|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 81/2008 |
| Fecha | de 12 de marzo de 2008 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, 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 | 1º Estimar la recusación de los Magistrados de este Tribunal Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por la causa núm. 10 del art. 219 LOPJ.2º Llevar testimonio de esta resolución al recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 19 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Abogado General del Estado mediante el que formula la recusación de los Excmos. Sres. Magistrados don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, solicitando que se acuerde apartarlos de la resolución del recurso de inconstitucionalidad instado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el art. único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dan nueva redacción al art. 16.1 y 3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por entender que dichos Magistrados incurren en las causas de recusación 10, 13 y 16 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Al escrito se acompañan fotocopias de distintas noticias de prensa y de diarios de sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado. Por medio de otrosí solicita el recibimiento a prueba del procedimiento, interesando que se incorpore al mismo, como documental, copia certificada de la carta dirigida por los Magistrados Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Presidenta del Tribunal Constitucional el 22 de junio de 2007, así como la copia certificada del acta de la reunión del plenario del Tribunal Constitucional celebrada el 4 de julio de 2007, en la que se adoptó acuerdo en relación con la carta anterior.

El Abogado General del Estado comienza en su escrito recordando el principio de imparcialidad a que están sujetos los Magistrados del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el art. 22 LOTC, así como la doctrina general del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las causas de recusación, para seguidamente exponer las razones en las que se fundamenta la recusación planteada, que se resumen a continuación:

a) De acuerdo con la información periodística que se acompaña al escrito de recusación, los Magistrados recusados habrían remitido una carta a la Presidenta del Tribunal Constitucional en fecha 22 de junio de 2007, en la cual aquellos Magistrados se habrían mostrado claramente contrarios a la constitucionalidad de la reforma que ahora tienen que enjuiciar y que prorroga el mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente, por lo que concurren en ellos las causas de recusación y abstención establecidas en el art. 219.10, 13 y 16 LOPJ, lo que les priva de objetividad e imparcialidad para intervenir en este proceso constitucional.

b) Sobre la concurrencia de la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”).

Tras referirse a la doctrina de este Tribunal sobre la mencionada causa de recusación (cita la STC 5/2004, de 16 de enero, y los AATC 224/2002, de 20 de noviembre, 61/2003, de 19 de febrero, y 26/2007, de 5 de febrero), el Abogado General del Estado argumenta que, de conformidad con la información periodística que se adjunta como documento núm. 3 (diario “El País”, edición de Madrid, de 24 de septiembre de 2007), los Magistrados recusados habrían remitido la aludida carta a la Presidenta, en la que se contenían, entre otras, las siguientes afirmaciones: “dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia tanto con la forma como con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, respectivamente”. En el mismo diario y en la edición de igual fecha se publicaba que “los otros diez Magistrados expresaron su opinión de que dicho escrito no debía ser tomado en consideración, a fin de no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad que pudiera llegarles contra la reforma de la LOTC”. En términos similares se hicieron eco de la noticia otros diarios, conforme a los recortes de prensa que se adjuntan al escrito de recusación.

De ser cierta esta información, a juicio del Abogado General del Estado, concurriría la invocada causa de recusación, de acuerdo con las circunstancias que el Tribunal ha considerado hasta ahora relevantes en diferentes resoluciones para concluir que “la opinión manifestada constituye una auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso” que justifica “la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo” (ATC 61/2003, de 19 de febrero). Tales circunstancias son las siguientes: la opinión la habrían manifestado en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional; se llevó a cabo cuando ya era conocido que el Grupo Parlamentario Popular iba a recurrir la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es decir, aunque la carta precedió de manera muy próxima (22 de junio de 2007) a la interposición del recurso de inconstitucionalidad (27 de julio de 2007), era manifiesto que éste se iba a interponer (pues ya durante la tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario Popular hizo constar públicamente su decisión de impugnar la reforma en lo relativo a la prórroga del mandato de la Presidenta y Vicepresidente del Tribunal) y que es presumible que los dos Magistrados recusados conocían no sólo esa circunstancia, sino incluso que el recurso se extendería a los extremos sobre los que se pronunciaron en la referida carta (dada la repercusión mediática del asunto y la afectación directa de la noticia al propio Tribunal); no cabe dudar de la seriedad y la firmeza de la opinión manifestada cuando se ha expresado por los Magistrados recusados por carta dirigida a la Presidenta del Tribunal Constitucional y en su condición de Magistrados de éste, lo que revela que se trataba de afirmaciones meditadas y reveladoras de una firme convicción, como por otra parte lo entendieron de forma prácticamente unánime todos los medios de comunicación que se hicieron eco de la carta; existe una conexión directa, inmediata e incontrovertible entre la opinión vertida por los Magistrados recusados y el objeto del recurso; y, en fin, de la información publicada se concluye que los Magistrados recusados manifestaron con la mayor contundencia y firmeza su opinión contraria a la reforma legal, como lo evidencia la expresión “dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia … con el resultado de la reforma”.

Así pues, parece claro, a juicio del Abogado General del Estado, que las dudas sobre la imparcialidad de los Magistrados recusados están objetivamente justificadas. En efecto, se trata de opiniones contundentes sobre la reforma legal a enjuiciar por el Tribunal Constitucional, manifestadas por escrito —lo que excluye que puedan considerarse irreflexivas— y dirigidas por cauce formal a la Presidenta del Tribunal, en su condición de Magistrados de éste. Debe concluirse, por tanto, que los Magistrados recusados tomaron postura de forma inequívoca, radical y decidida sobre uno de los puntos sobre los que versa la pretensión de este recurso de inconstitucionalidad y que al hacerlo prejuzgaron el objeto del actual litigio. Así lo percibieron no sólo los medios de comunicación que se hicieron eco de la misiva en cuestión, sino el propio Tribunal Constitucional, pues, de ser cierta la información periodística que se adjunta, en su reunión del plenario celebrada el 4 de julio de 2007, acordó no tomar en consideración la carta, para no “prejuzgar” la constitucionalidad de la reforma de la LOTC y no “contaminarse”, es decir, que se entendió que el contenido de la carta anticipaba un juicio discrepante sobre la constitucionalidad de la reforma de la LOTC.

c) Sobre la concurrencia de la causa de recusación del art. 219.13 LOPJ (“haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”).

El Abogado General del Estado reproduce la doctrina constitucional sobre esta causa de recusación del ATC 26/2007, de 5 de febrero, para afirmar a continuación que las manifestaciones de los dos Magistrados recusados se produjeron en unas circunstancias que conducen a subsumirlas en aquella previsión legal. En efecto, se tenía conocimiento de la decisión del Grupo Parlamentario Popular de recurrir la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por lo que aquellas manifestaciones vertidas en la misiva dirigida a la Presidenta versaron sobre un objeto —Ley Orgánica 6/2007— y se realizaron con un objetivo —la decidida discrepancia con la reforma de la LOTC— que resulta contrario a lo razonable negar la existencia de una participación indirecta en el asunto objeto del pleito. Sus declaraciones vienen a suponer una toma de postura acerca de los límites constitucionales sobre la reforma de la LOTC —como lo evidencia la decisión adoptada por los otros diez Magistrados de no tomar en consideración dicho escrito para no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad que pudiera interponerse contra la reforma de la LOTC—, lo que constituye un elemento objetivo que razonablemente conduce a entender que dichos Magistrados han perdido la imparcialidad necesaria para abordar el enjuiciamiento de la norma impugnada.

d) Sobre la concurrencia de la causa de recusación del art. 219.16 LOPJ (“haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”).

Con reproducción de la doctrina constitucional del ATC 80/2005, de 17 de febrero, el Abogado General del Estado argumenta respecto a la concurrencia de esta causa que los Magistrados recusados no se encontraban en el ejercicio de su función o competencia jurisdiccional cuando manifestaron sus opiniones en la carta dirigida a la Presidenta del Tribunal, sino en el ejercicio de una competencia estrictamente gubernativa ajena a dicha función jurisdiccional, aunque no a su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional. Así pues, aquellas opiniones revelan que han tenido conocimiento del objeto ulteriormente litigioso y que han formado un criterio rotundo sobre el mismo. Gozan del tenor y la decisión necesarios para poder fundamentar la alegación de parcialidad, esto es, para poder afirmar que han venido a tomar partido en la causa. Entrañan un juicio definitivo de discrepancia con la reforma de la LOTC que permite conferir razonabilidad a la reflexión de que su imparcialidad ha desaparecido, pues viene a reflejar criterio y, en consecuencia, predisposición en un sentido concreto antes de que el litigio se sustancie.

2. El 28 de noviembre de 2007 el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez entregó en la Secretaría de Justicia del Pleno de este Tribunal un escrito dirigido al Presidente en funciones para el enjuiciamiento del presente recurso de inconstitucionalidad, declarando no haber tenido ni tener en la actualidad formado criterio acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. A dicho escrito se acompaña el Voto particular al Acuerdo del Pleno gubernativo de 4 de julio de 2007, formulado por él mismo y por el Magistrado Excmo. Sr. don Roberto García-Calvo y Montiel, y solicita que se de traslado de esta declaración y de dicho Voto particular al Abogado General del Estado.

