

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL-PLENO
INCIDENTE DE RECUSACIÓN 46/2015

Madrid, 6 de noviembre de 2015

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Hurtado Adrián, al que se adhieren los Ilmos. Srs. Magistrados D. Juan Francisco Martel Rivero, D. Nicolás Poveda Peñas y D. Fermín Echarri Casi, al auto del Pleno de la Sala, nº 81/2015, de 3 de noviembre de 2015.

PRIMERO.- Conviene comenzar el presente voto particular haciendo unas precisiones, a modo de introducción preliminar, que ayuden a comprender el criterio de quienes lo suscribimos.

A) Compartimos las consideraciones de índole dogmático y jurisprudencial que se realizan en el auto de la mayoría en torno al derecho al juez imparcial y a la imparcialidad objetiva; lo que no compartimos son las consecuencias que de ellas obtiene hasta llegar a la conclusión de que la apariencia de imparcialidad del magistrado recusado ha quedado afectada hasta el punto de considerar que transmite una percepción de parcialidad, suficiente para apreciar la concurrencia de la causa de recusación del art. 219 nº 10 LOPJ, por interés directo o indirecto en la causa.

Y porque compartimos esas consideraciones en torno al derecho al juez imparcial, es por lo que difícilmente se podrá mantener confianza en la Justicia, si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, ajeno y no condicionado en la toma de decisión a favor o en contra del planteamiento de alguna de las partes en litigio. Así, con carácter general, porque una eventual pérdida de imparcialidad, en principio, no hay que descartarla en cualquier tipo de procedimiento contencioso, en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales. Sin embargo, en el ámbito en que más se ha desarrollado la problemática que plantea esta cuestión, ha sido en el del proceso penal, porque, teniendo por objeto asuntos que inciden en la libertad del individuo, es fácil entender que en el tratamiento de un derecho fundamental, tan fundamental como este, se ha de ser más escrupuloso. Ahora bien, esto ha de ser entendido en el más exacto de sus sentidos, que es en lo concerniente al objeto y sujetos penales que en él intervienen, pues no hay que olvidar que nuestro proceso penal permite el enjuiciamiento dentro de su seno de un objeto civil, con responsables reducidos, exclusivamente, a este ámbito, donde, si el rigor en el tratamiento de esta cuestión no debiera ser de igual intensidad, con mayor razón debiera ser así tratándose de un partícipe a título lucrativo, cuya condición de responsable civil es, incluso, discutida, y, si lo fuere, su régimen se podría aproximar a criterios que rigen en materia de responsabilidad objetiva. Por ello, que estemos de acuerdo con la alegación que realizaba la representación del Partido Popular, cuando decía que "no olvidemos la particular condición procesal -secundaria y colateral- que dicho partido político ostenta en el presente procedimiento, que no es otra que la de supuesto partícipe a título lucrativo", consideración que, sin embargo, no parece que haya sido tomada en cuenta en el auto de la mayoría.

Para acabar este apartado, una reflexión final relacionada con lo anterior, como es que, si no un contrasentido, sí desde el punto de vista de la proporcionalidad, habría que preguntarse hasta qué punto es tolerable que la implicación de un actor secundario en el proceso penal, como es un mero partícipe a título lucrativo, pueda condicionar la formación de un tribunal penal, con la afectación que ello entraña en relación con el derecho al juez predeterminado por la ley. Es cierto que al plantear la recusación se menciona a dos de los acusados penalmente, pero, que así sea, en nada hace variar nuestro planteamiento, por cuanto que a ellos se llega a través del Partido Popular.

B) Consideramos, también, que no debemos dejar de hacer mención a la campaña mediática orquestada por un determinado sector de la prensa en torno a la presente recusación, así como a la articulada contra la Ilma. Sra. Presidenta de la Sección Segunda, con determinado tipo de opiniones y valoraciones, no positivas, generadoras de auténticos juicios paralelos, informados, no siempre, con el rigor jurídico que hubiera sido de desear, y que, si bien, con ello, no estamos afirmando que hayan tenido repercusión en la resolución adoptada, porque es jurídica, lo que no se puede negar es que la habida en torno a ambas recusaciones ha sido imposible que pasara desapercibida.

De hecho, en el escrito con que formula su recusación la representación procesal de Pablo Nieto Gutiérrez y otros, no solo se viene a reconocer, de alguna manera, esta consideración, sino que cabe llegar que va a más, cuando, en el tercero de sus antecedentes de hecho, comienza diciendo: *"Es notorio por otro lado la enorme trascendencia política, social y mediática del presente procedimiento que va a juzgar una presunta trama de corrupción..."*.

