|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 443/2007 |
| Fecha | de 27 de noviembre de 2007 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 6729-2007 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 6729-2007 |
| Fallo | Inadmitir las recusaciones de los Excmos. Sres. don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 26 de octubre de 2007, don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Diputado del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados y Comisionado por más de cincuenta Diputados del mismo Grupo Parlamentario en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, formula la recusación de los Excmos. Sres. Magistrados don Pascual Sala Sánchez, don Pablo Pérez Tremps y don Manuel Aragón Reyes por entender que tienen un interés directo o indirecto en el pleito o causa, así como por haber tenido conocimiento del mismo y formado criterio en detrimento de la debida imparcialidad, con base en la fundamentación que a continuación se resume.

a) De acuerdo con la información periodística que se acompaña al escrito de recusación, los Magistrados recusados habrían participado en una reunión convocada por la Presidenta del Tribunal Constitucional en fecha 12 de junio de 2007 a efectos de analizar la situación creada por la Ley Orgánica que constituye el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, en la cual aquellos Magistrados se habrían mostrado claramente favorables 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. 219.10ª, 13ª y 16ª LOPJ, lo que les priva de objetividad e imparcialidad objetiva y subjetiva para intervenir en este recurso.

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

Tras referirse los recusantes a la doctrina de este Tribunal sobre la mencionada causa de recusación (ATC 61/2003, de 19 de febrero), el Comisionado argumenta que, de conformidad con la información periodística que se adjunta como documento núm. 1 (Diario el Mundo, edición de Madrid, de 25 de octubre de 2007), los Magistrados recusados habrían participado en la aludida reunión y expresado su adhesión a la solución legislativa adoptada respecto a la continuidad de la Presidenta y del Vicepresidente en sus cargos, que puede calificarse de “decidida” en el caso del Excmo. Sr. Magistrado don Manuel Aragón Reyes, “partidario incluso de sacar una rueda de prensa irrogándose la representación de la mayoría”.

De ser cierta esta información, a juicio de los recusantes, 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 reunión precedió en forma muy próxima a la interposición del recurso de inconstitucionalidad (27 de julio de 2007), era manifiesto que éste se iba a interponer y que los tres 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 reunión; no cabe dudar de la seriedad y la firmeza de la opinión manifestada cuando se ha expresado ante 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, puesto que incluso se pensó en darles publicidad como opinión de la mayoría; existe una conexión directa, inmediata e incontrovertible entre la opinión vertida por los Magistrados recusados y el objeto del recurso; y, en fin, aunque de la información publicada no puede deducirse cuál fue el grado de contundencia o entusiasmo con que los Magistrados manifestaron su adhesión a la reforma legal, sí parece que se trataba de criterios decididos, como lo prueba la intención de sacar una nota de prensa.

Así pues, parece claro, a juicio del Comisionado, que las dudas sobre la imparcialidad de los Magistrados recusados están objetivamente justificadas, como las pretendidas por la Abogacía del Estado con argumentos idénticos para recusar a algunos Magistrados que, tras la reunión correspondiente con la Presidenta, consideraron su deber expresar su discrepancia por escrito privado, o al menos, tan privado como las reuniones mantenidas con la Presidenta. En efecto, se trata de opiniones manifestadas ante 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.

c) Sobre la concurrencia de la causa de recusación del art. 219.13ª 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 Comisionado 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 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 versaron sobre un objeto —Ley Orgánica 6/2007— y se realizaron con un objetivo —la adhesión decidida a 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, 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. 219.16ª 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 Comisionado 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, 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 adhesión a 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.

Tras referirse a la fundamentación común de la presente recusación y de la formulada por el Abogado del Estado de otros dos Magistrados en este mismo proceso, el Comisionado concluye su escrito suplicando del Tribunal que tenga por formulada la recusación y acuerde apartar a los Magistrados recusados de la resolución del recurso de inconstitucionalidad. Por un primer otrosí digo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83 LOTC, solicita la acumulación de este incidente de recusación al incidente planteado por el Abogado del Estado. Por un segundo otrosí digo interesa, de acuerdo con el art. 89 LOTC, el recibimiento a prueba del incidente, consistente en la admisión como documental de los documentos que se acompañan al escrito de recusación y como testifical de la declaración de la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal Constitucional.

2. El Presidente en funciones para el enjuiciamiento del presente recurso de inconstitucionalidad en fecha 31 de octubre de 2007 adopto el siguiente Acuerdo:

“Como Presidente en funciones en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, por la abstención de los Excmos. Sres. Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, y ante la anómala situación procesal producida por la simultaneidad temporal de las recusaciones de cinco de sus magistrados, situación sin precedentes cuyo tratamiento obliga a arbitrar alguna solución totalmente innovadora, no exenta de posibles críticas teóricas, he acordado formar pieza de consulta a todos los magistrados actualmente componentes del órgano jurisdiccional en el proceso para, una vez oída la opinión de cada uno de ellos, obrar en consecuencia, convocando, si la opinión mayoritaria lo aconseja, el Pleno, que, inevitablemente, debería estar integrado con la participación de los magistrados recusados, los cuales de este modo intervendrán en el enjuiciamiento de su propia recusación.

De no contar con el apoyo mayoritario a tal posible solución procesal desde la actual composición del Pleno con diez magistrados, la salida sería, en su caso, la de aplazar la continuidad del proceso a la próxima renovación del Tribunal para que pudiera alcanzarse el mínimo legalmente establecido en el art. 14 LOTC con magistrados no afectados por la recusación”.

3. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 15 de noviembre de 2007, acordó unir a las actuaciones el escrito de recusación presentado por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular, y, previamente a resolver, dar vista a las partes de la pieza de consulta abierta por Acuerdo de 31 de octubre de 2007, a los solos efectos de su conocimiento, y unir a las actuaciones la comunicación dirigida al Excmo. Sr. Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente en funciones para el enjuiciamiento del presente recurso de inconstitucionalidad, por la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal Constitucional doña María Emilia Casas Baamonde, el Excmo. Sr. Vicepresidente don Guillermo Jiménez Sánchez y los Excmos. Sres. Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón reyes y don Pablo Pérez Tremps, así como de las comunicaciones en relación con la anterior obrantes en la pieza de consulta, dando traslado de las mismas a las partes para que en el plazo de tres días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 LOTC, manifiestaran lo que a su derecho conviniera.

4. Don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 20 de noviembre de 2007, que a continuación se resume.

a) Bajo la rúbrica “Sobre la singular composición del Pleno” argumenta que la composición del Pleno que haya de decidir las recusaciones planteadas, integrando a los recusados, no es asunto menor, ni que pueda decidir por sí y ante sí el Tribunal sin oír a las partes, pues tomar una decisión de esa envergadura, que puede determinar el resultado del incidente, no puede hacerse inaudita parte, sin dañar gravemente los derechos procesales de éstas. Aun suponiendo esa decisión una seria singularidad procesal, no se opone a la misma, dada la situación creada en el proceso con la recusación de cinco Magistrados, que, de abstenerse, dejarían al Tribunal sin quórum para resolverlas.

Por ello reitera la solicitud de acumulación de la recusaciones, aunque también, además de por la indicada razón procedimental, por razones de fondo, pues en este asunto o son todos los Magistrados son recusables o no lo es ninguno, ya que todos han formado y manifestado opinión sobre el asunto sometido a enjuiciamiento del Tribunal. Es natural que los Magistrados tengan opinión formada respecto del método adecuado para proveer la Presidencia y Vicepresidencia cuando concluye el mandato de quienes ocupan dichos cargos. Esta afirmación de que todos los Magistrados tienen criterio previo sobre el asunto de fondo y que además lo han manifestado en reuniones internas se recoge en la información periodística que se adjunta al escrito de alegaciones.

b) Que la singular composición del Pleno se pueda convalidar por el principio de necesidad y de acuerdo con los precedentes, no significa que pueda saltarse el procedimiento legalmente establecido para las recusaciones, sobre todo si las irregularidades procesales pueden perjudicar los derechos procesales de las partes.

Como primera irregularidad se refiere el Comisionado a la quiebra del principio de prioridad, por haber anticipado la tramitación a las recusaciones formuladas con posterioridad, sin que en la pieza de consulta se justifique esa decisión. Tal decisión no es de orden menor, a juicio del Comisionado, porque, en primer lugar, se lesiona el derecho de esta parte amparado por la Ley a que se siga el orden de prioridad en la presentación y, en consecuencia, sus efectos legalmente prevenidos, y, en segundo lugar, “se desestima sin acuerdo expreso, sin tramitación, fundamento y sin notificación la petición de acumulación pedida por esta parte”.

Es cierto que hay precedentes, pero, como se señala en uno de los votos a la providencia de 15 de noviembre de 2007, precedentes justificados.

c) No menos irregular resulta, a juicio del Comisionado, la extraña peripecia montada en torno al escrito de 29 de octubre de 2007 firmado por seis Magistrados, pues la incorporación de este documento supone, en primer lugar, incorporar en este trámite, o mejor sin trámite alguno, un documento pretendidamente invalidante de la causa de fondo alegada en nuestra recusación que constituye una clara predeterminación de una prueba; en segundo lugar, que se está anticipando y perjudicando la prueba solicitada por esta parte, que expresamente ha interesado como prueba la declaración de la Presidenta del Tribunal.

Resulta también inadmisible, según el Comisionado, su incorporación automática a los autos en el incidente abierto al escrito de recusación formulado por esta parte. Se aduce al respecto que el Tribunal no se ha dignado cursar ni resolver la solicitud de acumulación interesada de este incidente al promovido por el Abogado del Estado; que se constituye artificialmente por los Magistrados recusados un medio de prueba con la intención de darle alcance probatorio; y, en fin, que se da traslado de dicho escrito a las partes cuando aún no se ha decidido previamente la admisión a trámite y, por tanto, el recibimiento de prueba del incidente, que es el momento procesal en el que ésta debe practicarse con contradicción de parte.

En los arts. 223 a 228 LOPJ se establece un procedimiento detallado y exhaustivo, que se inicia con el escrito de recusación formulado por las partes, el nombramiento del instructor, el informe del recusado, la práctica de la prueba (art. 225.4), el traslado al Ministerio Fiscal y la resolución. Pues bien, la singular composición del Tribunal en este caso, en tesis del Comisionado, no puede servir de paraguas para el olvido manifiesto de todas las normas procesales, que, como derecho necesario, son garantía del respeto a los derechos de la parte y, por tanto, de la legalidad de la resolución final del incidente. Máxime si se tiene en cuenta que el art. 225. 4 LOPJ dispone que la recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación. En consecuencia, presentada por el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, la recusación de dos Magistrados del Tribunal, queda en suspenso el curso del proceso hasta tanto se resuelva el incidente de recusación. Cualquier otro escrito, incluido el que contengan nuevas recusaciones, no puede ser tramitado hasta tanto se levante la suspensión producida ope legis.

Lo más grave aún, según el Comisionado, es que el referido escrito ha devenido falso, como se desprende del que ha presentado el Excmo. Sr. Magistrado don Rodríguez Arribas en fecha 14 de noviembre de 2007, en el que, tras señalar la preconstitución de la prueba y la improcedencia de la firma de los dos miembros abstenidos, termina diciendo que el contenido “no es toda la verdad”. Al parecer la reunión no versó formalmente sobre la constitucionalidad o no de la ley impugnada, pero sí sobre la cuestión de fondo de la que la ley trae causa y que el recurso principal plantea: cuál era el mecanismo más adecuado para proceder ante el término del mandato de la Presidenta y del Vicepresidente, optando el Excmo. Sr. Rodríguez Arribas —en sus propios términos— por proponer la dimisión de ambos y la convocatoria de un Pleno para su ratificación en los cargos. Sería también interesante aclarar quien propuso una declaración institucional y su posible contenido, porque lo que no puede ponerse en duda, según resulta del escrito del Excmo. Sr. Rodríguez Arribas, es que alguien la propuso. Lejos de ahuyentar las sospechas que fundamentan la recusación, el documento firmado por los seis Magistrados las acrecienta y hace necesarias en fase probatoria las declaraciones separadas, con juramento decisorio, de cada uno de los asistentes a la reunión.

Concluye su escrito suplicando del Tribunal Constitucional que acuerde la acumulación de las cinco recusaciones para su tramitación y decisión conjunta; que deje sin efecto y separe del procedimiento el escrito de los seis Magistrados y cuanto con él tengan conexión, por ser preconstituido y falso, así como contrario a los más elementales derechos de esta parte; y, por último, que abra el procedimiento a prueba, ampliando las requeridas en su día con la toma de declaración por separado, en confesión jurada, a los tres Magistrados recusados por esta parte y al Excmo. Sr. Rodríguez Arribas sobre el contenido de la reunión a la que fueron citados por la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal, reiterando la prestación de la declaración de ésta con las mismas características.