3. Por providencia de 3 de diciembre de 2007, el Pleno del Tribunal acuerda unir a las actuaciones el escrito de recusación presentado por el Abogado del Estado; formar pieza separada de recusación, nombrando Instructora del incidente a la Magistrada Excma. Sra. doña Elisa Pérez Vera y Ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Manuel Aragón Reyes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 225.4 LOPJ, se acordó suspender el curso del procedimiento hasta la resolución del incidente y, en cuanto al escrito y documentos presentados por el Excmo. Sr. Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez el 28 de noviembre de 2007, se resolvió unirlos a la pieza de recusación y proveer en su momento. A dicha providencia formularon Voto particular los Excmos. Sres. Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas y don Eugeni Gay Montalvo, respecto a la composición del Pleno que adoptó la resolución.

4. En providencia de 4 de diciembre de 2007, la Instructora del incidente acordó unir a la pieza separada de recusación copia certificada de los expedientes gubernativos tramitados con motivo del escrito dirigido por los Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007 y dar traslado de los mismos, mediante copia, a todas las partes personadas. Conforme a lo dispuesto en el art. 223.3 LOPJ, en relación con el art. 80 LOTC, se resolvió, igualmente, dar traslado del escrito de recusación a las partes personadas en el proceso, excepto al promotor de las recusaciones, para que en el plazo común de tres días manifestaran si se adherían o se oponían a la causa de recusación propuesta o si, en ese momento, conocían alguna otra causa de recusación. Asimismo, se dio traslado a las partes personadas del escrito y documentos presentados por el Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez el 28 de noviembre de 2007.

5. El 7 de diciembre de 2007 el Magistrado Excmo. Sr. don Roberto García-Calvo y Montiel entregó en la Secretaría de Justicia del Pleno de este Tribunal un escrito dirigido al Presidente en funciones para el enjuiciamiento del presente recurso de inconstitucionalidad en el que declara no haber tenido ni tener en la actualidad formado criterio acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y solicita que se de traslado al Abogado General del Estado de este escrito y del Voto particular al Acuerdo del Pleno gubernativo de 4 de julio de 2007, formulado por él mismo y por el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Por providencia de 10 de diciembre de 2007, la Instructora acordó unir dicho escrito a la pieza separada de recusación y dar traslado del mismo a todas las partes personadas.

6. El 11 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el presente recurso de inconstitucionalidad, don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, por el que solicitaba que se ampliara el plazo de tres días concedido para alegaciones, a la vista del contenido del Voto particular al Acuerdo del Pleno gubernativo de 4 de julio de 2007, formulado por los Magistrados Excmos. Sres. García-Calvo y Rodríguez-Zapata, del que se le había dado traslado.

7. Mediante providencia de 11 de diciembre de 2007, la Instructora acordó unir a la pieza de recusación el anterior escrito y conceder al Comisionado don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa un nuevo plazo de un día, desde la notificación de dicha resolución, a fin de que efectuara las alegaciones que estimara convenientes, a la vista de que el Voto conjunto a que aquél se refería ya figuraba en los expedientes gubernativos y como anexo del escrito del Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, de los que se le había dado traslado a través de la providencia de 4 de diciembre de 2007, notificada el siguiente día 5.

8. Por escrito presentado el 13 de diciembre de 2007, el Comisionado don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa formuló alegaciones oponiéndose a la recusación planteada por el Abogado General del Estado y aportó diversas noticias de prensa digital, solicitando que se tuviera por presentada dicha documentación y que se admitiera en el trámite de recibimiento del incidente a prueba. La oposición a la recusación se fundamenta en las consideraciones que seguidamente se resumen:

a) Con carácter preliminar, el Comisionado interesa que el Pleno para resolver este incidente de recusación esté formado por los diez Magistrados restantes tras la abstención de la Presidenta y Vicepresidente (ATC 387/2007, de 16 de octubre), incluidos, por tanto, los recusados, al igual que ha sucedido en el incidente de recusación de los Excmos. Sres. Magistrados don Pascual Sala Sánchez, don Pablo Pérez Tremps y don Manuel Aragón Reyes, formulada en este mismo recurso de inconstitucionalidad por dicho Comisionado.

b) Seguidamente el Comisionado rechaza que concurra en los Magistrados recusados la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”). A su juicio, la Abogacía del Estado no justifica que los recusados tengan interés alguno en el litigio distinto del que pudieran tener los otros ocho Magistrados. La pretendida toma de partido sobre el objeto del proceso por parte de los Magistrados recusados se hace descansar por la Abogacía del Estado en una frase contenida en la carta dirigida por aquéllos a la Presidenta, en la que dejan constancia de su “más profunda discrepancia tanto con la forma … como con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, respectivamente”, opinión expresada sobre un hecho de su competencia como Magistrados del Tribunal Constitucional, porque afecta al gobierno del mismo, y de la que, a juicio del Comisionado, no cabe en modo alguno concluir que los recusados hayan formado criterio en detrimento de la debida imparcialidad que les resulta exigible.

Así, frente a lo alegado por el Abogado del Estado, no concurren, según el Comisionado, las circunstancias que el Tribunal Constitucional viene considerado relevantes para concluir que la opinión manifestada constituye una “auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso” que justifica “la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo” (ATC 61/2003); en efecto, la opinión la han manifestado en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional, pero ello lo que evidencia es justamente que los recusados no tienen interés en el asunto distinto del que pudieran tener cualquiera de los otros Magistrados; por otra parte, aunque la carta precedió en forma muy próxima a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, es falso que en la tramitación parlamentaria se manifestara por el Grupo Parlamentario Popular que iba a interponer recurso de inconstitucionalidad contra la reforma en el punto controvertido (prórroga del mandato de la Presidenta y Vicepresidente del Tribunal); en cuanto a la repercusión mediática de la carta, en la que los Magistrados recusados manifestaban una opinión interna en el ejercicio de sus cargos, lo relevante sería conocer quien filtró interesadamente a los medios de comunicación, en perjuicio de los recusados, el contenido de esa carta; no existe toma de postura de los recusados sobre el thema decidendi (constitucionalidad de la fórmula elegida por la reforma legal para prorrogar el mandato de Presidenta y Vicepresidente), pues los Magistrados no se encontraban en el ejercicio de su función jurisdiccional al expresar su opinión por carta a la Presidenta, sino ante el ejercicio de una función estrictamente gubernativa, ajena a dicha función jurisdiccional, aunque no a su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional.

c) Tampoco concurre, a juicio del Comisionado, la causa de recusación del art. 219.13 LOPJ (“haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”). Es claro que el precepto se refiere a una actuación profesional distinta a la que compete al Magistrado en el ejercicio de sus funciones como tal, lo que no acontece en el presente caso, en el que las opiniones expresadas por los Magistrados recusados lo han sido en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional, bien que no en su función jurisdiccional, sino en su función gubernativa.

d) De igual modo ha de excluirse, según el Comisionado, la concurrencia de la causa de recusación del art. 219.16 LOPJ (“haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”). A su juicio, los recusados no han ejercido previamente a su nombramiento como Magistrados del Tribunal Constitucional un cargo público en el que hayan podido tener conocimiento del asunto que ahora se somete a su enjuiciamiento en su condición de tales Magistrados, siendo inadmisible la tesis del Abogado del Estado del desdoblamiento de funciones (gubernativas y jurisdiccionales) de los Magistrados constitucionales para invocar esta causa de recusación.

e) En fin, sostiene el Comisionado que la opinión vertida por los Magistrados recusados en su carta a la Presidenta del Tribunal no supone reproche alguno a la constitucionalidad de la reforma impugnada en el presente proceso, pues se limitan a discrepar de su estricta aplicación al caso concreto, esto es, la prórroga del mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente. Es decir, no se cuestiona la validez de la norma, sino su eficacia y aplicación al mandato iniciado en el momento de entrada en vigor de la reforma. La lectura íntegra de la carta, así como del Voto particular de los Magistrados recusados al Acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal celebrado el 4 de julio de 2007, evidencia que los recusados no vierten ningún reproche concreto sobre la constitucionalidad de la reforma legal, sino que se limitan a expresar su discrepancia respecto del resultado de la misma en cuanto a su aplicación a la concreta situación del mandato actual de la Presidenta y del Vicepresidente, debiendo recordarse que la propia Presidenta fue la primera en manifestar públicamente sus dudas sobre el alcance de la reforma y de la aplicación de la misma a su situación.

9. Por providencia de 14 de diciembre de 2007, y conforme a lo dispuesto en el art. 223.3, párrafo segundo, LOPJ, en relación con el art. 80 LOTC, la Instructora del incidente acordó dar traslado a los Magistrados Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, mediante copias, del escrito de recusación y documentos presentados por el Abogado del Estado, así como de todos los documentos incorporados a la pieza de recusación, a fin de que se pronunciaran sobre si admitían o no las causas de recusación formuladas.

10. El 14 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Abogado General del Estado, en el que señala que, con la incorporación a la pieza separada de recusación de los expedientes gubernativos tramitados con motivo de la carta dirigida por los Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, entiende y da por satisfecha su petición probatoria. Asimismo, alega que, de la documentación recibida, a su juicio, resultan plenamente acreditados los hechos en que fundaba la recusación.

11. Por providencia de la Instructora del incidente de 14 de diciembre de 2007 se acordó tener por efectuadas las manifestaciones realizadas por el Abogado General del Estado en el anterior escrito y entregar copia del mismo a las partes personadas.