C) Asimismo, destaca la escasa atención que el auto de la mayoría dedica a nuestro auto del Pleno, 39/2013, de 27 mayo de 2013, dictado en expediente de recusación 14/2013, que desestimó una anterior recusación formulada contra el mismo magistrado, y en el que, como toda consideración para desviarse ahora de lo que entonces se decidió, se dice que la diferencia sustancial con la situación actual es que el Partido Popular no fue parte en aquel proceso.

El que se despache con tan escueta mención el referido antecedente nos parece insuficiente, pues, sin negar que es cierto esto que dice el auto de la mayoría, no es menos cierto que, para la recusación que entonces se articuló, se esgrimieron las mismas causas que se invocan ahora, que la parte recusante puso en relación con la amistad del magistrado con uno de los querrellados perteneciente al Partido Popular,

Sr. Trillo Figueroa, y con el propio Partido Popular, lo que llevó al Pleno a entrar en el fondo de esas causas de recusación alegadas, como una razón más para rechazar la recusación. No fue, por tanto, lo que entonces se dijo un "obiter dicta" de aquella resolución, sino que se entró al tratamiento sobre el fondo de lo alegado, lo que era razonable que así se hiciera, en la medida que el Partido Popular pretendía personarse en la causa como acusación popular, a lo que se oponía alguna de las partes personadas por entender que existían indicios de que dicho Partido pudiera haberse beneficiado de los delitos objeto de investigación, que es, en definitiva, la razón fundamental por la que se encuentra encartado en el presente procedimiento.

Con lo dicho, no pretendemos que el criterio de este Tribunal deba quedar petrificado y vinculado a anteriores resoluciones; ahora bien, si decide dar un cambio, más si es tan radical, debiera haber dado una explicación bastante más exhaustiva de por qué no se ha respetado lo que entonces se decidió, mucho más, cuando la que da, por mas que se llegue a considerar formalmente aceptable, sin embargo, desde el punto de vista de la razón de fondo, como se pasa a exponer, difícilmente es asumible.

En efecto, frente a tan escueta mención, consideramos que el paralelismo entre ambos expedientes es lo suficientemente semejante, como para apreciar una identidad de razón en su planteamiento; así lo evidencia la línea argumental utilizada en ambas recusaciones, y la prueba solicitada en aquella, consistente en recabar información a la fundación FAES para que certificara en cuantas ponencias, conferencias, cursos o seminarios pudiera haber tenido participación el Sr. López, o que se tomara declaración como testigo al Sr. Trillo Figueroa, son diligencias que aquí se han pedido por quienes ahora plantean la recusación. Ciertamente, no era parte el Partido Popular, pero la recusación de entonces se articuló sobre la relación y afinidad del recusado con dicho Partido, y, como así se articuló, así se dio contestación.

Consideramos, pues, que nada ha habido nuevo desde entonces en lo fáctico, salvo la presencia del magistrado, desde 2013, en cuatro actividades más de la fundación FAES; y, desde luego, tampoco en lo jurídico, como lo evidencia que ninguna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional, a la que acude el auto de la mayoría en apoyo de su conclusión es posterior a ese 27 de mayo de 2013; y la que ha habido con posterioridad por parte del Tribunal Constitucional, como se verá más adelante, insiste en el carácter tasado e interpretación restrictiva de que deben ser objeto de tratamiento las causas de recusación.

En apoyo de lo que se acaba de decir, transcribimos uno de los pasajes del auto dictado por el Pleno, 39/2103, el 27 de marzo de 2013.

En el FJ primero se decía lo siguiente: *"Por lo tanto, al no ser parte en el procedimiento seguido en el JCI n° 3 el Sr. Trillo, ni tampoco serlo el Partido Popular, ni siquiera se puede entender que concurra la causa de recusación 9ª del art. 219 LOPJ, que exige que la amistad lo sea con cualquiera de las partes, lo que sería suficiente, para, sin más consideraciones, rechazar la recusación formulada, por cuanto que la otra causa de recusación, la que pretende ampararse en la n° 10, se construye de una manera un tanto especulativa y poco menos que en el vacío, como se razonará más adelante. Aún así, a fin de evitar el menor asomo de queja, en los siguientes razonamientos jurídicos se pasará a dar alguna respuesta que aborde las cuestiones de fondo planteadas, y que, igualmente, nos ha de llevar a rechazar la recusación planteada"*.

Con el anterior pasaje hemos querido destacar la identidad de planteamiento y la decisión de la propia Sala de entrar a dar una respuesta de fondo; más adelante acudiremos a otros pasajes del auto, en apoyo de otras consideraciones en contra de la recusación.

