la recusación a los efectos que aquí interesan, sino que insiste en la necesidad de interpretar de forma restrictiva las causas de abstención y recusación, que son las mismas, con fundamento en la configuración institucional del Tribunal Constitucional y la consiguiente obligación de sus miembros de ejercer la jurisdicción que tienen constitucionalmente encomendada, de tal manera que ese deber de ejercicio de sus funciones y la composición misma del Tribunal Constitucional no pueden verse afectados ni por la iniciativa de alguno de sus miembros promoviendo su abstención por un escrúpulo comprensible, pero no justificado, ni por la postura de las partes, recusando sin fundamento a alguno de los Magistrados. En ambos casos este Tribunal tiene la obligación de velar por que se mantenga la composición del Pleno y se cumpla debidamente su función jurisdiccional.

En este contexto, ninguna relevancia tiene, a los efectos del concreto objeto de la presente resolución, las pretendidas diferencias entre abstención y recusación a las que alude el Auto del que disentimos. En efecto, reconocido en el Auto que la escueta argumentación aportada por los Magistrados abstenidos, al limitarse a señalar que “podría suscitarse la apariencia de perdida de imparcialidad” habida cuenta de su condición de Presidenta y Vicepresidente, respectivamente, pone en evidencia, como ya se dijo, que no se reconocen subjetivamente imposibilitados de ejercer con imparcialidad su cometido constitucional y, por tanto, en palabras del propio Auto, que “no cabe considerar que el mero acto de formulación de la abstención suponga objetivizar dudas respecto de la existencia de una inclinación de ánimo hacia la causa o pleito que les impida actuar con la imparcialidad exigida” y que “el tenor literal de las abstenciones también pone de manifiesto que la apariencia de pérdida de imparcialidad alegada, vinculada a la duración del mandato del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal Constitucional, se referiría a lo que se viene denominando la imparcialidad objetiva” (FJ 7), las conclusiones a extraer son claras.

En primer lugar, que se incurre en una contradicción interna en el Auto cuando, posteriormente, en el párrafo final de ese mismo FJ 7, se dota de indudable relevancia a que sean los propios Presidenta y Vicepresidente quienes, motu proprio, hayan alegado esta causa de abstención. Así, al afirmarse que uno de los elementos para objetivar las dudas sobre su imparcialidad es que la abstención misma acredita una apariencia de perdida de imparcialidad, se está devolviendo la decisión del caso a una dimensión subjetiva de la que antes se afirmaba carecía el supuesto planteado alterando con ello la necesaria valoración objetiva de la causa de abstención exigida en la legislación hoy vigente. En segundo lugar, que no se es coherente con la posición de principio de que la eventual concurrencia de la causa de abstención alegada se referiría a lo que se viene denominando la imparcialidad objetiva, toda vez que ello implicaría que esta resolución se debería haber limitado a analizar única y exclusivamente la concurrencia objetiva de interés directo o indirecto de los abstenidos en el pleito, con independencia de cualquier otra consideración como las valoraciones efectuadas sobre la relevancia que tiene el que hayan sido los Magistrados los abstenidos y que no haya recusación de parte. La labor del Tribunal quedaba restringida, en este caso, a una labor estrictamente jurídica de verificar si resultaba atendible apartar del conocimiento de este recurso de constitucionalidad a los Magistrados abstenidos en atención a la concreta motivación vertida en sus respectivas comunicaciones, en las que resulta necesario invocar expresa y claramente una causa legal de abstención, así como subsumir en la misma los hechos o motivos que fundamenten la abstención. Esta labor debía desarrollarse sin vincularse a los escrúpulos subjetivos de alguno de sus miembros, por respetables que sean. Y ello porque debe tenerse presente que en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal hay una dimensión institucional que tiene que preservarse y prevalecer ante la simple manifestación de voluntad de quien alega la concurrencia de una causa de abstención.

