

Voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto del Auto dictado por el Pleno de este Tribunal en la pieza de recusación del Magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps, seguida en el recurso 8045/2006.

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto, pero con profunda consternación, y de acuerdo con la opinión discrepante que defendí desde los inicios del debate sobre la admisibilidad del recurso y de la causa de recusación, así como en la deliberación que han conducido a esta resolución, me siento en la obligación jurídica y moral de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con mi opinión discrepante y la posición mantenida.

1. Mi discrepancia ya fue radical con respecto a la forma en que se adoptó la Providencia de admisión, en cuyo momento dejé constancia de la misma mediante carta de 27 de septiembre de 2006 dirigida a la Excmo. Sra. Presidenta del Tribunal, quien dio pública lectura de la misma al día siguiente en el sí del mismo Pleno y que quedó incorporada como opinión discrepante en los autos y que, en su parte bastante, dice:

“Como te he anunciado en el Pleno tenido en el día de hoy, te pongo estas líneas en relación a la Providencia de admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra determinados preceptos del Estatuto de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 9 de julio.

Aunque la Providencia ha sido adoptada por los Magistrados que componen la Sección IV y habida cuenta que su contenido ha sido comentado en el Pleno, deseo dejar patente mi disconformidad con la misma y mi más sincero respeto, también, por quienes no han compartido mi criterio y, por supuesto por el texto de la Providencia. Sinceramente creo que los defectos formales de que adolecía el escrito del recurso y el escrito incidental de recusación de Pablo Pérez Tremps han complicado enormemente las cosas, pues si bien los recurrentes han ido subsanando *motu proprio* los defectos del recurso en sucesivos escritos, no lo han hecho así en el de la recusación.

Por ello entiendo que la Providencia debía ser, en este caso, del Pleno y no de la Sección IV, con objeto de conceder a los recurrentes plazo de subsanación por si desean sostenerla y, una vez resuelto el incidente, proceder a la admisión del recurso, que es la manera habitual de proceder en estos casos tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante nuestra propia jurisdicción.”

2. Ciertamente, ya consideraba que el escrito de recusación presentado por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular incurría desde su inicio en una serie de defectos procesales que debieron conducirnos a declarar su extemporaneidad o, en todo caso, a considerar su carácter insubsanable, del mismo modo que, con severidad, este Tribunal procede cuando se trata de causas atinentes a particulares al examinar los óbices procesales en otros procedimientos como el recurso de amparo o las cuestiones de inconstitucionalidad e, incluso, desde otra perspectiva, en los recursos de control abstracto de Leyes.

A tal efecto interesa explícitamente constatar que el escrito por el que los Diputados instaban la recusación se registraba en este Tribunal el 31 de julio de 2006, misma fecha en que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y ello se hacía sin poder especial. Otorgado plazo de subsanación por este Tribunal, se aportaba un poder otorgado ante Notario el 5 de octubre de 2006, donde, además, el sujeto colectivo del que emanaba la voluntad recusatoria no se correspondía con el que interpuso el recurso de inconstitucionalidad.

Aunque es cierto que los defectos de postulación son de naturaleza subsanable, a mi juicio, lo que persigue cabalmente dicha subsanación es evitar rigorismos formales que impidan que acciones correctamente formuladas, finalmente decaigan por incumplimientos menores o no sustantivos, entendidos como aquéllos que no afectan a la válida configuración de la acción, de conformidad con los parámetros legales a los que ésta se vincula. Partiendo del principio dispositivo general de que corresponde al recurrente la carga de probar la válida conformación de la acción, la posibilidad subsanatoria difícilmente debiera y pudiera alcanzar a supuestos en los que la manifestación de la voluntad recusatoria (requisito esencial de dicha acción cuando se trata, como luego se dirá, de la voluntad emanada de un sujeto colectivo) se plasma en un poder especial otorgado en dicho plazo de subsanación.

