

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066480

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto 28/2023, de 7 de febrero de 2023

Pleno

Rec. de inconstitucionalidad núm. 4523/2010

(BOE de 13 de marzo de 2023)

SUMARIO:

Tribunal Constitucional. Apreciación por el Pleno como injustificada de la abstención planteada por una magistrada.

La solicitud de abstención se plantea en un proceso objetivo y abstracto de control de constitucionalidad de una ley. No es un proceso entre partes en el que se ventilen intereses particulares con los que quepa alinearse, sino en el que se confrontan diversos modos de entender la Constitución y sus mandatos de protección. En esa medida la inclinación de ánimo que justifica la causa de abstención que ha sido invocada no puede ser apreciada, cualquiera que sea la coincidencia de criterio jurídico con los motivos de impugnación que la magistrada haya defendido antes de acceder al cargo jurisdiccional. Al resolver este recurso de inconstitucionalidad, ninguno de los integrantes del colegio de magistrados o magistradas serán jueces de su propia causa, ni cabe temer fundadamente que utilizarán como criterio de juicio para resolverlo otras consideraciones distintas a su entendimiento de la Constitución.

No coincide el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad con el abordado al tratar de cumplir la función consultiva que la magistrada tenía encomendada como vocal del Consejo del Poder Judicial. Ni el fallido informe versó sobre una ley vigente –como ocurre en este recurso– ni existía en aquel momento la pretensión impugnatoria que ahora corresponde al Tribunal Constitucional resolver, por lo que no son coincidentes los objetos sobre los que entonces y ahora ha de pronunciarse la magistrada. La causa decimosexta del art. 219 LOPJ que ha sido invocada exige que en el ejercicio del cargo el juez haya tenido relación con el objeto del litigio y que haya podido formar criterio a favor o en contra de una de las partes en detrimento de la imparcialidad. No apreciamos que este sea el caso, ni que se pueda afirmar un temor fundado, basado en datos objetivos, que permita sospechar que la juez constitucional vaya a poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes en las que se formaliza contradictoriamente el debate. En el pronunciamiento emitido en la Comisión de Estudios e Informes y en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en los trabajos preparatorios de la función consultiva a la que venía obligada, solo expresó un criterio jurídico. Y estos, cuando son abstractos y no hay vinculación con las partes, no inhabilitan para ejercer la jurisdicción constitucional; mucho menos cuando su objeto no es coincidente en todo con la propia impugnación que ante este tribunal se ha de resolver.

Los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno de la Nación al Consejo General del Poder Judicial no dieron lugar a la aprobación del dictamen solicitado, por lo que la función consultiva no llegó a ser ejercitada, lo que impidió su traslado al Gobierno, promotor del anteproyecto. **El Pleno del Consejo General del Poder Judicial no formalizó su función consultiva** por ser desestimadas tanto la propuesta de informe como la enmienda a la totalidad presentadas, al no alcanzar ninguna de las dos la mayoría necesaria para su aprobación.

Por lo expuesto, **el Pleno acuerda no estimar justificada la abstención** formulada por la magistrada en el recurso de inconstitucionalidad.

Votos particulares.

PRECEPTOS

Constitución Española, arts. 159.2 y 165.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 22 y 80.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 61, 108.1 y 219.16.

ECLI:ES:TC:2023:28A

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, en

el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010 interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular, en relación con los artículos 5.1 e); 8 in limine y letras a) y b); 12; 13.4; 14; 15 a), b) y c); 17.2 y 5; 19.2 y la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, ha dictado el siguiente

AUTO

I. Antecedentes

1. El día 1 de junio de 2010, don Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, diputado y comisionado por otros setenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 5.1 e); 8 in limine y letras a) y b); 12; 13.4; 14; 15 a), b) y c); 17.2 y 5; 19.2 y la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

2. Por providencia del Pleno de 30 de junio de 2010 fue acordada la admisión a trámite del referido recurso.

3. Mediante escrito de 30 de enero de 2023, la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera comunicó al presidente del Tribunal Constitucional su voluntad de abstenerse del conocimiento del citado recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, al considerar que está incurso en la causa prevista en el art. 219.16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) consistente en «[h]aber 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».

La magistrada manifiesta en su escrito que, en su condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes, participó en el ejercicio de la función consultiva de informe previo a la tramitación parlamentaria atribuida al Consejo en los apartados e) y f) del art. 108.1 LOPJ –en la redacción anterior a su derogación por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio–, en relación con el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que es parcialmente objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

Añade que en el ejercicio de la indicada función, tanto en la reunión de la Comisión de Estudios e Informes de fecha 15 de julio de 2009 como en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 23 de julio de 2009, votó en contra de la propuesta de informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes con relación al citado anteproyecto de ley orgánica, así como a favor de la enmienda a la totalidad que, junto al vocal don Claro José Fernández-Carnicero González, presentaron al aludido informe aprobado por la Comisión de estudios e informes. Y concluye la magistrada reseñando que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 23 de julio de 2009, desestimó tanto la propuesta de informe como la enmienda a la totalidad, al no alcanzar ninguna de las dos la mayoría necesaria para su aprobación.

II. Fundamentos jurídicos

1. La solicitud de abstención.

La magistrada doña Concepción Espejel Jorquera ha comunicado al Pleno su voluntad de abstenerse de conocer en este proceso constitucional, en el que se impugnan diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Considera que está incurso en la causa de abstención y, en su caso, de recusación, prevista en el art. 219.16 LOPJ consistente en «[h]aber 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». Basa su escrito en el hecho de que, en su condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial, integrante del Pleno y de su Comisión de Estudios e Informes, participó en la preparación, deliberación y votación del borrador de informe previsto en los apartados e) y f) del art. 108.1 LOPJ –en la redacción anterior a su derogación por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio– en relación con el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya posterior tramitación parlamentaria dio lugar a la norma cuestionada en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Explica que tanto en la reunión de la Comisión de Estudios e Informes (celebrada el 15 de julio de 2009), como en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (celebrado el siguiente día 23 de julio), votó en contra de la propuesta de informe elaborado por la Comisión, así como a favor de la enmienda a la totalidad que presentó junto con otro vocal. Aclara que ni el informe realizado ni la enmienda presentada fueron aprobados por el Pleno, al no alcanzar la mayoría necesaria exigida por la ley.

Pese a la voluntad manifestada, con pleno respeto a las cautelas y reservas subjetivas implícitas que justifican siempre las decisiones de abstención de sus miembros, el Pleno debe atenerse a razones objetivas al apreciar o no la concurrencia de las causas de abstención y recusación que se formulen. La interpretación del deber de imparcialidad de los magistrados constitucionales no puede ir más allá de lo necesario en detrimento del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado –en este caso por la Constitución–, ni puede perjudicar el ejercicio de la jurisdicción constitucional. En tal medida, consideramos que el contenido del principio de imparcialidad y la propia ley no permiten en este caso que el Tribunal estime justificada la abstención que se propone.

A continuación, expondremos las razones que justifican nuestra decisión.

2. Consideraciones generales sobre el deber de imparcialidad en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

La garantía de la imparcialidad del juez constitucional tiene escaso tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 165 CE remite a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la regulación, entre otros extremos, del funcionamiento de este tribunal y del estatuto de sus miembros. Por su parte, el art. 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) dispone sin ulterior desarrollo que sus magistrados ejercerán su función de acuerdo, entre otros principios, con el de imparcialidad, a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y abstención.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contiene una regulación específica de causas relativas a quienes ejercen la jurisdicción constitucional, sino que se remite a las que son aplicables a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria (art. 80 LOTC). Se diferencia en este extremo del régimen de las cortes constitucionales de otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, en los que su propia ley reguladora establece previsiones específicas para la abstención o recusación adaptadas a la naturaleza singular de esta institución de garantía constitucional, como, por todos, ocurre con la Ley reguladora del Tribunal Constitucional federal alemán. Así pues, y en virtud, a su vez, de la remisión de la Ley de enjuiciamiento civil a la Ley Orgánica del Poder Judicial, las causas de abstención y de recusación aplicables son, en la actualidad, las enumeradas en el art. 219 LOPJ.

Sería erróneo entender que dicha remisión normativa supone la aplicación de modo automático y literal a la jurisdicción constitucional del sistema de garantías que la ley fija para la jurisdicción ordinaria. La singularidad del Tribunal Constitucional y de las funciones que tiene atribuidas, extensible al modo de elección de sus miembros y a la regulación de sus procedimientos, obliga a modular y adaptar las previsiones legales sobre la abstención y recusación para hacer practicable el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Más en concreto, hemos reiterado que es preciso interpretar de manera restrictiva los motivos de abstención y/o recusación en la medida en que ningún otro juez puede ocupar, siquiera temporalmente, la posición del afectado por la tacha de parcialidad, porque en esta sede no hay juez que lo sustituya [AATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3; 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2; 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4, letra c); y 17/2022, de 25 de enero, que lo ratifica]. En este sentido, hemos de destacar de nuevo «la existencia de un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este tribunal en los términos establecidos directa y categóricamente por el art. 159 CE» (ATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 2).

La experiencia jurisdiccional previa ha permitido constatar que la simple traslación a la jurisdicción constitucional de las causas de recusación que operan en la jurisdicción ordinaria no está exenta de dificultades que dimanen fundamentalmente de la naturaleza de algunos procesos constitucionales y de la composición del Tribunal. De esta manera, con la finalidad última de asegurar que los jueces constitucionales puedan siempre decidir en Derecho atendiendo a las razones que constan en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, la decisión relativa a una petición de abstención o de recusación en el contexto del Tribunal Constitucional, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, debe tener en cuenta intereses adicionales vinculados con el mandato de salvaguarda del ejercicio de la propia jurisdicción (quorum mínimo para decidir y estabilidad en la composición del colegio de magistrados) y con el derecho al juez predeterminado por la ley, que se ve singularmente afectado cuando, alterando la composición del colegio y su origen constitucionalmente predeterminado, se aparta a un juez que no puede ser sustituido.