D) Es también conveniente hacer alguna consideración en relación con el derecho al juez natural, predeterminado por la ley, que será breve, porque todos cuantos han intervenido en el presente procedimiento le han dedicado atención, aunque luego las conclusiones a las que se llega, tras pasar por una doctrina que, en términos generales, todos compartimos, no coinciden; por eso, en este apartado, se hará una indicación, que va informar el sentido de nuestra posición en el presente asunto.

Precisamente, porque al prosperar la recusación se altera la composición del tribunal inicialmente llamado a enjuiciar el asunto, no podemos compartir que, en el tratamiento de unas causas tasadas legalmente, se acuda a criterios que desborden esa taxatividad pretendida por el legislador, hasta el punto de convertir, poco menos que en una cláusula abierta, lo que es una lista cerrada; de ahí las consideraciones que se harán más adelante, para que, aun admitiendo que pueda darse alguna otra causa no prevista en la ley, la que se admita ha de ser con los criterios de interpretación restrictiva que, en nuestra opinión, marca la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Comienza el auto de la mayoría el FJ 3, que dedica a la imparcialidad objetiva, con una premisa de

arranque que no compartimos quienes formulamos este voto particular. Dice así:

"Lo que se denuncia en el caso es la relación del magistrado con alguna de las partes del proceso, dos personas acusadas y otras dos, una de ellas persona jurídica, contra quienes se dirige la acción como responsables a título lucrativo. De esa conexión se elabora una sospecha de apariencia de parcialidad que indicaría un interés directo o indirecto en el proceso, causa legal de recusación. Conviene destacar que no se le reprocha al profesional sus ideas o afinidades políticas, amparadas por el derecho constitucional a la libertad ideológica, sino la apariencia de parcialidad en virtud de las mencionadas relaciones".

Y decimos que no compartimos esa premisa de arranque, que va a condicionar el resultado final de la decisión, porque, en nuestra opinión, es, en realidad, esa afinidad política la causa de recusación. Lo que sucede es que, en acreditación de tal afinidad, se han traído una serie de datos o antecedentes, que es en los que quiere centrar la atención la mayoría, para obviar la afinidad política, porque, de centrarse en esta, daría como resultado el rechazo de la recusación.

En el escrito en que articula su recusación ADADE, en el apartado segundo, donde expone las que considera causas de recusación, va describiendo los hechos o antecedentes que atribuye al magistrado recusado, como son los relacionados con los pasos dados hasta su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional, o vocal del Consejo General del Poder Judicial, los cursos y actividades en que participó en la fundación FAES, o las incidencias habidas hasta su nombramiento como Magistrado de la Sala de lo Penal, tras su cese en el Tribunal Constitucional, y también menciona sus habituales colaboraciones con el diario "La Razón", sobre cuyo particular dice, expresamente, que, *"en sus colaboraciones revela sus afinidades políticas"* (folio 4 del escrito).

Es cierto que en el escrito planteando la recusación, ADADE repite, en más de una ocasión, que no se trata de incidir en la ideología o afinidades políticas de los magistrados que recusa, pero cuando analiza el Auto del Pleno del TC 180/2013, de 17 de septiembre, y entra en el apdo. b) de su FJ 5º, al referirse a la causa de recusación del art. 219 nº 10 (interés directo o indirecto), que considera trasladable al Magistrado aquí recusado, dice lo siguiente respecto de ese interés directo o indirecto (folio 31 del escrito):

"... el Auto en cuestión nos dice que "ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se planteó la recusación". Y no podemos menos que, siguiendo tal criterio, decir que el interés de los recusados por nosotros, se haya [sic] inequívocamente en las relevantes personalidades del PP cuyas conductas son objeto de enjuiciamiento y las propias del propio Partido Popular ya expresadas; de todo ello resulta manifiesto que, en atención a los datos objetivos y subjetivos que hemos dejado expuestos, los recusados cuya trayectoria rezuma afinidades con el Partido Popular, tiene interés (lógicamente) en que se declare exonerados de toda culpa a los expresados sujetos pasivos del proceso en cuestión".

Y en el cuarto fundamento de derecho del escrito (folios 35 y 36 del escrito), a modo de recapitulación, dice la Asociación recusante:

"Tenemos pues, por un lado, consolidadas muestras de la afinidad de los recusados con el Partido Popular y, por ende con las personas que a él pertenecen o han pertenecido. El tránsito a dar consiste pues en llegar a la conclusión de si esa afinidad puede considerarse algo más que meramente ideológica (siempre respetable), y si incide en alguno de los supuestos que consideramos aplicables a las causas de recusación (nº 9 y 10 del art. 219), todo ello a la vista de jurisprudencia que como botones de muestra hemos citado.