Y ello porque, en tal caso, se dejaría en manos de las partes el juego de los tiempos y actos procesales que son de naturaleza imperativa, y además porque lo que puede subsanarse es la omisión de aportar el poder especial, pero no su inexistencia, habida cuenta de que ésta lo que significa únicamente, en este preciso tipo de procedimientos de control abstracto de la ley,

es la propia “inexistencia de voluntad” del sujeto que interpone el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la concreta recusación. Si, como hemos dicho, el ejercicio de la acción requiere la previa formación de la voluntad impugnatoria por parte del órgano colectivo (STC 42/1985, de 23 de enero, FJ 2), entiendo que, por esas mismas razones, la iniciativa de la recusación no puede admitirse cuando no se ha acreditado la preexistencia volitiva. Máxime cuando, como se comprueba de la propia lectura del poder que consta en actuaciones, el mismo no persigue ratificar la recusación, sino “instarla”, demostrando de modo palpable su manifiesta extemporaneidad, por lo que la recusación debió inadmitirse *a limine* como siempre hacemos y así mantuve en su momento. Máxime cuando la parte no es precisamente lega en Derecho.

3. La recusación resultaba asimismo extemporánea al referirse a hechos anteriores al planteamiento del recurso de inconstitucionalidad conocidos también con anterioridad por los Diputados que otorgaron dicho poder especial (como lo demuestra la propia existencia del ATC 18/2006) incumpliendo, con ello, las prescripciones de la LOPJ terminantes a la hora de declarar que aquélla debe “proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite” (art. 223.1º LOPJ) y en especificar que se inadmitirán en todo caso las recusaciones “cuando se propusieren, pendiente ya un proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga”(art. 223.1º.2º). Siendo los hechos imputados anteriores al recurso de inconstitucionalidad y conocidos por los recusantes, la falta de recusación en un momento anterior en relación con todas las causas luego sostenidas en el momento de plantear el recurso de inconstitucionalidad el 31 de julio de 2006, abocaba igualmente a la inadmisión liminar. Me explico. En el proceso de recusación anterior contra el mismo Magistrado por los mismos hechos, que fue ya enjuiciado y desestimado en el ATC 18/2006, de 24 de enero, se alegaba la causa de recusación 219.16ª LOPJ. Ahora, en este segundo proceso, se alegan, junto con la anterior, unas causas de recusación nuevas (las contenidas en los párrafos 6º, 10º y 13º del art. 219 LOPJ). El Auto del que ahora discrepo estima la recusación por entender que concurre la última de ellas, lo que me resulta difícil compartir por cuanto tal apreciación olvida la exigencia del *prius* procesal imperativo establecido en el art. 223.1.2 LOPJ (proponer la recusación “tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro

caso, no se admitirá a trámite”). Si se admite la “reapertura” de una recusación ya solventada por este Tribunal sobre unos mismos hechos y a unos mismos fines, como aquí se hace, conocidos los hechos de modo previo, a mi juicio, debió la parte proponente de la recusación invocar de modo inmediato, también, en el proceso anterior “esa” y no “otra” particular causa de recusación, lo que tampoco ha ocurrido.

4. Por si ello no fuera bastante, comparto el argumento manejado ampliamente en el Pleno en torno a la inadmisión de la recusación que debía provocar el hecho de que los Diputados que otorgaron extemporáneamente el poder especial no fueran los mismos que suscribieron el recurso de inconstitucionalidad. La normativa aplicable exige que el representante procesal acredite estar expresamente autorizado por su comitente para formular la recusación, siendo éste un requisito procesal de primer orden por cuanto revelador de la voluntad recusatoria de "todos" los Diputados que se constituyeron en parte actora. En las actuaciones sólo consta que fueron 71 de los 99 Diputados que presentaron la acción principal (el recurso de inconstitucionalidad) quienes otorgaron el poder especial. Con independencia de las razones que llevaron a algunos Diputados populares a rechazar la recusación o a entender que no concurría, lo relevante en supuestos en los que quien interpone la acción es una agrupación ocasional (STC 42/1985, de 15 de marzo), como es el caso, es que concurra una voluntad conjunta, ya que sólo la actuación unitaria de cuantos dieron lugar a que se constituyera la parte puede dar lugar a la generación de nuevos efectos en el proceso, sea para desistir, sea para recusar, pues no otra conclusión se puede extraer de que la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad se reconozca a los Diputados en cierto número y que, por el contrario, la legitimación para recusar se confiera a las “partes” del proceso (AATC 56/1999, de 9 de marzo y 244/2000, de 17 de octubre).