Cabe añadir, en esta reflexión general previa, que el proceso constitucional tiene por objeto garantizar la adecuación de la ley a la Constitución, preservar el orden constitucional de competencias y la separación de poderes, así como la protección de los derechos fundamentales en el recurso de amparo, siendo su función defender la supremacía de la Constitución. De ahí que la función que a la jurisdicción constitucional corresponde no pueda comprenderse desde el esquema del proceso de partes enfrentadas que soportan intereses particulares. Hemos destacado también (ATC 387/2007, de 16 de octubre, FJ 5) que el objeto de los procesos constitucionales –en especial los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, como procesos objetivos y abstractos de control de constitucionalidad de las leyes– pueden comportar modulaciones en la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de abstención y recusación. La objetivación del amparo constitucional operada en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que exige como condición para la admisión y resolución de un recurso que el asunto tenga especial trascendencia constitucional, refuerza el componente de interés público del amparo,

proceso cuyo objeto es la defensa de los derechos fundamentales, lo que relativiza la dimensión subjetiva de la pretensión.

Todo lo expuesto tiene incidencia en la interpretación del contenido de los motivos de abstención y recusación recogidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque describe una relación ideal del juez constitucional con las partes y con el objeto del enjuiciamiento que es distinta a la que se da en la aplicación de la legalidad en la jurisdicción ordinaria. Máxime cuando las cautelas sobre la propia imparcialidad, como las expresadas en el escrito de abstención, se basan en las ideas y en los posicionamientos jurídicos formulados antes de acceder a este tribunal, pues cada juez constitucional es elegido entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio; experiencia profesional en cuya marco es habitual, casi inevitable, que haya expresado opiniones jurídicas propias sobre las previsiones constitucionales, singularmente sobre los derechos fundamentales, su contenido y sus límites; cuestiones todas ellas que tienen siempre diversas y legítimas lecturas. Como hemos reiterado desde el ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3: «No solo el Tribunal Constitucional sino también el resto de los tribunales jurisdiccionales deben ser integrados por jueces que no tengan la mente vacía sobre los asuntos jurídicos sometidos a su consideración. [...] Lo que precisa la función jurisdiccional son jueces con una mente abierta a los términos del debate y a sus siempre variadas y diversas soluciones jurídicas que están, normalmente, en función de las circunstancias específicas del caso».

Lo dicho no significa eludir la aplicación a cada caso de las causas concretas de recusación establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sí exige poner en relación su aplicación con las funciones de control que este tribunal ejerce. En definitiva, la naturaleza singular de este tribunal y de los procesos constitucionales a él sometidos ha llevado a una jurisprudencia rigurosa en la apreciación de las causas de recusación y abstención que le han sido planteadas.

3. La causa de abstención invocada: doctrina constitucional aplicable.

Conforme al art. 219.16 LOPJ, es causa de abstención: «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».

a) Su contenido y relación con la garantía de imparcialidad judicial fue abordada in extenso en los AATC 80/2005, de 17 de febrero, y 18/2006 (ya citado) señalando que guarda evidente relación con la causa decimotercera que le precede, que permite recusar al juez que haya «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 por el mismo».

La lectura conjunta de ambas causas llevó a destacar que si la causa decimotercera permite apartar al juez que ha tomado parte en los hechos enjuiciados antes y fuera del proceso judicial, pues dicha participación permite afirmar que no es ajeno a la causa, la prevista en el número dieciséis del art. 219 LOPJ, aducida en este supuesto, hace posible apartar del conocimiento del caso al juez que, con ocasión del anterior ejercicio de un cargo público o administrativo, haya tenido relación con el objeto del litigio y, además, haya podido formar criterio contra el recusante como consecuencia de dicha relación, por tanto, en detrimento de la debida imparcialidad. De lo que se trata, dijimos, es de posibilitar el apartamiento del juez prevenido y parcial, es decir, aquel del que cabe justificadamente sospechar que puede poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes, o de su propio interés, situación que se objetiva cuando haya podido formar criterio sobre el litigio en posición de parte o en auxilio de las partes y, también, cuando ha exteriorizado anticipadamente una toma de partido sobre el objeto del litigio a favor o en contra de alguna de estas (AATC 226/2002, de 20 de noviembre, y 61/2003, de 19 de febrero, referidos a quien ya era magistrado del Tribunal Constitucional cuando exteriorizó su criterio).

Señalamos ya entonces que la apreciación de la causa de abstención invocada exige, como punto de partida, poder establecer una conexión entre el cargo público desempeñado y el objeto concreto del proceso sometido a su posterior consideración, pero exige también, como conclusión, que quede acreditado que con ocasión del desempeño de dicho cargo el juez aludido haya podido formar criterio contra alguna de las partes.

Queremos decir con ello que, salvo que se desvirtúe el contenido de la garantía de imparcialidad, no queda justificada la recusación ni la abstención de un juez constitucional u ordinario por el mero hecho de tener criterio jurídico sobre los asuntos que debe resolver. Ya hemos destacado que, por imperativo constitucional, solo pueden integrarse en el 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 acceder al cargo, 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. En definitiva, solo las condiciones y circunstancias en las que ese criterio previo se ha formado, o la relación con el objeto del litigio o con las partes que permita afirmar inclinación de ánimo, son motivos que permitirán fundar una sospecha legítima de inclinación, a favor o en contra, hacia alguna de estas.

b) En el citado ATC 226/2002 fue desestimada la recusación del presidente del Tribunal Constitucional que venía apoyada en la supuesta exteriorización de un criterio previo sobre la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. cuya eventual inconstitucionalidad fue planteada en el recurso de inconstitucionalidad 5550-2002. Los recurrentes consideraron que coincidían el objeto al que se refería el criterio exteriorizado por el magistrado y el del recurso de inconstitucionalidad en cuya resolución habría de participar. Al resolver la recusación el Tribunal no apreció coincidencia entre el objeto del recurso y el de las declaraciones cuestionadas. Al respecto, se argumentó que: «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. La lejanía, no ya temporal sino lógica, entre el objeto de la opinión (el anteproyecto), y la pretensión impugnatoria de la ley en el proceso ya entablado, es un elemento de indudable entidad para que pueda aceptarse, sin más y de principio, que la opinión manifestada sobre el primero determine ya de por sí una toma de partido respecto del objeto del recurso» (FJ 6).

c) También en la STC 5/2004, de 16 de enero, FFJJ 4 y 5, fue abordada la causa de recusación o abstención que ahora se invoca. El supuesto analizado es más cercano al presente, pues entonces fue analizada la recusación de quien –presidiendo el Consejo General del Poder Judicial y, por ende, el Tribunal Supremo–, había emitido informe consultivo sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de partidos políticos que dio lugar a la posterior Ley Orgánica 6/2002, que hubo de aplicar como presidente de la sala jurisdiccional prevista en el art. 61 LOPJ, pues a esta sala correspondía resolver las solicitudes de ilegalización de partidos políticos por las causas previstas en la ley finalmente aprobada.

Se concluyó entonces que no podía ser apreciada la denunciada pérdida de imparcialidad en atención al distinto objeto de una y otra actividad. La decisión desestimatoria de la recusación se justificó señalando que «el informe, no vinculante, emitido ex art. 108.1 e) LOPJ por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en cuya elaboración el único miembro de la Sala sentenciadora que participó fue el Excmo. Sr. don Francisco José Hernando Santiago, tuvo por objeto el anteproyecto de Ley Orgánica de partidos políticos. Se trata, por lo tanto, de una opinión manifestada cuando la norma ulteriormente aplicada en el proceso judicial en el que recayó la sentencia ahora impugnada en amparo se hallaba aún en fase de anteproyecto; esto es, antes de que hubiera ni ley ni proyecto, y, obvio es, antes de que se incoara proceso alguno al amparo de la misma ley finalmente aprobada, en definitiva, el referido informe versó sobre un texto que no había sido todavía aprobado como proyecto de ley por el Consejo de Ministros (art. 5 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), ni había sido sometido aún a tramitación parlamentaria. En este sentido este tribunal ya ha tenido ocasión de declarar, a los efectos que ahora interesan, que no es lo mismo la opinión emitida respecto de un anteproyecto de ley, destinado a una compleja tramitación ulterior, que la emitida respecto a una ley objeto de una pretensión impugnatoria (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 6). A lo que ha de añadirse que el informe se circunscribe en relación con el mencionado anteproyecto de ley al ámbito material que ex art. 108.1 e) LOPJ compete al Consejo General del Poder Judicial, según se indica expresamente en los antecedentes del mismo, y que en él se efectúa una valoración abstracta y genérica desde una perspectiva constitucional del contenido del anteproyecto de ley, como permite apreciar la lectura de dicho informe y la de los párrafos del mismo que se transcriben en la demanda de amparo» (FJ 4).