Y para obtener la conclusión adecuada -libre de perjuicios [sic]-, debe tenerse presente, a modo de elementos de comparación, tanto la relación de los recusados con el PP y su entorno, con lo que dicen los Tribunales de Justicia que son causas suficientes de recusación, según hemos expuesto; el "veredicto" al que creemos se llega fácilmente es que, bien podemos encontrarnos en el supuesto del apartado 9 (amistad íntima), bien, en el supuesto del apartado 10º, interés (directo o indirecto), ambos del artículo 219 de la LOPJ, porque llámese como se llame la indiscutible relación de los recusados con el PP y varios de sus dirigentes, es ¿acaso aventurado sostener que con el bagaje de datos existentes que ponen en evidencia las entrañables relaciones de los recusados con el PP y sus dirigentes, no exista la fundada sospecha de que desearían en lo recóndito de sus voluntades que no se viera involucrado dicho Partido en el "desagradable" asunto al que se le piden al mismo responsabilidades económicas y penas de cárcel para muchos de sus dirigentes?".

Es significativo el anterior pasaje del escrito de recusación, referido, no solo a uno, sino a los dos magistrados que se recusan, el Sr. López y la Sra. Espejel, en que, tras ponerse como denominador común de ambos su afinidad con el Partido Popular, o lo que llama su indiscutible relación con este partido, pasa a preguntarse si el bagaje de

datos que, respecto de cada uno, ha ido indicando, no evidencian esas *"entrañables relaciones"* con dicho Partido; es por ello que estimamos que la afinidad es el motivo real de la recusación, para cuya constatación es para lo que sirven los referidos datos que a cada uno de los magistrados se atribuyen (más en un caso, menos en otro), y así lo consideramos en la medida que, puesto que la afinidad ideológica no podía ser alegada sobre el vacío, se había de acudir a la búsqueda de algún elemento sobre el que apoyarla, que son esos datos, los cuales, en definitiva, no son sino la vía instrumental sobre la que se construye la auténtica causa de recusación.

Los escritos de las otras dos partes recusantes, entendemos que se mueven en similar línea de exponer una serie de hechos o antecedentes, coincidentes, en lo sustancial, con los alegados por ADADE, desde los que llegar a la afinidad ideológica. No es cuestión de transcribir pasajes de los respectivos escritos, salvo uno que tomamos del presentado por la representación de Pablo Nieto Gutiérrez, que corrobora esto, cuando dice que *"resulta evidente de los antecedentes expuestos la afinidad del Magistrado recusado con el PARTIDO POPULAR, encausado en la presente pieza como partícipe a título lucrativo"*.

Y lo que nos parece más definitivo para considerar que la real causa de recusación es esa afinidad ideológica, porque en el auto de la mayoría se da importancia destacada al informe del Ministerio Fiscal, de 16 de octubre de 2015, del que, tras recordar que tiene una posición institucionalmente objetiva, dice de su parecer que *"es un indicador relevante"*, es el párrafo con que lo comienza, donde pone que *"las acusaciones recusantes cuestionaban la imparcialidad del referido Magistrado [Sr. López] con base en dos circunstancias que revelarían, a su criterio, una afinidad o amistad entre el Magistrado recusado y algunas de las partes de la Pieza Separada "Época I: 1999-2005", así como su interés en el procedimiento"*.

Consideramos, pues, que de esta manera debió ser enfocada la cuestión, esto es, fijando la atención en la afinidad ideológica, no en los particulares antecedentes traídos para acreditar tal circunstancia, con lo que, de haber sido así, la recusación no debería haber prosperado, porque, como viene diciendo una reiterada jurisprudencia y lo admiten el auto de la mayoría y los propios recusantes, las afinidades resultantes de una ideología no logran llenar una causa de recusación.

TERCERO.- No obstante lo dicho, queremos dedicar la atención para rebatir que los meros datos o antecedentes, en sí mismos considerados, alcanzasen a dar cobertura a causa alguna de recusación, en particular a la 10ª del art. 219

LOPJ, que es la que ha llevado a la mayoría a estimar tal recusación. Tales antecedentes los agruparemos en dos bloques, uno relativo a las actividades en el entorno del Partido Popular y la fundación FAES, que trataremos en este razonamiento jurídico, y otro el nombramiento para determinados cargos de libre designación, que se abordará en el siguiente.

En relación con el primer bloque, esto es, el que giraría en torno a las actividades en que ha participado el magistrado recusado, se dice, en concreto, de los seminarios que *"no pueden considerarse simples actividades académicas, porque se hallan íntimamente relacionadas con la política de partido, con su "laboratorio de ideas" y programas"*.

