

VOTO PARTICULAR que formula la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde respecto del Auto del Pleno de fecha 5 de febrero de 2007 recaído en pieza de recusación dimanante del recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006.

Con el respeto que siempre me merece el criterio de mis colegas, aunque discrepe de él, hago uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC para expresar por este Voto particular las razones de mi disenso respecto del Auto del Pleno, disenso limitado al extremo de la estimación de la recusación del Magistrado Excmo. Sr. Pérez Tremps por la aplicación de la causa 13ª del art. 219 LOPJ.

En mi personal criterio la recusación debió ser desestimada, como ya lo fue la recusación anteriormente planteada contra el mismo Magistrado con igual soporte fáctico en el ATC 18/2006. Dos son las razones, sintéticamente expuestas de entrada, que fundamentan mi discrepancia. De un lado, la recusación se basa en la realización por el Magistrado recusado de un estudio, informe o dictamen jurídico, que, como ya quedó dicho en el ATC 18/2006, constituye un estudio académico, que, como tal, no puede sustentar sospechas objetivas y fundadas y, por ende, legítimas de parcialidad. De otro, la mayoría efectúa una interpretación de la causa de abstención y recusación prevista en el art. 219.13ª LOPJ que en modo alguno puedo compartir, pues no toma en cuenta ni el fundamento de la imparcialidad, tal y como ha venido siendo interpretado por la jurisprudencia de este Tribunal y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni las especialidades de los procesos constitucionales de control de leyes, con el resultado de forzar una interpretación extensiva de las causas legales de abstención y recusación contraria a las exigencias del ejercicio de la jurisdicción constitucional y al modelo de integración personal del Tribunal Constitucional ordenado en el art. 159 de la Constitución.

1. De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, recogida en el citado ATC 18/2006 (FJ 2), la finalidad de la garantía institucional de imparcialidad básica en un Estado de Derecho, además de derecho fundamental de las partes de un litigio, reside en asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional sea conforme a la ley y al Ordenamiento jurídico; en nuestro caso, que la razón de la decisión sea la propia Constitución. Por ello, hemos afirmado de forma reiterada que la tacha de parcialidad debe sustentarse, no en cualquier clase de sospechas, sino en aquéllas que permitan temer que el Juez, “por cualquier relación jurídica o de hecho con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico”; esto es, sospechas que permitan temer que la “libertad de criterio en que estriba la independencia judicial... sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho” (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2).

Esta es la razón por la que en el ATC 18/2006, FJ 3, declaramos con precisión y contundencia que, “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 criterio jurídico anticipado sobre los asuntos que debe resolver”, pues el conocimiento del Derecho es precisamente el presupuesto para ejercer la función jurisdiccional con libertad de criterio y de forma fundada. Asimismo recordamos en dicho Auto que “por imperativo constitucional sólo pueden ser nombrados Magistrados del Tribunal Constitucional quienes reúnan la condición de ‘juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional’ (art. 159.2 CE), por lo que no es poco común ni puede extrañar que, antes de integrarse en el colegio de Magistrados, en el ejercicio de sus respectivas profesiones de procedencia, sus miembros se hayan pronunciado voluntaria u obligadamente sobre materias jurídicas que, finalmente, pueden llegar a ser objeto directo o indirecto de la labor de enjuiciamiento constitucional que tienen legalmente atribuida”.

Por lo mismo en nuestro posterior ATC 380/2006, de 24 de octubre, denegamos la abstención de un Magistrado de este Tribunal Constitucional en el proceso de enjuiciamiento de una ley solicitada con fundamento en el hecho de que el despacho profesional del que era socio-director antes de acceder a la condición de Magistrado había participado en litigios objetivamente relacionados con el proceso *a quo* del que la cuestión de inconstitucionalidad traía causa (causa 13ª del art. 219 LOPJ). Señalamos allí que “de admitirse que pudiera ser causa de abstención y recusación una relación como aquélla a la que hace referencia el escrito

de abstención, la consecuencia sería hacer imposible el acceso a la magistratura constitucional de juristas que hayan acreditado como abogados la reconocida competencia exigida por el art. 159.2 CE, pues será, por principio, muy difícil que dicha competencia no se haya aquilatado con su implicación profesional en los más diversos sectores del Ordenamiento, para cuya defensa desde este Tribunal quedarían inhabilitados de admitirse que precisamente esa experiencia profesional se traduce en un prejuicio excluyente de toda imparcialidad” (FJ único).

Nada tiene que ver este caso de abstención, y el de recusación de que aquí se trata, con los de la abstención formulada por una Magistrada de este Tribunal y aceptada en nuestros AATC 6, 7, 27, de 17 y 31 de enero de 2006, citados en el FJ 7 del Auto de la mayoría, por haber emitido dictamen, en ejercicio de anterior cargo público, sobre anteproyectos de leyes después impugnados o sobre conflictos de competencia ulteriormente formalizados ante este Tribunal (con base en las causas 13ª y 16ª del art. 219 LOPJ). Ni con los de la abstención hecha valer por el propio Magistrado recusado, y también lógicamente estimada justificada (AATC 177, 429 y 430/2005, de 6 de mayo y 13 de diciembre), por haber emitido dictamen sobre el pleito o causa (art. 219.6ª LOPJ). Por el contrario, en nuestro caso, no hay dictamen sobre anteproyecto de ley, ni sobre pleito o causa, conforme acepta el Auto de la mayoría.