5. El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 21 de noviembre de 2007, que a continuación se resume.

a) Según el art. 4.1 LOTC este Tribunal “adoptará cuantas medidas sean necesarias” para preservar su jurisdicción, incluida la declaración de nulidad de aquellos actos y resoluciones que la menoscaben. Preservar su jurisdicción es, por tanto, un deber incondicional y absoluto que le impone su Ley Orgánica, la cual le habilita para dictar “cuantas medidas sean necesarias” a tal fin. Si el ataque proviene de actos procesales de las partes, una medida necesaria y adecuada para preservar la jurisdicción constitucional podrá ser, sin duda, la inadmisión liminar o el rechazo de plano, previstos por nuestras leyes para peticiones e incidentes promovidos “con manifiesto abuso de derecho” o “fraude de ley o procesal” (arts. 11.1 LOPJ y 247.2 LEC).

La remisión que el art. 80 LOTC hace a la LOPJ y a la LEC exige una adaptación o adecuación interpretativa de las normas en materia de abstención y recusación porque, a diferencia de lo que ocurre con los Tribunales del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional es único en su orden (art. 1.2 LOTC) y no existe por ello posibilidad de sustituir a los Magistrados recusados por miembros de otros órganos jurisdiccionales (AATC 380/1993, de 21 de diciembre; 80/2005, de 17 de febrero). El mandato de preservar la propia jurisdicción obliga así a interpretar el régimen de las recusaciones de tal manera que se refuercen al máximo los poderes del Tribunal Constitucional para admitirlas o inadmitirlas a limine, puesto que, en otro caso, quedaría al desnudo arbitrio de alguna parte el impedir u obstaculizar la función jurisdiccional propia de este Tribunal o, por lo menos, dilatar indebidamente su ejercicio.

b) A juicio del Abogado del Estado, en la hipótesis de que por virtud de una recusación el Tribunal pudiera quedar impedido de ejercer sus funciones jurisdiccionales por no alcanzarse el quórum mínimo establecido en el art. 14 LOTC, el deber de preservar su jurisdicción, que en este caso extremo pesa sobre el Tribunal con máxima intensidad, impide conferir eficacia al acto de parte hasta que no se haya superado el control de admisión, en lo que atañe al inmediato apartamiento de los Magistrados recusados. A la luz de la doctrina de este Tribunal (AATC 80/2005, de 17 de febrero, 394/2006, de 7 de noviembre, 454/2006, de 12 de diciembre, 177/2007, de 7 de marzo) sólo la admisión garantiza que el recurrente ha cumplido los requisitos de tiempo y forma; que la recusación se basa en hechos concretos y con sólida apariencia de ser ciertos; y, en fin, que concurre una causa de recusación que prima facie puede estar fundada. Inversamente, deberán ser inadmitidas o rechazadas de plano las recusaciones impeditivas o formalmente defectuosas; las que se apoyen en hechos ficticios, inverazmente relatados o carentes de la necesaria precisión; o, en fin, aquellas que no invoquen causa legal o, claramente, no puedan ampararse en la que invocan.

Así pues, cuando de admitirse la recusación no se pudiera alcanzar el quórum impuesto por el art. 14 LOTC, procede entender que los Magistrados recusados pueden tomar parte de la deliberación para decidir si la admiten o la rechazan liminarmente.

c) El Abogado del Estado no encuentra regla alguna en la CE ni en la LOTC que obligue a tramitar las recusaciones por orden cronológico de planteamiento. Si al Presidente, o a quien hace sus veces, corresponde convocar al Pleno y, por ende, determinar los asuntos incluidos en la convocatoria, así como adoptar las “medidas precisas para el funcionamiento” del Tribunal (art. 15 LOTC), es patente que le corresponde decidir qué se tramita antes y qué después; y que, si media justa causa para ello, puede apartarse del criterio de prioridad temporal. Causa justa es la de preservar la jurisdicción del Tribunal frente al acto de la parte que la amenace. En el presente proceso, es la recusación presentada posteriormente la que realmente pone en peligro el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional, puesto que es la que impediría reunir el quórum del art. 14 LOTC (ATC 383/2006, de 2 de noviembre).

d) La solicitud de acumulación de las dos recusaciones presentadas, a juicio del Abogado del Estado, sólo podría estudiarse en el caso de que ambas superaran el control de admisión. Además un examen prima facie de ambas recusaciones pone de manifiesto las radicales diferencias que existen entre ellas: la formulada por el Gobierno de la Nación se fundamenta en manifestaciones contenidas en un documento escrito, que es remitido oficialmente a la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal y a los demás miembros del mismo y que provoca la reunión y la adopción de una decisión del Pleno del Tribunal Constitucional; la formulada por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular se basa en supuestas manifestaciones vertidas en una reunión de Magistrados, que se recogen en un medio de comunicación y que han sido radical e indiscutiblemente rechazadas como contrarias a la verdad de los hechos por todos y cada uno de los intervinientes en dicha reunión.

Estas circunstancias ponen de manifiesto la impertinencia de la acumulación solicitada, pues no existe identidad de sujetos ni de objeto; y, en todo caso, el debate de admisión o no de ambas recusaciones debe hacerse de forma separada.

e) Afirma el Abogado del Estado que la declaración firmada el 29 de octubre de 2007 por los seis Magistrados participantes en la reunión del 12 de junio de 2007 priva totalmente a la recusación de fundamentación fáctica, lo que no solo justifica, si no que exige su inadmisión liminar. La comunicación del Excmo. Sr. Rodríguez Arribas de 14 de noviembre de 2007 aporta algún dato complementario, pero corrobora plenamente los términos del escrito de 29 de octubre de 2007. Así pues, la recusación no aporta ya principio de prueba en que se funde, al ser los hechos alegados incontrovertiblemente inciertos o ficticios.

En opinión del Abogado del Estado la comunicación firmada por seis Magistrados en fecha 29 de octubre de 2007 no es una preconstitución, ni una anticipación de prueba. Por el contrario, es el desmentido rotundo de una noticia periodística que contiene hechos alusivos a los seis firmantes. En ejercicio del derecho de rectificación ese desmentido hubiera podido enviarse al medio que publicó la información (arts. 1 y 2 Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo) y, de haberse hecho así, hubiera adquirido notoriedad pública. Pero no puede entenderse que el desmentido o rectificación de una noticia periodística vaya a cambiar la naturaleza por el hecho de que los seis Magistrados afectados hayan decidido no debatir con un medio de comunicación y sí poner los hechos en conocimiento del Tribunal que integran, a través de su Presidente en funciones.

Al controlar la admisión de las recusaciones, el Tribunal debe examinar si existen o no los hechos en los que se basan y para ello debe tomar en consideración cuantos datos les sean conocidos o pueda lícitamente conocer —en este caso, a través de los propios Magistrados afectados por los hechos en los que se basa la recusación— y que revelen la veracidad o inveracidad de los hechos en los que la recusación pretenda fundarse.

El Abogado del Estado concluye su escrito suplicando de este Tribunal que dicte Auto inadmitiendo de plano la recusación planteada por la parte actora.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 23 de noviembre de 2007, don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, reitera la petición de que, tras los trámites oportunos, el Tribunal decida sobre la expresa petición de acumulación de las cinco recusaciones formuladas en este proceso, previo traslado a las partes para que formulen alegaciones al respecto (arts. 83 LOTC y 81 LEC).

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La decisión a adoptar en las recusaciones ahora analizadas debe partir del dato de la excepcional singularidad del caso. Deriva ésta de una serie de circunstancias sucesivas: la primera la admisión en firme de dos abstenciones, que han dejado reducido el órgano jurisdiccente a diez Magistrados; la segunda, la recusación por el Gobierno de dos Magistrados, que, de ser única, no impediría la formación del mínimo legal preciso para que el Tribunal pueda adoptar acuerdos, según lo dispuesto en el art. 14 de su Ley Orgánica; y la tercera, la recusación por la parte recurrente de otros tres Magistrados, recusación esta segunda que sumada a la anterior, e incluso aislada de ella, si se produjera la exclusión de los recusados, según el precedente seguido en este Tribunal en las recusaciones sucesivas del proceso núm. 8045-2006, impediría la composición del Tribunal con el mínimo legal exigible.

A la hora de decidir, tal singularidad debe proyectarse, no sólo en orden a la composición del Tribunal, sino en orden a las medidas a adoptar en el enjuiciamiento liminar de la admisión. Para ello debe partirse en todo caso de la clave institucional de la defensa de la jurisdicción del Tribunal, por ser éste pieza esencial de toda la estructura constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1º LOTC), y como tal supraordenado en su función procesal a los demás órganos del Estado, empezando incluso por las Cortes Generales representantes del pueblo español, y obviamente de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, y terminando por los demás sujetos legitimados para la interposición de los recursos, en este caso los Diputados recurrentes, posición institucional que no admite que el ejercicio de su jurisdicción pueda en modo alguno entorpecerse, y menos impedirse, por actuaciones de los litigantes ante él.

Esa clave institucional no es una enfática autodefinición, sino que el principio referido tiene una inequívoca plasmación legal en el art. 4 LOTC, cuando dispone que “El Tribunal delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla”. La adopción de las medidas necesarias para preservar la jurisdicción del Tribunal es, pues, en la LOTC, un mandato incuestionable. El hecho de que el propio precepto se complete con la expresión “incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben [y] asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia” no supone limitación, ni del orden de relaciones a que puede aludir el mandato base, en el sentido de referirlas sólo a relaciones con órganos de poderes públicos, ni del catálogo de las medidas adoptables, sino sólo un modo de reforzamiento, bien del alcance de las medidas respecto de las que pudieran ser de más problemática adopción sin una previsión legal específica, bien de su materialización. Pero lo importante es advertir del sentido esencial de la potestad del Tribunal, enunciada como mandato. Dicha esencialidad determina que la potestad y mandato legal puedan y deban ejercerse, pues nada hay en aquél que lo impida o limite, también frente a las mismas partes del proceso, si por actos de éstas el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal pudiera impedirse u obstaculizarse en términos inaceptables.

2. El Tribunal, integrado en este caso por diez Magistrados, entre los que se incluyen cinco Magistrados recusados, se había planteado como cuestión interna previa la posibilidad de esa conformación, mediante un acuerdo al respecto del Presidente en funciones y una consulta al resto de los Magistrados, cuyo resultado ha conducido a la convocatoria del Pleno celebrado el día 15 de noviembre y a la providencia adoptada en esa fecha, en contestación a la cual se han formulado por el recurrente y el Gobierno los escritos que aquí deberán ser objeto de nuestro examen junto con el de recusación.

Las cuestiones suscitadas, siguiendo la propia sistemática del escrito de la parte recusante de fecha 20 de noviembre de 2007, se refieren a lo que ésta califica como “singular composición del Pleno” e “irregularidades de procedimiento”, que a su vez ordena en un doble capítulo de consideraciones, referidas a “la quiebra del principio de prioridad” y “sobre la preconstitución de la prueba”, alusiva esta última a la incorporación a las actuaciones de la comunicación dirigida al Presidente en funciones por los seis Magistrados asistentes a la reunión sobre la que se basan las recusaciones.

3. La singularidad de la composición del Pleno en este caso viene impuesta por una situación excepcional de necesidad de defensa del ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, a la que, según ya se ha adelantado, presta base legal indiscutible tanto su propia posición institucional como, en cuanto reflejo de la misma, el art. 4 LOTC en los términos ya expuestos, siendo la medida adoptada una de las innominadas que dicho precepto permite.

Ante todo debe resaltarse que respecto a la aplicación supletoria de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de la de enjuiciamiento civil, establecida en el art. 80 LOTC, entre otras materias, para la recusación, este Tribunal constantemente ha advertido la necesidad de introducir modalizaciones por la singularidad del mismo y la imposibilidad de sustitución de sus miembros (por todos, ATC 387/2007, de 16 de octubre), lo que no ocurre en las recusaciones producidas en los procesos de que conoce la jurisdicción ordinaria.

Baste destacar, a los efectos que aquí interesan, el dato de que la estructura orgánica a que se refieren los arts. 224 y 227 LOPJ y los arts. 108 y 110 LEC no tiene correlato posible en la del Tribunal Constitucional, así como el de que mientras en el ámbito regido directamente por la LOPJ y la LEC el régimen de sustitución de los Jueces y Magistrados recusados determina que en ningún caso pueda resultar impedido el ejercicio de la jurisdicción del órgano afectado por la recusación, en el caso del Tribunal Constitucional la inexistencia de un sistema de sustitución de sus Magistrados, unido a la exigencia de un mínimo para la adopción de acuerdos establecida en el art. 14 LOTC, puede desembocar, si no se adoptan medidas para evitarlo, en la paralización, inaceptable de principio, del ejercicio de la jurisdicción.

Tales elementos diferenciales ponen en evidencia que en la LOPJ y en la LEC, a las que remite el art. 80 LOTC en materia de recusación, no existe norma alguna en función de la cual pueda regirse la solución del problema que aquí se ha suscitado, ni por tanto ninguna norma de esas leyes puede resultar infringida por la solución que aquí se adopte.