Condición de parte que no reúnen los Diputados individualmente considerados (ATC 874/1985, de 5 de diciembre), sino que se identifica con la agrupación inalterable de Diputados que se constituye como tal parte procesal en el momento en que interpone un recurso de inconstitucionalidad (ATC 18/1985, de 15 de enero) y que a partir de ese momento resulta inamovible, salvo, lógicamente, supuestos extraordinarios de fuerza mayor. Realidad ésta que se aprecia plásticamente en aquellos casos en que el recurso de inconstitucionalidad no lo

interpone un grupo de políticos de una determinada adscripción, sino 50 o más Diputados o Senadores de distinto signo y en el que no todos ellos reúnen una voluntad conjunta posterior para, por ejemplo, recusar o, para desistir (sobre lo que ya nos hemos pronunciado negando la posibilidad de desgajamiento).

5. En relación ya con el fondo del asunto debo manifestar igualmente mi rechazo frontal a la posición mayoritaria. Considerar, al hilo de una nueva recusación relativa a unos mismos hechos, que el trabajo realizado por el Magistrado Pérez Tremps era antes trabajo académico pero, de pronto, deviene dictamen proscrito, resulta, cuando no incurso en irrazonabilidad lógica, sí al menos en algo sorprendente, tal y como ya advirtió el Abogado del Estado.

Este Tribunal ya rechazó la recusación del mismo Magistrado por la elaboración del mismo estudio, sin que concurra motivo alguno que haga que el presente incidente debiera abocar a una solución distinta, por más que se aleguen unas causas de recusación distintas (que, como ya he dicho, debieron inadmitirse *a limine* porque, pese a conocerse, no se invocaron en el momento procesal oportuno tal y como exige la norma legal). Incluso por la causa que finalmente se aprecia [y cuya entrada en vigor, por cierto, es posterior al 26 de noviembre de 2003, fecha que el presente Auto reconoce (FJ 4, letra a) como la del encargo por parte del Director del Instituto de Estudios Autonómicos del “estudio” al Catedrático], el texto legal cuya constitucionalidad ahora se discute no existía ni remotamente, ni, aprovechando o provocando una segunda recusación, puede realizarse una aplicación extensiva (temporal y objetivamente) y no restrictiva de la misma, en contra de la que viene siendo doctrina constante de este Tribunal (y que reconoce el propio Auto mayoritario).

6. En efecto, de un lado, es clara la desvinculación entre el trabajo académico y el texto legal aprobado. Bastaría con remitirme a lo que ya dijimos en Pleno, con la salvedad sólo de los tres votos particulares en él formulados, en el anterior ATC 18/2006:

“Sin embargo, a efectos de valorar la justificación de la parcialidad aducida, dicha relación no es en sí misma suficiente para poder afirmar la existencia de la conexión legalmente exigida entre la actividad desarrollada y el objeto del recurso de amparo en el que se ha planteado este incidente. Y no lo es, porque la publicación analizada, como hemos señalado en el