Se razonó en aquel caso que el distinto objeto de una y otra actividad (informe sobre el anteproyecto de ley, y aplicación de la ley a un concreto partido político) impedía entender que existiese una toma de posición previa del presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo acerca de la concreta ilegalización discutida y acordada en los procesos judiciales.

d) En dos ocasiones (AATC 280/2006, de 18 de julio, y 140/2012, de 4 de julio) este tribunal ha aceptado la abstención en el enjuiciamiento de sendos recursos de inconstitucionalidad de los magistrados solicitantes (ambos expresidentes del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo), que había sido formulada en atención a haber participado en la función consultiva a que se refería el art. 108 LOPJ (hoy art. 561 de la misma ley). En ambas ocasiones, las resoluciones estimatorias se limitaron a afirmar, lacónicamente, que tal participación previa «puede integrarse en las causas decimotercera y decimosexta del art. 219 LOPJ», sin añadir desarrollo argumental alguno que pueda ser tomado en consideración como precedente.

4. Aplicación de las consideraciones y jurisprudencia expuestas a la solicitud de abstención.

Como acabamos de exponer y reiteradamente hemos expresado en ocasiones anteriores, cuando para solicitar su abstención o recusación se aduce el deber de imparcialidad al que los magistrados y magistradas constitucionales se hallan sujetos, la valoración de la concurrencia o no de la causa invocada debe tomar en cuenta la naturaleza del propio Tribunal Constitucional, su forma de constitución, las funciones que tiene atribuidas y el distinto objeto de los diversos procesos constitucionales que conforman su ámbito de competencias de enjuiciamiento (AATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2; 107/2021, de 15 de diciembre, y 17/2022, de 25 de enero).

Singularmente, hemos de destacar que en este caso la pretensión de abstención se formula en un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de una ley, y que, como la magistrada ha expuesto en su comunicación, se apoya en la opinión jurídico-constitucional exteriorizada doce años antes de adquirir la condición de magistrada del Tribunal Constitucional al intentar ejercer la función consultiva sobre un anteproyecto de ley que –como vocal del Consejo General del Poder Judicial– le atribuía su ley reguladora (LOPJ), la cual resultó fallida dado que las propuestas de informe y enmienda sometidas a debate no recibieron el número de apoyos necesario.

A partir de la consideración del deber de imparcialidad de los magistrados constitucionales que ha sido expuesta, las circunstancias que caracterizan la abstención formulada impiden su estimación. Varias razones justifican esta conclusión:

a) Hemos de destacar que la solicitud de abstención se plantea en un proceso objetivo y abstracto de control de constitucionalidad de una ley. No es un proceso entre partes en el que se ventilen intereses particulares con los que quepa alinearse, sino en el que se confrontan diversos modos de entender la Constitución y sus mandatos de protección. En esa medida la inclinación de ánimo que justifica la causa de abstención que ha sido invocada no puede ser apreciada, cualquiera que sea la coincidencia de criterio jurídico con los motivos de impugnación que la magistrada haya defendido antes de acceder al cargo jurisdiccional. Al resolver este recurso de inconstitucionalidad, ninguno de los integrantes del colegio de magistrados o magistradas serán jueces de su propia causa, ni cabe temer fundadamente que utilizarán como criterio de juicio para resolverlo otras consideraciones distintas a su entendimiento de la Constitución.

b) En los términos establecidos en la STC 5/2004 antes citada, no coincide el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad con el abordado al tratar de cumplir la función consultiva que la magistrada tenía encomendada como vocal del Consejo del Poder Judicial. Ni el fallido informe versó sobre una ley vigente –como ocurre en este recurso– ni existía en aquel momento la pretensión impugnatoria que ahora corresponde al Tribunal Constitucional resolver, por lo que no son coincidentes los objetos sobre los que entonces y ahora ha de pronunciarse la magistrada. La causa decimosexta del art. 219 LOPJ que ha sido invocada exige que en el ejercicio del cargo el juez haya tenido relación con el objeto del litigio y que haya podido formar criterio a favor o en contra de una de las partes en detrimento de la imparcialidad. No apreciamos que este sea el caso, ni que se pueda afirmar un temor fundado, basado en datos objetivos, que permita sospechar que la juez constitucional vaya a poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes en las que se formaliza contradictoriamente el debate. Para acceder al propio Consejo General del Poder Judicial como vocal es precisa una determinada, contrastada y acreditada trayectoria y experiencia jurídica, por lo que –volvemos a reiterar– 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.

c) También aboga en favor de la desestimación de la abstención que la causa invocada se vincule, de forma exclusiva, con la exteriorización de un criterio jurídico más de doce años antes de acceder al cargo de magistrada. Esta distancia temporal ha sido tomada en consideración en varias ocasiones anteriores para rechazar la incidencia de las manifestaciones sobre el deber de imparcialidad (ATC 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4). Además, en el pronunciamiento emitido en la Comisión de Estudios e Informes y en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en los trabajos preparatorios de la función consultiva a la que venía obligada, solo expresó un criterio jurídico. Y ya hemos dicho en la resolución citada que estos, cuando son abstractos y no hay vinculación con las partes, no inhabilitan para ejercer la jurisdicción constitucional; mucho menos cuando su objeto no es coincidente en todo con la propia impugnación que ante este tribunal se ha de resolver [AATC 72/2022, de 27 de abril, FJ 3, letra A), apartados a) a d); y 73/2022, de 27 de abril, FJ 4 c) (ii)].

d) A las razones expuestas que, por sí mismas, permiten justificar la decisión de no aceptar la abstención propuesta, se puede añadir en este caso otra más específica, que tiene que ver con el hecho de que los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno de la Nación al Consejo General del Poder Judicial no dieron lugar a la aprobación del dictamen solicitado, por lo que la función consultiva no llegó a ser ejercitada, lo que impidió su traslado al Gobierno, promotor del anteproyecto. Como la magistrada ha expuesto, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 23 de julio de 2009, no formalizó su función consultiva por ser desestimadas tanto la propuesta de informe como la enmienda a la totalidad presentadas, al no alcanzar ninguna de las dos la mayoría necesaria para su aprobación.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

No estimar justificada la abstención formulada por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a siete de febrero de dos mil veintitrés. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Inmaculada Montalbán Huertas. Ricardo Enríquez Sancho. María Luisa Balaguer Callejón. Ramón Sáez Valcárcel. Enrique Arnaldo Alcubilla. María Luisa Segoviano Astaburuaga. César Tolosa Tribiño. Juan Carlos Campo Moreno. Laura Díez Bueso. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO DON RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO al auto dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, resolviendo la solicitud de abstención planteada por la MAGISTRADA DOÑA CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo del auto dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, por medio del cual se rechaza la solicitud de abstención formulada por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera para ser apartada del conocimiento de dicho recurso, al entender esta última que concurre la causa de parcialidad prevista en el art. 219.16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («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»), de aplicación supletoria a los procesos constitucionales ex art. 80 LOTC. En concreto, alega haber tenido que formar criterio y defenderlo en su condición entonces de vocal del Consejo General del Poder Judicial, en una reunión de la Comisión de Estudios e Informes de 15 de julio de 2009 así como en el Pleno de dicho órgano de gobierno de los jueces celebrado el día 23 del mismo mes y año, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, objeto de impugnación en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Las razones de mi discrepancia con el auto aprobado, defendidas sin éxito en la deliberación del Pleno, son las que a continuación se exponen:

1. En primer lugar y como consideración de orden general, comparto como no puede ser de otro modo los postulados de la doctrina labrada durante años por este tribunal y que compendia adecuadamente el ATC 107/2021, de 15 de diciembre (citado en el auto del que ahora discrepo), acerca de la importancia de preservar la garantía de la imparcialidad de los magistrados de esta jurisdicción constitucional en el desempeño de sus funciones, exigido por el art. 22 de nuestra Ley Orgánica reguladora, lo que comporta a falta de una regulación propia en esta del régimen de abstención y recusación de sus miembros, que no quepa hacer una traslación automática o mimética de ese mismo régimen tal y como el mismo opera en la jurisdicción ordinaria, dada la ausencia de un mecanismo de sustitución de los magistrados de este tribunal abstenidos o recusados como en aquella se contempla y se hace efectiva con frecuencia. Se trata así de evitar no solo la alteración de la composición normal y predeterminada del pleno, salas y secciones de este tribunal, incluso la imposibilidad de reunir el quorum necesario para resolver los asuntos que se nos somete; lo que por ejemplo justifica que ante una recusación formulada haciendo un uso abusivo del derecho, proceda acordar su inadmisión a limine. Me remito en tal sentido a los razonamientos y a la cita de los precedentes de nuestra doctrina que aparecen en los FFJJ 2 y 3 de aquel ATC 107/2021, confirmado por ATC 17/2022, de 25 de enero.

Cabe descartar desde ya que la mera formulación y en su caso aceptación de la solicitud fundada de abstención, hecha por una sola magistrada del Tribunal, pueda suponer riesgo alguno para el efectivo desempeño de sus funciones por el Pleno, el cual tiene garantizado el quorum necesario para resolver, en este caso sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

La prudente y necesaria atemperación a las características propias de nuestra jurisdicción, en materia de abstención y recusación de los magistrados constitucionales ya indicada, no puede llegar al extremo sin embargo de eliminar por presuntamente inidóneas, o tener por no previstas en la ley o por no aplicables a nuestro ámbito, a alguna o algunas de las causas de parcialidad que recoge el art. 219 LOPJ. Por lo que aquí importa, la causa decimosexta de dicho precepto atiende a una circunstancia objetiva que es la alegada en su solicitud de abstención por la magistrada señora Espejel Jorquera, al haber ocupado esta un cargo público (vocal del Consejo General del Poder Judicial) con arreglo al cual tuvo conocimiento y formó criterio sobre la constitucionalidad del anteproyecto del que trae causa la ley objeto de impugnación en el presente recurso de inconstitucionalidad.