7. Desvelada la artificiosidad de la distinción entre abstención y recusación, lo que se esconde en realidad en el Auto del que disentimos es una interpretación extensiva de las causas de abstención y recusación. En efecto, pese a admitir el Auto, con cita de nuestra doctrina, que la interpretación de los motivos de abstención o recusación ha de ser especialmente restrictiva respecto de los Magistrados del Tribunal Constitucional, que no pueden ser objeto de sustitución, lo cierto es que aplica al presente caso una interpretación laxa de tales motivos, que conduce a estimar justificada la motivación subjetiva invocada por los Magistrados abstenidos. Una laxitud interpretativa que resulta contraria a nuestra reiterada doctrina al respecto y a la ponderación objetiva prevista en la legalidad vigente, según hemos visto, laxitud interpretativa que, con seguridad, podría estimular la presentación de recusaciones contra los miembros de este Tribunal y sentaría un criterio que favorecería la estimación de tales recusaciones en muchos casos, alterando la composición del Pleno del Tribunal, lo que produciría efectos demoledores para la jurisdicción constitucional.

Una correcta interpretación de las causas de abstención o recusación en su aplicación a los miembros de este Tribunal, de conformidad con nuestra consolidada doctrina (esto es, una interpretación restrictiva o no extensiva), debiera haber conducido en el presente caso a rechazar la abstención de la Presidenta y del Vicepresidente del Tribunal, pues lo cierto es que no concurre, y por tanto no debió apreciarse, el motivo de abstención previsto en el art. 219.10 LOPJ.

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil siete.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto del Auto dictado por el Pleno de este Tribunal en la pieza de abstención de su Presidenta y del Vicepresidente, seguida en el recurso 6729-2007

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto y de acuerdo con la opinión discrepante que defendí desde los inicios del debate sobre las abstenciones que han conducido a esta resolución, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con mi opinión discrepante y la posición mantenida en el Pleno.

1. Mi discrepancia comienza desde el mismo fundamento jurídico núm. 1 en el que ya se empiezan a deslizar algunas ideas tendentes a la confusión, como es la de afirmar que los propios Magistrados abstenidos señalan como fundamento de su abstención “apariencia de pérdida de imparcialidad” (lo que es cierto), porque existen “datos objetivos que podrían ser percibidos por la sociedad como fundamento de su abstención” (lo que no es cierto). Valga apuntar que la causa alegada por la Presidenta y Vicepresidente en su sucinto escrito de abstención exclusiva y literalmente manifiestan que “podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad a la vista de que uno de los preceptos recurridos se refiere al mandato del Presidente (vicepresidente) del Tribunal Constitucional”.

2. Pero, como es lógico, mi discrepancia alcanza un espectro más amplio y profundo, ya adelantado en votos anteriores (como el emitido en el caso recurso 8045-2006) y reside, precisamente, en el criterio restrictivo que debe presidir la interpretación de las causas de abstención y de recusación en los procesos de control de constitucionalidad de las Leyes, donde no puede dejar de observarse la singularidad derivada de la composición y organización de este Tribunal, tal y como se recoge en la decisión de la mayoría.

Como en aquél voto ya expuse, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en caso de estimarse la abstención o recusación, su consecuencia sería la sustitución del afectado (art.o 228. 2 en relación con los arts. 207 a 214), con lo que se reequilibraría la composición del órgano. Por el contrario, en supuestos como en el del Tribunal Constitucional —que en ningún caso forma parte de la jurisdicción ordinaria, sino que la controla – ex arts. 53.2. y 123.1 CE, como a los demás poderes del Estado— el constituyente lo diseña con una determinada y concreta composición para ejercer, entre otras cosas, el control de constitucionalidad de las leyes, de manera que el hecho de que prospere la abstención o recusación de uno de sus componentes provoca una mutilación del Tribunal que aunque, ciertamente, no cierra el ejercicio de sus funciones, le priva de la composición querida por la Constitución. Es lógico, pues, y como ya afirmé, que “este Tribunal no pueda funcionar como un Tribunal ordinario al ser la piedra angular del control constitucional y de los tres poderes, destinado a garantizar la cohesión de todo el orden constitucional, de forma que ninguno de esos poderes, independientes todos ellos, pueda erigirse en el único y exclusivo soberano; pues no en vano a este Tribunal le dedica nuestra Constitución el Titulo de cierre de su entramado jurídico, y deja sólo para el final el Titulo correspondiente a su propia reforma”.