Sobre este particular, el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 27 de mayo de 2013, tras mantener en su FJ 5º que el juez, como ser social que forma parte de la ciudadanía, no obsta a que sea poseedor de ideas y simpatías hacia cualquier partido político del signo que sea, pero que le está vedado integrarse en una formación política o someterse a la disciplina de partido y que debe abstenerse de estar presente en el espacio del juego político, decía en su FJ 6:

"Todo lo expresado no constituye óbice para que el juez pueda dedicarse a la docencia y a la investigación jurídica, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, porque así se lo autoriza el artículo 389.5º del [sic] Ley Orgánica del Poder Judicial.

Igualmente también puede intervenir como ponente en seminarios, cursos o actividades docentes o formativas de partidos políticos o sindicatos y en fundaciones a ellos asociadas, siempre que no sean consecuencia ni expresión de una vinculación formal o militancia efectiva.

Y este salto no se aprecia en el Ilmo. Magistrado recusado, esa línea no la ha rebasado".

Ya hemos indicado más arriba que desde el año 2013 son solo cuatro actividades más en las que ha participado el Magistrado recusado, que nos parecen muy pocas sobre el montante final de las 68 que tiene en cuenta el auto de la mayoría, para cambiar de opinión sobre la relevancia de tal actividad que, de considerarla académica en 2013, pasa decir de ella que se halla relacionada con la política de partido, con su "laboratorio de ideas" y programas.

Que la Fundación FAES está vinculada al Partido Popular y está presidida por el que fuera presidente del Gobierno, Sr. Aznar, es un hecho notorio, reconocido por la propia Fundación en su página web, en la que, efectivamente, dice de sí que es un gran laboratorio de ideas y programas, como también dice que su *"propósito es crear, promover y difundir ideas basadas en la libertad política, intelectual y económica. Ideas*

capaces de ofrecer alternativas políticas y de pensamiento. Ideas susceptibles de ser asumidas por los responsables políticos y transformadas en acción política”.

Si esto es así, en lugar de servir como elemento a valorar en contra del recusado, por lo tanto, a favor de su recusación, su participación en este tipo de actividades dentro de la Fundación bien podría haber sido valorada en positivo, en la medida que la aportación que haga un jurista, como es un magistrado, en un centro de concentración política no deja de ser aconsejable, ya que, si se trata de canalizar o dar un enfoque jurídico a planteamientos políticos, parece acertado que se acuda a las enseñanzas que aporte un jurista, y, si tiene un pensamiento que guarda sintonía con quien demanda la información, con más razón para que se acuda a él.

En cualquier caso, según los títulos de las actividades en que intervino el Magistrado recusado (folio 633), todos ellos tienen que ver con temas relacionados con la justicia y el mundo del derecho, por lo que, en nuestra opinión, se trata de actividades académicas, que no deberían perder tal consideración por el lugar o sede donde se desarrollasen, y, desde luego, compatibles con la actividad judicial.

De hecho, en nuestro auto de 27 de mayo de 2013 no se hacía reproche alguno por la realización de estas actividades, que en él se consideraron académicas, sino que, como hemos visto, se admitía expresamente que pudiera intervenir en ellas, siempre que no mediara una vinculación o militancia, que, igualmente, se descartaba.

Es este un criterio que está en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, es una cuestión que aborda en sus Autos 180/2013, de 17 de septiembre de 2013, y 237/2014, de 9 de octubre de 2014, dictados ambos con motivo de la recusación de que fuera objeto el Presidente de dicho órgano, a quien, entre los hechos determinantes para solicitar su recusación, se le atribuía no ya haber colaborado con la Fundación FAES, sino que sus intervenciones estuvieran relacionadas, en algunos casos, con cuestiones sujetas al conocimiento del propio Tribunal Constitucional.

Decía así el primero de los dos autos, en su FJ 4 a): “Las meras colaboraciones –mediante la participación en seminarios con anterioridad al nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional– con una fundación de estudios, aunque esté vinculada a una formación política, resultan en principio inocuas, porque “debemos descartar en línea de principio que los trabajos científicos de los profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en contemplación hipotética de normas venideras, puedan apreciarse como casos subsumibles en ninguno de los supuestos de esta causa de recusación” (ATC 26/2007 de

5 de febrero, FJ 8)". Apartado que terminaba concluyendo que "los recusantes se han limitado a aducir de forma genérica una relación de colaboración en el pasado del Excmo. Sr. Pérez de los Cobos con una fundación de una concreta ideología política. Por ello, debemos declarar que las peticiones de recusación únicamente contienen a este respecto alusiones genéricas que son totalmente inadecuadas para fundamentar una duda objetiva sobre la imparcialidad de un Magistrado, tal como exige nuestra doctrina".