2. El estudio en el que se basa la recusación del Magistrado Excmo. Sr. Pérez Tremps es el mismo que sirvió de base a la recusación planteada contra el mismo Magistrado y que fue desestimada en el ATC 18/2006; un estudio sobre “La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Catalunya” al que la mayoría calificó entonces de “trabajo académico”, señalando que “un trabajo académico como el ya analizado y descrito no puede justificar una sospecha fundada de parcialidad, incluso si su tesis coincidiera con la que luego es defendida por alguna de las partes. Precisamente el trabajo académico, cuando merece tal calificativo —como lo merece el trabajo analizado—, se caracteriza por suponer la participación en una discusión racional desde una perspectiva que se somete a debate y consideración de la comunidad científica. Por ello, nunca es definitivo en sus conclusiones ya que implícitamente admite posiciones en contra y queda abierto a su modificación ante argumentos más razonables o mejor justificados. Tal naturaleza abierta, e intelectualmente sometida a debate, no sólo no choca sino que entronca con el fundamento mismo de la idea de imparcialidad” (ATC 18/2006, FJ 5). Precisamente esta idea de imparcialidad es la que ha llevado a algunos países de nuestro entorno jurídico-constitucional a excluir de entre las actividades que pueden dar lugar a la recusación de los Magistrados de los Tribunales Constitucionales por haber estado en conexión con la causa la “manifestación de una opinión científica sobre una cuestión jurídica que puede ser relevante para el proceso” (parágrafo 18.3.1. de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán).

El Auto de la mayoría entiende ahora que el trabajo examinado implica la “existencia de una intervención indirecta en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña” (FJ 8), de modo que puede sustentar de forma razonable las sospechas de parcialidad conforme a la causa contemplada en el art. 219.13ª LOPJ. Para llegar a tal conclusión, la mayoría establece la distinción entre “los trabajos científicos de profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en contemplación hipotética de normas venideras”, no incardinables “en línea de principio” en la causa de recusación 13ª del art. 219 LOPJ, y, de otra parte, “los trabajos, estudios o dictámenes emitidos a instancia de instituciones u órganos implicados en el procedimiento de elaboración de la norma que pueda llegar a ser objeto de un proceso constitucional y con la finalidad de obtener el ajuste de la misma a la Constitución”, a los que corresponde “distinto tratamiento” (FJ 8). A diferencia de aquéllos, estos trabajos de profesores universitarios no poseerán la condición de científicos. A partir de tal argumentación, el Auto considera relevante, a efectos de decidir si el trabajo analizado del Magistrado recusado ha significado una intervención en el procedimiento de elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, subsumible en el art. 219.13ª LOPJ, determinar si “en las circunstancias en que se produjo era discernible en el plano fáctico, y no tanto en el de los formalismos legales que no serían, en su caso, el elemento clave desde la óptica de la garantía de la imparcialidad, la existencia de un *iter* concreto de reforma del Estatuto de Cataluña y de la participación en él del Instituto de Estudios Autonómico como institución asesora de esa reforma” (FJ 8).

La mayoría entiende ahora que lo que en enero de 2006 calificó de trabajo académico ha perdido tal naturaleza, dado que el trabajo fue encargado por una institución que asesoró sobre la reforma estatutaria que culminó en la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006 – el Instituto de Estudios Autonómicos- y dado que dicho trabajo se habría realizado con el objetivo de fundamentar la constitucionalidad de la misma. Esta parece ser la razón de decidir, aunque un tanto abruptamente la argumentación del FJ 8 establezca como premisas lo que deberían ser conclusiones del desarrollo argumental. Tras describir la actuación profesional del Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps como Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid la mayoría rechaza sin mayor argumentación que su trabajo “pudiera calificarse de estudio científico teórico”. Y si bien reconoce que no constituyó una “intervención directa en el procedimiento de elaboración de la norma”, aprecia que sí puede calificarse de ‘intervención indirecta’ en el mismo esto es, “en el *iter* formalmente legislativo” que desembocó en la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006 y, por ende, en la causa 13ª del art. 219 LOPJ.

3. Estas afirmaciones pretenden sustentarse en los nuevos elementos de prueba disponibles en este incidente y ausentes, en el anterior. Sin embargo, ni todos los elementos de prueba ahora utilizados por la mayoría para sustentar su cambio de criterio son nuevos, puesto que en su mayor parte estuvieron ya a disposición del Tribunal en el incidente anterior, pese a no haberse practicado prueba por no haberla pedido la parte recusante (A); ni los nuevos elementos de prueba acreditados en esta pieza abonan el cambio del anterior criterio, sino que, por el contrario, aportan argumentos añadidos para su mantenimiento (B).