Evidentemente la norma que en la LOPJ (art. 227.2, 5, 6, 7 y 8 LOPJ) dispone que el recusado no forme parte de la Sala que haya de decidir sobre su recusación, no puede ser aplicable a un caso no contemplado en dicha norma, y que además en el ámbito regido por ella, según ya se ha dicho, no puede producirse; por lo que la inexistencia de norma directamente rectora del caso, obliga a este Tribunal a buscar la solución de la excepcional situación de necesidad planteada, partiendo del criterio general expuesto de salvaguarda del ejercicio de la jurisdicción.

Ello sentado, la única solución posible, respetuosa simultáneamente con dicha exigencia general (art. 4 LOTC) y con la del mínimo de Magistrados precisos para adoptar acuerdos (art. 14 LOTC), es la de la integración de los Magistrados recusados en el colegio que haya de decidir sobre las recusaciones, que ha sido la solución por la que mayoritariamente ha optado el Pleno.

Esa solución se ha seguido ya en casos de otros inadmisiones liminares, como la resuelta por el ATC 80/2005, de 17 de febrero y en los recursos de amparo 8940/2005, 7172/2006, 2193/2007 y 3152/2007, respectivamente mediante providencia de 17 de abril, en el primer caso y de 4 de julio en los tres restantes, aunque en ninguno de los casos se contenga doctrina explícita sobre la composición del Tribunal que pueda traerse aquí a colación.

Por lo demás la solución por la que se ha optado está anunciada, aunque en los respectivos casos no fuese necesario integrar a Magistrados abstenidos o recusados, en el acuerdo del Pleno Gubernativo de este Tribunal de 20 de marzo de 1986, y recordada en el reciente ATC de 16 de octubre de 2007 (dictado en este mismo recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007), en los que se establecía como límite para la admisión de abstenciones y recusaciones el de que no se impidiera con ellas el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal y que pudiera quedar respetado el mínimo del art. 14 LOTC.

Evidentemente la aplicación efectiva de dicha doctrina, cuando en el caso de que se trata se infrinjan los límites que en ella se fijan, no puede hacerse sino por un colegio que integre a los Magistrados recusados.

Incluso este Tribunal ha admitido la posibilidad del rechazo a limine de recusaciones con participación del propio recusado en casos excepcionales, sin lesión con ello del derecho fundamental al Juez imparcial, como en los casos de las SSTC 47/1982, de 12 de julio y 155/2002, de 22 de julio.

Tal solución, por lo demás, no es cuestionada ahora por ninguna de las partes del proceso, por lo que no es necesario abundar más en su justificación.

Tan solo censura la recurrente, no la composición en sí del Tribunal, que explícitamente acepta, sino que la composición del Pleno se haya decidido “sin oír a las partes”, pues, en su criterio, “la composición del Pleno que haya de decidir las recusaciones planteadas, integrando a los recusados entre quienes han de tomar la decisión no es un asunto menor, ni que pueda decidir por sí y ante sí el Tribunal sin oír a las partes”.

En ese contundente planteamiento se echa de menos la cita de algún concreto precepto legal que pudiera servirle de fundamento. Frente a lo argüido por los recurrentes debe afirmarse que la composición del Tribunal no es cuestión que esté supeditada a ninguna intervención previa de las partes que ante él comparezcan, sino que es cuestión establecida directamente en la Ley, cuya interpretación en el caso excepcional aquí planteado entra directamente en las facultades exclusivas del Tribunal sin el condicionante que echan en falta los recusantes

La parte recurrente y recusante vincula su censura sobre la falta de audiencia previa con el resultado final del incidente, que, a su juicio, puede resultar determinado por la decisión que se adopte al respecto.

Tal argumentación en realidad no se refiere a la composición del Pleno, sino al a su juicio necesario tratamiento conjunto de todas las recusaciones, objetivo claro de su planteamiento procesal, en el que se pone en evidencia que lo que se pretende con sus recusaciones es reaccionar frente a las recusaciones del Gobierno, lo que deberá ser objeto de enjuiciamiento en un momento posterior. Ahora basta decir que dicho planteamiento nada tiene que ver con la composición del Tribunal, que se acepta, ni con la necesidad, no fundamentada en la invocación de ninguna norma legal precisa, como se ha indicado, de que para llegar a ella tenga que partirse de la previa audiencia de las partes al respecto.

4. La siguiente cuestión a analizar, según la sistemática antes anunciada, es la que los recusantes enmarcan en la rúbrica de “irregularidades del procedimiento”.

Cuando los recusantes argumentan sobre “la quiebra del principio de prioridad” no indican ninguna norma legal que regule tal principio, lo que deja sin base inequívocamente discernible la afirmación de un principio tal.

Las obligadas modalizaciones de la aplicación supletoria de las normas de la LOPJ y de la LEC por la imposibilidad de sustitución de los Magistrados recusados, de que antes hicimos mención, unidas a la necesidad de salir al paso de intentos de abusos de derecho o fraude procesal, cuando existan elementos que puedan generar la fundada sospecha de que las recusaciones se formulan, no para su fin institucional de garantizar la imparcialidad de los Magistrados, sino para alterar la composición del Tribunal, son bases suficientes para que éste pueda establecer el orden de prioridad para el enjuiciamiento de recusaciones sucesivas, sin necesidad de atenerse al orden cronológico de su respectiva formulación, que puede ser invertido, si con ello se impide el éxito del intento de abuso o fraude procesal.

Tal es, por lo demás, el criterio seguido por este Tribunal en las recusaciones sucesivas planteadas en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, y ello a pesar de que las recusaciones sucesivas en aquel caso no ponían en riesgo la constitución del Tribunal. Tal precedente, por coherencia doctrinal, debe servir de obligada pauta en este caso, cuya singularidad, según se ha explicado, consiste en la dificultad para la formación del Tribunal mismo.

Ante todo debe destacarse que aquí es precisamente la segunda de las recusaciones, objeto de las presentes actuaciones, la que determina por sí sola, independientemente del orden en que se analice, la situación crítica referida. Por ello su inmediata solución resulta inaplazable mediante la obligada prioridad del enjuiciamiento de tal recusación, que es la que provoca el problema. Bastaría esta explicación para que pudiera considerarse innecesaria una complementaria justificación del orden seguido, no obstante lo cual resulta conveniente detenerse más en las razones que los recurrentes echan en falta.

Se refieren los recusantes al contenido de los votos particulares formulados por los Magistrados Sres. García-Calvo y Rodríguez-Zapata, en los que se cuestionaba el orden de enjuiciamiento seguido. Precisamente el hecho de que se trate de votos particulares pone en evidencia que, sin perjuicio del respeto que lógicamente aquéllos merecen, la opinión de la mayoría del Pleno es la contraria, por lo que el argumento no resulta determinante.

Es oportuno señalar, no obstante, que la explicación de uno de dichos votos acerca de la ratio decidendi del orden seguido en el caso de la recusación de la Presidenta del Tribunal, en la que se acentúa el dato de la condición institucional de la recusada, no destaca como merece el contenido esencial de esa ratio, según resulta de la lectura del Auto que la decidió. La condición de Presidenta como razón para anteponer el análisis de su recusación al de las otras dos recusaciones pendientes, no fue sino un añadido complementario a la expresada antes: “por la extemporaneidad de la misma y por carecer manifiestamente de todo fundamento”.

Pero en cualquier caso, el referido voto particular, al centrarse en la recusación de la Presidenta para justificar la tesis que sostiene, silencia el hecho de que en el precedente proceso el análisis de la recusación del Magistrado que formula el voto, recusación que en el orden de planteamiento ocupaba el segundo lugar, se antepuso al de la primera, anteposición que dicho voto no explica. De ahí que en absoluto se desvirtúa por dicho voto el valor del precedente. Igualmente en el otro voto particular se abunda en la misma tesis sobre el orden de análisis procedente, en referencia a su vez al voto particular que el mismo Magistrado emitió en su día en relación con el Auto que decidió la recusación de la Presidenta. El propio hecho de que respecto de dicho Auto el Magistrado aludido suscribiese voto particular, demuestra que la cuestión fue discutida en el Pleno, que no acogió la tesis del Magistrado firmante del voto particular, de ahí que éste considerase oportuno formularlo, siendo la tesis del Pleno la de que la paralización del curso del pleito impuesta por el art. 225.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), no impedía que las sucesivas recusaciones formuladas en él determinasen de por sí, y sin necesidad de una formal admisión de las mismas, la exclusión del recusado del colegio llamado a decidir las demás recusaciones.

En definitiva, el hecho de que la tesis de la parte sea compartida por dos Magistrados del Pleno, no resulta argumento eficaz cuando se esgrime frente a un Pleno cuya mayoría no aceptó en su momento las tesis de los dos Magistrados discrepantes.

Los recusantes aducen en su crítica del orden de análisis seguido en este caso, en cuanto lesivo de su derecho, que, al seguir ese orden, “se desestima sin acuerdo expreso, sin tramitación, fundamento, y sin notificación, la expresa petición de acumulación pedida por esta parte”.

Es claro que la táctica procesal de los recurrentes consiste en unificar el tratamiento de la recusación por ellos formulada con el de la formulada por el Gobierno. Pero que ello sea así, no supone que el Tribunal tenga que atenerse de principio al planteamiento de la parte, y a la distorsión del iter procesal que tal planteamiento supone.

Ni la equiparación de partida que la parte afirma para sostener su petición de acumulación de las recusaciones, ni el mismo régimen legal de las acumulaciones son datos que puedan justificar la petición de los recusantes.

En cuanto a lo primero, se trata, no de una mera descripción fáctica, sino de una valoración de parte. Es incuestionable que en las dos recusaciones sucesivas no se trata de unos mismos hechos, sino de hechos distintos, que, como tales, deberán ser enjuiciados sin disolver de entrada su propia individualidad fáctica.

Y en cuanto a lo segundo, hay que tener en cuanta que el régimen legal de las acumulaciones en los procesos ante el Tribunal Constitucional está regido en exclusiva por la LOTC, y en concreto por su art. 83, sin que esa materia se incluya entre aquéllas en las que el art. 80 LOTC llama a la aplicación supletoria de la LOPJ y la LEC. Pues bien, el art. 83 citado sólo regula “la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión”. Y una cosa es la acumulación de procesos, y otra muy diferente la acumulación de incidentes distintos de un mismo proceso. A lo que debe añadirse que la acumulación se postula antes de que dichos incidentes hayan sido admitidos, siendo lo normal que la acumulación se decidiera, si fuera procedente, después de la admisión, y no antes.

No está de más añadir que aunque la LEC no sea aplicable a la cuestión que nos ocupa, tampoco en ella existe la previsión de acumulación de incidentes distintos de un proceso.

Resulta así que la petición de acumulación carece de cobertura legal y se formula como base de un intento de reacción frente a una recusación precedente, como los propios recusantes declaran con reiteración, lo que supone un dato significativo de un uso desviado de las normas del proceso. Ambas razones justifican el rechazo de la petición. A lo que debe añadirse que para el rechazo que aquí se proclama no existe norma legal que obligue al Tribunal a un pronunciamiento previo al de la actual resolución.

Falta, pues, una norma de procedimiento en relación con la que pueda afirmarse que su desconocimiento sea causante de la irregularidad de procedimiento imputada al Tribunal.

5. La última de las irregularidades procesales que los recusantes alegan se enmarca bajo la rúbrica de “sobre la preconstitución de la prueba”.

Todas las argumentaciones atinentes a ella se refieren a la comunicación dirigida al Presidente en funciones en este proceso, suscrita por los seis Magistrados a los que se refería la noticia del diario “El Mundo”, sobre la que se basa su recusación.

Para los recusantes, en una enunciación sintética de su planteamiento, la incorporación de dicha comunicación a las recusaciones que ahora nos ocupan no se adecua al procedimiento detallado y exhaustivo de los arts. 223 a 228 LOPJ, en el que el trámite de prueba tiene su momento señalado en el art. 225.3 [por error se cita el 225.4 LOPJ], impidiendo el art. 225.4 incorporar esa comunicación, siempre en tesis de la parte, por la suspensión del curso del proceso que ese precepto establece. El planteamiento se completa con una calificación del contenido del escrito, que llega incluso a tacharse de “falso”.

Ante todo conviene hacer una observación de partida: la de que todo el planteamiento de los recusantes se sustenta en una base implícita de referencia al régimen de la prueba al establecido en la LEC, aunque no llegue a afirmarse así, y de una base explícita de limitación del momento de la prueba a lo regulado en las normas de la LOPJ sobre el trámite de la recusación.

Dicho planteamiento desconoce de arranque que el régimen de la prueba en los procesos atribuidos al conocimiento del Tribunal Constitucional se rige en exclusiva por la LOTC, sin que en la supletoriedad establecida en su art. 80 se incluya ninguna alusión a la prueba.

El que el art. 80 declare la aplicación supletoria de la LOPJ y de la LEC, entre otras materias, en la de recusación y abstención, no excluye la aplicación de las normas de la LOTC aun en esas materias, sin necesidad de acudir al régimen supletorio, cuando hay precepto de aquélla aplicable al caso.

El régimen de la prueba en la LOTC se diferencia con gran intensidad del que es propio de los procesos regidos por la LEC en razón de los diversos intereses en juego en los distintos procesos, siendo destacable la amplitud de las facultades de oficio del Tribunal Constitucional, sin paralelo en los procesos regidos por la LEC.