En definitiva, en opinión de quienes suscribimos este voto particular, esas colaboraciones en que participó el magistrado, las consideramos insuficientes para apoyo de la recusación que se pretende en su contra.

CUARTO.- En cuanto a los nombramientos para cargos de libre designación, considerados, en sí mismos, tampoco cabe tenerlos como presupuesto fáctico de una causa de recusación.

A) Consideraciones generales.

Dice el auto de la mayoría, y estamos de acuerdo con ello, que, entre nosotros, las categorías de imparcialidad subjetiva y objetiva se remiten, respectivamente, a la relación del juez con las partes y con el objeto del proceso. Donde discrepamos, sin embargo, es en que su contenido no puede verse limitado o constreñido por la existencia de causas tasadas en la ley, o que no deban ser informadas por criterios de interpretación restrictiva.

De entrada, esa interpretación no debiera verse condicionada por lo que, desde un ámbito ajeno a lo jurídico, se pueda decir, porque, de hacerlo así, sería a costa de operar mezclando, cuando no confundiendo, planos distintos de valoración, y, por lo tanto, la conclusión a la que se llegase no sería válida.

El carácter tasado de las causas de recusación resulta del propio tenor literal con que las ha concebido el legislador. Las mismas vienen recogidas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se enumeran hasta 16, que hacen una lista cerrada, debiendo considerarse que más allá de las estrictamente relacionadas en dicho artículo no cabe invocar ninguna otra, o, al menos, así debiera ser, según resulta de lo dispuesto en el artículo 217 de la misma ley, coincidente con el 100 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que, en relación con el deber de abstención, ambos establecen que "el juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse".

Y de este modo habría de entenderse, porque, tratándose de excepciones al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, solo concurriendo alguna de las causas legalmente establecidas, cabrá la abstención del juez en quien concurra. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, del que volvemos a tomar su Auto 180/2013, de 17 de septiembre, en el que, tras comenzar por recordar su doctrina sobre la garantía y el deber de imparcialidad, en su FJ 2, y reiterando el carácter jurisdiccional de su actuación en el apdo. b), dice lo siguiente:

"En virtud del carácter jurisdiccional que siempre reviste la actuación del Tribunal Constitucional y del mandato de que sus Magistrados ejerzan su función de acuerdo con el principio de imparcialidad (art. 22 LOTC), hemos declarado que el régimen de recusaciones y abstenciones de los Jueces y Magistrados del Poder Judicial es aplicable ex art. 80 LOTC a los Magistrados del Tribunal Constitucional (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2). La enumeración establecida actualmente en el art. 219 LOPJ es taxativa y de carácter cerrado. Cualquiera que sea la quiebra de imparcialidad que se alegue en relación con un Magistrado de este Tribunal ha de ser reconducida a una de las mencionadas causas legales (entre otros, AATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 1; y 18/2006, de 24 de enero, FJ 2). Fuera del ámbito de tales causas legales, las aprensiones o los recelos que las partes puedan manifestar son jurídicamente irrelevantes". Y en el d) añade: "En la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al Juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un Juez imparcial (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8)". La misma doctrina se reitera en los Autos 237 y 238/2014, de 9 de octubre de 2014.

Sin embargo, pese a ese carácter tasado que deriva de la mención "causas establecidas legalmente", que impone una interpretación restrictiva de las existentes, y como vemos que ha dicho el Tribunal Constitucional, es difícil excluir tal criterio de interpretación, cuando se contempla en la 10ª de las del artículo 219 la de tener interés, no solo directo, sino también indirecto en el pleito o causa, porque, a través de tal interés, fundamentalmente si nos referimos al indirecto, queda abierto un portillo tan amplio que permitiría reducir cualquier criterio de interpretación restrictiva, incluso cualquier lista tasada, a mera fórmula; por ello que, para evitar que por este portillo se convierta en una lista abierta lo que es una lista cerrada, lo que deba entenderse por tal interés habrá de hacerse sin salirse de las pautas que, también, nos da el legislador y enseña la jurisprudencia.