A) En efecto, ya en el anterior incidente de recusación se consideraron acreditados los siguientes extremos: a) que el estudio realizado por el Magistrado recusado había sido encargado por el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña y que el encargo se acompañaba de un cuestionario sobre los temas considerados más importantes por la citada institución –cfr. ATC 18/2006, FJ 4-; b) el carácter remunerado de dicho trabajo y la institución que procedió al pago -extremo destacado en el escrito del Magistrado recusado (Antecedente 5), en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal (Antecedente 9), y en los Votos particulares de los Magistrados Excmos. Sres. Rodríguez Arribas y García-Calvo y Montiel-; c) las palabras de presentación del Director del Instituto en el momento de su publicación, Excmo. Sr. don Carlos Viver-Pi-Sunyer, de los estudios reunidos en el libro titulado “Estudios sobre la reforma del Estatuto”, del que formó parte el elaborado por el Excmo. Sr. Magistrado recusado -Antecedente 7.a)-; d) que el tema de estudio se insertaba en un marco de estudio general sobre “las posibilidades que ofrece la reforma estatutaria en orden a mejorar el nivel y la calidad del autogobierno”.

Por consiguiente, no puede sostenerse ahora que la realización del trabajo del Magistrado recusado por encargo del Instituto de Estudios Autonómicos y su retribución por la Generalidad de Cataluña, así como las palabras de presentación de la publicación y el marco genérico de posible reforma estatutaria futura en el que se inserta, constituyan hechos nuevos, desconocidos o no acreditados previamente.

B) El Auto de la mayoría (FJ 4) destaca como nueva prueba documental el escrito de solicitud del estudio por parte del Director del Instituto de Estudios Autonómicos de 26 de noviembre de 2003, el documento que acredita la celebración de un contrato “de consultoría y asistencia” entre el Excmo. Sr. Pérez Tremps como Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y el Consejero de Relaciones Institucionales y Participación de la Generalidad de Cataluña el 8 de marzo de 2004, el documento de 10 de mayo de 2004 que acredita la aprobación del gasto y su gestión, y el documento relativo a la “minuta de honorarios” presentada por el Excmo. Sr. Pérez Tremps, también de 10 de mayo de 2004. A ello añade que “el contenido del estudio ha tenido reflejo en el texto normativo aprobado por” el Parlamento de Cataluña (FJ 5.10º), la intervención del Director del Instituto de Estudios Autonómicos ante el Parlamento de Cataluña en la sesión de 4 de junio de 2004, la comunicación del mismo de 19 de julio de 2004 al Parlamento de Cataluña, remitiendo las memorias explicativas y las propuestas normativas y la presentación de los trabajos de los técnicos directamente en el Parlamento de Cataluña, según diligencia de 1 de julio de 2004 (FJ 8).

A partir de aquí la mayoría concluye: "Ese conjunto documental, unido a los elementos ya destacados del contenido del encargo y de los términos del contrato, fundan la apreciación de que el trabajo del Magistrado Sr. Pérez Tremps versó sobre un objeto y se realizó con un objetivo tales, que resultaría contrario a lo razonable negar la existencia de una intervención indirecta en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, respecto de cuya impugnación en el recurso de inconstitucionalidad debe pronunciarse" (*ibid.*).

Mi personal y siempre respetuosa discrepancia versa tanto sobre la valoración del conjunto documental probatorio, como sobre la apreciación que sobre el mismo alcanza la mayoría relativa al "objeto" y al "objetivo" del trabajo del Magistrado recusado y la consecuencia que extrae según la cual sería irrazonable negar la existencia de dicha intervención indirecta en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, objeto de la pretensión impugnatoria del recurso de inconstitucionalidad que debemos decidir.

En mi criterio, los nuevos elementos de prueba expuestos ni individualmente considerados ni en su conjunto pueden servir para modificar la calificación que mereció en nuestro anterior ATC 18/2006 el estudio realizado por el Magistrado recusado, que, como, me parece, es patente, solo puede derivar de su propio contenido.

a) Un estudio académico deja de serlo cuando pierde su carácter abierto, cuando la reflexión que en él se contiene se advierte impermeable a cualquier argumento jurídico, o a circunstancias concretas desconocidas, o bien cuando contiene manifestaciones ajenas al discurso científico; esto es, en relación con el caso, cuando contiene opiniones ajenas al discurso jurídico-constitucional, sin que pueda entenderse que es ajena a esta clase de discurso la elaboración de conclusiones concretas ni las propuestas de *lege ferenda*, inseparables de todo estudio científico que se precie de serlo. Pues bien, el estudio examinado, obrante en autos cuando se resolvió el ATC 18/2006, es un estudio científico, en el que las reflexiones que en él se vierten no se advierten ajenas a la argumentación jurídico-constitucional, ni ajenas a las opiniones defendidas por su autor sobre la acción exterior de las Comunidades Autónomas en estudios previos a partir de 1998, del que aquel es en gran medida reproducción. Como en aquella ocasión afirmamos, la reflexión realizada en el estudio "se mueve exclusivamente en el campo de la contribución académica, racional, doctrinal y teórica sobre las diversas opciones y posibilidades de tratamiento jurídico que ofrece el marco constitucional y estatutario sobre la acción exterior y europea de las Comunidades Autónomas" (FJ 4).