Las únicas normas rectoras de la prueba en los procesos constitucionales son las de la LOTC, y en concreto sus arts. 88 y 89. De ahí que, aun admitiendo a los meros efectos dialécticos la calificación de la comunicación que nos ocupa como prueba, el marco legal en el que la misma debiera analizarse no podría ser otro que el de los artículos de la LOTC citados.

A partir de esa consideración debe recordarse lo dispuesto en el art. 89.1 LOTC, según el cual “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estime necesario y resolverá libremente sobre la forma o el tiempo de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días”. Si a ello se une que, según lo dispuesto en el art. 89.1 “El Tribunal Constitucional podrá recabar de los Poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional…”, el que en el momento liminar de una recusación fundada en exclusiva en una información periodística, alusiva a una reunión de varios Magistrados, éstos dirijan al Presidente en funciones del proceso una comunicación como la aquí cuestionada, y esa comunicación se acuerde por el Pleno incorporarla a las actuaciones de la recusación, ni infringe el régimen procesal de la prueba ante el TC por razón atinente al momento, ni lo dispuesto en el art. 225.4 LOPJ.

Aunque la comunicación referida podría calificarse como prueba, su incorporación a las actuaciones de la recusación en el momento liminar de su enjuiciamiento para admisión o inadmisión tiene plena cobertura en los preceptos referidos de la LOTC.

Si el Tribunal, según lo dispuesto en el art. 88.1 LOTC, puede recabar informes relativos al acto origen del proceso constitucional, facultad que se ejerce con absoluta normalidad por este Tribunal con carácter previo a la admisión de recursos de amparo, que, recibida una comunicación equiparable en su significación a un informe, acuerde su incorporación a las actuaciones, tiene cobertura legal inequívoca en los arts. 88.1 y 89, y en modo alguno supone irregularidad procesal de ningún género.

En todo caso, cuando lo que está en juego, según se ha razonado al principio sobre la singularidad de este caso, es la salvaguarda de la jurisdicción del Tribunal, puesta en riesgo por las recusaciones que ahora nos ocupan, el uso de las facultades que el art. 89 LOTC otorga al Tribunal, reforzadas por la previsión del art. 4 LOTC, que en su momento se indicó, tiene el soporte legal inequívoco de esas normas. Y ello aun en la discutible hipótesis de que esa comunicación, al margen del significado que pueda atribuírsele, pueda ser calificada propiamente como prueba, sobre lo que se volverá después de razonar la inexistencia de óbice derivado del art. 225.4 LOPJ.

La suspensión del curso del pleito que en este precepto se establece lógicamente no afecta al incidente de recusación, para cuya tramitación precisamente se suspende el pleito. Y aquí es el caso que la unión a las actuaciones de la comunicación que nos ocupa, referida en exclusiva al hecho base de la recusación, que no al objeto del pleito, no se ha decidido, en virtud de acuerdo formal del Pleno sino en la providencia de 15 de noviembre, dictada precisamente en las actuaciones de la recusación.

Volviendo a la cuestión atinente a la consideración de la comunicación como prueba, se ha de destacar que se trata más que de tal, de un acto interno del propio Tribunal, que no es necesariamente encuadrable en aquella categoría procesal, la cual supone de partida una distancia lógica entre la prueba y el órgano al que la misma se dirige.

Uno de los elementos de la singularidad de este caso, difícilmente repetibles es que se recusa a unos Magistrados del Tribunal por conversaciones de los mismos acaecidas en el seno interno del Tribunal, de las que sólo ellos son los primarios conocedores, y que sólo a través de ellos pueden ser conocidas por sus compañeros. Que en esas circunstancias los protagonistas del hecho base de la recusación comuniquen la falsedad del mismo al resto de los miembros del Tribunal, que junto con ellos, en el caso de cuatro de los firmantes, deben pronunciarse sobre el significado jurídico de la actuación que se les imputa, que como se acaba de decir, no es necesariamente encuadrable en la categoría procesal de la prueba, aunque en todo caso, según se ha razonado antes, ese hipotético encuadramiento sería compatible con la regularidad procesal de tal discutible prueba.

En todo caso, si de lo que se trata es de reaccionar frente a intentos de alteración de la composición del Tribunal y de entorpecimiento del ejercicio de su jurisdicción, en cuanto constitutivos de abuso o fraude procesal, sería contrario a ese objetivo el que a los Magistrados a los que se imputa una determinada actuación pueda imponérseles el silencio acerca de su auténtica realidad, dando lugar con él a la tramitación de unas recusaciones sin otra base que una información de un periódico sin firma de autor ni de fuente.

6. El Comisionado de los Diputados recurrentes aduce como único y común fundamento de la recusación de los tres Magistrados recusados, con invocación de las causas recogidas en las reglas 10ª, 13ª y 16ª del art. 219 LOPJ, la información periodística publicada en el diario El Mundo, el jueves 25 de octubre de 2007, bajo el título “Tres Jueces del TC anticiparon su acuerdo con la ‘enmienda Casas’” y el antetítulo “Tremps, Aragón y Sala expresaron su opinión en una reunión con la presidenta”. Según la referida información firmada por “El Mundo”, de la que se deja constancia en el escrito de recusación, “Los Magistrados del Tribunal Constitucional (TC) Pablo Pérez Tremps, Manuel Aragón y Pascual Sala se mostraron partidarios de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) —que ahora tienen que enjuiciar y por la que se prorroga el mandato de María Emilia Casas como presidenta— en una reunión convocada por ésta para analizar la situación creada por la reforma”. “A esa reunión —continúa la información—, celebrada el pasado 12 de junio, asistieron también el vicepresidente del tribunal, Guillermo Jiménez, que ha sido prorrogado en su cargo gracias a la enmienda Casas, y el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas, que pertenece al mismo tercio de Magistrados que los anteriores, todos ellos elegidos en junio de 2004. Rodríguez Arribas, sin embargo, no quiso manifestar su opinión, remitiéndose al Pleno del Tribunal”. Concluye la información afirmando, a los efectos que a este incidente interesan, que “[L]as fuentes consultadas aseguraron que, en el transcurso de la conversación, Aragón llegó a proponer incluso que se difundiera una nota de prensa para dar a conocer el parecer favorable de lo que entendía era la mayoría del tribunal”.

Las aseveraciones que se hacen en la transcrita información, que tiene por objeto una conversación interna entre Magistrados del Tribunal celebrado en su sede, en el sentido que los Magistrados recusados habían manifestado su opinión favorable a la constitucionalidad de los preceptos objeto de reforma de la LOTC impugnados en este proceso, ha sido rotunda y tajantemente desmentida por todos los Magistrados que han participado en la reunión sobre la que versa la información. En efecto, en la comunicación dirigida por éstos al Presidente en funciones para el enjuiciamiento del presente recurso de inconstitucionalidad, cuya validez y la procedencia de su incorporación a este incidente ya han quedado despejadas, declaran que “[…] lo hablado por cada uno de nosotros en la reunión celebrada el día 12 de junio entre la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal Constitucional doña María Emilia Casas Baamonde, el Excmo. Sr. Vicepresidente don Guillermo Jiménez Sánchez, y los Magistrados Excmos. Sres. don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, sin carácter jurisdiccional ni gubernativo, no se corresponde en ningún extremo con lo que se indica en la información recogida en el diario “El Mundo” el día 25 de octubre”. En lo que a los concretos aspectos de este incidente interesan, también desmiente el tenor de la información publicada la comunicación dirigida por el Magistrado Excmo. Sr. don Ramón Rodríguez Arribas al Presidente en funciones en fecha 14 de noviembre de 2007, que consta unida a los autos, en la que manifiesta que aunque el contenido de la anterior comunicación “responde a la verdad, no es toda la verdad”, asevera seguidamente y de manera rotunda y clara que “[E]n efecto, corresponde a la verdad que, contra lo expuesto en la noticia del periódico, en aquella reunión no se habló de la constitucionalidad de la Ley reformadora de la LOTC, que nadie propuso la celebración de una conferencia de prensa y que tampoco yo dije que me reservada las opiniones para el Pleno […]”.

Las dos comunicaciones efectuadas por quienes en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional participaron en la reunión interna sobre la que ha versado la información periodística en la que se sustenta la recusación de los tres Magistrados ahora considerada desmienten tajante y radicalmente ésta, privándola totalmente de la necesaria e imprescindible fundamentación fáctica. La no aportación de un principio de prueba en que se sustente la recusación formulada, por las circunstancias ya expuestas, ha de determinar en este momento su inadmisión, pues 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” (ATC 195/2003, de 12 de junio).

En último término, es de añadir, 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.

7. La conclusión alcanzada es por sí misma suficiente para finalizar aquí el enjuiciamiento de esta recusación. Sin embargo, dadas las circunstancias concurrentes, no puede dejar de resaltarse que la duda que podría vislumbrarse en el escrito de recusación sobre un uso desviado de ese instituto procesal, legalmente previsto en aras de la garantía de la imparcialidad de los Magistrados de ese Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional (ATC 26/1007, de 5 de febrero, FJ 2), ha quedado plenamente esclarecida en el escrito de alegaciones presentado por la parte actora en el trámite del art. 84 LOTC, abierto por providencia de 15 de noviembre de 2007.

En efecto, el Comisionado de los diputados recurrentes en el referido escrito de alegaciones proclama en diversos pasajes que la recusación formulada constituye una “reacción” a la “insólita recusación” que el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno de la Nación, ha efectuado también en este proceso en relación con otros dos Magistrados. Nada hemos de decir aquí y ahora sobre la recusación formulada por el Abogado del Estado, por no ser el momento procesal oportuno, únicamente debemos constatar en este momento el uso indebido que por la parte actora se ha hecho de un instituto tan importante como es el de la recusación, confundiendo la legitima oposición a una recusación que, a su juicio, carece de fundamento, lo que habría de poner de manifiesto, en su caso, al evacuar el preceptivo trámite de audiencia a las partes del proceso que procedería abrir de tramitarse dicha recusación, con la instrumentalización del instituto de la recusación para una finalidad distinta de la que está prevista para ella, cual es la imparcialidad y objetividad de todo Tribunal, en cuanto constituye “una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” [ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3]. Mediante aquella instrumentalización lo que se persigue en realidad es contrarrestar las posibles consecuencias que en la composición de este Tribunal pudieran derivarse de la hipotética estimación de una recusación que el propio Comisionado de los diputados recurrentes tilda en sus escritos de insólita y considera carente de fundamento.

El apuntado uso desviado del instituto de la recusación por la parte actora se pone asimismo de manifiesto en este caso en la falta de coherencia que cabe apreciar entre el argumento esgrimido en el escrito presentado en el trámite de alegaciones del art. 84 LOTC de que todos los Magistrados son recusables en este proceso o no lo es ninguno, y la actitud procesal adoptada de recusar solamente a tres Magistrados y no al resto, que, de seguir esta argumentación en todas sus consecuencias, estarían igualmente incursos en las causas del art. 219 LOPJ que se aducen en el escrito de formulación de la recusación y, por consiguiente, también deberían ser recusados.

Este Tribunal no puede cerrar la argumentación del Auto sin destacar que, sin perjuicio de la libertad de las partes en el ejercicio de sus facultades procesales, es exigible en todo caso que se guarde el respeto que institucionalmente le es debido al Tribunal y a sus miembros, exigencia que no se ha observado en el escrito de alegaciones del Comisionado de fecha 20 de noviembre.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir las recusaciones de los Excmos. Sres. don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil siete.

### Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel al Auto dictado por el Pleno el 27 de noviembre de 2007, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, por el que se inadmite la recusación de tres Magistrados de este Tribunal

Con el mayor respeto debido a la mayoría de los componentes del Tribunal Constitucional que han rechazado liminarmente la recusación formulada contra tres de mis compañeros —los Excmos. Sres. don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps— paso a formular en este Voto particular mi discrepancia con tal determinación en base a las siguientes consideraciones.

1º) El fulminante que produce la ignición de tan peculiar e “innovadora” decisión —tanto procedimental como conclusiva— del Auto con el que muestro mi disconformidad, no es otro que la decidida determinación de la Excma. Sra. Presidenta y el Excmo. Sr. Vicepresidente de este Tribunal de abstenerse del conocimiento del asunto que tan directamente les afectaba y que no era otro que la reforma legislativa que prorrogaba su mandato en calidad de tales.

Esta fue introducida por vía de enmienda y sin justificación alguna en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica en la que se inserta (acontecimiento normativo de singular significado que alcanza cotas de “olvido” verdaderamente relevantes cuando la última razón que preside su introducción en una Ley referida a un Tribunal Constitucional es que tiene pendiente ante sí las decisiones más relevantes de su trayectoria sobre el encaje constitucional de Textos Estatutarios de tanta transcendencia político-institucional como el de de Cataluña).

Dicha abstención fue aceptada por Auto del Tribunal de 16-10-2007.