Volviendo a algo que decíamos más arriba, reiteramos que pueden hacerse dos bloques, en uno se agruparían las que son de carácter subjetivo, en el que estarían las que concurren en el juez en atención a la relación que pudiera tener con las partes en litigio, entre las que se encuentran la 9ª (amistad íntima o enemistad manifiesta) y la 10ª (interés directo o indirecto en el pleito), y en otro las de naturaleza objetiva, consecuencia de una anterior relación que haya podido tener el juez con el mismo objeto sobre el que luego le toque decidir. Sin embargo, esta diferenciación no puede estar exenta de matizaciones, porque esa quiebra de imparcialidad que deviene de una anterior relación del juez con el objeto del proceso, por más que se la considere objetiva, en el fondo no deja de tener unas importantes connotaciones subjetivas, en la medida que, quien ha adoptado una toma de posición con anterioridad, también si es fuera del proceso, bien puede tener un interés, aunque solo fuera por no desdecirse, en mantener su posición cuando tenga que decidir en el proceso.

En este sentido, incluso, podemos decir más, pues, de hecho, cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podría quedar encerrada en la 10ª, en función de la amplitud que se diera a ese concepto jurídico indeterminado que es el interés indirecto, porque en todas ellas, si el juez que ha de fallar se aparta de los criterios de justicia con que debe hacerlo, es porque tendrá un interés en ello, y con la cobertura que ofrece la causa 10ª, por la referencia al indirecto, cualquiera de las demás, en la medida que los aspectos que enuncian no son ajenos a algún interés, permitirían dar pie a una sospecha a resolver con tendencia en un determinado sentido, incompatible con la esencia de esa imparcialidad. Ahora bien, dicho esto, no ha de entenderse cómo que sobre la mención a esas otras causas, que, en último término, se puede decir que, desde el momento que objetivan intereses más difusos, hacen que se gane en seguridad jurídica, a la vez que imponen restricciones a la interpretación que se haga en la búsqueda de cualquier otra causa no prevista, expresamente, en la ley.

Amistad íntima y enemistad manifiesta, interés directo e indirecto son conceptos jurídicos indeterminados, faltos, por tanto, de precisión, susceptibles, por ello, de una interpretación que puede generar debate, mucho más cuando se definen con sustantivos a los que se agregan unos calificativos, que, como tales, son generadores de la imprecisión que todo calificativo conlleva a la hora de valorar la característica o cualidad que indican. Por ello, que el Tribunal Constitucional haya puesto coto a esa tendencia a la expansión, a fin de no salir de los cauces restrictivos que impone una norma de carácter tasado. No quiere decirse con ello que no se puedan incluir supuestos que no contemple expresamente la norma, pero sí que los que se

incluyan habrá de ser respetando los márgenes de interpretación que la propia norma impone.

Volvemos al ATC 180/2013, en cuyo FJ 5 pone la premisa de la que se debe partir en el tratamiento de la causa 10ª, cuando dice que el interés directo o indirecto afecta a la relación previa del Magistrado con el proceso, precisando en el apdo. b) que *"por «interés directo o indirecto» ha de entenderse aquello que proporciona al Magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados. Ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se plantee la recusación (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 7) y actual, esto es, concurrente en el momento en que se promueve el apartamiento del Magistrado mediante su recusación"*.

Comenzando por esto último, no se identifica de una manera singularizada qué concreta ventaja le puede reportar al magistrado recusado el que resuelva en uno otro sentido, a no ser que, por esa afinidad con el Partido Popular, se considere que su interés está en dictar una sentencia favorable a dicho partido, al que estaría agradecido por esos nombramientos, lo que nos parece insuficiente, porque, incluso sin entrar en planteamientos sobre si ese interés del que habla la jurisprudencia debiera ser material o afectivo, o referido al ámbito personal o profesional, en la medida que se pone en relación con la afinidad ideológica, no llega a concretar de manera clara la causa de recusación. Con todo, lo que nos parece más definitivo es lo que pasamos a exponer en relación con los nombramientos.

B) Sobre los nombramientos para determinados cargos.

También esta cuestión fue tratada en nuestro auto del Pleno de 27 de mayo de 2013, en cuyo FJ 7º se decía que *"aún por consabido no parece ocioso recordar que tanto la propuesta para desempeñar las funciones de vocal del Consejo General del Poder Judicial como la de Magistrado del Tribunal Constitucional son situaciones reguladas en la ley, que en modo alguno se prevén como causas de abstención o recusación para el supuesto de que alguno de los magistrados propuestos o nombrados hayan sido llamados a ocupar dichos cargos por formaciones políticas de cualquier signo, a través de las Cámaras o el Gobierno, conociera de asuntos que les afectare"*.