No puede avalarse la exclusión de este motivo legal de abstención y recusación con respecto a la jurisdicción constitucional, ni de manera absoluta ni parcialmente en atención a la naturaleza del proceso donde esta cuestión pudiera suscitarse, esto es, haciendo una artificial distinción entre los procesos que tienen por fin el control constitucional de normas legales (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad), y el recurso de amparo en el que se tutelan derechos fundamentales de los ciudadanos; aparte de no considerar otros procesos constitucionales

como los conflictos de competencia, también previstos en nuestra Ley Orgánica y donde también se pueden formalizar y formalizan solicitudes de abstención o de recusación.

Como recuerda el ATC 81/2008, de 8 de marzo, FJ 8, con cita entre otros del ATC 226/2002 (traído a colación por el auto del que ahora discrepo, y al que me referiré en específico más adelante): «el mandato citado del art. 22 LOTC, que exige que los magistrados ejerzan su función de acuerdo con el principio de imparcialidad, no contiene salvedad respecto de los procesos objetivos de control de constitucionalidad ni de ninguno de los procesos de que conoce este tribunal (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 3) (AATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2, y 387/2007, de 16 de octubre, FJ 5)».

2. Por otro lado, también como consideración general, es de observar que la propia doctrina de este tribunal ha tenido la oportunidad de poner de relieve la diferencia de origen entre el ejercicio de la facultad de abstención que corresponde al juez o magistrado, y el derecho a recusar de las partes del proceso en el que aquel actúa, también en cuanto a los magistrados constitucionales. Y lo ha hecho en el sentido de proclamar un mayor grado restrictivo en el control de las recusaciones frente a las abstenciones, o lo que es lo mismo, en aceptar como regla general la causa de abstención que esgrima la magistrada o magistrado que se sienta concernido y tenerle así por apartada o apartado del asunto, sin entrar el Pleno en una minuciosa verificación de la veracidad de lo alegado, bastando con su verosimilitud o encaje formal en alguna de las causas de la ley.

Así, declara el ATC 387/2007, de 16 de octubre, FJ 3, que sin perjuicio de que la resolución a dictar fije expresamente el motivo de abstención que se estima o no justificada, en lo que respecta al control a realizar «la doctrina y praxis de este tribunal permite constatar una visible diferencia en el tratamiento de los casos de abstención y recusación, debiendo destacarse en general la menor extensión del enjuiciamiento crítico de las primeras cuando se admiten, frente a los de enjuiciamiento de las recusaciones. Pese a que tanto en los supuestos de abstenciones como de recusaciones está en juego la insustituibilidad de los miembros del Tribunal Constitucional, y por ello el interés prevalente en el mantenimiento de su composición, con la consiguiente necesidad, en ambos supuestos, de interpretación restrictiva de las causas, concurriendo también igualmente en ambos casos, la existencia de un quorum obligatorio, en los términos establecidos en el art. 14 LOTC, la regulación legal de ambas instituciones pone de manifiesto una diferencia relevante entre ellas, cual es que mientras en la abstención la iniciativa es del propio magistrado, en la recusación corresponde a una de las partes procesales. Esta diferencia entre los dos institutos ha conducido en la doctrina de este tribunal a un análisis de la abstención y de la recusación que no resulta necesariamente idéntico, pues en el caso de la abstenciones se trata de decisiones adoptadas por magistrados, respecto de los que no es discernible ningún interés personal, ni imaginable siquiera ninguna posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento, a diferencia de lo que podrá quizás suceder con la recusación. Ello, en cualquier caso, no significa ni que cualquier abstención, por esa sola circunstancia, debe siempre estimarse justificada ni que, por el contrario, cualquier recusación deba ser rechazada».

Constituye un dato estadístico revelador de lo que se expone, el que las abstenciones rechazadas por autos del Pleno de este tribunal durante todos sus años de funcionamiento superan apenas la veintena (veintiuna), y todos fueron dictados entre los años 2006 y 2009, exceptuando el último, el ATC 59/2011, de 6 de junio.

Se deduce de lo dicho hasta aquí que solo razones palmarias o contundentes pueden justificar que, contrariando la voluntad manifestada mediante su solicitud de abstención, por el magistrado de este tribunal que se considera concernido por una situación de parcialidad en un asunto, se le obligue a mantener su participación en el colegio llamado a conocer y dictar resolución definitiva sobre él.

Esas razones palmarias o contundentes no se aprecian que concurren aquí, ni se evidencia tal cosa de los argumentos que vierte el auto aprobado por la mayoría y del que respetuosamente discrepo, como después se dirá. Por el contrario, la circunstancia explicitada por la magistrada señora Espejel Jorquera en su escrito, guarda un encaje formal y lógico en la causa legal de abstención que aduce, lo que debió conducir a su aceptación por el Pleno.

3. A diferencia por ejemplo del supuesto contemplado en la causa sexta del art. 219 LOPJ [«Haber [...] emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo»], la causa invocada por la magistrada señora Espejel, prevista en el apartado dieciséis del mismo precepto, no atiende al resultado que haya podido tener la actuación del magistrado o juez en relación con un asunto en litigio, en cuanto a su participación más o menos activa desde alguna de las posiciones procesales que describe la norma en la causa sexta, sino a que con ocasión de su cargo hubiere tenido conocimiento de un asunto y formado criterio sobre el cual ha de pronunciarse después, en este caso respecto de la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos contenidos en la proyectada regulación de las condiciones para permitir a la mujer la interrupción del embarazo; disposiciones finalmente incorporadas sin cambios apreciables en lo sustancial a la ley que se impugna en este recurso de inconstitucionalidad.

En esa misma óptica, resulta irrelevante a los efectos de la referida causa decimosexta del art. 219 LOPJ que la opinión técnica defendida por la magistrada fuera formalmente acogida o no por el organismo en el que prestaba servicio, pues tanto si lo fue como si no, su actuación fue cualitativamente la misma y comprometió su

imparcialidad; o dicho de otro modo, desde el momento en que ha conocido y fijado posición sobre el mismo objeto que luego tiene que enjuiciar, el presupuesto del motivo legal queda cumplido y debe abstenerse.

Que en este caso esa circunstancia se produjo queda de manifiesto solo con considerar que la magistrada señora Espejel Jorquera redactó, junto con otro vocal del Consejo General del Poder Judicial, una enmienda a la totalidad frente al informe presentado al Pleno del mismo Consejo por su Comisión de Estudios e Informes. Enmienda cuyo texto aportó junto con su escrito de solicitud de abstención al Pleno de este tribunal, a los fines de justificar la procedencia de lo pedido, y en el que se incluían afirmaciones contrarias a la constitucionalidad del anteproyecto de ley en relación con preceptos sustancialmente idénticos a los que finalmente aprobaron las Cortes Generales, mediante la Ley Orgánica 2/20210 aquí impugnada. Baste destacar algunos pasajes de la enmienda para tener clara constancia de ello:

– Se dedican más de veinte páginas (desde el final de la pág. 8, hasta el primer párrafo de la pág. 29 inclusive) a un «análisis jurídico-constitucional» del anteproyecto de ley. En él se parte de un exhaustivo examen de la STC 53/1985, de 11 de abril, a la que se califica de «guía ineludible en esta materia», sobre la protección constitucional del concebido no nacido (apartados 2.1 y 2.2, pág. 14 de la enmienda); examen que sirve de presupuesto para analizar en concreto la constitucionalidad de los arts. 14 y 15 del anteproyecto, los cuales se corresponden con los arts. 14 y 15 de la ley orgánica e impugnados en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, no hay diferencia en los plazos para la interrupción del embarazo ni en la definición de los distintos supuestos de procedencia, salvo aspectos puntuales [como la entrega por escrito y en sobre cerrado, art. 14 a) del anteproyecto; y la exigencia en todos los casos del art. 15 del anteproyecto, de un dictamen de dos médicos especialistas].

La enmienda desarrolla sus consideraciones sobre estos dos preceptos del anteproyecto a partir de la pág. 14, apartado 2.2 introducción («Conflicto entre libertad personal y protección del concebido como bien jurídico constitucionalmente protegido. Garantías de su protección»); 2.2.1 («Interrupción del embarazo a iniciativa de la mujer, dentro del plazo del art. 14 del anteproyecto»); 2.2.2 («Interrupción por grave riesgo para la vida o la salud de la gestante [art. 15 a]»); 2.2.3 («Interrupción por graves anomalías en el feto [art. 15 b]»); y 2.2.4. («Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable [art. 15 c]»), que finaliza en la pág. 29.

– Ya en las conclusiones de la enmienda se afirma entre otras cosas, lo que sigue:

«Primera. Cualquier intervención del legislador en materia de interrupción voluntaria del embarazo debe ajustarse a la premisa del art. 15 CE, concordado con la doctrina constitucional sentada en la sentencia 53/1985, que constituyen hoy el canon de constitucionalidad en la materia. Con este referente insoslayable, el supuesto de IVE [interrupción voluntaria del embarazo] sometido a plazo, previsto en el art. 14 del Anteproyecto, al optar por la libertad exclusiva de la mujer para decidir acerca de la vida o la muerte del concebido, no se ajusta al referido canon. Este solo da cobertura a un sistema de indicaciones que pondere el valor personal y la garantía de la vida de aquel.

Segunda. En congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe reconocer una libertad individual (art. 17.1 CE), o un supuesto derecho subjetivo al aborto, a partir de una conducta o acto que supone la negación, la lesión o la destrucción de un bien jurídico como el de la vida humana, indisociable de la dignidad personal que nuestra Constitución define en su art. 10 como “fundamento del orden político y de la paz social”.