2º) Producida esa situación el Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas, pasa a ejercer sus funciones como Presidente del Tribunal y produce —el 31 de octubre de 2007— un acuerdo del siguiente tenor:

“Como Presidente en funciones en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, por la abstención de los Excms. Srs. Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, y ante la anómala situación procesal producida por la simultaneidad temporal de las recusaciones de cinco de sus magistrados, situación sin precedente cuyo tratamiento obliga a arbitrar alguna solución totalmente innovadora, no exenta de posibles críticas teóricas, he de acordar formar una pieza de consulta a todos los magistrados actualmente componentes del órgano jurisdiccional en el proceso para, una vez oída la opinión de cada uno de ellos, obrar en consecuencia, convocando, si la opinión mayoritaria lo aconseja, el Pleno, que, inevitablemente, debería estar integrado con la participación de los magistrados recusados, los cuales de este modo intervendrían en el enjuiciamiento de su propia recusación.

De no contar con el apoyo mayoritario a tal posible solución procesal desde la actual composición del Pleno con diez magistrados, la salida sería, en su caso, la de aplazar la continuidad del proceso a la próxima renovación del Tribunal para que pudiera alcanzarse el mínimo legalmente establecido en el art. 14 LOTC con magistrados no afectados por la recusación.”

Asimismo y con igual fecha, pone en conocimiento de todos los Magistrados del Tribunal respectivas comunicaciones que literalmente dicen:

“Excmo. Sr.:

La coincidencia temporal de la recusación de cinco magistrados del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, acompañada de las previas abstenciones de la Excma. Sra. Presidenta y del Excmo. Sr. Vicepresidente del Tribunal, ya admitidas por el Pleno, provoca una situación procesal para la que en la remisión del art. 80 LOTC a la LOPJ y a la LEC no existe norma de aplicación al caso, con base en la que pudiera éste resolverse.

Ante ello, como Presidente en funciones en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007 con fecha de hoy he acordado abrir una pieza de consulta escrita a todos los magistrados intervinientes en el proceso para a la vista de sus contestaciones optar por la solución que proceda según el parecer mayoritario, solución que necesariamente constituiría, en su caso, una completa innovación procesal ante una situación de necesidad sin precedentes.

La aplicación del criterio, seguido en anteriores casos de recusaciones, de excluir del colegio llamado a decidirlas a los magistrados recusados, impide en éste alcanzar el mínimo establecido en el art. 14 LOTC para la adopción de acuerdos, lo que conduciría a la inmediata paralización del proceso.

Debe atenerse estrictamente al precedente referido y a las exigencias del citado precepto, la única solución viable sería dictar un acuerdo por el Presidente en funciones, aplazando el trámite de las recusaciones hasta la próxima renovación del Tribunal, para que con los nuevos magistrados pudiera alcanzarse el mínimo establecido en el art. 14 LOTC. Tal aplazamiento, obvio es decirlo, implica la paralización del recurso de inconstitucionalidad.

Considero que una solución como la indicada tiene el gravísimo inconveniente de que supondría admitir que por actos de parte (art. 32.1 LOTC), en este caso del Presidente del Gobierno y de los diputados recurrentes, recusantes ambos, se bloquearía el ejercicio de la función jurisdiccional que este Tribunal tiene atribuida, y se crearía un precedente de indudable gravedad, cuyas perjudiciales consecuencias en el futuro es innecesario explicitar.

La alternativa a esa solución sería, en su caso, optar por otra, absolutamente innovadora, no sólo sin base legal precisa, como ya he indicado, sino contraria al criterio seguido en otros casos de recusaciones temporalmente coincidentes (caso del recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006). Tal solución se justificaría, a mi juicio, en la doble consideración de la necesidad de hacer valer a las partes el respeto de la potestad jurisdiccional del Tribunal, sin dejar a su disponibilidad un posible bloqueo de la misma, y en la de que el criterio seguido en otros casos partía del supuesto de que en ninguno de ellos la ausencia de los recusados impedía alcanzar el mínimo establecido en el art. 14 LOTC para la adopción de acuerdos.

La solución podría consistir en la convocatoria de un Pleno integrado con la participación de todos los magistrados recusados, que inevitablemente intervendrían en el enjuiciamiento de sus propias recusaciones y de las de los demás.

Una solución de este tipo viene implícitamente anunciada en la doctrina de este Tribunal refleja en el acta del Pleno gubernativo de 20 de marzo de 1986, y en el reciente Auto de 16 de octubre de 2007 (recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007); si bien en cada uno de esos dos casos en los que se establecían como límite para la admisión de abstenciones y recusaciones el de que no se impidiera con ellas el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal y pudiera quedar respetado el mínimo del art. 14 LOTC, el pronunciamiento de la doctrina se hacía por colegios de magistrados que sobrepasaban ese mínimo.

No obstante la aplicación efectiva de la referida doctrina descansa, a mi juicio, en la base implícita de que pueden existir casos en los que el colegio llamado a hacerlo deba constituirse con la integración de magistrados recusados.

Al propio tiempo se debe observar que este Tribunal, aún sin un pronunciamiento de doctrina invocable en este caso, de hecho ya ha procedido a rechazar “a limine” recusaciones afectantes a la totalidad de sus miembros, mediante una decisión de los mismos magistrados recusados en los recursos de amparo núms. 8940-2005, 7172-2006, 2193-2007 y 3152-2007.

Espero la respuesta de V.E. al planteamiento que someto a su consideración antes del martes día 6 de noviembre, para decidir lo que proceda sobre la convocatoria o no del Pleno en esa semana.”

3º) También con igual fecha, el 31-10-2007, (puesto que la diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia así lo hace constar expresamente) el Excmo. Sr. Presidente en funciones le hace entrega del escrito que, firmado el 29 de octubre de 2007 (es decir, dos días antes), han elaborado seis de los Magistrados y que, reproducido en su integridad expresamente manifiesta:

“Al Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente en funciones para el enjuiciamiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.

Excmo. Sr.

Tenemos el honor de poner en conocimiento de V.E., a los efectos que puedan resultar oportunos, que lo hablado por cada uno de nosotros en la reunión celebrada el día 12 de junio entre la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal Constitucional doña María Emilia Casa Baamonde, el Excmo. Sr. Vicepresidente don Guillermo Jiménez Sánchez, y los Magistrados Excmos. Sres. don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, sin carácter jurisdiccional ni gubernativo, no se corresponde en ningún extremo con lo que se indica en la información recogida en el diario “El Mundo” del día 25 de octubre.

Ninguno de los presentes comunicó al exterior lo allí tratado.

Madrid, veintinueve de octubre de dos mil siete.

Pablo Pérez Tremps Manuel Aragón Reyes

Pascual Sala Sánchez Ramón Rodríguez Arribas

Guillermo Jiménez Sánchez María Emilia Casas Baamonde”

Ante dicho escrito, quién suscribe este Voto y mi compañero el Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez dirigimos al Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas el día 5 de noviembre de 2007 la siguiente comunicación:

“Nos referimos al escrito que hemos recibido en el día de hoy y que le remiten seis Magistrados de este Tribunal en relación con el contenido de la recusación de tres de ellos.

No teniendo noticia de que se haya abierto la pieza de recusación de dichos Magistrados, le rogamos que nos informe si dicho escrito ha sido incorporado a los autos y, en dicho caso, en qué concepto y en virtud de qué resolución; o, en caso contrario, si va a ser devuelto a sus firmantes por ser procesalmente prematuro”.

El día 6-11- 2007, aquélla es respondida en los siguientes términos por el Excmo. Sr. Conde: “Excmo. Sr.: En contestación a su escrito de fecha 5 de noviembre le comunico que al recibir el de los Magistrados a que V.E. se refiere, personalmente dirigido a mí, hice entrega del mismo a la Secretaria del proceso, la cual por diligencia, con mi conformidad, lo dejó unido al proceso. En todo caso tiene a su disposición la consulta personal del proceso con su pieza.”

Escrito que —también el 31-10-2007— y por Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente en funciones se remite al resto de los Magistrados

“Como complemento de la comunicación que acabo de remitirle, le adjunto copia del Acuerdo en ejecución del cual le he dirigido aquélla y copia del escrito que me ha sido dirigido por los Excms. Srs. Magistrados doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta del Tribunal, don Guillermo Jiménez Sánchez, Vicepresidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.”

Dicho acuerdo y comunicaciones se hacen llegar a la Excma. Sra. Presidenta del Tribunal el mismo día 341-10-2007, la cual responde al Excmo. Sr. Presidente en funciones en el recurso de inconstitucionalidad 6729-2007 lo que sigue:

“Excmo. Sr.: Acuso recibo de la comunicación que me envía con fecha 31 de octubre de 2007, adjuntando el Acuerdo y las comunicaciones que ha dirigido a los Magistrados con esa misma fecha, agradeciéndole esa remisión y la adopción de las decisiones procedentes para preservar el ejercicio de la jurisdicción en el Tribunal Constitucional. Madrid, dos de noviembre de dos mil siete.”

4º) Todos los Magistrados “consultados”, el día 5-11-2007, emiten respuesta a la solicitud planteada por el Excmo. Sr. Presidente en funciones, haciendo gracia de las consideraciones vertidas al efecto para no extenderme en demasía en el contenido de este voto, con las siguientes conclusiones:

a) El Excmo. Sr. don Javier Delgado Barrio, manifiesta literalmente: “(…) —necesariamente debe haber juez que resuelva sobre las recusaciones y necesariamente ha de respetarse el quórum— me lleva a la conclusión de que procede la convocatoria del Pleno con asistencia de diez magistrados, es decir, incluyendo a los cinco respecto de los cuales se ha formulado recusación. Y este es mi parecer que, naturalmente, puede se(r) modificado como consecuencia de la deliberación”.

b) La Excma. Sra. doña. Elisa Pérez Vera, dice expresa y literalmente: “(…) considero adecuado que, como Presidente en funciones en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, convoque un Pleno de diez magistrados en el que se integrarían también todos los magistrados recusados, sin que ello suponga manifestación de criterio sobre otros extremos contenidos en sus escritos.”

c) El Excmo. Sr. don Eugenio Gay Montalvo, expresamente ser pronuncia en el siguiente sentido: “(…) me parece del todo oportuno la propuesta que hacer de reunirlo jurisdiccionalmente compuesto por los cinco Magistrados no recusados y los cinco que ahora mismo lo están. Como bien dices, los antecedentes que cita de nuestra propia Doctrina aunque escasos, suficientes, avalan esta acertada decisión que, además, se halla consolidada en derecho comparado”.

d) El Excmo. Sr. don Pascual Sala Sánchez, manifiesta: “(…) estoy de acuerdo con la solución que V.E. indica en su comunicación de convocar un Pleno del Tribunal del que formarían parte los Magistrados recusados” así como “No necesito resaltar a V.E. , dada la situación del Tribuna , la urgencia de que se resuelva separadamente sobre la admisibilidad de los dos escritos de recusación presentados”.

e) El Excmo. Sr. don Manuel Aragón Reyes, expone: “Que sin perjuicio de mi no coincidencia con algunos extremos de dicho escrito, a los que después me referiré, expreso a V.E. mi conformidad con la solución que allí se nos propone de convocar un Pleno de diez miembros para resolver las recusaciones que han provocado la situación de necesidad que habilita a este Tribunal (por las razones que en dicho escrito muy bien se expresan y con el apoyo de nuestra doctrina y en nuestros antecedentes que también allí se señalan) para apartarse de determinadas reglas procesales en atención al superior principio de preservar la jurisdicción constitucional” manifestando asimismo “Por último, debo dejar constancia de que, en mi opinión, y dada la interpretación restrictiva que, sin duda, aquí, como en toda medida excepcional, se impone, la solución extraordinaria de apartamiento de determinadas reglas procesales debe cesar inmediatamente que desaparezca la situación de necesidad que la legitima.”

f) El Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps, explícitamente se pronuncia por: “(…) la alternativa propuesta en la nota de convocar un Pleno integrado con la participación de todos los magistrados recusados para resolver sobre las recusaciones planteadas” añadiendo también: “Esta solución suscita como cuestión inmediata el orden de resolución de las recusaciones planteadas. Ello ha sido ya resuelto por este Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad 8045-2005, en el que la resolución de las recusaciones planteadas se produjo en sentido inverso al de su presentación. Además, abonan a favor de esta tesis el evitar la presentación de recusaciones temerarias con la finalidad de altera la composición del órgano que deba resolver sobre las recusaciones previamente planteadas, con el efecto llamada que puede implicar”

g) El Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata, en sendos escritos dirigidos al Excmo. Sr. Presidente sustituto (art. 222 LOPJ) para el enjuiciamiento del recurso de inconstitucionalidad 6729-2007 y fechado el 5-11-2007, manifestó “(…) Una vez que V.E. me ha aclarado, en carta fechada en el día de hoy, la naturaleza jurisdiccional de la referida pieza de consulta, haré las siguientes observaciones.

a) La pieza ha sido abierta de oficio, por un acuerdo del Excmo. Sr. Presidente en funciones de 31 de octubre de 2007. No obstante, tal decisión debiera ser adoptada por providencia del Pleno, al ser éste el órgano competente para incoar incidentes procesales en los procesos constitucionales de su competencia.

b) Una vez que haya sido abierto el incidente procesal, deberán ser oídas las partes, como acontece con todos los incidentes que se tramitan ante esta Tribunal, lo que habrá de realizarse antes de iniciarse su deliberación y votación.

c) La deliberación deberá hacerse con arreglo a las normas generales (art. 80 LOTC en relación con los arts. 253 LOPJ y 197 LEC), lo que excluye que los Magistrados deban expresar anticipadamente su criterio por medio de cartas o notas escritas.

d) La resolución del incidente deberá adoptar la forma de auto, al tener por objeto un presupuesto procesal (arts. 86.1 LOTC en relación con los arts. 80 LOTC y 245.1 b) LOPJ), cual es la composición del órgano llamado a resolver las recusaciones planteadas”.