fundamento jurídico precedente, está temporal y orgánicamente desconectada del concreto proceso de reforma estatutaria que culminó en la aprobación de la propuesta legislativa cuya tramitación parlamentaria se cuestiona en el proceso de amparo (lo que permite afirmar la existencia de elementos objetivos que disipan la sospecha de parcialidad aducida). Tal separación temporal y orgánica es relevante, pues, como ya señalamos en el ATC 226/2002, de 20 de noviembre, al denegar la supuesta existencia de interés directo en la causa entonces aducida "no es lo mismo la opinión emitida respecto de un anteproyecto, destinado a una compleja tramitación ulterior; que la emitida respecto de lo que ya sea una ley vigente, susceptible de un recurso de inconstitucionalidad; que, finalmente, la emitida sobre esa misma norma, cuando ya ha sido recurrida en inconstitucionalidad, y se integra por ello como contenido del objeto del recurso de inconstitucionalidad: la pretensión impugnatoria" (FJ 6). Ello resulta aun más claro en este caso, dado que, como señala el propio Magistrado recusado, al realizarse el trabajo considerado no existía ni anteproyecto, ni borrador, ni texto alguno concreto de reforma estatutaria.

A lo expuesto hay que añadir que los preceptos de la propuesta de reforma estatutaria en los que el Ministerio Fiscal encuentra reflejo del trabajo analizado no son los que, en este extremo, fundamentan concretamente la propuesta alternativa de tramitación parlamentaria a la que se refiere la pretensión de amparo del demandante (artículos 3.2, 12 y 13 de la propuesta legislativa, a los que se refiere la demanda de amparo en su página 38)" (FJ 5).

Pero, junto a ello, me veo en la obligación de añadir algunas precisiones. Así, considero que el Auto del que discrepo ahora no es acorde con la realidad cuando afirma que el recusado realizó el estudio en su condición de jurista –genérico que alcanza a quienes, como dice el Diccionario de la Real Academia, estudiamos o profesamos la Ciencia de Derecho-, cuando en realidad lo hizo como Catedrático de Derecho Constitucional, tal y como se reconoce en otros pasajes, contrayendo el encargo antes de que gobernara el tripartito y mucho antes de la etapa legislativa que empezó con el programa presentado por ese tripartito que, como es sabido, fue resultado de la coalición de tres partidos agrupados que tenían más votos que el partido que numéricamente ganó las elecciones.

En la STC 5/2004, de 16 de enero, que examinaba la recusación formulada contra el Presidente de la Sala y Ponente de la Sentencia impugnada en amparo, Excmo. Sr. don Francisco José Hernando Santiago, en un caso en el que su participación se concretaba en la elaboración del Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de partidos políticos emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y por unas declaraciones sobre dicho Anteproyecto, declarábamos que no cabía apreciar la parcialidad denunciada, en atención al distinto objeto de una y otra actividad. Dicha doctrina debiera aplicarse con mayor

contundencia cuando, como ahora ocurre, no nos encontramos siquiera en fase prelegislativa, pues ésta empieza cuando se anuncia que va a haber una reforma estatutaria, lo que no ocurre hasta que no se forma el Gobierno tripartito en cuyo programa se contenía esta idea. Es cierto que un Estatuto es una convención política paccionada, pero el órgano soberano para su aprobación son las Cortes Generales, únicas que pueden legislar en materia orgánica con mayorías reforzadas. Por lo tanto, la distancia que existe en el presente caso es mayor a la que pudiera haber respecto a la opinión emitida en relación con un Anteproyecto, pues aquí nada hacía pensar o presumir que aquellos estudios pudieran ser utilizados en una posterior fase, alejándose con ello el Auto del que discrepo de la doctrina establecida y dictando, a mi juicio, una nueva ceñida, sin advertirlo expresamente como corresponde, exclusivamente al caso concreto (huérfana, por ello, de apoyos de nuestra doctrina constitucional), lo que produce una mutilación del más alto Tribunal de España en el que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no es posible naturalmente la sustitución de sus miembros en el Pleno.