12. El 18 de diciembre de 2007 el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez presentó el escrito de alegaciones previsto en el art. 225.2 LOPJ, señalando que el escrito de recusación del Abogado General del Estado debería haber sido inadmitido de plano por no aportar un válido principio de prueba, y negando la concurrencia de las causas de recusación alegadas, por las razones que seguidamente se resumen:

a) De conformidad con lo dispuesto en el art. 22 LOTC, los Magistrados del Tribunal Constitucional no pueden ser recusados a causa de opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. La opinión expresada en la carta dirigida el 22 de junio de 2007 a la Presidenta, así como en el Voto particular al Acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal celebrado el 4 de julio de 2007, constituye una actuación realizada por los Magistrados recusados en el ejercicio de una de sus funciones, en concreto la de elegir al Presidente del Tribunal (arts. 160 CE y 9.1 LOTC). Del mismo modo que no cabe admitir una recusación por el hecho de que el criterio del Magistrado constitucional haya quedado reflejado en las Sentencias, Autos, providencias o Votos particulares que anteriormente haya suscrito (ATC 454/2006, de 12 de diciembre, FJ 6), tampoco las actuaciones gubernativas de los Magistrados pueden dar lugar a su recusación, máxime cuando esa actividad puede llegar a tener una relevante incidencia en la actividad jurisdiccional, como sucede en este caso, en el que la presidencia del Pleno y de las Salas conlleva el denominado voto de calidad para dirimir los empates producidos en la votación de toda clase de procesos.

b) Sin perjuicio de lo anterior, las manifestaciones internas de los Magistrados del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones son reservadas, y su indebida publicación no puede ser utilizada para su recusación. Ni las manifestaciones realizadas por los Magistrados recusados en las reuniones a las que fueron convocados por la Presidenta, ni los escritos dirigidos a la misma ni las deliberaciones del Pleno pueden ser objeto de conocimiento público. Y cuando ello se produzca, su contenido no puede ser utilizado por las partes de un proceso para construir la recusación de un Magistrado. En todas y cada una de las actuaciones inherentes al ejercicio de su cargo cualquier Magistrado ha de tener la tranquilidad de poder expresar con libertad su criterio jurídico, sin el temor a que su transmisión interesada a un medio de comunicación le inhabilite o limite en el ejercicio de su función jurisdiccional. Sentar el precedente contrario tendrá consecuencias devastadoras para el normal funcionamiento interno de este Tribunal. Si se permite que una recusación pueda construirse en atención a las manifestaciones emitidas en estos actos preparatorios o preliminares de carácter reservado (ninguno de los cuales es apto para reflejar la posición jurídica de los Magistrados), lo cierto es que la libertad y riqueza del intercambio de ideas en el seno del Tribunal desaparecerá y se instalará en él la cultura de la sospecha.

c) El escrito de recusación debería haber sido inadmitido de plano por ausencia de un principio de prueba. El Abogado del Estado se limita a aportar unos recortes de prensa, que carecen de validez como principio de prueba para una pretensión recusatoria (ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 3).

d) La recusación presentada por el Abogado del Estado tiene carácter reactivo, pues responde, según resulta de la información publicada en diversos medios de comunicación, al propósito de obtener una determinada composición del Tribunal, lo que constituye un uso desviado del instituto de la recusación que ha de ser rechazado, como este Tribunal ha declarado en el Auto de rechazo de las recusaciones presentadas por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular (ATC 443/2007, de 27 de noviembre).

e) Subsidiariamente, se alega que no es cierto que en la carta dirigida a la Exma. Sra. Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007 se haya emitido opinión relativa a la supuesta inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, sino que simplemente se trata de la expresión de una crítica legítima a la actuación de la Sra. Presidenta, con petición de dimisión, una crítica al resultado a que ha conducido su interpretación sobre la eficacia retroactiva del precepto impugnado y la petición de que sea el Pleno del Tribunal el que se pronuncie sobre la cuestión. La lectura del párrafo completo de la carta al que alude el Abogado del Estado como fundamento de su recusación evidencia que no se dirige ningún reproche al precepto legal impugnado, sino a la interpretación del mismo por la Presidenta del Tribunal, que ha dado como resultado que su actual mandato haya quedado prorrogado sin que el Pleno se pronuncie al respecto. Postura que se reitera en el Voto particular formulado por los Magistrados recusados al acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal celebrado el 4 de julio de 2007.

f) Finalmente, se exponen una serie de consideraciones finales sobre el modo en que se han tramitado las recusaciones del Gobierno y de los Diputados del Grupo Parlamentario Popular. A juicio del Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata, ninguno de los cinco Magistrados recusados debió intervenir en el examen de sus propias recusaciones (nemo iudex in causa sua), pero el resultado final de la irregular tramitación, alterando indebidamente el orden de resolución de las recusaciones, ha sido que mientras en el enjuiciamiento de las recusaciones formuladas por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular han intervenido los propios recusados, por el contrario en las recusaciones formuladas por el Gobierno no intervendrán los recusados por el mismo. Por otra parte, en el enjuiciamiento de las recusaciones formuladas por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular se admitió, antes de que se hubiera abierto la pieza de recusación, que los propios recusados presentasen un escrito negando la veracidad de los hechos en que se basaba la recusación, lo que permitió que el Pleno inadmitiese de plano la recusación (ATC 443/2007, de 27 de noviembre); un trato equivalente en el presente caso al escrito presentado el 28 de noviembre de 2007 por el Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata en el que declara no haber tenido ni tener en la actualidad formado criterio acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, hubiera obligado al Pleno a acordar también la inadmisión de plano de la recusación formulada por el Abogado del Estado. En fin, el Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata considera que la Instructora del incidente de recusación se ha apartado flagrantemente del procedimiento establecido, al haber anticipado irregularmente el periodo probatorio, incorporando de oficio a la pieza de recusación documentación interna del Tribunal, salvando así la deficiencia probatoria de que adolecía el escrito de recusación del Abogado del Estado, si bien es cierto que nada se contiene en dicha documentación que avale la pretensión recusatoria.

Por medio de otrosí el Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata solicita el recibimiento a prueba, de carácter documental, para el caso de que no se tenga por cierto lo manifestado en el apartado D) de su escrito de alegaciones acerca de que varios medios de comunicación han expuesto que su recusación y la del Magistrado Excmo. Sr. García-Calvo responde al propósito de obtener una determinada composición del Tribunal tras las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente.

13. El 18 de diciembre de 2007 el Magistrado Excmo. Sr. don Roberto García-Calvo y Montiel presentó el escrito de alegaciones previsto en el art. 225.2 LOPJ, afirmando en primer lugar que existe un obstáculo procesal que debería haber determinado la inadmisión inicial de la recusación, al no haberse aportado los documentos precisos para constituir un principio de prueba. El Abogado General del Estado no designó formalmente los archivos del Tribunal Constitucional de los que pretendía obtener certificaciones de la carta dirigida por los Magistrados recusados a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, así como del acta de la reunión del Pleno gubernativo del Tribunal celebrada el 4 de julio de 2007, ni intentó obtener copia fehaciente de tales documentos para incorporarlos a su escrito (art. 265.2.2 LEC, en relación con el art. 234.2 LOPJ, aplicables ex art. 80 LOTC), sino que se limitó a aportar recortes de prensa y a solicitar que se incorporaran en su momento a la pieza de recusación las copias de los documentos mencionados, lo que determina que el Abogado General del Estado incumpliese los requisitos formales en materia de recusación por falta de diligencia sólo a él imputable, procediendo en consecuencia el rechazo liminar de la recusación, sin que el hecho de no haberse acordado así en el trámite de admisión impida al Pleno acogerlo al dictar la resolución definitiva del incidente de recusación.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene el Magistrado Excmo. Sr. García-Calvo que debe acordarse el rechazo de la recusación por no concurrir las causas alegadas por el Abogado General del Estado, conforme a los razonamientos que seguidamente se resumen:

a) La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la imparcialidad de los Magistrados exige como requisito inexcusable para poder apreciar una recusación que la utilización de expresiones que puedan influir en la imparcialidad (o incluso en su apariencia) de los miembros de un Tribunal haya sido realizada públicamente. No sucede así en el presente caso, pues la recusación se funda en una carta dirigida a la Presidenta de este Tribunal por los dos Magistrados recusados con carácter interno y comunicada de igual forma, para su exclusivo conocimiento, al resto de los miembros del Tribunal, cuyo objetivo era recoger las observaciones que ambos Magistrados formularon en una conversación privada mantenida en una reunión celebrada el 13 de junio de 2007 en el despacho de la Excma. Sra. Presidenta con ésta y el Excmo. Sr. Vicepresidente, a la que fueron convocados por aquélla. En dicha conversación los recusados manifestaron su discrepancia con la forma de la convocatoria, con la justificación ofrecida al respecto y con la interpretación que la Excma. Sra. Presidenta daba, cambiando su criterio inicial, sobre la reforma legislativa en relación con la prórroga de su mandato. No es admisible que unas conversaciones de los Magistrados del Tribunal mantenidas en el seno de la institución, e interesadamente filtradas a los medios de comunicación, puedan fundamentar una recusación (ATC 443/2007, de 27 de noviembre, FJ 6).

b) Sin perjuicio de lo anterior, la mera lectura de la carta reservada y del Voto particular formulado al acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal celebrado el 4 de julio de 2007 en relación con dicha carta, permite comprobar que no se hace valoración jurisdiccional alguna sobre la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

c) Se rechaza que concurra la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ. Es inadmisible que el Abogado General del Estado sustente su recusación en una carta que documenta conversaciones reservadas mantenidas entre Magistrados, y que ha sido indebidamente filtrada a los medios de comunicación, silenciando, por otra parte, la existencia del Voto particular al Acuerdo del Pleno gubernativo de 4 de julio de 2007 en relación con dicha carta (pese a que también los medios de comunicación se habían hecho eco de dicho Voto). Del mismo resulta inaceptable que la pretendida pérdida de imparcialidad se haga descansar en una filtración mediática y que se sugiera en el escrito de recusación una presunta connivencia de los recusados con el Grupo Parlamentario Popular que recurre la reforma legal.

d) Se rechaza asimismo que concurra la causa de recusación del art. 219.13 LOPJ. La argumentación del Abogado General del Estado en este punto, además de insidiosa, por afirmar una supuesta connivencia de los recusados con el Grupo Parlamentario Popular, resulta por completo inconsistente.

e) Se rechaza, en fin, que concurra la causa de recusación del art. 219.16 LOPJ, pues el mero planteamiento de esta causa de recusación, basándose en actuaciones desarrolladas por los Magistrados recusados en el ejercicio de sus funciones, supone desconocer la doctrina constitucional sobre la aplicación de esta causa de recusación.