b) Tampoco los nuevos elementos de prueba, o el dato de que el contrato se firmara el 8 de marzo de 2004, ponen de manifiesto la relación del estudio con el concreto proceso de reforma estatutaria. Éste se inició en el seno del Parlamento de Cataluña por el Acuerdo de promover la iniciativa legislativa por el conjunto de los grupos parlamentarios el 20 de enero de 2004 ("Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña" núm. 9, de 26 de enero de 2004) y la constitución de la correspondiente Ponencia el 9 de febrero siguiente ("Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña" núm. 18, de 16 de febrero de 2004) y, tras la pertinente tramitación en el Parlamento de Cataluña y en las Cortes Generales, desembocó en la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Al contrario, consta en la prueba que el estudio del Magistrado recusado fue encargado el 26 de noviembre de 2003 por el anterior Director del Instituto de Estudios Autonómicos, fijándose ya en ese encargo las directrices después incorporadas como documento anexo al contrato, aunque, como es habitual en este tipo de encargos por instituciones públicas, dicho contrato se firmara más tarde, el 8 de marzo de 2004, próxima ya la finalización y entrega del trabajo encargado a la vista de la fecha en que el Magistrado recusado presentó al Instituto de Estudios Autonómicos la autodenominada "minuta de honorarios", el 10 de mayo siguiente. En efecto, esa fue la fecha de entrega del trabajo según se desprende de la documentación del Departamento de Relaciones Institucionales y Participación aportada a esta pieza de recusación por el Magistrado recusado.

c) La desconexión “temporal y orgánica” del trabajo analizado respecto del *iter* de elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, -afirmada en el ATC 18/2006 (FJ 5)- tampoco resulta alterada por el hecho de que, posteriormente a su realización y entrega al Instituto de Estudios Autonómicos, dicho trabajo fuera entregado en el Parlamento de Cataluña el 1 de julio de 2004, ni porque el siguiente 19 de julio el Director del citado Instituto remitiera a dicha Cámara las memorias explicativas y sus propias propuestas normativas relativas al ámbito material que había sido objeto del estudio del Excmo. Sr. Pérez Tremps. Se trata de actuaciones ajenas al propio recusado y posteriores a la realización y entrega del trabajo, que, por consiguiente, no pueden servir para calificar el propio estudio.

d) Por lo que se refiere a la afirmación del Auto relativa a que “el contenido del estudio ha tenido reflejo en el texto normativo aprobado por dicho Parlamento” (FJ 5.10º) no es sino un juicio de valor que no se prueba y que, por el contrario, resulta desmentido por la documentación aportada a este incidente a la que ya me he referido y de cuya existencia advertí sin éxito en las deliberaciones del Pleno.

Obra en la documentación aportada a esta pieza de recusación el listado –de la Dirección General de Relaciones Institucionales del Departamento de Relaciones Institucionales y Participación- de estudios, trabajos técnicos, documentos e informes que los Departamentos del Gobierno, las empresas públicas y los organismos que de ellos dependen han encargado a personas ajenas a la Administración durante los dos últimos años, por qué motivo y con qué coste (documento de 22 de febrero de 2006, con sello de salida 4.666); listado que el Presidente del Parlamento de Cataluña traslada al Portavoz Adjunto del Grupo Parlamentario Popular en respuesta a su pregunta escrita dirigida al Consejo Ejecutivo, tramitada con el núm. 314-10797/07 y admitida a trámite por la Mesa del Parlamento el 2 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña 260, de 13 de diciembre de 2005), documento que a su vez había sido remitido al Presidente del Parlamento por el Conseller Primer de la Generalidad de Cataluña (registro de entrada 36.371, de 22 de febrero de 2006). De dicho listado de estudios resulta, de un lado, que el estudio del Catedrático Pérez Tremps no fue el único encargado sobre el tema de las relaciones exteriores de la Comunidad Autónoma; así, existieron otros estudios encargados posteriormente a conocidos Catedráticos de Derecho y otros expertos juristas, entre ellos los referenciados con los títulos “Autonomia, procés d'integració europeu i projecció exterior de Catalunya (25 anys d'EAC)”, “Informe sobre el contigut i abast de les competències de la Generalitat en relació a la participació de Catalunya a Europa”, e “Informe sobre el contigut i abast de les competències de la Generalitat en relació a l'acció exterior de la Generalitat de Catalunya”; resulta también, según se dice en nota a pie de página, que el trabajo del Dr. Pérez Tremps, encargado en concepto de “publicación”, le fue encomendado en “el mes de noviembre de 2003 por el Gobierno anterior”; finalmente que, como se señala en otra nota a pie de página de dicho listado, fueron los dos últimos trabajos cuyos títulos han quedado reproducidos y encargados como “ponencias” los utilizados, junto con otros muchos, “para formular propuestas de l'IEA a la ponència parlamentària sobre la reforma de l'EAC”, y no el del Catedrático Pérez Tremps.