7. Junto a la lejanía expresada del estudio remunerado [como no podía ser de otro modo al tratarse de un trabajo intelectual, como es corriente que ocurra en el mundo académico donde la propia actividad investigadora se publica en revistas y mediante la impartición de conferencias o la realización de otros trabajos], deseo expresar mi opinión discrepante de las afirmaciones que se contienen en el FJ 5 cuando se procede a valorar los documentos presentados para concluir que el objeto del estudio realizado por el Magistrado recusado debía supeditarse a directrices precisas dadas por el Instituto de Estudios Autonómicos, derivando de ello la existencia de un dictamen de parte, en lugar de un trabajo académico.

La realidad derivada de dicha documentación lo que pone de manifiesto es que de lo que se trataba es de que diera su opinión como especialista en aspectos concretos de interés y actualidad autonómica objeto de su especialidad. Aspectos sobre los que, además, y como hace constar en un asterisco al inicio del propio trabajo, ya se había pronunciado en anteriores publicaciones realizadas en coautoría con otros profesores a los que agradecía, además, su autorización para reproducir algunos pasajes. Dicha petición, por lo demás, no establecía directrices precisas al modo de dictamen en defensa de parte, como parece mantener el Auto del que discrepo, sino que lo que se le pedía era que en dicho trabajo centrara su atención en

determinados aspectos y que, como especialista, opinara al respecto, pero sin que del texto proponente se derive que no se le permitiera emitir su opinión científica con libertad de criterio o que debiera aportar argumentos exclusivamente para sustentar una supuesta previa posición. La manifestación de interés en dichos aspectos por parte del Instituto de Estudios Autonómicos resultaba del todo punto lógica habida cuenta de la propia finalidad y objetivos de dicha Institución que, por cierto, coincide con la propia del Centro de Estudios Constitucionales si bien dentro del marco estatutario y autonómico.

Se afirma también en el Auto que resulta revelador de una intervención asesora del Magistrado el hecho de que el nuevo Director del Instituto de Estudios Autonómicos presentara los trabajos de los técnicos directamente en el Parlamento de Cataluña para fundar en ello la apreciación de que el trabajo se hizo con el cometido de asesorar, obviando con ello la propia dinámica de todo proceso legislativo y su normal sustento en opiniones doctrinales, a veces encontradas, que hacen de la bibliografía sobre un concreto aspecto, un elemento imprescindible para las tareas legislativas, siendo habitual que quienes tienen responsabilidades legislativas de todos los grupos con representación parlamentaria manejen trabajos académicos para tal fin.

Tampoco se tienen en cuenta otros datos como el hecho de que ni el señor Pérez Tremps ni ninguno de los autores cuyos trabajos sirvieron para estudiar la propuesta de Estatuto fueran consultados, ni el hecho, no debidamente analizado, de que entre los trabajos numerosos que surgieron para estudiar dicha reforma, como indudable objeto de interés científico universitario, y que se publicaron por el Instituto de Estudios Autonómicos, se encuentren, precisamente, algunos trabajos de quienes, por su valía contrastada, o son ex Magistrados de este Tribunal, o bien resultan ser Magistrados actuales del mismo, como el propio recusado pero también don Jorge Rodríguez Zapata Pérez que colaboró junto con otros autores en el “Informe Pi y Sunyer sobre el desarrollo autonómico y la incorporación de los principios de la Unión Europea”, e, incluso, algunos que podrían serlo en un futuro, en cuanto estudiosos y especialistas de reconocido prestigio en Derecho Constitucional.