Asimismo dicho Magistrado, el 7-11-2007 envía al Excmo. Sr. Presidente sustituto (art. 222 LOPJ) el siguiente escrito: “Mediante su comunicación de 6 de noviembre he tenido conocimiento de que V.E. ha dispuesto que el escrito que le han dirigido personalmente seis Magistrados de este Tribunal en relación con la recusación de tres de ellos, ha sido unido a la pieza de consulta escrita abierta por V.E. el 31 de octubre. Le pido que proceda a su inmediato desglose y devolución a los firmantes, por las siguientes razones:

a) La decisión de unir documentación a la referida pieza abierta debiera ser adoptada por providencia del Pleno, al ser éste el órgano competente para cualquier decisión jurisdiccional en los procesos constitucionales de su competencia.

b) El escrito no guarda ninguna relación con el objeto de la referida pieza, que no fue otro que el de fijar la composición del órgano llamado a resolver las recusaciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.”

h) El Excmo. Sr. don Ramón Rodríguez Arribas formuló las siguientes observaciones literales: “(…) En segundo lugar, la medida de ante la situación creada por las propias partes, posponer la resolución del asunto hasta una próxima renovación del Tribunal, aunque podría tener el coste de poner de manifiesto la posibilidad del bloqueo institucional propiciado por la actividad de las partes, sería comprensible para cualquier observador, en un caso verdaderamente excepcional y podría tener el valor pedagógico de llamar la atención sobre la conducta procesal de quienes han llevado al Tribunal a esta situación.

La otra solución que se propone, consistente en convocar el Pleno a los diez Magistrados no abstenidos, incluyendo a los recusados, para que conozcan todos juntos de todas las recusaciones, incluidas las propias, me parece difícilmente sostenible desde el punto de vista procesal y sometible a severas críticas doctrinales.

Otra cosa sería —siempre tras madura reflexión— que ese Pleno conociera de las distintas recusaciones convertidas en lo que procesalmente son, es decir, acciones personales de apartamiento de cada uno de los Magistrados recusados (así, individualmente, se contemplan en la LOPJ y en la LEC a que se remite en estas materias el art. 80 LOTC), excluyendo de cada deliberación al Magistrado directa y personalmente afectado por la recusación de la que se trate.”

Las anteriores precisiones —al margen de las que como autor y firmante de este Voto Particular formalizaré más particularizadamente— no tienen otra finalidad que fijar cronológicamente las fechas de solicitud de las consultas, la presentación del escrito de los seis Magistrados firmantes (firmado el día 29-10-2007) y la mayoritaria determinación de los componentes del Tribunal referida al tratamiento de la cuestión suscitada en un Pleno integrado por diez Magistrados tras las abstenciones aprobadas para constatar no sólo la perentoriedad -explicable ante una situación como la suscitada- sino una determinación conclusiva que deja sin respuesta reflexiva diversas cuestiones de naturaleza eminentemente procesal.

4º) Esta insólita situación presenta dos puntos de inflexión: el primero, la inexistencia de coincidencia temporal en las recusaciones de los cinco magistrados que, sin embargo, se afirma por el Presidente en funciones en la pieza de consulta que decide abrir. El segundo, la determinación del Presidente en funciones de desplazar al resto de los componentes del Tribunal no abstenidos su exclusiva responsabilidad para soportar una decisión que el mismo califica de “innovación procesal, carente de base legal alguna o contraria al criterio seguido en otros casos de recusaciones temporalmente concurrentes”. Ambas circunstancias me permitieron calificar la referida consulta de prematura y carente de base legal, me llevan ahora a discrepar de la solución finalmente adoptada.

Teniendo presentes las manifestaciones que ya realicé en el escrito que formalice el día 5 de noviembre de 2007 —aunque desconociendo porqué en el Auto en el que formulo este Voto se omite tanto el tratamiento que merezco como mi segundo apellido (vid. Página 18)— así como los razonamientos expuestos en el Voto particular que formalicé el 15 de noviembre de 2007 al que de manera destacada se refiere el Auto del que discrepo, paso a referirme a las incidencias acaecidas en la tramitación de esta pretensión recusatoria, que descalifican esencialmente la justificación de su parte dispositiva.

En primer lugar, mantengo mi disconformidad con la imaginativa, encomiable y exhaustiva exposición que se me hizo llegar cuando en ella se afirmaba rotundamente la existencia de “coincidencia temporal de la recusación de cinco magistrados del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007”, pues entre una y otra recusación mediaron casi ocho días.

En segundo lugar, mi especial situación como recusado por el Abogado General del Estado previa decisión del Gobierno de la Nación acordada en sendos Consejos de Ministros, creo que merece una específica consideración, no de trato preferencial más sí en cuanto al cumplimiento estricto de las previsiones legales para los supuestos de recusación. Y ello, en lo que ahora interesa, se traduce en rechazar el incomprensible desplazamiento hacia mí y al resto de los Magistrados de una decisión que únicamente al Presidente corresponde, pues en ella se postula una corresponsabilidad que no nos compete, dado que la determinación del criterio a adoptar le corresponde exclusivamente al Presidente en funciones del Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 165 CE y según prevén los arts. 15 y 80 LOTC, en relación con lo preceptuado en la LOPJ.

Finalmente, y ya en cuanto a la decisión adoptada mayoritariamente en relación con el orden de prioridades para el conocimiento de las recusaciones formuladas, tanto la invocación de precedentes que pretenden justificar la solución adoptada, como la propia calificación del acuerdo adoptado de “innovación procesal”, “sin base legal alguna” y “contrario al criterio seguido en otros casos de recusaciones temporalmente concurrentes”, me hacen posicionarme claramente en contra de dicha decisión, por las razones que inmediatamente se expondrán.

5º) Siendo la defensa de la jurisdicción del Tribunal una clave institucional, y precisamente por ello, debe ejercerse con exquisito rigor y con la máxima cautela, máxime cuando lo discutido es, como en este caso, la imparcialidad de una parte relevante del Colegio de Magistrados. Y lo cierto es que existían soluciones procesales que permitían, empleando el mismo término que el Auto de que disiento utiliza en el FJ 4 al referirse a la acumulación de los incidentes de recusación, ajustarse a lo “normal”, es decir, a resolver las pretensiones de recusación según el estricto orden de presentación, alejando así cualquier indeseable sospecha de arbitrariedad o de parcialidad en el tratamiento de los incidentes planteados.

Sobre esta cuestión conviene recordar que, en relación con la prioridad en el conocimiento de tales incidentes, el ATC 383/2006, de 2 de noviembre (en cuyas deliberaciones y acuerdo no tomé parte), expresaba hasta tres razones que entonces aconsejaron anteponer la resolución del incidente al que dicho Auto se refería a otras dos pretensiones de recusación que habían sido planteadas en el mismo proceso: su extemporaneidad, su carencia manifiesto de fondo y estar dirigida contra la Presidenta del TC, que ostenta su máxima representación y tiene atribuidas las más relevantes funciones en relación con el funcionamiento interno de este órgano constitucional.

En el caso que ahora nos ocupa son otras, sin embargo, las circunstancias que se invocan. La primera, las obligadas modalizaciones derivadas de imposibilidad de sustitución de los magistrados recusados. La segunda, la necesidad de salir al paso de intentos de abuso de derecho o fraude procesal que persiguen alterar la composición del Tribunal. La tercera, el hecho de que es precisamente la recusación que ahora nos ocupa la que genera una situación crítica.

Lo extraño es que, si se analizan estas tres circunstancias, resulta lo siguiente;

- En relación con los intentos de alterar la composición del Tribunal, ello nada tiene que ver con la alteración de la prioridad en el conocimiento de los incidentes, porque exactamente igual finalidad de salir al paso de abusivos intentos se habría alcanzado resolviendo el incidente cuando cronológicamente le hubiera correspondido.

- Por su parte, en relación con la supuesta situación crítica, en este caso no existe porque, aún apartando a los Magistrados recusados por el Gobierno, habría quórum suficiente (ocho magistrados), para poder conocer del incidente de recusación que ahora se resuelve.

- Finalmente, en relación con las modalizaciones derivadas de la imposibilidad de sustitución, es cierto que pueden y deben aplicarse, pero restrictivamente y únicamente cuando sea imprescindible, y éste no es el caso, como se ha indicado. Y es que, como el Magistrado Sr. Aragón Reyes expuso en la comunicación que dirigió al Presidente en funciones al evacuar la tan repetida consulta, “dada la interpretación restrictiva que, sin duda aquí, como en toda medida excepcional, se impone, la solución extraordinaria de determinadas reglas procesales debe cesar inmediatamente que desaparezca la situación d necesidad que la legitima”. Y en este caso, como se ha indicado, tal situación excepcional no concurre.

Pero aún más curioso es que el Auto mayoritariamente aprobado, en su FJ 4, afirma que “ante todo debe destacarse” que esta recusación es la que determina, independientemente de la otra y del orden en que se analice, la situación crítica referida” (el subrayado es mío). Y, en función de ello, concluye que “su inmediata solución resulta inaplazable mediante la obligada prioridad del enjuiciamiento de tal recusación, que es la que provoca el problema”. Pero lo cierto es que el hecho de que esta recusación provoque “un problema” nada tiene que ver con la prioridad en su conocimiento, ni lo justifica en absoluto porque, como el propio Auto dice, esta supuesta situación crítica (que no lo es porque, como se puede ver, el Tribunal Constitucional dispone de medidas para preservar su jurisdicción), es independiente del orden en que se resuelvan los incidentes.

Por ello, insisto, habida cuenta que lo que se está cuestionando es la imparcialidad del Tribunal, y habida cuenta que, según el propio Auto, el orden de resolución de los incidentes era irrelevante, no debía haberse alterado el orden normal de resolución, transmitiendo al exterior, de modo innecesario, una apariencia de arbitrariedad y falta de imparcialidad por parte del Tribunal, porque ni estábamos ante una situación “crítica”, ni recurrir a esta medida apartada de la normalidad era imprescindible para la defensa de nuestra jurisdicción.

6º) Si ya es cronológicamente explícita la coincidencia de acuerdos, diligencias, complemento de comunicaciones, he de destacar ahora el alcance del escrito que fechado el 29-10-2007 formalizaron seis de mis compañeros, y ello por las razones que en esta exposición se contienen, y que se refieren tanto a su contenido como a las personas que estampan en él su firma y rúbrica, ya que estimo que ambos componentes conforman una irregularidad de tal magnitud procesal que no es admisible por más que la intención de los integrantes del grupo hacedor de tal escrito aparenten no tener otra finalidad que la de comunicar en negativo al Presidente en funciones una conversación mantenida entre ellos que “no se corresponde en ningún extremo con lo que se indica en la información recogida en el diario “El Mundo” del día 25 de octubre” así como que “ninguno de los presentes comunicó al exterior lo allí tratado”.

En realidad el fin perseguido no es otro que el de conseguir la preconstitución de una prueba por parte de tres de sus firmantes, los Excmos. Sres. don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, y ello al margen del procedimiento en el que debe insertarse dicho comunicado.

Tal proceder conforma un dislate procesal iniciado antes de abrirse al episodio recusatorio que, bajo la denominación de incidente, tiene diversas fases a las que, por disposición del art. 80 LOTC en relación con los arts. 217 y ss. LOPJ, ha de ajustarse escrupulosamente —dada la excepcionalidad de un mecanismo que afecta a la composición de un Tribunal y, que por ello, según se desprende de nuestra normativa, ha de cumplir unos hitos procedimentales ineludibles como: la declaración incidental, el efecto paralizante del curso de la causa principal (art. 225-4º LOPJ) en el que tiene lugar el ejercicio de un Derecho de las partes del proceso, la inmediatez de su proposición al conocimiento de la causa que lo motiva, el nombramiento de instructor y de un ponente, las alegaciones, la prueba y la conclusión decisoria sobre su procedencia o desestimación.

Pues bien,—como ya he señalado— antes de que haya tenido lugar ninguno de tales trances —salvo el del planteamiento de la recusación por una de las partes del proceso— los referidos Sres. Magistrados ya han procedido, prematuramente a propiciar la preconstitución de una prueba que, por su extemporaneidad, propia redacción, —en cuanto dos negaciones afirman “no se corresponde en ningún caso”— y calificación procesal de los intervinientes, merece mi rechazo y causa indefensión a las partes, salvo que se haga abstracción del régimen procesal de tan excepcional mecanismo, que lo es en cuanto puede determinar el apartamiento de los afectados para enjuiciar el objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.