14. Por Auto de 21 de diciembre de 2007 la Instructora del incidente acordó admitir a trámite la recusación propuesta por el Abogado General del Estado contra los Magistrados Excmos. Sres. García-Calvo y Montiel y Rodríguez-Zapata Pérez, y no estimando necesario el recibimiento a prueba del incidente, declarar concluida la instrucción de la recusación, elevando las actuaciones al Pleno de este Tribunal para la resolución del incidente (art. 225.3 LOPJ, en relación con el art. 80 LOTC).

15. Por providencia del Pleno de 10 de enero de 2008 se acordó tener por recibida la pieza de recusación y, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 k) y 80 LOTC, en relación con los arts. 109.3, párrafo 2, LEC, y 225.3, párrafo 3, LOPJ, dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal por plazo de tres días, a fin de que emita informe sobre el presente incidente de recusación.

16. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 29 de enero de 2008 en el Registro General de este Tribunal.

Sostiene el Ministerio Fiscal que la causa de recusación del art. 219.13 LOPJ ha de ser desestimada, porque no concurre el presupuesto exigido por la misma, esto es, que quien es recusado como Magistrado del Tribunal Constitucional haya antes ocupado otro cargo, profesión o empleo distinto en el que en el que haya tenido ocasión de participar en el asunto que ahora debe enjuiciar como Magistrado del Tribunal Constitucional (ATC 26/2007, de 5 de febrero).

Igual suerte desestimatoria ha de correr, a juicio del Fiscal, la causa de recusación del art. 219.16 LOPJ, toda vez que la distinción entre funciones gubernativas y jurisdiccionales de los Magistrados del Tribunal Constitucional resulta inoperante a estos efectos, pues para que pueda apreciarse dicha causa de recusación es necesario (ATC 80/2005, de 17 de febrero) que quien ahora es recusado como Magistrado del Tribunal Constitucional haya tomado conocimiento del objeto de litigio con anterioridad a su nombramiento como tal, es decir, mientras desempeñaba un cargo público o administrativo con anterioridad a su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional, lo que no acontece en el presente caso.

Por el contrario, considera el Ministerio Fiscal que ha de estimarse que concurre en los Magistrados Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”). Tras referirse a la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la imparcialidad del Juzgador y la recusación como medio legal para garantizarla, procede el Fiscal a examinar el escrito dirigido por los dos Magistrados recusados a la Presidenta del Tribunal Constitucional el 22 de junio de 2007, en el que se fundamenta por el Abogado General del Estado la causa de recusación, llegando a las conclusiones que seguidamente se resumen.

Por lo que se refiere al contenido del escrito, advierte el Fiscal que si bien la frase que señala como prioritaria la Abogacía del Estado para fundamentar su recusación (“dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia tanto con la forma … como con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, respectivamente”) pudiera parecer que no indica por sí sola la anticipación de una opinión de los Magistrados recusados sobre la posible inconstitucionalidad del precepto controvertido (art. 16.3 LOTC reformado), en cuanto cabría interpretarla como referida únicamente a la aplicación, en legalidad ordinaria, de dicho precepto a la prórroga del mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, sin embargo una lectura completa y detenida del escrito conduce a distinta conclusión.

En efecto, dicen los recusados en el tercer párrafo de su escrito que la irregularidad de la permanencia en sus cargos de la Presidenta y el Vicepresidente del Tribunal tras expirar su mandato el 16 de junio de 2007 “se acrecienta al no haber tomado el Pleno de este Tribunal en tiempo adecuado decisión alguna al respecto como único órgano competente para proceder sobre tal extremo según el ya citado precepto del Texto Constitucional” (art. 160 CE); y también afirman (párrafo cuarto) que la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la LOTC, “no ofrece cobertura para ello. Además de entrar en vigor inmediatamente sin periodo de vacatio legis tampoco se refiere en su Exposición de motivos ni expresa ni tácitamente … a la reforma introducida en el párrafo 3º del art. 16”. Asimismo aseveran (párrafo quinto, punto 2, del escrito) “que el artículo 160 de la Carta Magna atribuye con absoluta exclusividad al Pleno del Tribunal la elección de su Presidente por un concreto mandato de tres años” y que cuando ha existido en el pasado prórroga del mandato de algunos de los Presidentes del Tribunal “fue el Pleno quien lo acordó, como no podía ser de otra manera y a virtud de los preceptuado en el referido art. 160 en relación con el art. 9.3 LOTC, incluso en su versión reformada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”.

En opinión del Fiscal, lo que los Magistrados recusados vienen a afirmar en su escrito es que sólo al Pleno del Tribunal Constitucional corresponde, de conformidad con los arts. 160 CE y 9.3 LOTC, antes y después de la reforma de 2007, tanto la elección del Presidente y Vicepresidente del Tribunal, como la prórroga de sus mandatos, y por ello piden al Pleno que se pronuncie confrontando o interpretando el reformado art. 16.3 LOTC con el art. 160 CE, lo que constituye justamente el objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado contra el nuevo art. 16.3 LOTC. Que en su Voto particular al Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2007, en relación con dicho escrito, los Magistrados recusados aclarasen que no pretendían en ningún momento suscitar un problema de constitucionalidad, sino que se limitaron a manifestar su opinión contraria a que el reformado art. 16.3 LOTC fuese de aplicación a la prórroga del mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente, porque entendían que ello significa dar vigencia retroactiva a la Ley Orgánica 6/2007, lo que constituye un problema de estricta aplicación de la LOTC, es irrelevante a los efectos que nos ocupan, a juicio del Fiscal, porque lo determinante es que el escrito inicial, dirigido por los recusados a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, ha creado legítimamente en el recusante una apariencia de toma de postura de los Magistrados recusados, suficiente para justificar la invocación de la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ, en relación con los arts. 22 y 80 LOTC.

Por lo que se refiere a la relación próxima de la opinión manifestada por los recusados en su escrito de 22 de junio de 2007 y el objeto del proceso, entiende el Fiscal que resulta inobjetable, pues entre los motivos del recurso de inconstitucionalidad en el que se ha planteado esta recusación se encuentra el relativo a la supuesta vulneración del art. 160 CE por la nueva redacción del art. 16.3 LOTC dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, concretamente en lo referente a la prórroga del mandato del Presidente del Tribunal, que es cabalmente el punto de controversia mantenido por los Magistrados recusados en su escrito. Por otra parte, en la fecha en que se emite dicho escrito era previsible que el Grupo Parlamentario Popular presentaría recurso de inconstitucionalidad contra el art. 16.3 LOTC reformado por la Ley Orgánica 6/2007 (como así lo hizo, en efecto, el 27 de julio siguiente), puesto que ya se había publicado la disconformidad de dicho Grupo con la reforma en cuestión.

Ha de tenerse en cuenta además —continúa el Fiscal— que, a diferencia del supuesto contemplado en el ATC 443/2007, de 27 de noviembre, en el que se trataba de conversaciones entre los Magistrados (después no acreditadas en el contenido que se indicaba por los recusantes), insuficientes para fundamentar una recusación, en el presente caso estamos ante un auténtico acto formal e institucional, presentado documentalmente por escrito el 22 de junio de 2007 ante la Secretaria de Justicia de Pleno para su entrega a la Presidenta del Tribunal, solicitando la convocatoria de un Pleno para adoptar una resolución que afecta a la composición misma del Tribunal y que exige al menos la interpretación del reformado art. 16.3 LOTC a la luz de lo dispuesto en el art. 160 CE. Es pues, un acto con consecuencias oficiales previsibles, pues el escrito de los recusados, en el que expresan de forma firme y contundente su postura sobre el precepto reformado, provoca la celebración del Pleno de 4 de julio de 2007, a cuya acta quedó aquel escrito unido, resolviéndose no tomar el mismo en consideración. En tal sentido, concluye el Fiscal, carece de relevancia que el escrito haya sido filtrado a los medios de comunicación, pues lo determinante a los efectos que aquí interesan no es la publicidad del escrito ni lo insólito de la filtración, sino el carácter oficial del documento, su formalización y la finalidad del mismo.

Por todo ello, el Fiscal considera que debe estimarse la recusación presentada respecto de los Magistrados Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

17. Con fecha 10 de marzo de 2008 el Excmo. Sr. Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez presenta en la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal un escrito dirigido al Pleno que ha de resolver su recusación solicitando la abstención de todos los Magistrados que lo componen. Por diligencia de dicha Secretaría de Justicia de la misma fecha se da fe de esa entrega y se da cuenta del escrito mediante entrega de copia del mismo a los Magistrados.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Respecto del escrito presentado por el Excmo. Sr. Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, citado en el último antecedente de este Auto, dado que no es competencia del Pleno promover la presentación de abstenciones, pues ello pertenece a la libre decisión personal de los Magistrados, sino sólo aceptar o rechazar las abstenciones que se formulasen, cosa que en este momento no ha sucedido, nada hay que resolver sobre lo que en dicho escrito se interesa.