En fin, termino señalando que la *ratio decidendi* de la estimación de la recusación formulada se sustenta en la distinción entre los trabajos académicos y científicos de “profesores universitarios o de otros juristas” de estudio de normas legales, de los que opina que rechazar su viabilidad pondría en peligro el acceso al Tribunal constitucional de profesores universitarios y otros juristas de gran competencia y ello resultaría antagónico con la propia exigencia constitucional de prestigio y antigüedad en el ejercicio de la profesión, respecto de aquellos otros emitidos a instancia de instituciones u órganos que estuvieran implicados en el procedimiento de elaboración de una norma que pudiera llegar a ser objeto de un proceso constitucional y con la finalidad de obtener el ajuste de la misma a la Constitución. Esta diferencia, basada en la distinción entre profesores universitarios y juristas y, sobre todo, en la naturaleza del órgano que encarga el estudio, aparte de que pudiera afectar más a unos colectivos de la composición del Tribunal Constitucional que a otros, a lo que conduce, en definitiva, es a una interpretación extensiva de la causa de recusación contraria a la doctrina consolidada por este Tribunal e incoherente con la posición esgrimida en el Auto en torno a la especialidad aplicativa de la LOPJ cuando se trata de proyectar dichas causas a nuestro órgano jurisdiccional; y ello porque la aplicación de la LOPJ con matizaciones que se propugna se aplica sólo a una parte del caso (al apreciar la causa de recusación) pero no a otra previa, como debió ser la propia inadmisión, de una tacha de parcialidad ya negada, por el Pleno de este Tribunal.

En todo caso, una interpretación extensiva de las causas de recusación, como la que se hace en este caso, a mi juicio, terminará por hacer imposible el acceso a la magistratura constitucional de juristas que se hayan acreditado como profesionales de reconocida competencia profesional 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”, como se dijo en el ATC 380/2006, de 24 de octubre, rechazando mi propia abstención que formulé recientemente en un caso determinado.

8. No puedo sino concluir señalando que el objetivo propio de toda recusación es el de alterar la composición del órgano jurisdiccional, privando al Magistrado afectado, del ejercicio de la función jurisdiccional. En los procesos de control de constitucionalidad de las Leyes, no puede dejar de observarse la singularidad derivada de la composición y organización de este Tribunal. Mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial, de estimarse la recusación, su consecuencia es la sustitución del afectado (artículo 228. 2 en relación con los artículos 207 a 214) con lo que se reequilibra la composición del órgano, en supuestos como en el del Tribunal Constitucional -que en ningún caso forma parte de la jurisdicción ordinaria sino que la controla *ex-arts.* 53.2. y 123.1 CE, como a los demás poderes del Estado- se debe necesariamente actuar en Pleno cuando se trata de examinar un proceso de control de constitucionalidad de una ley, de manera que el hecho de que prospere la recusación de uno de los componentes provoca una mutilación del Tribunal que aunque, ciertamente, no cierra el ejercicio de sus funciones, le priva de la composición querida por la Constitución. Es lógico, pues, que este Tribunal no pueda funcionar como un Tribunal ordinario al ser la piedra angular del control constitucional y de los tres poderes, destinado a garantizar la cohesión de todo el orden constitucional, de forma que ninguno de esos poderes, independientes todos ellos, pueda erigirse en el único y exclusivo soberano; pues no en vano a este Tribunal le dedica nuestra Constitución el Título de cierre de su entramado jurídico, y deja sólo para el final el Título correspondiente a su propia reforma.

Los Magistrados, propuestos por órganos constitucionales democráticos y representativos de la expresión popular, son nombrados por el Rey (art. 16 LOTC), ante quien han jurado guardar y hacer guardar la Constitución, por lo que, desligados así de aquellos que los propusieron, tal y como ocurre en otros Estados de Derecho, a nadie le debe estar permitido perturbar su independencia ni juzgar antes ni paralelamente a que lo haga el propio Tribunal, adelantando juicios y consideraciones que, más allá de la libre expresión, puedan cuestionar la esencia misma de las Instituciones democráticas, cuya preservación corresponde a todos los españoles.

Por todo ello es por lo que considero que nuestro Auto debía haber inadmitido la causa de recusación, pero, además, dado el tiempo transcurrido de más de siete meses tenía que entrar

en el fondo y, de conformidad con nuestra más que consolidada Doctrina, a mayor abundamiento, desestimarla.

Madrid, a cinco de febrero de 2007.