Tal y como decía, el criterio restrictivo que debe presidir las causas de apartamiento del proceso, aunque se afirma en la decisión de la que discrepo, sin embargo no se aplica, utilizando para ello una distinción artificial entre la abstención y la recusación que no comparto pues, a mi juicio, presentan una nota común independientemente del mecanismo que las pone en funcionamiento: su sometimiento a un tipo legal que debe, como digo, ser interpretado matizada y restrictivamente.

En este sentido me parece que la decisión adoptada incurre en una contradicción y que la argumentación sostenida, para que devenga razonable, incurre, con todo respeto hacía el criterio mayoritario, en falta de solidez jurídica. En efecto, de un lado, el FJ 2 se cuida de trasladar la restrictiva doctrina constitucional que venimos manteniendo en esta materia, con la que convengo. Pero, de otro, en este concreto caso, se procede a realizar una distinción entre abstención y recusación que prácticamente deja la primera al libre arbitrio del Magistrado y a una presunción de legitimidad y subsunción en el tipo normativo alegado por el mismo que, a mi juicio, excede de lo jurídico. Así tal exceso aboca a que inmediatamente y a continuación se señale que ello no obsta para que, en cada caso, se proceda a verificar si la causa está o no justificada; precisión ésta que, por obvia, tan sólo adquiere sentido para mantener la afirmación previa a la que acompaña y relativa a que en los Magistrados “no es discernible ningún interés personal, ni imaginable posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento, a diferencia de lo que podría suceder con la recusación” (como afirma el Auto de la mayoría). Ello, que hasta el momento ha sido lo tradicionalmente acaecido, en ningún caso debe ser presupuesto del enjuiciamiento legal que, como decía, ha de ceñirse al examen de la concurrencia o no de la causa de abstención o recusación, tal y como es configurada por el legislador y ha venido siendo interpretada por este Tribunal. En consecuencia, todas las consideraciones al margen de un razonamiento jurídico, entiendo que exceden de nuestra jurisdicción y pueden dar lugar a una distorsión o deformación del tipo aplicativo.

3. Por otro lado, me interesa poner de manifiesto que en todos los Autos que se enumeran en el FJ 4 en los que se declaran justificadas las abstenciones, la motivación era escueta, tal y como se afirma, limitándose a la aceptación de que las causas alegadas eran subsumibles en los motivos invocados. Pero aunque se explicitan los casos concretos y se destaca que en el que nos enfrentamos “nada tiene que ver”, parece olvidarse en qué elemento reside la diferencia y cuál era la nota común a la aceptación de dichas abstenciones: una participación o un pronunciamiento expreso del afectado sobre el objeto del litigio (ya sea mediante dictamen, participación personal, o asesoría). No era necesario motivar, así pues, la concurrencia de la causa ya que, como bien se dice, los casos enjuiciados eran de clara subsunción en el supuesto de hecho legal; sólo así es posible afirmar que expresamente se diga que se aceptaron “sin ningún cuestionamiento crítico”.

En este mismo FJ 4 me parece que se realizan afirmaciones ciertamente comprometidas, cuando no voluntaristas, en relación con la abstención de un Magistrado respecto del enjuiciamiento de la Ley Orgánica 11/1983 de reforma universitaria. Ciertamente aquél caso resuelto por acuerdo del Pleno gubernativo carece de cualquier constancia documental, lo que no sería posible de haberse resuelto jurisdiccionalmente. Y en este sentido la decisión mayoritaria del Auto del que disiento infiere “sin ningún esfuerzo” que la abstención estuvo fundada en la afectación por el proceso, en virtud de su condición de Catedrático que, por cierto, no era el único que configuraba la composición de aquél Tribunal. Ninguna constancia hay sobre que la inferida fuera la causa real de abstención; y con el mismo poco esfuerzo se podría pensar que se debió a cualquiera de las otras causas contempladas legalmente, como podría ser la de que, precisamente por su condición de Catedrático, hubiera tenido una intervención personal o hubiera emitido un pronunciamiento expreso sobre la norma sometida a enjuiciamiento.

En ese mismo FJ 4 se hace referencia a tres supuestos en los que no se admitió la abstención solicitada por un Magistrado; entre ellas, la mía. Conviene señalar cuáles fueron las razones aducidas en cada uno de ellos.

