

Voto particular concurrente que formula el Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas al Auto de 5 de febrero de 2007, recaído en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006.

El art. 80 de la LOTC establece la aplicación supletoria de la LOPJ entre otros extremos en cuanto a la “deliberación y votación”. El art. 260 de la LOPJ regula el momento de la posible emisión del voto particular, disponiendo al efecto la necesidad de su anuncio tanto en el momento de la votación, como en el de la firma. Puesto que no anuncié el voto en la deliberación, me acojo a la posibilidad de hacerlo en el momento de la firma.

Ateniéndome a los usos de este Tribunal, según los cuales junto a los discrepantes, cabe también la posibilidad de los concurrentes, y en ejercicio de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, formulo voto particular concurrente en los términos que paso a exponer:

1. Comparto en su totalidad la argumentación y parte dispositiva del Auto con arreglo a los cuales creo que queda inequívocamente expresada la razón de que sea distinta la calificación de la actuación del Magistrado recusado en el Auto de este Tribunal 18/2006 y en el actual. Pero desde mi personal posición de integrante de la mayoría que con su voto dio lugar al Auto de primera cita y de la que hoy da lugar al Auto de sentido diferente echo de menos en éste alguna consideración, que tal vez no sea necesaria para fundarlo; pero que juzgo conveniente para explicitar con mayor claridad la fundamentación de la calificación que se hace en el presente Auto.

2. En los Fundamentos jurídicos 4 y 5 del Auto creo que se explican con total rigor argumental las razones de la no vinculación del Auto actual al ATC 18/2006. Estimo, no obstante, que esas razones no se agotan, y me parece oportuno reforzarlas desde mi personal visión.

El Fundamento jurídico citado deja claro que la recusación que ahora enjuiciamos no se funda en argumentos idénticos a los utilizados para fundar la del proceso precedente, sino que se basa en otros mucho más enjundiosos y ciertamente diferentes, con el soporte de

hechos que se han sometido a nuestro enjuiciamiento por primera vez, y que estuvieron ausentes en la precedente recusación.

Valorando retrospectivamente el ATC 18/2006 llego a la conclusión de que en el mismo sólo se tuvo en consideración el informe facilitado por el recusado y el trabajo a la sazón aportado por el mismo; esto es, los únicos elementos fácticos tomados en consideración fueron los facilitados por aquél, sobre cuya base resulta explicable que pudiera calificarse su trabajo como mero trabajo doctrinal.

Faltaban sin embargo, pues nadie los aportó, y se han aportado ahora, toda una serie de elementos complementarios, y a mi juicio esenciales, que evidencian que la realidad acaecida no apareció entonces en la integridad de sus elementos, sino que ha aflorado en este proceso, por lo que no pudieron ser enjuiciados en el precedente.

En especial es de destacar la evidencia de que el trabajo cuestionado no fue un típico trabajo para la elaboración de estudio teórico, integrado finalmente en una obra colectiva junto con otros similares, que fue prácticamente la óptica de nuestro análisis en la recusación anterior, sino que se prestó, como otros distintos, con un objetivo diferente, aunque después con el conjunto de los varios dictámenes emitidos, y sin darles tal calificación, se elaborase un libro.

Son estos nuevos elementos los que, a mi juicio, obligan a considerarlo, con absoluta lógica, como un dictamen (dictamen es el término que se usa en el documento por el que se encarga su elaboración, que forma parte a todos los efectos del contrato de consultoría por el que se formalizó el encargo, según se dice en el mismo) dictamen prestado para la elaboración de la norma proyectada. Esto es, como con precisión se dice en el Auto, dictamen sobre un objeto y para un objetivo.

En esas condiciones los datos diferenciales entre los considerados en el ATC 18/2006 y los considerados hoy explican las diferentes conclusiones valorativas en el juicio de la actuación pasada del Magistrado recusado, cuando aún no lo era, y que se encuentra hoy en la posición de miembro del Tribunal que debe juzgar la norma recurrida.

3. Ha sido cuestión ampliamente discutida en la deliberación la de la necesaria prudencia en la aplicación de las causas legales de recusación en relación con los trabajos doctrinales de los Magistrados, habida cuenta de que, con arreglo al art. 159.2 CE, es requisito de idoneidad para ser nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional la condición de jurista de reconocida competencia, y uno de los medios para el reconocimiento de la competencia, en especial entre los Magistrados de procedencia universitaria, son precisamente los trabajos doctrinales; por lo que justificar recelos de parcialidad basados en la previa elaboración por el Magistrado de trabajos doctrinales sobre normas que pueda llegar a tener que enjuiciar, supondría crear trabas muy perturbadoras para el acceso al Tribunal Constitucional de los juristas más prestigiosos.

La cuestión creo que tiene correcta respuesta en el FJ 8 del Auto en el que se distingue, atinadamente, a mi juicio, entre los trabajos doctrinales propiamente tales, y los dictámenes prestados en virtud de encargos de los entes u organismos implicados en la elaboración de una concreta norma a los efectos de posibilitar determinados contenidos de la misma.

Por mi parte creo conveniente añadir a la argumentación común de la mayoría el interrogante personal de si con ese planteamiento no se produce una distorsión artificiosa de los valores en juego.