Tercera. En cuanto a la función que cumple la información en la prestación del consentimiento (“consentimiento informado”) de la mujer, se echan de menos algunos contenidos que sería recomendable incluir entre la información entregada a la gestante [se detallan a continuación algunos de esos contenidos]. [...] Porque si estas medidas no tienen virtualidad suficiente para disuadir a la mujer de la realización de la IVE, no cabe decir que el Estado ha dispuesto las garantías necesarias para proteger la vida del nasciturus, como concluyó el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985. En consecuencia, la información y la actuación pública, mediante el centro público o privado acreditado para la realización de la IVE, no puede ser, como dice el Anteproyecto, “neutral”. Por el contrario, del Estado, a la luz de lo sentado en la repetida sentencia 53/1985, cabe esperar, en esta materia, no una actuación neutral, sino guiada por una finalidad protectora de la vida del concebido que exige del poder público una actitud decididamente disuasoria de la realización de la IVE.

[...]

Octava. Por lo que se refiere a la indicación eugenésica, parece conveniente que el legislador incluya en el art. 2 un glosario completo de definiciones y términos a efectos de la aplicación de la ley, singularmente de los conceptos de “anomalía grave”, “anomalía incompatible con la vida”, o “enfermedad”. El riesgo de la utilización de términos difusos, o indeterminados, en esta materia abriría la posibilidad al fraude de ley, a su ineficacia respecto a sus objetivos, a la desprotección del bien jurídico, y a la eventual aplicación desigual por los poderes públicos.»

4. Las opiniones contenidas en aquella enmienda no se han vertido en una conferencia o publicación académica con carácter previo a su nombramiento como magistrada de este tribunal, lo que nuestra doctrina descarta como circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad [ATC 107/2021, FJ 4 d), y las resoluciones

anteriores que ahí se citan]. Se trata, distintamente, de una propuesta de texto alternativo presentada en contraste dialéctico con el parecer manifestado tanto en el informe elaborado por la Comisión de estudios e informes, como por los propios vocales del Consejo General del Poder Judicial que apoyaron este último en el Pleno, en relación con el anteproyecto de ley del que trae causa la norma impugnada. Por tanto, a mi juicio, parece evidente inferir que la magistrada abstenida tenía un criterio perfecta y sólidamente formado sobre la materia cuyo estudio debía encarar en el presente recurso de inconstitucionalidad, como ella misma reconoce al presentar su escrito de abstención.

Lo determinante para aplicar la causa del art. 219.16 LOPJ es que el magistrado concernido haya formado criterio sobre el asunto con anterioridad a su estudio como miembro de este Tribunal Constitucional, de forma que resulten superfluas tanto las alegaciones de los recurrentes en su demanda, como el parecer de las demás partes del proceso y hasta los argumentos contrapuestos que puedan defender en la deliberación los restantes miembros del colegio de magistrados. En esto consiste el detrimento de la debida imparcialidad a que se refiere aquel precepto. Nadie mejor que la propia magistrada abstenida para apreciarlo.

5. En el auto aprobado por la mayoría del Pleno y del que discrepo se vierten algunas afirmaciones concretas en respaldo de la decisión adoptada, que merecen separada consideración. Son las siguientes:

a) En el fundamento jurídico 2 no se entiende bien qué se quiere decir con que la función que desempeña la jurisdicción constitucional «no puede comprenderse desde el esquema del proceso de partes enfrentadas que soportan intereses particulares» [y se repite en el fundamento jurídico 4 a), aludiendo a los «intereses particulares con los que quepa alinearse»]. El régimen de legitimados en los distintos procesos constitucionales es el establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y es frecuente y hasta inevitable que en ellos las distintas partes personadas sostengan pretensiones contrarias, respecto de las cuales subyacen intereses públicos o en su caso particulares, como en el recurso de amparo. Por encima de tales intereses se erige siempre la independencia y la imparcialidad de los magistrados constitucionales, como de manera equivalente sucede con los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria respecto de los asuntos a su cargo, sea para la tutela de intereses públicos (penal, contencioso-administrativo) como privados (civil) o mixtos (social, derecho civil de familia). Tras hacer cita a continuación del ATC 387/2007 (el cual, por cierto, aceptó en su día las abstenciones que se planteaban en un recurso de inconstitucionalidad), el auto de la mayoría se refiere a la objetivación del recurso de amparo introducida por la Ley Orgánica 6/2007 con el requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión de las demandas, siendo que la solicitud de abstención aquí formulada lo ha sido en un recurso de inconstitucionalidad, no en un amparo; y sin que tampoco se explique qué proyección tiene sobre la aplicación de las causas de abstención y recusación.

b) Ya he dicho antes que la circunstancia planteada por la magistrada señora Espejel Jorquera tiene encaje en la causa decimosexta del art. 219 LOPJ, que se diferencia materialmente de la mera emisión de opiniones jurídicas en ejercicio de la libertad de expresión o en su caso de la libertad de cátedra del art. 20 CE, a propósito de la causa legal de tener interés directo o indirecto en el objeto controvertido (art. 219.10 LOPJ). El auto, empero, trae a colación en el mismo FJ 2 la doctrina sobre estas opiniones, que no resuelve el problema suscitado.

c) El auto de la mayoría se apoya también en su fundamento jurídico 3 sobre lo dicho por este tribunal en dos resoluciones, el ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 6; y la STC 5/2004, de 16 de enero, FFJJ 4 y 5; conforme a los cuales la toma de posición jurídica sobre un anteproyecto de ley en el ejercicio del cargo no constituiría causa de abstención (o recusación) al no referirse a la ley finalmente aprobada y a la sazón impugnada en un recurso de inconstitucionalidad. Esta doble cita que hace el auto, desprovista del contexto que las acompaña, puede llevar a una conclusión inexacta de lo enjuiciado en ambas resoluciones citadas:

(i) El ATC 226/2002 no resolvió una solicitud de abstención sino una recusación, lo que comporta ya se ha dicho en estas páginas un canon de control más riguroso que en las abstenciones; en concreto, la formulada al entonces presidente de este tribunal por el ejecutivo autonómico promotor de un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos. Se invocaba el motivo del art. 219.9 LOPJ (hoy 219.10), tener interés directo en el objeto del proceso, debido a las opiniones manifestadas por aquel en diversos medios de comunicación acerca de la conformidad con la Constitución del aún anteproyecto de ley. Esas expresiones fueron consideradas por el ATC 226/2002, FJ 6, como «no cerrada[s] a opiniones de sentido contrario, sobre las que no se adelanta ningún juicio», o que «dista mucho de construir una afirmación categórica», y que «en cuanto al pronóstico respecto del resultado de un recurso de inconstitucionalidad, la lectura del texto mecanográfico de la entrevista pone en evidencia que la manifestación del recurso no tiene que ver con la suerte de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de partidos políticos, sino con un recurso de amparo». Sobre la base de que no eran afirmaciones claras o contundentes, unidos al hecho de tratarse de opiniones hechas a un anteproyecto de ley –sin que dicho ATC 226/2002 dijera nada más sobre si existía o no identidad de contenido entre unos u otros preceptos, el del anteproyecto y el de la ley impugnada–, se concluyó con la desestimación de la causa de recusación por interés directo.

(ii) En cuanto a la STC 5/2004, cuyos fundamentos jurídicos 4 y 5 resuelven una queja de amparo por vulneración del derecho al juez imparcial (derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE), lesión atribuida al entonces presidente de la Sala especial del art. 61 LOPJ y ponente de la sentencia impugnada en dicho recurso de amparo, además de presidente del Consejo General del Poder Judicial, de nuevo con base en tener interés directo o indirecto en el pleito o causa (art. 219.9 LOPJ vigente entonces), al haber emitido informe el Pleno del Consejo que presidía, sobre el anteproyecto de la ya citada Ley Orgánica de partidos políticos.

En este otro caso la queja se desestimó, según ya adelanta el fundamento jurídico 3 de la sentencia, porque «los dos motivos de cuestionamiento de la imparcialidad se refieren a actuaciones relacionadas con la constitucionalidad del anteproyecto [...], que se sitúan en un ámbito de generalidad y abstracción distinto del que es propio del momento aplicativo de la ley». Y es que, en efecto, el objeto del recurso de amparo interpuesto por el partido político ilegalizado era la sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ que había acordado esta decisión, en aplicación de la Ley Orgánica de partidos políticos. Por tanto, lo que se reprochaba al magistrado ponente no era que se pronunciase sobre la constitucionalidad de la ley, sino que diera en todo caso esta última por supuesta al dictar la sentencia de ilegalización (acto de aplicación de una ley). Así lo precisa la misma STC 5/2004 en el fundamento jurídico 4, al reiterar las circunstancias que rodean a la queja de la recurrente, por lo que es evidente que había una desconexión de objeto entre ambos momentos de la actuación del magistrado recusado, de modo que aparte de tratarse el informado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de un anteproyecto de ley –con cita del ATC 226/2002–, se añade que en dicho informe «se efectúa una valoración abstracta y genérica desde una perspectiva constitucional del contenido del anteproyecto de ley», mientras que el «concreto y preciso objeto de los procesos judiciales acumulados en los que recayó la sentencia ahora impugnada [...] no lo constituyó la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002 [...] o de algunos de sus preceptos, sino la determinación de si los partidos políticos demandados, a la vista de las alegaciones de las partes comparecientes y de la actividad probatoria por estas desarrollada en los procesos, se podían encontrar incursos o no en algunos de los supuestos previstos en la Ley Orgánica de partidos políticos, que pudieran determinar o no, en aplicación de la misma, su declaración de ilegalidad y consiguiente disolución». La STC 5/2004 remata en su fundamento jurídico 5 con la desestimación de la falta de imparcialidad del mismo magistrado, por declaraciones efectuadas a los medios de comunicación sobre la constitucionalidad de aquel anteproyecto; al ser declaraciones caracterizadas por «su brevedad y generalidad».