Tan contundente manifestación deja carente de fundamento fáctico sostener que el estudio realizado por el Magistrado recusado se incardinó en el *iter* de la reforma del Estatuto de Cataluña, se vinculó “con el objetivo parlamentario en trance”, o supuso un “intervención indirecta en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña” (FJ 8).

e) Tampoco resulta posible trocar el sentido objetivo del estudio y su objetiva desconexión temporal y orgánica con el proceso de reforma estatutaria por el hecho de que el Director del Instituto de Estudios Autonómicos que sucedió al Director que solicitó el estudio al Catedrático Pérez Tremps manifestara ante el Parlamento de Cataluña el 6 de mayo de 2004 que los encargos buscaban “esencialmente, ... que nos ilustren”, y también “complicidades por parte de estos autores”. Con independencia de que tal “complicidad” en el momento del encargo, sin textos normativos de trabajo, sólo podría entenderse como implicación en los problemas jurídicos que planteaba el entonces vigente Estatuto, es lo cierto que la manifestación expuesta no deja de ser una opinión *a posteriori* de un tercero acerca del sentido de un encargo que dicho Director no realizó, por lo que no puede *otorgarsele* el poder de modificar la naturaleza del estudio realizado.

Por consiguiente, no existen razones para modificar las conclusiones fácticas alcanzada en el ATC 18/2006, FJ 4: se trata de un trabajo académico, no incardinado en el proceso de reforma estatutaria.

4. La estimación de la recusación se funda en una interpretación de la causa prevista en el art. 219.13ª LOPJ que desconoce el fundamento de la imparcialidad, tal y como ha venido siendo interpretado por la jurisprudencia de este Tribunal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que no toma en consideración las peculiaridades del proceso constitucional de control de leyes. Para la mayoría no es la ley –el art. 219.13ª LOPJ- la que debe interpretarse a la luz del fundamento constitucional de la garantía de imparcialidad y de las peculiaridades del proceso constitucional de control de leyes, sino, al contrario, es la garantía constitucional de imparcialidad la que debe ajustarse a la ley.

Sostiene la mayoría que la introducción por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de la causa de recusación contemplada en el nº 13 del art. 219 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”-, obedece al objetivo de aumentar las exigencias de imparcialidad de Jueces y Magistrados, llegando a afirmarse que el legislador habría configurado las exigencias de ajenidad del recusado con el proceso “en grado superlativo”. Desde su perspectiva, esta causa de recusación tendría un “marcado carácter objetivo” al no requerirse que mediante dicha relación directa o indirecta con la causa, “se revele una formación de criterio en el Magistrado”. Más allá de “la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso”, el legislador exigiría un Juez imparcial “en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto” (FJ 8).

Para llegar a esta conclusión, el Auto de la mayoría efectúa una interpretación de la causa de recusación, cuya concurrencia estima justificada en el presente caso, que se separa de la que ha venido realizando este Tribunal sobre las causas de recusación anteriormente previstas en la LOPJ, que se ha distinguido por su inequívoco carácter riguroso y estricto, ajustado siempre al fundamento constitucional de la garantía de imparcialidad, pues –hemos dicho con reiteración- esas causas legales, que son tasadas, no son sino los medios para asegurarla (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 1). El Auto recoge nuestra doctrina en su FJ 3 y en el examen de la causa 10ª del art. 219 LOPJ. Pero desafortunadamente la abandona en su aplicación a la causa 13ª del citado precepto legal (FJ 8) donde por vez primera, se efectúa una interpretación de una causa legal de recusación ajena al fundamento de la garantía de imparcialidad; esto es, ajena a la idea de que la finalidad de la imparcialidad reside en asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional sea conforme a la ley y al Ordenamiento jurídico, lo que supone que la “libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho” (FJ 3 del Auto que viene de reproducir el FJ 2 de la STC 5/2004). Sólo desconectando el tenor literal de la causa 13ª del art. 219 LOPJ del fundamento de la imparcialidad puede sostenerse que dicha causa no requiere una toma de postura en el Magistrado, “una formación de criterio en el Magistrado” en el asunto objeto del proceso o en otro relacionado con él (FJ 8 del Auto) mediante su intervención directa o indirecta en el mismo.

Precisamente esa toma de postura es la que nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo para considerar objetivamente fundadas las sospechas o celos de parcialidad apoyados en las distintas causas legales de recusación, considerando relevante para determinar su existencia, entre otros criterios –detallados en el FJ 7 del Auto a propósito de la causa 10ª del art. 219 LOPJ- su relación temporal con el proceso, pues no es lo mismo el dictamen o la opinión emitida “respecto de un anteproyecto de Ley, destinado a una compleja tramitación ulterior, que la emitida respecto de una Ley objeto de una pretensión impugnatoria” (STC 5/2004, FJ 4, con cita del ATC 226/2002, FJ 6).