Cuando de lo que se trata es de enjuiciar la recusación planteada por la previa emisión de un dictamen para la elaboración de una norma realizado por un Magistrado, que luego se encuentra en la tesitura de tener que enjuiciar dicha norma, la apelación a los medios genéricos de adquisición del prestigio como jurista y a las eventuales dificultades para la selección de los más cualificados me parece una actitud desenfocada respecto a la realidad del problema. En primer lugar porque creo que se magnifica la dimensión del mismo sin justificación real de las dificultades, pues es prácticamente mínima la probabilidad de que el jurista prestigioso, que, como tal, acceda a la condición de Magistrado, pueda ver comprometida su imparcialidad por sus trabajos previos. Ello es así si se parte de la distinción antes referida entre trabajos doctrinales propiamente tales y dictámenes prestados a una parte implicada en su confección para la concreta elaboración de una norma, y si además se tiene en cuenta que, cuando el riesgo potencial se actualice, el mecanismo de la abstención, (establecido como deber del Magistrado por el art. 217 LOPJ, al que el art. 80 de la LOTC

remite), soluciona la dificultad con el apartamiento del mismo del caso, sin que ello perturbe el funcionamiento del Tribunal.

No cabe así argüir la dificultad teórica como la que se expresa en el referido planteamiento para la solución del problema concreto de la existencia de una justificación razonable de una sospecha de posible falta de imparcialidad.

El argumento que analizo carece de auténtico rigor intelectual. Si en vez de aludir a hipótesis no comprobables se toma en consideración la situación real de los actuales miembros del Tribunal, se pone en evidencia cómo en ocasiones en que actuaciones realizadas en ejercicio de sus profesiones anteriores, bien universitarias, administrativas o judiciales, han podido provocar dudas sobre su imparcialidad, los Magistrados han resuelto la dificultad con absoluta normalidad institucional, haciendo uso del mecanismo legal de la abstención, sin que por ella padeciese en nada la actuación del Tribunal.

El argumento de las dificultades de acceso al Tribunal de los juristas más prestigiosos queda así desvirtuado por la fuerza incontrovertible de los hechos.

Si lo que ha operado sin la más mínima dificultad en unos casos muy concretos no ha operado en éste, se explica por un error de apreciación del Magistrado recusado, que no tiene porqué limitar la valoración diferente del resto de los componentes del Tribunal.

En realidad los valores en juego a considerar, teniendo en cuenta la singularidad que supone la imposibilidad de sustitución del Magistrado abstenido o recusado, son, por una parte, el de la alteración de la composición íntegra del Tribunal en el caso concreto, y por otra, el de la eliminación de cualquier tacha de falta de imparcialidad.

De esos dos valores en juego el primero resulta de muy escasa entidad, teniendo en cuenta que es la propia LOTC (art. 14) la que prevé expresamente y con carácter general la posibilidad de la formación del Pleno con “dos tercios de los miembros que en cada momento lo compongan”, de modo que no existe el más mínimo factor de anormalidad por el hecho de que un determinado Magistrado pueda no entrar a formar parte de un Pleno.

No se puede exagerar así el significado de esa ausencia cuando la presencia del resto basta para la normalidad de la actuación del Tribunal.

Sobre la base de la parigual imparcialidad de todos los componentes del Tribunal, desvinculados, por el hecho de serlo, de cualquier dependencia de tipo político o ideológico, ningún Magistrado resulta imprescindible.

Sin embargo el segundo de los factores precitados no admite excepción, y precisamente para garantizarlo, como ya se ha indicado antes, nuestra LOTC articula como mecanismo normal el de la abstención y recusación. Ordenados así los factores en juego, me resulta distorsionador que a la hora de enjuiciar la procedencia de una recusación se carguen las tintas en el hecho de la alteración de la composición del Tribunal (que va de suyo en toda abstención y recusación, y que la LOTC prevé como normal) o en las hipotéticas dificultades de acceso al Tribunal de los juristas más prestigiosos.

No creo que el criterio sobre el particular, que dejo expuesto, pueda responder a mi formación judicialista, pues cualquiera que sea la singularidad de los Tribunales Constitucionales y la diferencia respecto a los que se integran en el Poder Judicial, no deja de ser un hecho que nuestra Constitución y nuestra LOTC lo que establecen es un Tribunal, y no otro tipo de organismo de control de la constitucionalidad de las leyes, y es de esencia al concepto de tal la imparcialidad, que el art. 22 de la LOTC consagra como principio de actuación de los Magistrados; por lo que la primacía del valor imparcialidad sobre el de la preservación de la composición íntegra del Tribunal me resulta obvia.

Cuando nuestra LOTC (a diferencia de las de otros Tribunales Constitucionales de otros estados -Vgr. Alemania-) es la que ha optado por aplicar la LOPJ para la abstención y recusación de sus Magistrados (art. 80 LOTC); no es posible, sin violentar la propia LOTC, centrar la argumentación en la singularidad del Tribunal, (que respecto a la exigencia de imparcialidad de sus miembros no existe), para justificar juicios sobre la imparcialidad de los componentes del Tribunal Constitucional, que en el orden judicial, a cuya ley rectora remite la del Tribunal Constitucional, no serían comprensibles.

No me resulta criterio hermenéutico adecuado el de partir de una idea metanormativa de lo que deba ser un Tribunal Constitucional para desde ella, como *prius* lógico, fijar el

alcance de los diversos contenidos de la Ley que lo rige. Frente a una actitud tal creo que debe partirse del hecho de que nuestro Tribunal Constitucional es una realidad normativa muy concreta, y que la interpretación de las normas rectoras de su composición, estructura y función debe realizarse desde el marco ordinamental de las mismas, y no con miradas estrábicas hacia modelos normativos distintos.

5. Considero que este complemento argumental, tal vez innecesario para la mayoría, es absolutamente conveniente para expresar con claridad mi personal criterio.

En tal sentido emito mi voto.

Madrid, a doce de febrero de dos mil siete.