Según ya precedentemente anuncié la reprobación aludida se sustenta en tres razones fundamentales que privan de operatividad a la comunicación que se analiza y permiten, según mi modesta opinión, exigir su exclusión en lo que a la incorporación a los Autos se refiere, de suerte que si ésta ya se hubiera producido —como se deducía del comunicado del Presidente en funciones— postulaba desde este momento el desgajamiento de tal acumulación procesal y la subsiguiente devolución del escrito a sus autores.

El primer basamento que descalifica la extemporánea y prematura maniobra a la que me estoy refiriendo no es otro que la intervención en la misma de dos Magistrados, cuya abstención —fue aprobada por resolución firme del Pleno de este Tribunal el día 16 de octubre de 2007— pues una vez producido el apartamiento de la causa que, consecuentemente, produce la estimación referida, los afectados por la abstención así homologada jurisdiccionalmente, carecen de capacidad para intervenir en cualquier incidencia provocada o suscitada en el proceso sin que pueda recomponerse tal situación por más empeño que pongan en ello los recusados o por muy alta que sea la función que desempeñen en el seno del Tribunal.

El segundo de los argumentos que, a mi entender, desvanece la eficacia del intento de preconstitución probatoria, lo ofrece, con deslumbrante evidencia, la participación en dicho proceder de tres Magistrados recusados respecto a los cuales ni siquiera se ha abierto el incidente exigible normativamente y, mucho menos por ello, la fase probatoria en la que tendría encaje una manifestación de esta naturaleza. El empeño demostrado en excluir el “carácter jurisdiccional ni gubernativo” de lo hablado en la reunión precitada, no es sino una manifestación voluntarista destinada a propiciar la precitada preconstitución de una prueba que, además de no ser procedente en este momento procesal, lleva aparejada la constatación de una posición excluyente con la pretendida capacidad de fundar una recusación.

La participación, en un comunicado de tal naturaleza y finalidad afectante a los tres Magistrados recusados, de un Magistrado ni abstenido ni recusado como es el Excmo. Sr. don Ramón Rodríguez Arribas, resulta —salvo que se contemple desde una óptica de amigable compañerismo— además de incomprensible, un elemento definitivo de descalificación de las afirmaciones que se contienen en el escrito de referencia. Y ello porque el referido Magistrado manifestó, no sólo en conversaciones privadas con otros Magistrados, entre ellos el que firma este escrito, sino en el contexto del debate suscitado en torno al cuestionamiento de la continuidad como Presidenta de la Excma. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde a virtud de la prórroga de su mandato introducida por el art. 16-3º LOTC, que su opinión era plantear a dicha Excma. Sra. como previa su dimisión antes de la convocatoria de un Pleno en el que, posteriormente, se ratificaría su mandato como Presidenta en los términos previstos en el meritado precepto.

7º) Por si fuera poco, el Magistrado Sr. Rodríguez Arribas, uno de los firmantes del escrito, se dirige al Presidente en funciones Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas en los siguientes términos literales:

“Al Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente en funciones para el enjuiciamiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007.

Excmo. Sr.

En relación con el documento de fecha 29 de octubre de 2007, firmado por seis miembros de este Tribunal, entre los que me encuentro, suscrito en relación con la información recogida en el diario “El Mundo”, del día 25 de octubre y conforme a lo que ha manifestado en el Pleno del día de hoy, quiero dejar constancia de los siguiente, también a los efectos que puedan resultar oportunos para V.E.

El referenciado escrito lo firmé en la creencia —ahora veo que equivocada— de que al estar dirigido a V.E. “a los efectos que puedan resultar oportunos” no iba a tener acceso a las actuaciones, ya que solo pretendía poner “negro sobre blanco” si lo hablado en la reunión celebrada en el despacho de la Excma. Sra. Presidenta de este Tribunal el día 12 de junio del corriente estaba o no en concordancia con la también referida noticia periodística.

De haber comprendido que el documento se incorporaría a las actuaciones hubiera puesto de manifiesto, en primer lugar, que viene a integrar una prueba preconstituida, en segundo lugar, que, cuando menos, resultaba inconveniente que junto con mi firma figurasen la de dos miembros de este Tribunal abstenidos en dichas actuaciones, situación ya firme, y de otros tres recusados en las mismas, pendientes de resolución y finalmente que, aunque el contenido del documento responde a la verdad, no es toda la verdad.

En efecto, corresponde a la verdad que, contra lo expuesto en la noticia del periódico, en aquélla reunión no se habló de la constitucionalidad de la Ley reformadora de la LOTC, que nadie propuso la celebración de una conferencia de prensa y que tampoco yo dije que me reservaba las opiniones parar el Pleno. Ahora bien, también es verdad —como por cierto, en parte, ha aparecido en noticias de prensa, concretamente en El País— que manifesté que la reforma legal era fruto de la desconfianza de los políticos, que esa desconfianza era injusta porque no hubiera sido posible remover la presidencia al vencimiento del término del mandato, e incluso llegué a jurar que personalmente no adoptaría ninguna determinación en ese sentido, proponiendo la dimisión de la Excma. Sra. Presidenta y del Excmo. Sr. Vicepresidente y la convocatoria de un Pleno para su ratificación en los cargos, oponiéndome a cualquier declaración institucional al respecto, propuesta que fue desechada por los demás porque podría suponer una “insumisión” y porque el momento pudo haber sido el anterior a la promulgación de la Ley.

En Madrid a catorce de noviembre de dos mil siete.

Fdo. Ramón Rodríguez Arribas”.

La simple lectura de dicho documento es más ilustrativa que cualquier otra consideración aunque, estas aún parcas, no deben descartarse. A tener de su propia comunicación resulta que el Excmo. Sr. Rodríguez Arribas:

a) resultó engañado en cuanto al destino final del documento

b) calificó el mismo de prueba preconstituida

c) consideró inconveniente la firma de dos Magistrados abstenidos por resolución firme del Tribunal Constitucional

d) refirió que el contenido del documento responde a la verdad, pero no es toda la verdad, e) propuso la dimisión de la Excma. Sra. Presidenta y del Excmo. Sr. Vicepresidente y la convocatoria de un Pleno para la ratificación de sus cargos

f) y, al fin, se opuso a cualquier declaración institucional al respecto, propuesta que fue desechada por los demás.

8º) De todo lo anterior resulta que uno de los elementos singulares de este caso, espero que difícilmente repetible, es que se recusa a unos Magistrados del Tribunal Constitucional por conversaciones de los mismos acaecidas en el seno de dicho órgano.

La decisión mayoritaria sustenta su decisión en que las dos comunicaciones unidas a los autos, suscritas por quienes tomaron parte en tales conversaciones, desmienten tajante y radicalmente el supuesto contenido atribuido a las mismas por las informaciones periodísticas en que se apoya la pretensión de recusación. Afirma el Auto que “las aseveraciones que se hacen en la transcrita información, que tiene por objeto una conversación interna entre Magistrados del Tribunal celebrado en su sede, en el sentido de que los Magistrados recusados habían manifestado su opinión favorable a la constitucionalidad de los preceptos objeto de reforma de la LOTC impugnados en este proceso, ha sido rotunda y tajantemente desmentida por todos los Magistrados que han participado en la reunión sobre la que versa la información”. Y, por tal razón, estima que esta circunstancia priva a la pretensión de recusación “de la necesaria e imprescindible fundamentación fáctica”.

Sin embargo, el hecho objetivo es que la comunicación en la que los Magistrados denuncian “tajante y radicalmente” la falsedad del hecho base de la recusación, está contradicho, en otra singularidad absolutamente excepcional, por el segundo escrito ya referido, también unido a las actuaciones, del que se desprende que el contenido del documento anterior no recoge toda la verdad de lo acontecido en dicha reunión en la que, obviamente, sí se abordó la situación creada en el Tribunal Constitucional con la entrada en vigor de la reforma de la LOTC.

Este segundo escrito, redactado, como se ha indicado, por uno de los seis magistrados firmantes del anterior, Excmo. Sr Rodríguez Arribas, se omite en los Antecedentes y sólo parcialmente se transcribe en los Fundamentos Jurídicos del Auto de que discrepo. En efecto, se transcribe en el Auto que “corresponde a la verdad que, contra lo expuesto en la noticia del periódico, en aquella reunión no se habló de la constitucionalidad de la ley reformadora de la LOTC, que nadie propuso la celebración de una conferencia de prensa y que tampoco yo dije que me reservaba las opiniones para el Pleno”. Pero, curiosamente, se omite que el Sr. Rodríguez Arribas también indica que eso no fue “toda la verdad”.

Y ante esta doble situación excepcional, no puede afirmarse sin mayor razonamiento, como hace el Auto, que no existe principio de prueba, y que la recusación ha quedado privada totalmente de la imprescindible fundamentación fáctica. Parece evidente que no puede sustentarse la inadmisión de la recusación en la inexistencia de un principio de prueba, cuando el desmentido “tajante” de los magistrados se ve precisamente contradicho por la afirmación igualmente “tajante” de uno de los magistrados de que dicho desmentido anterior no incluye “toda la verdad”.

9º) En realidad, junto a todo lo anterior, el Auto finalmente afirma, en el último párrafo del FJ 6, que “en último término, es de añadir 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”.

Esto es rigurosamente cierto y puede y debe compartirse. De hecho, es la clave de este asunto y debía haber sido su única ratio decidendi. Y, para llegar a tal conclusión, ni era necesario ni debía haberse analizado el contenido de las conversaciones que entre sí hubieran mantenido los Magistrados, o las cartas, actas o demás soportes en que tales conversaciones se hubieran documentado. Todas estas conversaciones, actas, cartas, etc., son actuaciones desarrolladas en el ejercicio de las funciones propias de los Magistrados del Tribunal Constitucional y, por tanto, no son aptas para sustentar la admisión a trámite de una recusación.

De hecho, la mejor y más radical defensa de nuestra Jurisdicción habría sido no entrar en el marco pretendido por los recusantes y, en su lugar, haber afirmado el carácter interno y reservado de tales conversaciones y la plena libertad de los magistrados para intercambiar opiniones y consideraciones jurídicas, oralmente o por escrito, sobre cualesquiera asuntos del interés del Tribunal.

Como ya dijimos en el ATC 18/2006, de 24 de enero, “salvo que se desvirtúe el contenido de la garantía de imparcialidad, no puede pretenderse la recusación de un Juez por el mero hecho de tener un criterio jurídico anticipado sobre los asuntos que debe resolver”. Y aún menos puede ello pretenderse por la libre expresión e intercambio de puntos de vista y opiniones por parte de los Magistrados, en el seno del Tribunal, ya que este Tribunal, como el resto de Tribunales Jurisdiccionales, “debe ser integrado por Jueces que no tengan la mente vacía sobre los asuntos jurídicos sometidos a su consideración”, “Jueces con una mente abierta a los términos del debate y a sus siempre variadas y diversas soluciones jurídicas” (ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3).

La anterior conclusión es aún más clara ante la evidencia de que tales opiniones y criterios previos pueden verse modificados precisamente como consecuencia de la propia discusión interna, del enriquecimiento que pueden suponer las alegaciones de las partes, y del propio debate jurídico interno. Como ejemplo, obsérvese, en este mismo asunto, la propia comunicación remitida por el Magistrado Sr. Delgado Barrio al Presidente en funciones Sr. Conde Martínez de Hijas, en la que, tras exponer su punto de vista inicial sobre la cuestión discutida, expresa con natural prudencia que “éste es mi parecer que, naturalmente, puede se(r) modificado como consecuencia de la deliberación”.

Pero, si como ocurre en este caso, la razón de inadmitir no es ésta, sino la inexistencia de principio de prueba, esto jamás debió haberse hecho sobre la base de un escrito firmado por unos Magistrados cuyo contenido está tajantemente contradicho (“no es toda la verdad”, afirma), por uno de los firmantes de aquél.

En base a todo ello, justifico mi desacuerdo con la decisión mayoritariamente aceptada y por las razones expuestas, y a través del cauce que me ofrece el art. 90-2º LOTC, manifiesto mi opinión discrepante defendida igualmente en la deliberación que ha conducido a esta resolución.

En Madrid, a tres de diciembre de dos mil siete.Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al Auto dictado por el Pleno el 27 de noviembre de 2007, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, por el que se inadmite la recusación de tres Magistrados de este Tribunal

1. La cuestión esencial a resolver en este caso no es la verdad, toda la verdad o la mentira de lo que se habló en el despacho de la Excma. Sra. Presidenta de este Tribunal, cuando la misma convocó a los tres Magistrados recusados y al Excmo. Sr. Rodríguez Arribas el 12 de junio de 2007. El Auto mayoritario no debió decidir (como hace en el FJ 6) ni discutir, valorar escritos sobre lo que se habló, o, siquiera, entrar a examinar si era cierto o era falso que se opinara en dicha reunión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley que prorroga del mandato de la Excma. Sra. Casas; sobre la pertinencia de su dimisión para ser reelegida o sobre la conveniencia o inconveniencia de una declaración institucional sobre ello (según prueba la declaración escrita del Excmo. Sr. Rodríguez Arribas unida a los autos, aunque que no se transcriba, completa y en debida forma, en el Auto del que discrepo).