2. Una vez dilucidado lo anterior, debemos recordar que el art. 165 CE remite a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) la regulación, entre otros extremos, del funcionamiento de este Tribunal y del estatuto de sus miembros. Por su parte, el art. 22 LOTC dispone que sus Magistrados ejercerán su función de acuerdo, entre otros principios, con el de imparcialidad, a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y abstención.

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, nuestra Ley Orgánica no regula por sí misma las causas de recusación de los Magistrados del Tribunal, sino que se remite a las que son aplicables a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria. Se 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 del Tribunal Constitucional, adaptadas a la naturaleza singular de esta institución de garantía constitucional, como, por todos, ocurre con los arts. 18 y 19 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional federal alemán.

En efecto, el art. 80 LOTC se remite, a falta de una regulación expresa, a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y a la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Así pues, y en virtud, a su vez, de la remisión del art. 99.2 LEC a la LOPJ, las causas de abstención y de recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional son, en la actualidad, las enumeradas en el art. 219 LOPJ, en la redacción establecida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Ahora bien, la naturaleza singular de este Tribunal y de los procesos constitucionales a él sometidos nos ha llevado a una jurisprudencia muy rigurosa en la apreciación de las causas de recusación y abstención de que se trata. Hemos afirmado, así, que la enumeración establecida actualmente en el art. 219 LOPJ es taxativa y de carácter cerrado, de suerte que “los motivos de recusación han de subsumirse necesariamente en algunos de aquellos supuestos que la ley define como tales” (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21, y 157/1993, de 6 de mayo, FJ 1, citadas en ATC 61/2003, de 19 de febrero, FJ 1). Por otra parte en el escrito en el que se proponga una recusación se debe expresar “concreta y claramente la causa de recusación” prevista por la ley, sin que “baste afirmar un motivo de recusación; es preciso expresar los hechos concretos en que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan —en principio— los que configuran la causa invocada” (ATC 109/1981, de 30 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, AATC 115/2002, de 10 de julio, F J 1; 80/2005, de 17 de febrero, FJ 3, 454/2006, de 12 de diciembre, FJ 3, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2).

Nuestra jurisprudencia también ha destacado que la composición específica de este Tribunal Constitucional, cuyos Magistrados no son susceptibles de sustitución, conduce a una interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación o abstención previstas en la LOPJ (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). En efecto, “en la medida en que las causas de 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”, “interpretación restrictiva que se impone mas aún respecto de un órgano, como es el Tribunal Constitucional cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución” (AATC 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2, 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3, 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2, y 387/2007, de 16 de octubre, FJ 4). 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” (AATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 2, 289/2007, de 19 de junio, FJ 2, y 387/2007, de 16 de octubre, FJ 2). De ahí que también hayamos destacado, vinculada con la imposibilidad de sustitución de los Magistrados 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 (AATC 80/2005, de 17 de febrero, FJ 4, 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2, y 387/2007, de 16 de octubre, FJ 2)

3. Antes de entrar a examinar las concretas causas de recusación invocadas por el Abogado General del Estado debemos resolver la cuestión preliminar planteada en su escrito de alegaciones por el Comisionado, quien interesa que, para resolver este incidente de recusación, el Pleno esté formado por los diez Magistrados restantes tras estimar este Tribunal justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente (ATC 387/2007, de 16 de octubre), incluidos, por tanto, los Magistrados recusados por el Gobierno, al igual que ha sucedido en las recusaciones de los Magistrados Excmos. Sres. Aragón Reyes, Sala Sánchez, y Pérez Tremps, formuladas en este mismo recurso de inconstitucionalidad por dicho Comisionado, e inadmitidas por ATC 443/2007, de 27 de noviembre.

En relación con lo anterior, el Magistrado recusado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata manifiesta en sus alegaciones que se ha producido una irregular tramitación de las recusaciones formuladas en este recurso de inconstitucionalidad, alterando incluso el orden cronológico de tramitación, lo que ha propiciado finalmente el resultado de que mientras en la resolución de las recusaciones formuladas por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular hayan intervenido los propios Magistrados recusados, por el contrario en resolución de las recusaciones formuladas por el Gobierno no intervengan los Magistrados recusados por éste, cuando lo correcto habría sido que ninguno de los cinco Magistrados recusados hubiese intervenido en el examen de sus propias recusaciones (nemo iudex in causa sua).

Pues bien, en cuanto a la composición del Pleno para resolver las recusaciones de los Magistrados Excmos. Sres. García-Calvo y Rodríguez-Zapata, así como sobre la decisión de tramitar estas recusaciones después de las formuladas respecto de otros tres Magistrados, hemos de estar a lo resuelto por nuestro ATC 443/2007, de 27 de noviembre, FFJJ 1 a 4, al que procede remitirse, y en el que se reconoció la plena validez tanto de la composición del Pleno como del orden de la tramitación de las recusaciones.

4. Coinciden los Magistrados recusados en afirmar en su escrito de alegaciones que el escrito de recusación debe ser rechazado de plano por ausencia de un principio de prueba, toda vez que el Abogado General del Estado se limita a aportar unos recortes de prensa, que carecen de validez como principio de prueba para una pretensión recusatoria, sin que sea admisible a estos efectos, en opinión del Magistrado Excmo. Sr. García-Calvo, que el Abogado General del Estado solicitase que se incorporaran en su momento a la pieza de recusación las copias de los documentos mencionados en su escrito (carta dirigida por los Magistrados recusados a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, y acta de la reunión del Pleno gubernativo del Tribunal celebrada el 4 de julio de 2007), pues, a juicio del recusado, era obligado que hubiese intentado obtener copia fehaciente de dichos documentos para incorporarlos al escrito de recusación, de conformidad con los arts. 265.2.2 LEC y 234.2 LOPJ, aplicables ex art. 80 LOTC. En el mismo sentido, el Magistrado Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata considera que la Instructora del incidente de recusación se ha apartado del procedimiento establecido, al haber incorporado de oficio a la pieza de recusación documentación interna del Tribunal, salvando así la deficiencia probatoria de que adolecía el escrito de recusación del Abogado General del Estado.

Es doctrina constitucional que para que la recusación de Magistrados de este Tribunal “pueda dar lugar a la apertura del correspondiente incidente y no se vea rechazada a limine, la petición de la parte, además de proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde (art. 223.1 LOPJ) y ajustarse a los requisitos formales previstos, entre otros, en el art. 223.2 LOPJ, debe concretar de forma clara una causa de recusación de las previstas legalmente, con expresión de los motivos en que se funda y acompañando un principio de prueba sobre los mismos” (AATC 195/2003, de 12 de junio, FJ único, y 443/2007, FJ 6).

Las informaciones periodísticas pueden constituir un principio de prueba sobre las causas de recusación que se invoquen, a efectos de la admisión a trámite de la recusación formulada, sin perjuicio de que para que la recusación sea finalmente estimada, en su caso, no es suficiente con la aportación de dichas informaciones, sino que es necesario que durante la tramitación del incidente resulte acreditada la causa de recusación que se deduce de esa información (ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 3). De ahí que en el citado ATC 443/2007, FJ 6, este Tribunal haya inadmitido la recusación por no aportación de un principio de prueba en que se sustente la recusación formulada, pero no porque el escrito de recusación se fundase exclusivamente en la información periodística publicada en un diario de tirada nacional, sino porque dicha información, que habría tenido por objeto una conversación interna entre Magistrados del Tribunal durante una reunión celebrada en su sede (siendo así que, con carácter general, las conversaciones mantenidas por los Magistrados en el seno de este Tribunal no son datos de hecho suficientes para basar una recusación), resultó rotundamente desmentida, ya que quedó plenamente acreditado que tal información periodística no se correspondía con la realidad, dejando así a la recusación privada por completo de la necesaria e imprescindible fundamentación fáctica a limine.

A diferencia de lo anterior, en el presente caso la información periodística que acompaña el Abogado General del Estado a su escrito de recusación se refiere al escrito dirigido por los Magistrados recusados a la Presidenta del Tribunal Constitucional el 22 de junio de 2007, así como al Acuerdo adoptado por el Pleno gubernativo en su reunión de 4 de julio de 2007 en relación con el referido escrito, documentos efectivamente existentes, por lo que no puede negarse que el escrito de recusación haya cumplido el requisito de aportar un principio de prueba sobre los motivos en que se fundamenta la recusación (art. 223.2 LOPJ).

Por otra parte, nada hay que objetar a la decisión de la Instructora del incidente de recusación de incorporar al mismo copia certificada de los expedientes gubernativos tramitados con motivo del escrito dirigido por los Magistrados recusados a la Presidenta de este Tribunal, dando traslado de los mismos, mediante copia, a todas las partes personadas. Tal decisión entra dentro de las competencias de la Instructora del incidente de recusación (art. 225.3, párrafo segundo, LOPJ) y resulta idónea para la finalidad perseguida con la tramitación de la pieza separada de recusación, que no es otra que la de poner a disposición del Pleno los elementos de juicio necesario para la resolución de las recusaciones formuladas.

5. Entrando ya en el examen de las causas de recusación formuladas, hemos de comenzar por descartar, como señala el Ministerio Fiscal, que concurra en los Magistrados la causa prevista en el art. 219.13 LOPJ (“haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”). El Abogado General del Estado efectúa una interpretación forzada de dicho precepto, que no se compadece con nuestra reiterada doctrina, en cuanto demanda una interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación o abstención previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como ha quedado señalado.