Comparar por tanto los dos casos ahí resueltos por el Tribunal, con la emisión de un informe-enmienda que, como la co-redactada y firmada por la magistrada señora Espejel Jorquera, que incluye más de veinte páginas dedicadas al examen de constitucionalidad de preceptos de un anteproyecto sustancialmente idénticos a los aprobados por ley orgánica luego impugnada, no parece proporcionado.

No en vano el propio auto aprobado ahora por la mayoría del Pleno reconoce que con posterioridad a las resoluciones que invoca, AATC 280/2006 y 140/2012, este tribunal ha aceptado la abstención de magistrados constitucionales que habían actuado «en la función consultiva a que se refería el art. 108 LOPJ (hoy art. 561 de la misma Ley)»; es decir, tal y como alega la magistrada señora Espejel Jorquera. Resalta por cierto el auto que en ambas ocasiones ello se haya hecho «lacónicamente», lo que lejos de merecer censura o extrañeza, se explica perfectamente desde la propia doctrina del Tribunal en cuanto al alcance del control de abstención (véanse, últimamente, por ejemplo, AATC 126/2022, de 7 de octubre, FJ único; 174/2022, de 1 de diciembre, FJ único; y 175/2022, de 12 de diciembre, FJ único).

d) Finalmente, el auto aprobado mayoritariamente sostiene en el FJ 4 que no procede aceptar la solicitud de abstención formulada por la magistrada señora Espejel Jorquera porque la petición atañe a «un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de una ley»; porque su opinión la expuso en una comunicación «doce años antes de adquirir la condición de magistrada del Tribunal Constitucional», y porque lo hizo al «intentar ejercer la función consultiva sobre un anteproyecto [...] la cual resultó fallida dado que las propuestas de informe y enmienda sometidas a debate no recibieron el número de apoyos necesario».

Pues bien, la doctrina de este tribunal ya citada en este voto particular, y que puede completarse con la lectura de la relación de autos dictados resolviendo solicitudes de abstención en recursos de inconstitucionalidad y otros procesos constitucionales, que trae por ejemplo el ATC 387/2007, FJ 4, demuestran que ninguna matización cabe hacer en cuanto a la procedencia del régimen de abstención y recusación de los magistrados de este tribunal, en este proceso núm. 4523-2010. Debo añadir que el dato de los años transcurridos desde la emisión de la enmienda y consiguiente participación de la magistrada en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, no se sabe si supone un factor inédito para medir su capacidad memorística o qué. O que se defina su actuación como vocal del Consejo General del Poder Judicial en esa ocasión como un mero «intento», o una actividad «fallida», teniendo en cuenta el tiempo dedicado al estudio del anteproyecto de ley varias veces mencionado, y la redacción de un informe-enmienda junto a otro vocal del Consejo, con la extensión y detalle que su contenido evidencia, no cabe calificarse de un esfuerzo baldío o pérdida de tiempo, al margen de que por razones que resultan irrelevantes a este incidente de abstención, ni el informe de la Comisión de Estudios e Informes, ni la enmienda, llegaron a aprobarse por no tener los votos suficientes. En todo caso, lo que determina la existencia de la causa legal de abstención no es el

contenido crítico o elogioso de la enmienda, ni si esta obtiene su aprobación o no por el Pleno, sino la toma de conocimiento y fijación de criterio llevado a cabo por la magistrada, en ejercicio de su función como vocal del Consejo General del Poder Judicial, tal y como ha sucedido.

Finalmente, no podemos prescindir de la doctrina asumida por este tribunal, procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acerca de la importancia de la imparcialidad del juzgador, de modo que «como es conocido, el tribunal europeo tiene declarado que “las apariencias pueden alcanzar una cierta importancia o, en otras palabras, ‘la justicia no solo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra’ (véase De Cubber, anteriormente citado, § 26). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer de su falta de imparcialidad debe abstenerse (véase asunto Castillo Algar c. España, de 28 de octubre de 1998, § 45; Informes 1998-VIII; y Micallef, anteriormente citado, § 98)”» [STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 7.1.2 E)].

Por todo lo expuesto la solicitud de abstención formalizada por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera debió ser aceptada por el Pleno, quedando así apartada del conocimiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010 y de todas sus incidencias.

Y en tal sentido emito mi voto particular al presente recurso.

Madrid, a ocho de febrero de dos mil veintitrés. Ricardo Enríquez Sancho. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO DON ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA al auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, por el que se rechaza la abstención de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, al que se adhiere el MAGISTRADO DON CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Con el debido respeto a la opinión de mis compañeros que han conformado la mayoría del Pleno y en uso de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, expreso mi discrepancia con la decisión de estimar no justificada la abstención formulada por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera en el presente recurso de inconstitucionalidad, por las razones ya defendidas en su momento durante la deliberación y que expreso a continuación.

1. La magistrada doña Concepción Espejel Jorquera comunicó el 30 de enero de 2023 su voluntad de abstenerse del conocimiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, interpuesto por más de cincuenta diputados contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que se halla incurso en la causa prevista en el art. 219.16 LOPJ («haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad»). Este precepto se aplica a los magistrados del Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 LOTC.

La magistrada señora Espejel Jorquera manifiesta en su escrito que, en su condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes de dicho órgano constitucional, participó en el ejercicio de la función consultiva atribuida a este en los apartados e) y f) del art. 108.1 LOPJ –en la redacción vigente al tiempo en que dicha magistrada fue miembro del Consejo General del Poder Judicial–, en relación con el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, que es objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

Añade la magistrada señora Espejel Jorquera que, en el ejercicio de la indicada función consultiva, tanto en la reunión de la Comisión de Estudios e Informes de fecha 15 de julio de 2009, como en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 23 de julio de 2009, votó en contra de la propuesta de informe emitido por la Comisión de estudios e informes con relación al citado anteproyecto de Ley Orgánica, así como a favor de la enmienda a la totalidad que, junto al vocal don Claro José Fernández-Carnicero, presentaron al aludido informe aprobado por la Comisión de Estudios e Informes. Y concluye la magistrada reseñando que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 23 de julio de 2009, desestimó tanto la propuesta de informe como la enmienda a la totalidad, al no alcanzar ninguna de las dos la mayoría necesaria para su aprobación.

En suma, la magistrada solicitó abstenerse del conocimiento del presente recurso de inconstitucionalidad por falta de imparcialidad objetiva. El auto del que discrepo estima no justificada la abstención, obligándola así a participar en la deliberación y fallo del recurso.

Las razones en las que el auto del que discrepo pretende apoyar su decisión, adelantadas ya en una nota de prensa difundida en la página web del Tribunal Constitucional en la tarde del día anterior al de la aprobación del auto por la mayoría del Pleno, son, en síntesis, las siguientes: a) la abstención ha sido presentada en un proceso de control abstracto de constitucionalidad de la ley, que no es un proceso de partes en el que se ventilen intereses particulares; b) el objeto del recurso de inconstitucionalidad sobre el que ha de deliberar el Pleno del Tribunal

Constitucional no coincide con el del anteproyecto de ley sobre el que se recabó el informe del Consejo General del Poder Judicial; c) la solicitud de abstención se vincula a la exteriorización de un criterio jurídico que fue expresado hace más de doce años antes de acceder al cargo de magistrada del Tribunal Constitucional; y d) pese a someterse a votación, los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno de la Nación al Consejo General del Poder Judicial no dieron lugar a la aprobación de dictamen alguno, por lo que su contenido no fue trasladado al Gobierno, promotor del anteproyecto de ley.

Ninguna de las cuatro razones expuestas en el auto, que se pretende apoyar en una discutible selección de doctrina constitucional, me resulta convincente.

2. Antes de indicar los motivos de mi discrepancia, estimo indispensable hacer una consideración previa sobre la doctrina constitucional invocada en el fundamento jurídico 3 del auto, en la que se pretende justificar la decisión de no estimar justificada la abstención de la magistrada señora Espejel Jorquera.

Llama la atención que, al seleccionar en el fundamento jurídico 3 la jurisprudencia constitucional que el auto considera adecuada para sustentar el rechazo de la abstención de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, se han elegido como precedentes diversas resoluciones en las que este tribunal rechazó recusaciones planteadas por recurrentes en los procesos constitucionales (AATC 226/2002, de 20 de noviembre; 61/2003, de 19 de febrero; 80/2005, de 17 de febrero; y 18/2006, de 24 de enero; así como STC 5/2004, de 16 de enero, FFJJ 4 y 5). No se trata, pues, de resoluciones referidas a abstenciones planteadas por magistrados del Tribunal Constitucional.