En el Auto de la mayoría deja de ser relevante que nada en el estudio realizado por el Magistrado recusado revele una toma de postura sobre el objeto de la pretensión impugnatoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006 que hiciera temer que dicho

Magistrado pudiera utilizar como criterio de juicio consideraciones ajenas a la Constitución, guiadas por una inclinación anímica favorable o contraria a una parte o bien a una determinada resolución del recurso de inconstitucionalidad; también es irrelevante para la mayoría, en la apreciación de la concurrencia de la causa de recusación 13ª del art. 219 LOPJ, que en el momento en que el encargo del estudio tuvo lugar ni siquiera se hubiera iniciado formalmente el proceso legislativo de reforma estatutaria y que no se pronunciara sobre borrador o propuesta de texto normativo alguno, inexistente en aquel momento. Si al rechazar la recusación sustentada en la causa 10ª del art. 219 LOPJ la mayoría considera “decisivo” para estimar no comprometida la imparcialidad del Magistrado recusado el momento de elaboración de su estudio, “que se refiere a las primeras orientaciones de la entonces futura reforma estatutaria”, “unido a que su emisión no es sino el ejercicio de una actividad propia de un Catedrático de Derecho Constitucional [...]” (FJ 7), para la estimación de la recusación con base en la causa 13ª es relevante, en cambio, el desempeño de esa actividad y bastante la conexión temporal remota sobre la que se soporta la argumentación del Auto a fin de concluir que el Magistrado recusado ha intervenido indirectamente en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006 y, por tanto, no es ajeno a la causa.

A partir de esta nueva interpretación de la mayoría un juez puede ser apartado del conocimiento de un asunto en garantía de su debida imparcialidad cuando, no obstante poder afirmarse su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, como se reconoce en el FJ 7 del Auto de la mayoría, “existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad”. En este caso, ese nuevo elemento objetivo, distinto a la ajenidad del juez a las partes y al proceso y a su indeclinable sumisión estricta a la Constitución y a la ley, es el estudio o dictamen cuya realización en el momento señalado –“las primeras orientaciones de la entonces futura reforma estatutaria”- hace incurrir, según la mayoría, al Magistrado recusado en la causa 13ª del art. 219 LOPJ.

No sin incurrir en cierta contradicción se razona en el FJ 8 del Auto: “El estudio realizado supone una toma de postura acerca de los límites constitucionales sobre la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo que constituye un *elemento objetivo* que razonablemente permite la suspicacia de la parte recusante acerca de la imparcialidad con la que el Magistrado recusado está en condiciones de abordar el enjuiciamiento de la norma impugnada”. A continuación se dice: “Ahora bien, dado que la causa de recusación no exige, para subsumir en ella los hechos, que la participación profesional en el asunto objeto del proceso u otro semejante haya determinado una toma de postura sobre él, bastará con constatar, como así se desprende del material probatorio acopiado en este incidente, que pueda existir una *duda razonable* sobre la imparcialidad”. Y se concluye: “Lo determinante es, *exclusivamente*, si una parte del proceso tiene motivo, sopesando racionalmente todas las circunstancias, para dudar de la falta de prevención y de la posición objetiva del Magistrado”.

Ocurre, en definitiva, que los nuevos elementos objetivos que, según la interpretación del Auto, pueden justificar la apariencia de parcialidad no son otros que las dudas subjetivas de los recusantes, dudas que no precisarán ya apoyarse en datos objetivos que tengan relación con el fundamento de la garantía de la imparcialidad judicial para estimarse justificadas y legítimas, sino que será suficiente con que sean razonables. Si todo se cifra en la sospecha que pueda abrigar una parte y ésta, como en el presente caso, está integrada por representantes políticos, se corre el riesgo de abrir la puerta a sospechas sustentadas en la adscripción ideológica que quiera hacerse de todos los Magistrados de este Tribunal atendiendo, por ejemplo, al dato de su procedencia intelectual o al signo de la formación política que haya apoyado su designación.

Con tal fundamentación se produce una innegable mutación de nuestra plenamente asentada doctrina y de nuestro firme canon de enjuiciamiento del derecho y la garantía de la imparcialidad judicial, que permanentemente ha exigido el atenuamiento a razones objetivas en los estrictos términos señalados, que justifiquen las sospechas de parcialidad, al apreciar las causas de abstención y recusación.

5. Una interpretación tan extensiva de la causa de recusación prevista en el núm. 13 del art. 219 LOPJ tampoco se compadece con las exigencias de composición y funcionamiento y