En efecto, la causa prevista en el art. 219.13 LOPJ, creada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se refiere a supuestos en los que el Juez o Magistrado, antes de su nombramiento como tal, haya ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el propio asunto objeto del proceso o en otro que esté relacionado con el mismo, aun de manera ocasional (AATC 80/2005, de 17 de febrero, FJ 4, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 8, por todos). No es ésta, sin embargo, la situación que aquí se contempla, en la que las opiniones expresadas por los Magistrados recusados en la carta dirigida a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, no han sido efectuadas antes de su nombramiento como Magistrados del Tribunal Constitucional, sino que lo han sido en su condición de tales, sin que quepa admitir a estos efectos la disociación entre funciones jurisdiccionales y gubernativas que sustenta el Abogado del Estado para formular esta causa de recusación, pues el art. 219.13 LOPJ, que no consiente una interpretación extensiva, alude a cargos, empleos o profesiones ejercidos previamente al acceso a la condición de Magistrados de este Tribunal.

6. Del mismo modo debemos descartar, como igualmente razona el Ministerio Fiscal, que concurra la causa prevista en el art. 219.16 LOPJ (“haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”), debiendo recordar, como señalamos en el ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3, que si la causa 13 del art. 219 LOPJ permite apartar al Juez o Magistrado que ha tomado parte en los hechos enjuiciados “antes y fuera del proceso”, la prevista en el art. 219.16 LOPJ hace posible apartar del conocimiento del caso al Juez o Magistrado “que, con ocasión del anterior ejercicio de un cargo público o administrativo, haya tenido relación con el objeto del litigio y haya podido formar criterio contra el recusante y, por tanto, en detrimento de la debida imparcialidad”.

Pues bien, es claro que la Abogacía del Estado no sostiene que los Magistrados recusados hayan ejercido previamente a su nombramiento como Magistrados del Tribunal Constitucional un cargo público en el que hayan podido tener conocimiento del asunto que ahora se somete a su enjuiciamiento en su condición de tales Magistrados constitucionales, sino que fundamenta esta causa de recusación —como las restantes— en las opiniones vertidas por los recusados en la carta dirigida a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, acudiendo de nuevo al argumento de la disociación de funciones (gubernativas y jurisdiccionales) de los Magistrados del Tribunal Constitucional para invocar esta causa de recusación, lo que constituye una interpretación forzada y extensiva, que ha de ser por ello rechazada, conforme a la doctrina expuesta.

7. Resta por examinar la causa de recusación del 219.10 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”). Como ha quedado expuesto, el Abogado General del Estado fundamenta la existencia de esta causa de recusación en las opiniones vertidas por los Magistrados recusados en el escrito dirigido a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, conocido a través de su difusión en periódicos de tirada nacional.

El Ministerio Fiscal apoya la estimación de esta causa de recusación, mientras que el Comisionado de los Diputados recurrentes considera que los Magistrados recusados por el Gobierno no han incurrido en la causa de recusación del 219.10 LOPJ ni en ninguna de las restantes causas de recusación invocadas.

Por su parte, los Magistrados recusados niegan haber incurrido en esta o cualquier otra causa de recusación. Consideran que las opiniones expresadas en su escrito dirigido el 22 de junio de 2007 a la Presidenta del Tribunal son opiniones internas y por ello reservadas, realizadas en el ejercicio de sus funciones como Magistrados del Tribunal Constitucional, que no pueden dar lugar a su recusación como consecuencia de una filtración interesada a los medios de comunicación. Sin perjuicio de lo anterior los recusados niegan haber emitido en dicho escrito opinión relativa a la supuesta inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC reformado por la Ley Orgánica 6/2007, habiéndose limitado a manifestar su discrepancia con la interpretación dada a dicho precepto por la Presidenta del Tribunal en cuanto a la aplicación del mismo a su actual mandato, como lo corrobora la lectura del Voto particular conjunto al Acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal celebrado el 4 de julio de 2007 en relación con dicho escrito.

Como queda dicho, el Abogado General del Estado aduce como causa de recusación de los Magistrados de este Tribunal Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez la prevista en el 219.10 LOPJ, determinante de “contaminación por interés” (ATC 224/2001, de 18 de julio, FJ 1), y que se configura como una causa de recusación de naturaleza objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se pretende asegurar que los Jueces y Magistrados se acercan al thema decidendi del proceso sin haber tomado previamente postura en relación con el mismo (AATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 2, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3).

En efecto, el recusante entiende, con apoyo del Ministerio Fiscal que, como consecuencia de las opiniones manifestadas en el escrito dirigido a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, cuyo contenido fue conocido inicialmente a través de su publicación en diversos periódicos de tirada nacional —desconociéndose el origen de la filtración a los medios de comunicación—, los Magistrados recusados han comprometido su opinión sobre el objeto del presente proceso constitucional, acreditando así la existencia de una sospecha fundada de tener un interés directo en su estimación, esto es, en que se declare la inconstitucionalidad del art. 16.3 LOTC, en la redacción dada por el apartado 7 de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, referido a la prórroga del mandato del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Más concretamente, esta toma de postura quedaría evidenciada por las siguientes afirmaciones contenidas en dicho escrito: “dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia tanto con la forma como … con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, respectivamente”.

Desde la óptica constitucional, para que en garantía de la imparcialidad un Juez o Magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez o Magistrado no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Ha de recordarse que, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 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; y ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3; 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).

8. Ciertamente, no cabe dar por sentado que las manifestaciones de opiniones más o menos relacionadas con el objeto del proceso constitucional justifiquen sin más la existencia de un interés directo en su resolución, salvo que mediante tales opiniones se desvirtúe la garantía constitucional de imparcialidad, ínsita en la causa de recusación actualmente prevista en el 219.10 LOPJ. Para que ello suceda habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes y que éstas permitan constatar objetivamente dicha manifestación de opinión como una toma de postura sobre el fondo del concreto proceso en el que la recusación se plantea (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 4).

En tal sentido hemos considerado relevantes (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 5; y AATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 4, 61/2003, de 19 de febrero, FJ 3, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 7), entre otras posibles circunstancias, si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado de este Tribunal o antes de haberse adquirido la misma; una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos anteriores al mismo, es decir, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso constitucional; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten o dejan traslucir; así como el grado de precisión, la amplitud, o “el tenor, la contundencia y radicalidad” de la opinión manifestada (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9).

De este conjunto de circunstancias, y de otras que puedan concurrir en el supuesto concreto enjuiciado, habrá que deducir si la opinión manifestada por el Magistrado recusado constituye una auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso que justifique la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo, determinando su apartamiento del asunto.

No debe olvidarse, en este sentido, que el ya aludido principio general de interpretación estricta de las causas de recusación en un órgano como el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no pueden ser sustituidos, no comporta, sin embargo, la exclusión de la posibilidad de que se aprecien abstenciones o causas de recusación que afectan a Magistrados del Tribunal Constitucional. 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 quorum de presencia que resulta del art. 14 LOTC. Por otra parte, como hemos tenido ocasión de señalar, “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)” (AATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2, y 387/2007, de 16 de octubre, FJ 5).

9. De acuerdo con la doctrina expuesta, son varios los elementos que hemos de considerar para contrastar las manifestaciones de los Magistrados recusados con el canon de enjuiciamiento señalado, a fin de dilucidar si concurre la causa de recusación invocada.

a) En primer lugar resulta indiscutible que la opinión controvertida ha sido manifestada por los recusados siendo Magistrados de este Tribunal. Conviene precisar al respecto que las opiniones vertidas por los Magistrados recusados en su escrito lo fueron en su condición de Magistrados de este Tribunal, pero no en el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que no resulta de aplicación al caso el criterio sentado en el ATC 454/2006, de 12 de diciembre, FJ 6, donde rechazamos que pueda atribuirse a un Magistrado “interés directo o indirecto” en el asunto que pudiera determinar una sospecha de parcialidad por el mero hecho de haber formulado, en ejercicio de su “función constitucional”, un Voto particular en un proceso distinto.

b) En cuanto al medio o ámbito en el que las opiniones se vierten, resulta que en el presente caso las opiniones fueron emitidas por escrito firmado el 22 de junio de 2007, presentado en la misma fecha ante la Secretaria de Justicia del Pleno para su entrega a la Presidenta del Tribunal, escrito que alcanzó difusión pública al hacerse eco del mismo diversos medios de comunicación y que dio lugar, conforme a lo solicitado por los firmantes, a la celebración del Pleno gubernativo del Tribunal de 4 de julio de 2007, a cuya acta quedó unido aquel escrito, resolviéndose por el Pleno no tomarlo en consideración, para no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

No estamos, por tanto, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, ante conversaciones entre Magistrados del Tribunal en el seno de la institución (respecto de las que en el ATC 443/2007, FJ 6, afirmamos que “con carácter general, las conversaciones mantenidas por los Magistrados en el seno de este Tribunal no son datos de hecho suficientes para basar una recusación”), sino ante la emisión de una opinión a través de un cauce formal, lo que revela el propósito de dar un contenido oficial a la discrepancia expresada en el escrito.