Cierto que, al final, no puede el auto por menos que reconocer que, en dos ocasiones, en los AATC 280/2006, de 18 de julio, y 140/2012, de 4 de julio, este tribunal ha aceptado la abstención en el enjuiciamiento de «sendos recursos de inconstitucionalidad» de los magistrados solicitantes, ambos expresidentes del Consejo General del Poder Judicial (se trataba, respectivamente, de los magistrados don Javier Delgado Barrio y don Francisco José Hernando Santiago), que había sido formulada en atención a haber participado en la función consultiva del Consejo a la que se refería el art. 108 LOPJ (actual art. 561 LOPJ). Pero el auto, de manera sorprendente, entiende dicha doctrina de un modo erróneo. En primer término, esa jurisprudencia no se cita correctamente, pues en el ATC 280/2006, de 18 de julio, la abstención no se plantea (y se acepta) en un recurso de inconstitucionalidad, sino en un conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de la Nación contra un decreto del Gobierno Vasco. Pero lo relevante, en todo caso, es que en ambos asuntos la abstención se formula y se acepta por el mismo motivo por el que la magistrada señora Espejel Jorquera ha formulado su abstención en el presente recurso de inconstitucionalidad. Pese a ello, el auto les niega a ambas resoluciones valor de precedente, porque «se limitaron a afirmar, lacónicamente», que la «participación previa» de esos magistrados «puede integrarse en las causas decimotercera y decimosexta del art. 219 LOPJ» (recuérdese que la causa decimosexta del art. 219 LOPJ fue la invocada en este caso por la magistrada señora Espejel Jorquera), «sin añadir desarrollo argumental alguno que pueda ser tomado en consideración como precedente».

Tal argumento no me parece de recibo, porque supone olvidar que es solo en los (escasos) supuestos en los que este tribunal ha rechazado la abstención formulada por alguno de sus magistrados, en diferentes procesos constitucionales (así, AATC 380/2006, de 24 de octubre; 456/2006, de 14 de diciembre; 289/2007, de 19 de junio; y 20/2008, de 22 de enero), cuando se ofrece una explicación, más o menos detallada, de las razones que fundamenta la decisión de no estimar justificada la abstención, mientras que los (numerosos) asuntos en los que sí se acepta la abstención, este tribunal se limita, de forma escueta (o lacónica, como prefiere el auto), a constatar que concurre la causa de abstención invocada por la razón indicada en su comunicación por el magistrado, como se hizo precisamente en los citados AATC 280/2006, de 18 de julio, y 140/2012, de 4 de julio, sin añadir mayor desarrollo argumental.

La razón de ello es bastante obvia, por lo que no requiere de una prolija explicación: al aceptarse la abstención de un magistrado, por las razones que este ya ha justificado al manifestar su voluntad de abstenerse, queda ese magistrado apartado del conocimiento del proceso constitucional y de todas sus incidencias, por lo que las resoluciones que se dicten en ese proceso no pueden ser puestas en entredicho con el argumento de que ha participado un magistrado sobre el que existen sospechas de pérdida de imparcialidad, subjetiva u objetiva; por el contrario, cuando se rechaza la abstención de un magistrado, queda este obligado a participar en la deliberación y fallo del asunto contra su expresa voluntad de abstenerse del conocimiento del proceso constitucional, lo que obliga al Tribunal a realizar un esfuerzo argumental para disipar cualquier sospecha de que su participación en las resoluciones que en el proceso se dicten no compromete la garantía de imparcialidad. El auto no diferencia entre estos dos supuestos, incurriendo así en un error interpretativo de bulto.

3. Como he adelantado, ninguna de las razones esgrimidas en el fundamento jurídico 4 del auto para estimar no justificada la abstención de la magistrada señora Espejel Jorquera me resulta convincente.

3.1 En primer lugar, el auto basa esa decisión en el hecho de que la abstención ha sido presentada «en un proceso objetivo y abstracto de control constitucionalidad de una ley, que no es un proceso de partes en el que se

ventilen intereses particulares con los que quepa alinearse, sino en el que se confrontan modos de entender la Constitución y sus mandatos de protección».

Es decir, según el auto, no podrían plantearse abstenciones en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino solamente en los procesos constitucionales en los que pudiera hablarse propiamente de partes (en el recurso de amparo o en los conflictos de competencia, por definición). Para refutar tan novedoso argumento baste recordar que nuestra jurisprudencia viene admitiendo desde siempre que la abstención (al igual que la recusación) puede plantearse y aceptarse en cualesquiera procesos constitucionales, incluidos, por tanto, los procesos de control de constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley. Los ejemplos de autos aceptando abstenciones de magistrados en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad son tan numerosos que no precisan cita. Baste a título de muestra recordar el citado ATC 140/2012, de 4 de julio, en el que la abstención del magistrado señor Hernando Santiago se acepta en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados contra una ley estatal, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, así como los AATC 36/2009, de 5 de febrero; 131/2011, de 18 de octubre; 189/2012, de 16 de octubre; 116/2017, de 18 de julio; 66/2018, de 19 de julio; 145/2020, de 17 de noviembre; 85/2021, de 15 de septiembre; o 45/2022, de 24 de febrero, entre otros muchos. Y cuando se rechaza una abstención no es porque no se pueda plantear esta en los procesos objetivos y abstractos de control constitucionalidad de la ley, sino por estimar que, en las circunstancias del caso concreto, la razón alegada por el magistrado para abstenerse no puede encontrar acomodo en ninguna de las causas previstas en el art. 219 LOPJ (así, AATC 380/2006, de 24 de octubre; 289/2007, de 19 de junio; 20/2008, de 22 de enero; o 40/2009, de 5 de febrero).

Más aún, no puede dejar de recordarse, pues incluso ha tenido un importante eco en los medios de comunicación social y ha sido convenientemente difundido, mediante notas de prensa, a través de la página web del Tribunal Constitucional, que este tribunal, en su actual composición tras su reciente renovación, ha venido aceptando la abstención de alguno de sus magistrados no solo en recursos de amparo, sino también en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, y precisamente fundándose en la participación del magistrado en la función consultiva del órgano público del que en su día formaba parte. Y esa petición de abstención ha sido aceptada sin más discusión, por ser inequívoca e indiscutible, al haberse formado el magistrado un criterio previo sobre la ley cuya constitucionalidad debe enjuiciar como miembro de este tribunal.

3.2 La segunda razón esgrimida en el auto para rechazar la abstención de la magistrada señora Espejel Jorquera es que el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad («una ley vigente») no coincide «con el abordado al tratar de cumplir la función consultiva que la magistrada tenía encomendada como vocal del Consejo del Poder Judicial», esto es, el anteproyecto de ley sobre el que por el Gobierno se recabó el «fallido informe» del Consejo, por lo que no resultaría aplicable la invocada causa decimosexta del art. 219 LOPJ.

Tal argumento no es atendible. Obviamente, la función consultiva del Consejo no se ejerce sobre leyes en vigor, sino sobre anteproyectos de ley (art. 561 LOPJ, antes art. 108), algo que el auto del que discrepo parece pretender obviar. Así sucedía sin ir más lejos, cabe recordar, en el citado ATC 140/2012, de 4 de julio, que acepta la abstención del magistrado señor Hernando Santiago en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por concurrir las causas decimotercera y decimosexta del art. 219 LOPJ, porque el mencionado magistrado intervino en su día, en calidad de presidente del Consejo General del Poder Judicial, en la elaboración del informe emitido por dicho órgano en relación con el proyecto legislativo de reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, del que traía causa la ley impugnada en ese recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, como se dijo, la magistrada señora Espejel Jorquera, en su anterior condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes, participó en el ejercicio de la función consultiva atribuida al Consejo en los apartados e) y f) del art. 108.1 LOPJ (actual art. 561 LOPJ), en relación con el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que es objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010 en parte de su articulado.

En el Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 23 de julio de 2009, la magistrada tomó posición acerca de las cuestiones que con posteridad han sido objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, y emitió voto en contra de la propuesta del informe aprobado por la Comisión de Estudios e Informes, relativo al referido anteproyecto de Ley Orgánica del que trae causa la vigente Ley Orgánica 2/2010. Asimismo, votó a favor de la enmienda a la totalidad que, junto con otro vocal, presentó al referido informe. En la documentación aportada por la magistrada consta el extenso dictamen que, en su calidad de vocal del Consejo General del Poder Judicial y miembro de la Comisión de estudios e informes de este, y como enmienda al proyecto de informe aprobado por la Comisión en relación con el referido anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, redactó conjuntamente con el también vocal del Consejo y miembro de la Comisión señor Fernández-Carnicero González. En ese dictamen alternativo, la magistrada señora Espejel Jorquera se pronunció abiertamente en contra de la constitucionalidad de diversos

extremos del anteproyecto de ley, del que trae causa directa la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en particular sobre el sistema de plazos que instaure, frente al precedente sistema de indicaciones, lo que constituye la principal cuestión planteada en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Resulta indudable, por tanto, que la magistrada señora Espejel Jorquera ocupó cargo público (vocal del Consejo General del Poder Judicial y miembro de la Comisión de Estudios e Informes de este) con ocasión del cual tuvo conocimiento del objeto del asunto controvertido en este recurso de inconstitucionalidad (la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actual regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, basada en un sistema de plazos) y formó criterio «en detrimento de la debida imparcialidad», como lo evidencia el hecho de que votase en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en contra del proyecto del informe aprobado por la Comisión de Estudios e Informes sobre el referido anteproyecto de ley que se halla en el origen de la vigente Ley Orgánica 2/2010 y que suscribiese un extenso dictamen alternativo, como enmienda a dicho informe, en el sentido indicado. No puede, en consecuencia, sino concluirse que su solicitud de abstención se acomoda exactamente a la literalidad de la causa decimosexta del art. 219 LOPJ, como sucedía, en un caso similar, en el referido ATC 140/2012, de 4 de julio.