los fines de esta jurisdicción constitucional. La interpretación realizada en el FJ 8 del Auto depara tal amplitud a la causa de recusación aplicada que se pone en permanente riesgo la composición del Tribunal Constitucional, y, con ello, el derecho del resto de los intervinientes en los procesos constitucionales al juez ordinario predeterminado por la Constitución (art. 159 CE), dado que siendo este Tribunal un órgano único sus magistrados no pueden ser objeto de sustitución (AATC 380/1993, de 21 de diciembre, FJ 4, y 80/2005, de 17 de febrero, FJ 3, por todos). Que la interpretación realizada por la mayoría pudiera tener sentido en el marco de la jurisdicción ordinaria y de los pleitos que en ella se sustancian es cuestión ajena a este proceso constitucional. Pero no lo es tomar en consideración las especialidades del proceso constitucional de control de leyes en la interpretación de las causas de recusación, tal y como este Tribunal ha venido haciéndolo en las diferentes decisiones dictadas al respecto con el fin de procurar el adecuado equilibrio entre los distintos intereses constitucionales en juego: la garantía y el deber de imparcialidad de los Magistrados, el derecho al juez constitucionalmente predeterminado y la salvaguarda del ejercicio de la jurisdicción constitucional. No se trata, desde luego, de eludir la aplicación a esta jurisdicción de las causas concretas de recusación establecidas en la LOPJ con carácter general. Pero sí de recordar que la remisión a la aplicación supletoria de la LOPJ que contempla el art. 80 de nuestra Ley Orgánica no puede interpretarse en un sentido mecánico y absoluto, sino en concordancia con la especificidad de esta jurisdicción constitucional y de sus fines propios. Y esa interpretación conforme con nuestra singularidad institucional no es preciso que venga autorizada por una disposición normativa expresa, sino que de la misma naturaleza de las cosas se deduce limpiamente que el propio art. 80 LOTC, lejos de imponer la aplicación acrítica de las leyes que disciplinan el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en realidad habilita a este Tribunal para conformar su régimen procesal propio mediante el recurso a dichas leyes en lo que puedan servirle para el recto ejercicio de la jurisdicción constitucional y con el alcance y contenido que ese servicio demanda.

Muy singularmente, el régimen de recusaciones y abstenciones que es propio del Poder Judicial ofrece un buen ejemplo de la necesidad de una traslación matizada al ámbito de la jurisdicción constitucional de los instrumentos y categorías procesales diseñados para la ordinaria. Y así, mientras en el recurso de amparo puede tener todo su sentido un modelo de recusación equivalente en todos sus puntos al contemplado en la LOPJ, en el terreno del control abstracto de la ley existen poderosas razones para atender a su singularidad y defender el cumplimiento de los fines propios de la jurisdicción constitucional en materia de control de la ley y preservación del orden constitucional de competencias. Así lo hemos entendido en nuestro reciente ATC 380/2006, ya citado, y en el posterior ATC 456/2006, de 14 de diciembre, respecto de cuestiones de inconstitucionalidad en su condición de procesos estrictamente objetivos en los que en ningún caso pueden hacerse valer derechos o intereses legítimos de parte y en los que la jurisdicción de este Tribunal se limita estrictamente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El Auto de la mayoría se separa también de esa línea jurisprudencial.

Sabido es que en el proceso constitucional de control de leyes no existen partes en sentido estricto, que representen intereses personales o subjetivos, sino que la controversia se produce entre instituciones, o fracciones cualificadas de las mismas, que representan al poder público y que tienen legitimación para intervenir en los procesos constitucionales en la medida en que representan dicho interés en la defensa y mantenimiento de la supremacía normativa incondicionada de la Constitución, y nunca un interés personal subjetivo en la resolución de la controversia. Es la suya, en definitiva, una legitimación institucional, al servicio de la depuración del Ordenamiento y en la que el interés de parte no puede, por definición, alcanzar a confundirse con un mero interés subjetivo. Por tanto, la propia controversia jurídica es ajena totalmente a la idea de pretensión de hacer valer un derecho subjetivo o interés legítimo. También desde esta relevante perspectiva, la mayoría debería haber tenido en cuenta que las conexiones objetivas suficientes para fundar una sospecha legítima de parcialidad con apoyo en la causa 13ª del art. 219 LOPJ deben ser inexcusablemente estrictas, más aún si a lo dicho se añade desde el prisma conceptual propio de la imparcialidad objetiva que, siendo el origen del conflicto de público conocimiento previo porque públicas son la Constitución y las leyes, carece de sentido exigir al juez constitucional el imprescindible alejamiento del *thema decidendi* que demanda la imparcialidad objetiva del juez ordinario.