Por otra parte, siendo ciertamente reprobable la filtración del escrito a los medios de comunicación (para los cuales es notorio que su contenido revestía un evidente interés informativo), resulta obvio que tal filtración no es imputable a quien formula la recusación al tener conocimiento, por las noticias publicadas en los periódicos, de la opinión manifestada por los Magistrados recusados en relación con uno de los extremos objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la reforma de la LOTC operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

c) Respecto de la circunstancia relativa a la lejanía lógica y temporal entre el objeto de la opinión manifestada y el objeto del proceso constitucional, debe subrayarse que, a diferencia de lo acontecido en otros supuestos en los que este Tribunal ha venido rechazando la causa de recusación relativa al “interés por contaminación” por referirse a manifestaciones de opinión expresadas en un estadio prematuro de elaboración de la norma, como ocurre con las manifestadas en relación con un anteproyecto de ley, pues “no es lo mismo la opinión emitida respecto de un anteproyecto, destinado a una compleja tramitación ulterior, que la emitida respecto de lo que ya sea una ley vigente, susceptible de un recurso de inconstitucionalidad” (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 7, cuya doctrina se reitera en ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 6), en el presente caso las opiniones controvertidas se expresan respecto de una reforma legal ya vigente, la operada en el art. 16.3 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” de 25 de mayo de 2007, y que entró en vigor al día siguiente (disposición final segunda).

Además, como señalan el Abogado General del Estado y el Ministerio Fiscal, los Magistrados recusados no desconocían a la fecha en que expresaron formalmente por escrito su opinión discrepante con la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en el art. 16.3 LOTC, en relación con la prórroga del mandato de Presidente y Vicepresidente del Tribunal, que era previsible que se presentara contra dicha reforma por el Grupo Parlamentario Popular un recurso de inconstitucionalidad —como efectivamente se presentó—, a tenor de las manifestaciones (de las que se hicieron eco ampliamente los medios de comunicación) efectuadas por miembros de dicho grupo, y que alcanzaron una general y notoria publicidad.

d) Existe, asimismo, una conexión directa e inmediata entre la opinión vertida por los Magistrados recusados en su escrito de 22 de junio de 2007 y el objeto del recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el artículo único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dan nueva redacción al art. 16.1 y 3 LOTC. Dicha opinión se refiere, en efecto, a la nueva redacción del art. 16.3 LOTC, en relación con la prórroga del mandato de Presidente y Vicepresidente del Tribunal, siendo así que entre los motivos del recurso de inconstitucionalidad en el que se ha planteado esta recusación se encuentra precisamente el relativo a la supuesta vulneración del art. 160 CE por la nueva redacción del art. 16.3 LOTC dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, concretamente en lo referente a la prórroga del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal, en coherencia con lo anticipado al respecto por el grupo político luego recurrente durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley.

e) En fin, la opinión manifestada en su escrito por los Magistrados recusados reviste el tenor, la contundencia y la radicalidad necesarias para fundamentar una sospecha justificada de pérdida de imparcialidad objetiva. En efecto, debe recordarse que en el escrito se afirma por los recusados lo siguiente: “dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia tanto con la forma con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, respectivamente”. Es en esta afirmación en la que el Abogado General del Estado hace descansar el fundamento de su recusación, debiendo advertirse que la lectura íntegra del contenido del escrito dirigido por los recusados a la Presidenta el 22 de junio de 2007 no viene sino a corroborar que aquéllos emitieron un juicio anticipado sobre la constitucionalidad de la reforma del art. 16.3 LOTC dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

En efecto, resulta que en el escrito no sólo se manifiesta por los recusados su “más profunda discrepancia … con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal” (párrafo segundo), sino que se afirma también (tercer párrafo) que “esta situación deslegitima … la permanencia en los cargos referidos de Presidenta y Vicepresidente a partir del día 16 de junio de 2007, fecha en que correspondía renovarlos dada la terminación del mandato el día precedente, según los términos del art. 160 CE. La irregularidad se acrecienta al no haber tomado el Pleno de este Tribunal en tiempo adecuado decisión alguna al respecto como único órgano competente para proceder sobre tal extremo según el ya citado precepto del Texto Constitucional dado que se continúa en el ejercicio de funciones como Presidenta y Vicepresidente de este Tribunal”. Asimismo aseveran (párrafo cuarto) que “la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del TC), no ofrece cobertura para ello. Además de entrar en vigor inmediatamente sin periodo de vacatio legis tampoco se refiere en su Exposición de motivos ni expresa ni tácitamente —como hace pormenorizadamente con el resto de modificaciones operadas— a la reforma introducida en el párrafo 3 del art. 16”. E igualmente afirman (párrafo quinto, punto 2, del escrito) “que el artículo 160 de la Carta Magna atribuye con absoluta exclusividad al Pleno del Tribunal la elección de su Presidente por un concreto mandato de tres años” y que en “los supuestos que ha habido prórroga del mandato de algunos de los Presidentes del Tribunal … fue el Pleno quien la acordó, como no podía ni puede ser de otra manera y a virtud de los preceptuado en el referido art. 160 en relación con el art. 9.3 LOTC, incluso en su versión reformada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”.

Lo expuesto revela, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que los Magistrados recusados expresan en su escrito de 22 de junio de 2007 una toma de postura sobre el fondo del asunto, pues lo que sostienen es que no puede haber prórroga del mandato de la Presidencia y Vicepresidencia del Tribunal por decisión de la Ley, sino sólo por decisión del Pleno, de conformidad con el art. 160 CE, en relación con el art. 9.3 LOTC (“incluso en su versión reformada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”), y por ello solicitan al Pleno que se pronuncie sobre la interpretación y aplicación del reformado art. 16.3 LOTC a la vista de lo dispuesto en el art. 160 CE, lo que constituye uno de los motivos de impugnación del recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el art. único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dan nueva redacción al art. 16.1 y 3 LOTC.

Y no es ocioso recordar que en el Pleno gubernativo celebrado el 4 de julio de 2007 sobre dicho escrito, a cuya acta quedó unido el mismo, se resolvió (con el Voto particular de los dos Magistrados recusados) “no tomar en consideración y archivar el escrito”, con fundamento “en la conveniencia de no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de reforma de la LOTC”. El Abogado General del Estado estima que, de ese modo, el resto de Magistrados del Tribunal entendieron que el contenido del escrito anticipaba una toma de postura sobre la constitucionalidad de la reforma del art. 16.3 LOTC, por lo que resolvieron no tomar en consideración el escrito para no prejuzgar lo que previsiblemente podía constituir objeto de recurso de inconstitucionalidad. Apreciación que, por cierto, viene a coincidir con la reflejada en los medios de comunicación que se hicieron eco del escrito, pues de forma prácticamente unánime entendieron, como se evidencia con la lectura de los recortes de prensa aportados, que los Magistrados recusados expresaron su postura contraria a la reforma en cuanto a la prórroga del mandato de los cargos de Presidente y Vicepresidente del Tribunal, introducida en el reformado art. 16.3 LOTC, que es justamente una de las cuestiones objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular. Al margen de esa apreciación del Abogado General del Estado, es claro que, en todo caso, el resto de los Magistrados sí entendieron, tal como se refleja en el acta y antes se ha reproducido, que no debían debatir sobre tal propuesta, pues de hacerlo se entraría a prejuzgar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la citada Ley Orgánica.

Añádase a lo anterior que, como ya señalamos en ATC 387/2007, de 16 de octubre, FJ 1, donde estimamos justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente de este Tribunal en este mismo recurso de inconstitucionalidad, por aplicación de la causa prevista en el 219.10 LOPJ, “[d]ebe 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”.

Por otra parte, como bien advierte el Ministerio Fiscal, resulta irrelevante a los efectos de apreciar la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ atender al contenido del Voto particular conjunto de los Magistrados recusados al Acuerdo del Pleno gubernativo del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2007 en relación con su escrito de 22 de junio de 2007. En efecto, aunque en el Voto particular se afirme por los recusados que no pretendieron en ningún momento suscitar una duda de constitucionalidad sobre la reforma del art. 16.3 por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (“desde luego, al Tribunal reunido en forma de Pleno gubernativo no le corresponde ejercer la jurisdicción constitucional pronunciándose sobre si el nuevo art. 16.3 LOTC contradice o no al art. 160 de la Constitución”), sino que se limitaron a discrepar de la interpretación dada por la Presidenta al reformado art. 16.3 LOTC, rechazando los recusados que fuese aplicable a la prórroga del mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, lo determinante es que en su escrito inicial, dirigido por los recusados por conducto formal a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007, han creado una apariencia fundada de toma de postura de los Magistrados recusados sobre la constitucionalidad de la reforma del art. 16.3 LOTC, suficiente para justificar la apreciación de la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ.

Estamos, en definitiva, como señalan el Abogado General del Estado y el Ministerio Fiscal, ante la manifestación de una opinión contundente sobre un punto de la reforma legal a enjuiciar por el Tribunal Constitucional, manifestada por escrito y dirigida por cauce formal a la Presidenta del Tribunal, lo que evidencia que se está emitiendo por parte de los Magistrados recusados un juicio de opinión meditado, revelador de una firme toma de postura contraria a la solución de la reforma del art. 16.3 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en punto a la prórroga del mandato de los cargos de Presidente y Vicepresidente del Tribunal, que es objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular. Ello determina que resulte objetivamente justificada la sospecha de pérdida de imparcialidad necesaria para abordar el enjuiciamiento de tal proceso constitucional (“contaminación por interés”) en que se fundamenta la recusación, lo que conduce a su estimación.

En consecuencia, el Pleno

ACUERDA

1º Estimar la recusación de los Magistrados de este Tribunal Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por la causa núm. 10 del art. 219 LOPJ.

2º Llevar testimonio de esta resolución al recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.