3.3 El tercer argumento que utiliza el auto del que discrepo para rechazar la abstención de la magistrada señora Espejel Jorquera es que la solicitud de abstención se vincula a la exteriorización de un criterio jurídico que fue expresado más de doce años antes de acceder al cargo de magistrada del Tribunal Constitucional. Y se afirma a continuación, con cita del ATC 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4, que «esta distancia temporal ha sido tomada en consideración en varias ocasiones anteriores para rechazar la incidencia de las manifestaciones sobre el deber de imparcialidad».

Dejando a un lado la observación de que el citado ATC 107/2021, de 15 de diciembre, no se refiere a un supuesto de aceptación o rechazo de una abstención de un magistrado, sino que se trata de la desestimación de una recusación formulada por recurrentes en amparo, una lectura detenida de esa resolución pone de relieve que lo que allí se afirma, que comparto sin duda alguna, nada tiene que ver con lo que ahora se discute.

En efecto, ninguna objeción me merece, antes al contrario, la afirmación que se contiene en el ATC 107/2021, FJ 4, con cita de doctrina constitucional precedente, según la cual, salvo que se desvirtúe el contenido de la garantía de imparcialidad, no puede pretenderse la recusación de un magistrado de este tribunal por el mero hecho de tener criterio jurídico anticipado sobre los asuntos que debe resolver, pues este debe ser integrado por juristas que no tengan la mente vacía sobre los asuntos sometidos a su consideración. Así como que, por imperativo del art. 159.2 CE, solo pueden ser nombrados magistrados del Tribunal Constitucional quienes reúnan la condición de «juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional», por lo que no puede extrañar que, antes de integrarse en este tribunal, sus miembros se hayan pronunciado, en el ejercicio de sus respectivas profesiones de procedencia, sobre materias jurídicas que pueden llegar a ser luego objeto directo o indirecto de la labor de enjuiciamiento constitucional que tienen legalmente atribuida.

Pero estas sensatas observaciones de nuestra doctrina nada dicen a favor o en contra de que un magistrado deba abstenerse del conocimiento del asunto cuando, como aquí sucede, haya ocupado un cargo público «con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad». Y a tal efecto resulta irrelevante que hayan transcurrido doce años o doce meses desde la exteriorización de ese criterio. La magistrada señora Espejel Jorquera formó su criterio jurídico sobre las cuestiones controvertidas en el presente recurso de inconstitucionalidad hace más de doce años, cierto, porque fue entonces cuando ejerció la función consultiva que tenía encomendada como vocal del Consejo del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de estudios e informes, en relación con el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Su posicionamiento en contra de la constitucionalidad del actual modelo legal sobre la interrupción voluntaria del embarazo quedó patente entonces y es notorio que su criterio no ha cambiado con el paso de los años: la prueba de ello es precisamente que el pasado 30 de enero comunicó su voluntad de abstenerse del conocimiento del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, interpuesto contra diversos preceptos de la citada Ley Orgánica 2/2010.

3.4 La última razón que se aduce en el auto del que discrepo para rechazar la abstención de la magistrada señora Espejel Jorquera en el presente recurso de inconstitucionalidad me resulta, si cabe, menos atendible que las anteriores.

Se afirma que, pese a someterse a votación, «los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno de la Nación al Consejo General del Poder Judicial no dieron lugar a la aprobación de dictamen alguno, por lo que la función consultiva no llegó a ser ejercitada, lo que impidió trasladar dictamen alguno al Gobierno, promotor del anteproyecto».

Ciertamente, el Consejo General del Poder Judicial no pudo trasladar al Gobierno de la Nación el informe solicitado sobre el anteproyecto de ley del que trae causa directa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que es objeto del presente recurso de

inconstitucionalidad, como consecuencia de que en el Pleno del Consejo celebrado al efecto no se alcanzó la mayoría de votos necesaria para la aprobación de ese informe. Pero eso no significa que la magistrada señora Espejel Jorquera no formase entonces criterio en detrimento de la debida imparcialidad (causa decimosexta del art. 219 LOPJ). Como ya se dijo, en su condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes, participó en el ejercicio de la función consultiva atribuida al Consejo en el art. 108.1 LOPJ (actual art. 561 LOPJ), en relación con dicho anteproyecto de ley, al emitir voto en contra del proyecto de informe aprobado por la Comisión, y votar a favor de la enmienda que, junto con otro vocal, presentó al referido informe, en la que hizo patente su criterio sobre la inconstitucionalidad de diversos artículos del proyecto legislativo, cuyo contenido ha pasado a la vigente Ley Orgánica 2/2010 y que son objeto del recurso de inconstitucionalidad que pende ante este tribunal.

Lo relevante a los efectos que nos ocupan no es que el informe que el Gobierno solicitó al Consejo General del Poder Judicial resultara «fallido», porque no recibió el número de votos necesario para su aprobación (al igual que sucedió con el texto alternativo que la entonces vocal señora Espejel Jorquera, junto con otro vocal del Consejo, sometió a votación como enmienda al informe de la Comisión), sino si con ocasión del ejercicio de la función consultiva del Consejo, con resultado frustrado, la ahora magistrada de este tribunal señora Espejel Jorquera formó criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la reforma legal pretendida por el Gobierno, que acabaría plasmándose en la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad. Y esto segundo es, a mi juicio, indudable, a la vista de la documentación aportada por la magistrada señora Espejel Jorquera.

4. La remisión que el art. 80 LOTC hace a la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de recusación y abstención ha de ponerse en relación con el art. 22 LOTC, en cuanto dispone que «los magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad». Por tanto, los magistrados de la jurisdicción constitucional, como los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, han de ejercer su función con independencia e imparcialidad.

La abstención de un magistrado no es un derecho de este, sino un deber, no solamente ético sino también –y sobre todo– jurídico, de manera que cuando advierta que concurre en su persona alguna de las causas que enuncia el art. 219 LOPJ está obligado a formular su abstención. Así lo establece en términos inequívocos el art. 217 LOPJ: «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».

Por otra parte, a diferencia de la recusación, que es un acto de parte sujeto a plazo (art. 223.1 LOPJ), la abstención no está sometida a plazo, sino que el juez o magistrado la comunicará, mediante escrito razonado, «tan pronto como sea advertida la causa que la motive» (art. 221.1 LOPJ). Por eso, así como la dilación en proponer la parte una recusación se sanciona en el art. 223.1 LOPJ con la inadmisión a trámite de la pretensión recusatoria, no se establece igual previsión en el art. 221 LOPJ para la abstención. Este diferente régimen jurídico obedece, como señala la doctrina constitucional, a que así como no puede quedar a la libre decisión de las partes la elección del momento en que se formule una recusación, en función del sesgo favorable o adverso del curso del proceso, en cambio en el caso de las abstenciones se trata de decisiones adoptadas por magistrados, respecto de los que no es discernible ningún interés personal, ni imaginable siquiera ninguna posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento; antes al contrario, ha de reconocerse la preocupación demostrada por el magistrado abstenido respecto a la importancia que tiene siempre la apariencia de imparcialidad (AATC 387/2007, de 16 de octubre, FJ 3; 36/2009, de 5 de febrero, FJ 2, y 41/2009, de 5 de febrero, FJ 2, entre otros).

La abstención es, por tanto, un acto debido, porque la imparcialidad es, quizás, el elemento constitutivo del estatuto del juez que solo puede merecer este título si es imparcial. En tal sentido cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha sido asumido plenamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 15 de octubre de 2009, asunto Micallef. Malta, y STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegi y otros c. España), que señala que el derecho a un juez imparcial, reconocido explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, constituye una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el juez, es decir, que quede garantizada su apariencia de imparcialidad.

Así de ser, necesariamente, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional. El citado art. 22 LOTC es inequívoco y tajante al respecto, al exigir que magistrados del Tribunal Constitucional ejerzan su función jurisdiccional de acuerdo con el principio de imparcialidad. Ello significa no solo que el magistrado debe comunicar su voluntad de abstenerse del enjuiciamiento de un determinado asunto cuando entienda que concurra en su persona alguna de las causas que enuncia el art. 219 LOPJ, sino también que este tribunal ha de velar por el correcto

funcionamiento de su función jurisdiccional, apartando de ese concreto proceso a quien entiende perdida o severamente afectada su imparcialidad, o que puede cuestionarse su apariencia de imparcialidad.

Por ello, solo razones muy fundadas podrían excepcionalmente justificar que, contrariando la voluntad de un magistrado de este tribunal de abstenerse en un determinado asunto por considerarse incurso en una causa de abstención, se le obligue a mantener su participación en la deliberación y fallo de este. No es posible apreciar, a mi juicio, que tales razones concurren en este caso, y desde luego no se desprenden de los argumentos expuestos en el auto del que discrepo, como creo haber demostrado.

De este modo, la absolutamente infundada interpretación que del deber de abstención (arts. 22 y 80 LOTC, en relación con los arts. 217, 219 y 221.1 LOPJ) realiza el auto no resulta asumible, pues no solo desatiende las más que plausibles razones en las que la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera fundamentó su voluntad de abstenerse en el presente recurso de inconstitucionalidad, sino que, además, supone comprometer la institucionalidad de este tribunal, cuya debida composición en el enjuiciamiento de cada asunto concreto, siempre asegurando el quorum requerido por el art. 14 LOTC, es necesariamente exigible para preservar la garantía de imparcialidad en el ejercicio de su jurisdicción.

5. En suma, por las razones expuestas entiendo que debió estimarse justificada la abstención formulada por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, y en consecuencia declararla apartada definitivamente del conocimiento del referido recurso y de todas sus incidencias.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a catorce de febrero de dos mil veintitrés. Enrique Arnaldo Alcubilla. César Tolosa Tribiño. Firmado y rubricado.