La singularidad del proceso constitucional de control de la ley obliga asimismo a intensificar la prudencia en la utilización, como sospecha, sombra o apariencia de parcialidad, de la recepción legislativa de ideas u opiniones expresadas por Magistrados del Tribunal Constitucional antes de serlo, en el desempeño, en este caso, de las actividades propias de un catedrático de Derecho Constitucional. No es posible desconocer que el procedimiento legislativo democrático es un proceso formalmente configurado que garantiza la participación general, el debate y la manifestación de todas las opiniones, de modo que el resultado de ese procedimiento, la ley, es siempre expresión de la voluntad general, en la que finalmente se reducen a unidad todas las voluntades particulares que han concurrido en su formación, también las discrepantes. La naturaleza misma del proceso legislativo impide su equiparación con el proceso judicial, en el que la aplicación de la ley, su concreción, se efectúa a favor o en contra de los intereses de alguna de las partes. También a este respecto es radicalmente distinta la naturaleza del proceso constitucional y la del proceso judicial ordinario, pues si en éste se persigue la aplicación de la ley en la resolución de una controversia entre intereses particulares, en aquél lo perseguido es la aplicación de la Constitución en defensa de su propia indemnidad, que es también el único interés perseguido por quienes pueden instar el ejercicio de la jurisdicción constitucional en virtud de una legitimación de la que sólo disfrutaban en razón de una posición institucional cualificada. Desde esta perspectiva, incluso aunque un estudio o dictamen hubiera podido tener algún tipo de incidencia en el marco de un proceso legislativo, cuestión que, como creo haber razonado y probado en las consideraciones anteriores, no ha resultado acreditada en este proceso de recusación, no resulta posible sostener que su relación con la ley puede sustentar sospechas de parcialidad, pues ello supone desfigurar los mecanismos democráticos de configuración de la voluntad general y olvidar que entre quien impugna una ley en defensa de la Constitución y quien colabora en la elaboración de la ley cuidándose de acomodarla en el marco de la Constitución no media en realidad un interés distinto, sino el común en la defensa de la Constitución y en la garantía de la constitucionalidad de las leyes. Entre el estudio y la ley se interpone siempre la voluntad general, esto es, una cesura jurídica que impide establecer conexiones entre cualquier tipo de intervención previa o durante el proceso legislativo y la ley como objeto del proceso constitucional, a los efectos de fundar sospechas de parcialidad. Este es el fundamento de que la Ley del Tribunal Constitucional alemán en su parágrafo 18.3.2. establezca que la participación en el proceso legislativo no puede fundar la causa de recusación consistente en haber intervenido en el objeto del pleito.

En conclusión, las especialidades del proceso de control constitucional de leyes, así como el fundamento mismo de la garantía de imparcialidad, deberían haber conducido a formular una interpretación estricta de la causa de recusación contemplada en el art. 219.13ª LOPJ, lo que, sin duda, hubiera conducido, como en las ocasiones anteriores que han quedado señaladas, a la desestimación de la recusación instada.

6. Finalmente, y no obstante las manifestaciones del Auto de respeto a las exigencias derivadas del modelo de integración personal de esta institución, es lo cierto que con la recusación acordada en el mismo Auto se perfila una doctrina que pone en grave riesgo la esencia de tal modelo, que no es sólo, como es natural, el que necesariamente se deduce de las inequívocas previsiones del art. 159 de la Constitución, sino, también, el que se ha decantado desde los principios de este Tribunal en virtud de una práctica con la que se ha querido hacer justicia a un entendimiento de la jurisdicción constitucional que es tributario, por lógica derivación, de un específico modelo de Estado.

La Constitución no ha integrado a este Tribunal en la estructura del Poder Judicial, formalizando así una diferencia orgánica y estructural muy expresiva de la especificidad de los cometidos de ambas jurisdicciones, a la que también sirve un régimen de integración personal separado del modelo de carrera judicial y construido sobre la base de mandatos temporales conferidos por determinados órganos constitucionales del Estado a favor de juristas de reconocida competencia. La opción del constituyente por un Tribunal Constitucional no judicial responde sin duda a los fines de la necesaria legitimación democrática del órgano llamado a fiscalizar la validez jurídica de las concretas expresiones normativas de la voluntad popular, expresada por unas Cortes Generales que designan a ocho Magistrados constitucionales y ante las que responden y de la que derivan su legitimidad democrática las otras dos

instituciones llamadas a designar a los otros cuatro Magistrados.

La recusación de la que aquí se discrepa pone en cuestión la continuidad de ese modelo al hacer difícilmente conciliables las exigencias de imparcialidad requeridas ahora por la mayoría con la condición de la reconocida competencia profesional exigida por la Constitución para que puedan acceder a esta magistratura o lo hagan con plenitud de idoneidad en el enjuiciamiento de las leyes -no incurriendo de continuo en la causa de abstención y recusación del art. 219. 13ª LOPJ- quienes no sean Jueces de carrera, ya que hemos descartado que los cargos públicos cuyo desempeño impide juzgar asuntos objeto de pleitos o causas tengan que ver con el ejercicio de la función jurisdiccional, pues aunque en la posición de juez se forma criterio, el así adquirido nunca lo es en detrimento de la debida imparcialidad (ATC 80/2005, FJ 4). Un jurista de reconocida competencia que no haya tenido ocasión de pronunciarse sobre los más diversos sectores del ordenamiento o acerca de las cuestiones más controvertidas del régimen de ordenación del poder público no es, sencillamente, otra cosa que un imposible. Una concepción de la imparcialidad tan escasamente compatible con la implicación intelectual y profesional en las grandes cuestiones y debates del Derecho público sólo puede propiciar el acceso a esta jurisdicción de juristas de competencia acaso presumible, pero nunca contrastada, con el riesgo de defraudar la exigencia constitucional del obligado prestigio profesional y de perfilar la composición de este Tribunal con arreglo a un modelo que, de haber sido el querido por el constituyente, le habría llevado a prescindir de la diferencia tan señaladamente marcada en cuanto al modo característico de acceso a la misma entre esta jurisdicción constitucional y la ordinaria.

En este sentido emito mi voto.

Madrid, a nueve de febrero de dos mil siete.