Madrid, a doce de marzo de dos mil ocho.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto de fecha 12 de marzo de 2008 dictado en la pieza de recusación del recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007

Con el respeto que siempre me merecen mis compañeros, creo procedente formular este Voto particular para manifestar mi discrepancia con el mencionado Auto.

1. El punto de partida para resolver este incidente de recusación ha de ser el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 4 de julio de 2007 que decidió no tomar en consideración el escrito presentado el 22 de junio de 2007 por los Magistrados ahora recusados, escrito este que opera como fundamento de su recusación. Tal decisión —no tomar en consideración el escrito— tenía una expresa motivación: “la conveniencia de no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de reforma de la LOTC”.

Ciertamente esa “conveniencia de no prejuzgar” apunta ahora a una estimación de las recusaciones, pero no puede entenderse que tal motivación, de indudable prudencia y adoptada en el ámbito puramente interno del Tribunal, predetermine definitivamente la decisión que ahora y con alegaciones de partes haya de pronunciar el Tribunal.

Sobre esta base, anticipo ya que una nueva consideración de los hechos, tomando en cuenta las alegaciones formuladas en esta pieza y, especialmente, a la luz de nuestra doctrina, hubiera debido conducir a una decisión desestimatoria de las recusaciones.

2. Fundamentalmente son tres los criterios jurisprudenciales que, con una u otra relevancia, han de trazar el cauce de mi reflexión:

a) Como reconoce la propia resolución de la discrepo “las opiniones vertidas por los Magistrados recusados en su escrito lo fueron en su condición de Magistrados de este Tribunal” —FJ 9 a)—; sin embargo, pese a ello, entiende inaplicable la doctrina del ATC 454/2006, de 12 de diciembre, FJ 6, porque esas opiniones no se manifestaron “en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

Ciertamente la literalidad de dicho Auto sostiene la exclusión de las recusaciones derivadas de las opiniones vertidas en el ejercicio de las “funciones constitucionales”, pero creo que esta expresión no puede limitarse únicamente a las funciones jurisdiccionales: su ratio impone la extensión de tal exclusión al desarrollo de todos los cometidos propios de un Magistrado del Tribunal Constitucional, en primer lugar, y sobre todo, porque así lo exige la naturaleza de las funciones que tiene encomendadas, que no admite que el ejercicio de alguna de ellas dé lugar, vía recusación, a un apartamiento posterior del ejercicio de otras y, en último término, y también, porque de otra suerte se introduciría un límite a su libertad de expresión que podría coartar su actuación.

En este punto radica esencialmente mi discrepancia con el Auto pues entiendo que ninguna actuación —sea jurisdiccional, sea gubernativa— de un Magistrado del Tribunal Constitucional en su condición de tal puede generar un motivo de recusación.

Y entre las posibilidades de actuación de tales Magistrados figura la de solicitar la celebración de un Pleno —art. 10.1 n) LOTC—. Así las cosas, ocurre que en el escrito que da origen a estas recusaciones los firmantes vierten, ante todo, sus opiniones en relación con la prórroga del mandato del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal introducida por la Ley Orgánica 6/2007, lo que sirve de antecedente y motivación —“a la vista de lo expuesto”— para solicitar la celebración de un Pleno para que se “proceda conforme a Derecho de acuerdo con las previsiones legales que nos son aplicables”, Pleno este cuyo objeto atañía a una materia que en el razonamiento previo va referida a un punto de la competencia de dicho Pleno: la elección de sus Presidente y Vicepresidente —arts. 160 CE y 9.1 y 4 LOTC.

Independientemente de la valoración que pueda hacerse del acierto de tal argumentación y, más concretamente, de las observaciones que se formulan acerca de la reforma de nuestra Ley Orgánica respecto de la ya mencionada prórroga, es lo cierto que los Magistrados recusados actuaron como Magistrados del Tribunal Constitucional y en el ejercicio de una función que, como ya he dicho, les atribuye la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —petición de la celebración de un Pleno.

b) Una reiterada jurisprudencia, a la hora de valorar la relevancia de las manifestaciones hechas por Magistrados de este Tribunal, viene tomando en consideración “el medio o ámbito en que las opiniones se vierten o dejan traslucir” —STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 5, y AATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 4, 61/2003, de 19 de febrero, FJ 3, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 7.

Pues bien, en el caso que ahora se examina, las afirmaciones se vierten en una carta o escrito dirigido por dos Magistrados del Tribunal a su Presidenta, es decir, se producen en un medio claramente interno y que no debería provocar publicidad, aunque, en último término, hayan llegado a propagarse en los medios de comunicación. Pero es de añadir, y esto lo destaco, que, en mi opinión, el hecho de que una actuación de un Magistrado en su condición de tal, en el ejercicio de los cometidos que legalmente le corresponden, alcance publicidad, no puede en modo alguno provocar su conversión en causa de recusación: la publicación de un voto particular no altera su naturaleza de actuación propia de Magistrado y, por tanto, no puede justificar una recusación —ATC 454/2006, de 12 de diciembre, FJ 6.

c) En último término, ha de recodarse que “con carácter general las conversaciones mantenidas por los Magistrados en el seno de este Tribunal no son datos de hecho suficientes para basar una recusación” —ATC 443/2007, de 27 de noviembre, FJ 6.

Y una carta o escrito refleja opiniones, lo mismo que una conversación y, aunque pueda presumirse un mayor grado de firmeza en lo expresado, opera, aplicando el criterio anterior, en un “medio” que es justamente “el seno de este Tribunal”. Pero sobre todo si, como sostengo frente a la mayoría de mis compañeros, el criterio decisivo ha de ser el de que las opiniones se expresen o no por el Magistrado en su condición de tal, es decir, en el ejercicio de sus funciones, no podrá extrañar que aquéllas alcancen un mayor grado de firmeza que la propia de una conversación.

3. Todo ello determina la conclusión de que los recusados emitieron las opiniones aquí examinadas precisamente en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional o, lo que es lo mismo, en el ejercicio de uno de los cometidos que les atribuye nuestra Ley Orgánica —la petición de un Pleno respecto de la cual aquellas opiniones integraban un antecedente y motivación—, de suerte que, independientemente de la publicidad que hayan alcanzado y de la firmeza con que se hayan expresado, ha de entenderse excluida la viabilidad de la recusaciones que se han sustanciado en este incidente.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros.

Madrid, a doce de marzo de dos mil ocho.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto del Auto dictado en el incidente de recusación de los Magistrados Excmos. Sres. don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, dimanante del recurso de inconstitucionalidad, núm. 6729-2007

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con el Auto, que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Mi personal criterio en materia de abstención y recusación, ha venido siendo muy riguroso, aunque no compartido por la mayoría del Tribunal, de manera que cuando objetivamente existen motivos para fundar razonablemente una sospecha de pérdida de la imparcialidad de un miembro del Tribunal, he entendido siempre que debe apartarse del conocimiento del proceso correspondiente; así ha quedado manifestado en mis Votos particulares e incluso en personales abstenciones, después rechazadas tanto por el Pleno como la Sala Segunda, si bien la doctrina del Tribunal se ha inclinado por tomar en consideración otros criterios, como el de su composición, la aplicación estricta de las causas de abstención y recusación y la naturaleza abstracta de ciertas impugnaciones.

2. De acuerdo con dicho principio de rigor en la consideración de las causas de abstención y recusación, estoy conforme con una gran parte de los fundamentos del Auto que estima procedente la recusación en este caso, pero discrepo, también de acuerdo con principios ya sostenidos por mi anteriormente, en cuanto que la adecuada valoración, a mi entender, de la naturaleza de “actividad interna” del escrito de los recusados en que se funda sustancialmente la pretensión de recusación, debería conducir a resolver el incidente rechazándola.

3. En efecto, los Magistrados recusados, en el escrito dirigido a la Excma. Sra. Presidenta de este Tribunal, fechado el 22 de junio de 2007, vienen a solicitar la celebración de un Pleno Gubernativo para que se “proceda conforme a Derecho de acuerdo con las previsiones legales que nos son aplicables y las propias afirmaciones de V.E.” (se refieren a unas declaraciones realizadas a la agencia EFE meses antes por la Excma Sra. Presidenta), petición que, en sí misma, es una “actividad interna” del Tribunal y que no pierde tal carácter, porque es su propia naturaleza, cualquiera que sean las circunstancias que la rodeen, esto es, el contenido del texto con el que pretenda fundarse la conveniencia de la celebración del Pleno, el momento en que se produzca y la repercusión exterior respecto del Tribunal que alcancen dichas “actividades internas”, ya lo sean espontáneamente o por algunas de las llamadas eufemísticamente “filtraciones”, todo ello conforme sostuve en el voto particular concurrente formulado respecto del Auto de 27 de noviembre pasado, dictado en el recurso de inconstitucionalidad 6729-2007, con ocasión del rechazo a limine de recusación formulada sobre otros tres Magistrados del Tribunal.

Aceptar lo contrario, aunque sea en casos que se consideren especiales, como viene a mantenerse en el Auto del que discrepo, puede producir graves efectos en el funcionamiento normal de este Tribunal. Como dije entonces, en el voto recién citado, y reitero ahora, lo mismo que no pueden admitirse recusaciones que claramente no sean incardinables en los tasados supuestos previstos por la Ley, tampoco son posibles cuando se fundan en “actividades internas” del Tribunal, pues ello abriría la puerta a que cualquier documento, nota de servicio, borrador, etc., una vez “filtrado” al exterior pudiese fundar una recusación.

Madrid, a doce de marzo de dos mil ocho.