¿De qué pueden hablar los Magistrados de un Tribunal Constitucional cuando se reúnen en un despacho de su sede oficial, sin riesgo de ser recusados? A la luz de la razón de decidir del Auto mayoritario los Magistrados pueden “conversar” “con carácter general” (sic en FJ 6 in fine) sobre cualquier cosa, pero es necesario “desmen[tir] tajante y radicalmente” —y además por escrito— que hablen sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes (sic en FJ 6 cit.).

Todos los Tribunales Constitucionales han tenido y tienen, como función nuclear, la de resolver si las leyes son, o no, conformes a la Constitución. Concluir, como hace la decisión de la mayoría, que es necesario desmentir “tajante y radicalmente” que los miembros de tan alta Institución puedan opinar con libertad, dentro de su propia sede y en el ejercicio de las funciones de su cargo, sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de cualquier Ley, incluso sobre la suya propia, es algo que no sólo entra en el esperpento, sino que, de consolidarse en nuestra doctrina, sería letal para la independencia e inamovilidad que exige la Constitución de 1978 para los miembros del Tribunal constitucional en el ejercicio de su mandato (art. 159.5 CE).

2. Tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, su art. 16.3 ha pasado a disponer que:

“Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”.

La actual Presidenta fue elegida, con mi voto, bajo la vigencia de una norma que contemplaba un concreto plazo de ejercicio en el cargo: tres años. No debía ser simple interpretar esa reforma legal para determinar si, atendiendo a su tenor literal, la prórroga automática que establece se aplicará sólo a las futuras elecciones que se produzcan estando ya en vigor el nuevo art. 16.3 LOTC o, como tuvo a bien entender la Excma. Sra. Presidenta, se le aplicaba ya a ella, a pesar de haber sido elegida bajo el imperio de una norma anterior que no preveía un automatismo en la prórroga de su mandato sin el consenso del Pleno del Tribunal.

Esta cuestión fue la determinante de las reuniones celebradas en el despacho de la Excma. Sra. Presidenta, en presencia del Excmo. Sr. Vicepresidente, a las que todos los Magistrados fuimos convocados por la expresada Sra. Presidenta, por tercios de renovación (como resulta del reportaje del diario ABC de 20 de octubre de 2007 “El Gobierno irrumpe en el TC y recusa a dos Magistrados por primera vez en la Historia” unido como documento número 2 de las pruebas del escrito de recusación que no se recoge —pese a que lo pedí expresamente en el Pleno— en los antecedentes ni en los fundamentos del Auto de la mayoría, pero tampoco se desmiente).

3. Pues bien, las manifestaciones realizadas por los Magistrados en las reuniones a las que fuimos convocados por la Excma. Sra. Presidenta —o en cualesquiera otras en las que nos encontremos en el legítimo ejercicio de nuestro cargo— no 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. Lo hablado, conversado o jurado en el despacho de la Excma. Sra. Presidenta fue realizado por los tres Magistrados recusados y por el Excmo. Sr. Rodríguez Arribas en el legítimo ejercicio de sus funciones constitucionales. En concreto, de la función constitucional que los arts. 160 de la Constitución y 9.1 LOTC atribuyen a los Magistrados en exclusiva: elegir al Presidente del Tribunal.

¿Pueden ser recusados los Magistrados del Tribunal Constitucional por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones? Este, y no otro, era el interrogante real que el Tribunal debía resolver. Sin embargo, el Auto aprobado por la mayoría del Pleno ni siquiera lo aborda.

4. La cuestión no es enteramente novedosa para este Tribunal Constitucional, que ha expresado en el ATC 454/2006, de 12 de diciembre, que no puede admitirse que la opinión vertida en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente corresponden a los Magistrados, pueda dar lugar a la revelación de un interés que permita su recusación (FJ 6). Y me parece claro que tanto las funciones de naturaleza jurisdiccional como las de carácter gubernativo son funciones que constitucionalmente corresponden a los Magistrados de este Tribunal.

En todas y cada una de las actuaciones inherentes al ejercicio de su cargo cualquier Magistrado ha de tener la tranquilidad no sólo de pensar como quiera, sino de poder exteriorizar con toda libertad su criterio jurídico, por singular que éste sea, sin tener temor alguno a que su transmisión interesada a un medio de comunicación le inhabilite o limite en el libre ejercicio de la alta función jurisdiccional a que ha sido llamado. 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, 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.

Y es que hay que recordar, en fin, que el art. 22 LOTC establece, desde nuestra misma Transición democrática, que los Magistrados del Tribunal Constitucional “no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones”. Esta garantía de inviolabilidad (que dimana del art. 159.5 CE y es paralela a la que establece el art. 71 CE para Diputados y Senadores) protege a los Magistrados del Tribunal Constitucional —a diferencia de los Jueces y Magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria— frente a cualquier intento de apartarles del ejercicio de su función constitucional o de hacer recaer sobre ellos cualesquiera consecuencias negativas a causa de las opiniones o criterios expresados en cualquier forma en el legítimo ejercicio de sus funciones.

5. Los razonamientos expuestos abocan a la conclusión de que procedía inadmitir las tres recusaciones planteadas. Así lo acuerda también el fallo del Auto de la mayoría, aunque por razones de decidir muy distintas y en términos que no puedo compartir, lo que impide que mi voto pueda ser concurrente.

Aquí podría finalizar este Voto particular. En el FJ 4 del Auto de la mayoría se hace, no obstante, una referencia a mi doctrina como miembro de este Tribunal, lo que me obliga a dar respuesta.

Disiento del tono desabrido del Auto, inusual en nuestra jurisprudencia; de su extracto de antecedentes, que es incompleto en extremos esenciales, y de sus razonamientos, que oscurecen un problema de fácil resolución.

Cuando en el FJ 4 se discute sobre Votos particulares (que no se citan, en contra del uso constante de nuestra jurisprudencia, y de los que no se precisa siquiera la fecha) el razonamiento se hace incomprensible para el lector.

El Voto particular que se desatiende, en el citado FJ 4, es el que yo formulé al ATC 383/2006, de 2 de noviembre (“Recusación de la Presidenta del TC por vínculo matrimonial con Catedrático de Universidad”). Cierto es que la doctrina de dicho Voto particular sigue siendo minoritaria pero, de aplicarse, habría permitido resolver este caso con facilidad alejando la supuesta existencia de situaciones de singularidad, necesidad o bloqueo (sobre las que razonan los FFJJ 1, 2 y 3 del Auto actual) que, al día de hoy, siguen siendo artificiales e inexistentes. No apartarse de la norma clara e imperativa del art. 225.4 LOPJ (ex art. 80 LOTC) habría permitido no vulnerar, como por desgracia se ha hecho, una regla auténticamente capital tanto en el common law angloamericano como en el Derecho romano-canónico de los Estados del continente europeo: “Nemo iudex in causa sua”. El razonamiento del FJ 4 sigue siendo, a pesar de esta aclaración obligada, comprensible con dificultad porque los dos Votos particulares a los que se refiere el repetido FJ 4 son otros distintos del ya citado. Y es que, en realidad, el antecedente de hecho 3 sí silencia que me ví obligado a emitir Voto particular a la providencia dictada en esta pieza de recusación el 15 de noviembre de 2007. De la existencia de ese Voto particular y la de otro Voto formulado a la misma providencia —y de lo que en ambos Votos particulares se dijo —no queda rastro en los antecedentes, incompletos como antes indiqué, del Auto del que disiento, lo que no parece conforme a las exigencias de motivación congruente y exhaustiva de nuestras resoluciones (art. 24.1 CE) cuando se critica en el Auto algo de lo que no ha dado cuenta previa ni el repetido FJ 4 ni los antecedentes de hecho de la propia resolución.

Con independencia de la coyuntura, realmente accidental, en la que todas estas actuaciones se producen, la cuestión de fondo planteada en las cinco recusaciones de este proceso seguirá teniendo, en el futuro, interés para la Justicia constitucional y para el Derecho procesal, dada la publicación de este Auto —no así las de los nuevos Votos particulares a las Providencias— en los repertorios de Jurisprudencia de este Tribunal, por lo que si algún estudioso se interesa por la tramitación de este incidente está abocado a consultar hemerotecas.

Y es que, por ejemplo, traté extensamente, en el Voto particular que formulé a la referida providencia, la singularidad de la denominada “pieza de consulta escrita” jurisdiccional (antecedente de hecho 2), en cuanto que en ella no opinaron las partes por escrito sobre lo que han de hacer en un caso concreto los Magistrados que integran un Tribunal, sino que fueron los Magistrados quienes se manifestaron, mediante carta o por notas escritas, sobre cómo resolver en Derecho, antes de una deliberación, los problemas que suscitaban las actuaciones de las partes y todo ello, en fin, sin permitir intervención alguna de éstas.

En los Tribunales Constitucionales debe valorarse la aportación a las resoluciones de la mayoría de Votos particulares que muestran que las concepciones jurídicas de cada Juez son individuales, distintas y reflexivas, por lo que se las defiende con la debida energía. Cuando un Tribunal practica el conservadurismo doctrinal hay que arriesgarse a ser minoría hoy para poder pasar a ser jurisprudencia constitucional mañana, en cuanto las instituciones son perennes y tienen una vida diferente a la de las personas que las ocupan en cada momento.

Por todo lo expuesto disiento, en

Madrid a veintisiete de noviembre de dos mil siete

Fdo.: Jorge Rodríguez-Zapata PérezVoto particular concurrente que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto al Auto del Pleno de 27 de noviembre , dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respeto a la opinión de mis compañeros, expreso mi parecer de que, estando conforme con la parte dispositiva del Auto de referencia y compartiendo sustancialmente la argumentación de los fundamentos jurídicos, sin embargo echo en falta que a la cuestión que considero fundamental para el rechazo liminar de las recusaciones se dedica solamente el siguiente texto: “En último término, es de añadir, 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.”

Por el contrario, a mi juicio y como manifesté en el curso de la deliberación, esta debía haber sido la parte central de la fundamentación jurídica de la resolución y haber constituido su ratio decidendi , por las siguiente razones:

1. La recusación, aunque materialmente trate de fundarse en dos recortes de prensa, en realidad lo hace sobre una supuesta conversación sostenida por varios Magistrados en un despacho del edificio del Tribunal, lo que sin duda ninguna puede calificarse como “actos”, o mejor, “actividades internas”.

2. Lo mismo que no es posible intentar siquiera una recusación que pretendiera basarse en una causa imaginaria y no prevista en la enumeración y descripción del art. 219 LOPJ, al que se remite el art. 80 LOTC , tampoco es jurídicamente posible que la recusación se trate de fundar en esas “actividades internas” de los miembros del Tribunal, entre otras cosas, porque convertiría en inviables las relaciones humanas dentro del mismo y lo que constituye el trabajo ordinario preparatorio o consecuente con sus funciones.

En un Tribunal colegiado las íntimas convinciones del Juez que dan lugar, en su momento, a una decisión jurisdiccional, no se forman solo, como en el caso del Juez unipersonal, en la intimidad de reflexiones solitarias , sino además en el contraste con las opiniones, ideas y concepciones jurídicas de los demás miembros del órgano, que no solo se producen en el acto formal de una deliberación, sino también en la preparación de ésta e incluso al margen de cualquier concreto proceso se van produciendo con la creación de estados de opinión, fijación de criterios y hasta modificación de los inicialmente concebidos por cada uno; esta es la natural y espontánea relación humana que se produce en el seno, físicamente representado por su sede, de un órgano jurisdiccional. Es más, en el caso del Tribunal Constitucional la formación de aquellas íntimas convicciones jurídicas, son fruto también de las relaciones con los Letrados del propio Tribunal , cuyo trabajo consiste precisamente en esa íntima colaboración con los Magistrados.

Pero es que además, no solo las conversaciones, sino otras “actividades internas”, como es el caso de las “notas de servicio”, aunque tengan trascendencia exterior a través de las eufemísticamente denominadas “filtraciones”, tampoco es razonable que puedan ser utilizadas para poner en duda la imparcialidad de los miembros del Tribunal, para convertirlos en seres silenciosos y llenos de recelos para quienes les rodean.

Aceptar, aunque solo sea a efectos dialécticos, y en cuanto afecta al caso presente, que hay que comprobar si unas conversaciones se han producido o no y cual ha sido su contenido, puede abrir un portillo nuevo a las recusaciones mas arbitrarias. Por ello y aunque ha quedado perfectamente claro que ninguno de los recusados realizó pronunciamiento alguno en materia de constitucionalidad de la Ley reformadora de la LOTC, a mi juicio y con el respeto ya manifestado a la opinión de la mayoría, debió dejarse perfectamente claro que, lo mismo que no pueden admitirse recusaciones que claramente no sean incardinables en los tasados supuestos previstos por la Ley, tampoco pueden admitirse las que tengan por fundamento supuestas conversaciones producidas en los despachos del Tribunal.

Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil siete

Fdo. Ramón Rodríguez Arribas