En la primera, se alegaba que el Despacho dirigido por el Magistrado antes de ser miembro del Tribunal Constitucional se hizo cargo de la defensa de los intereses de una de las partes en los conflictos surgidos ante la jurisdicción laboral y que fueron promovidos por distintos profesores de religión. Se consideró que no concurría causa alguna del art. 219 LOPJ, en síntesis, por no haber intervenido directamente que era lo exigido en las causas legales más próximas al supuesto concreto (ATC 380/2006). En la segunda, se alegaba por un Magistrado que su hijo representó a una de las partes en el proceso judicial en el que se propició una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal y se rechazó señalando, entre otras cosas, que “existe un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este Tribunal en los términos establecidos directa y categóricamente por la propia Constitución, en su art. 159” y que cuando se trata de enjuiciar una ley “cuyas normas son de aplicación no solamente en el litigio o causa en el que puede haber sido suscitada la duda de constitucionalidad sobre ella, sino en un sinnúmero de situaciones fácticas similares, muchas de ellas sometidas a procesos ante un número indefinido de Tribunales de justicia o, incluso, en diversas y distintas cuestiones de inconstitucionalidad” conduciría a resultados perturbadores para el ejercicio de la jurisdicción constitucional (ATC 456/2006). Finalmente, intentada la abstención por otro miembro del Tribunal por haber desempeñado el cargo de Vicepresidente de la Comisión Mixta creada por el Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolló el art. 25 de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual, sobre cuyo art. 150 de su Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, recaía el objeto del proceso, también fue rechazada por entenderse que el objeto resultaba ajeno a los cometidos desempeñados por la referida Comisión Mixta cuya Vicepresidencia ocupó el Magistrado (STC 289/2007). En los dos últimos Autos la interpretación restrictiva presidió claramente la decisión mayoritaria y prevaleció el derecho a un juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

4. En el presente caso el objeto del proceso constitucional, como señala el FJ 6 de la decisión de que discrepo, es un recurso de inconstitucionalidad, nada más y nada menos que el de la reforma de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El argumento esgrimido es el de “tener un interés directo o indirecto en el pleito o causa” alegando que en la medida en que uno de los preceptos se refiere a los mandatos del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional “podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad”. Como reconoce el Auto, el precepto impugnado podría, teóricamente, afectar a todos los Magistrados, pues son electores y elegibles para los cargos; mientras que para los abstenidos la situación es actual. Ello entraña dos aspectos, el primero es que el elemento de temporalidad se revela axilar para la estimación de la abstención, a pesar de que se asume en el propio Auto que los abstenidos no se reconocen subjetivamente imposibilitados para ejercer la jurisdicción constitucional y centran la concurrencia de la causa de abstención, básicamente, en dicho elemento y el segundo de ellos es el de la posibilidad de que se suscite externamente una apariencia de pérdida de imparcialidad. Pérdida de imparcialidad “externa” a la que, por lo demás, se vuelve a insistir en el último fundamento jurídico cuando se afirma que “ha de concluirse que la imagen de posible pérdida de imparcialidad aducida por los Magistrados abstenidos se halla en este caso objetiva, suficiente y legítimamente justificada” y que se conecta con la comprensión que de la falta de parcialidad pudiera tener la “ciudadanía”.

Pero ambos elementos no me resultan convincentes. El de la temporalidad, porque puede suponer enjuiciar el fondo de la cuestión planteada y, en concreto, lo relativo a su eficacia temporal en un momento procesal que no corresponde. Y el de que la imparcialidad sea “externa” y conectada con la impresión y la imagen que la ciudadanía pueda tener, porque resulta una razón externa y aleatoria dependiente en gran medida del estado de opinión que en cada caso pueda crearse, lo que la convierte en una razón no justificada en Derecho, elemento éste que es esencial tanto para los casos de abstención como para los de recusación.

En consecuencia, no puede quedar al arbitrio de los abstenidos la decisión de su abstención, como hemos venido repitiendo. Pero además no podemos olvidar que nos encontramos ante un control abstracto de nuestra Ley y la presencia de los Magistrados para su conocimiento no puede quedar afectada por una decisión que, aunque comprensible en este caso concreto, en nada afectaría a la imparcialidad de la Presidenta ni del Vicepresidente, como bien se afirma en el Auto del que discrepo.

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil siete.