Ante tal afirmación, tan categórica, hecha por este Tribunal, no entendemos que ahora se puedan tener en cuenta esos nombramientos en apoyo de la presente recusación, porque, ciertamente, la designación del magistrado recusado a los referidos cargos de vocal del Consejo General del Poder Judicial y de Magistrado del Tribunal Constitucional, responden a sistemas de designación establecidos

democráticamente, por lo que, al ser esto así, el mero nombramiento, hecho con arreglo a una legalidad vigente, supondría una antinomia que fuera, a la vez, motivo de recusación. Es por eso por lo que el nombramiento, por sí solo, no puede ser esgrimido como causa de recusación, sino que tendrá que ir acompañado de alguna circunstancia que lo derive a una de las recogidas en la ley o que permita asimilarla a alguna de ellas, si bien, en este caso, siguiendo esas pautas interpretativas a que antes se hacía mención.

En este sentido, es fundamental reiterar que donde debe centrarse la atención es en el objeto del proceso, por ser en relación con el mismo el factor a tener en cuenta para determinar ese interés que se pretende, de manera que solo si el magistrado que ha de resolver no es ajeno a ese objeto, porque ha tenido algún contacto con él antes de llegar a su enjuiciamiento, es cuando cabrá plantearse la posibilidad de su recusación. Volvemos a remitirnos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada, y, tras su examen, apreciamos que no se indica por ninguna de las partes recusantes qué contacto ha podido tener el Sr. López con cualquiera de las materias o cuestiones que se han de ventilar en el presente proceso con anterioridad a este momento procesal, porque es ese contacto anterior el que contamina, y, por lo tanto, donde reside la esencia de la causa de recusación.

Consideramos, pues, que no debería haber sido estimada la causa de recusación alegada, y no solo por no tener cabida en la 10ª del art. 219 LOPJ, sino porque, además, contraviene lo dispuesto en otras causas de recusación, expresamente contempladas en el propio art. 219.

En dicho artículo se recogen dos causas de recusación, pensadas para quienes hayan desempeñado cargo o empleo público y luego pasen a ejercer la jurisdicción: son la nº 13 y la nº 16. Conforme a la primera de ambas, es causa de recusación *"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"*, y de acuerdo con la segunda *"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"*.

Pues bien, que los cargos que ha ostentado el magistrado recusado con motivo de los nombramientos de que ha sido objeto, son cargos públicos o administrativos, no debiera ofrecer duda, dada la condición de funcionario público que

encierran; ante lo cual, quizás no hubiera sido necesario acudir a la más genérica causa de recusación, que es la del n° 10, y centrarse, por razón del principio de especialidad, bien en la n° 13 o bien en la n° 16, donde caben, específicamente, los funcionarios públicos, y, visto que, para ellos, caso de que accedan a la jurisdicción, solo se contempla la recusación, si han tenido algún contacto previo con el objeto del litigio, haber rechazado la recusación, porque, reiteramos, no se nos ha indicado qué contacto ha podido tener el magistrado recusado con lo que es objeto del presente procedimiento, cuando ejerció esos cargos de vocal del Consejo General del Poder Judicial o de Magistrado del Tribunal Constitucional, y es que, hay que insistir en ello, la inhabilitación para el enjuiciamiento deriva, no de unos nombramientos hechos conforme a la legalidad vigente, sino de ese contacto previo, que no se da en el caso que nos ocupa.

QUINTO.- A modo de resumen de cuanto se ha venido desarrollando, si hemos dicho que la afinidad ideológica no es suficiente presupuesto para una causa de recusación, y si también hemos expuesto que las razones por las cuales los datos, hechos, elementos, circunstancias, en definitiva, los antecedentes que se han presentado en apoyo de esa afinidad, tampoco los consideramos adecuados para, en sí mismos, dar cobertura a causa alguna de recusación, hemos de concluir con que la recusación planteada en contra del Sr. López no debió ser estimada.

Y añadimos dos consideraciones finales: primera, que, habiendo dictado este Tribunal el auto 39/2013, de 27 de mayo de 2013, debería haber respetado su propio criterio y seguido la misma línea que en él mantuvo; y, de no hacerlo, como ha sucedido, no haberse desdicho de lo que entonces dijo, con la simple mención de que la diferencia sustancial con aquel era que entonces no era parte el Partido Popular y ahora sí, cuando ya hemos expuesto las razones para considerar que tal circunstancia, si formalmente pudiera ser atendible, no lo era desde un punto de vista material, que es como ha de operarse en derecho, en que las formas han de estar al servicio del fondo; y la segunda, que, en nuestra opinión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala la interpretación restrictiva que hemos seguido, por ello que la referencia al interés

indirecto se deba canalizar por los términos que se ha hecho en este voto particular, ya que lo contrario puede conducir a dar entrada a una analogía, contraria a lo querido por el legislador.

En atención a lo expuesto.

Debería haber sido desestimada la recusación formulada contra el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López, para formar parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento en la causa de la que dimana el presente expediente de recusación.

Así lo firman los Magistrados que formulan este voto particular.