

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto del Pleno que inadmite a trámite los incidentes de recusación promovidos por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña en los procesos constitucionales núms. 3766-2006, 8434-2006, 8741-2009, 7454-2010, 7611-2010, 7722-2010, 5491-2012, 6687-2012, 6777-2012, 7208-2012, 7279-2012, 301-2013, 414-2013, 443-2013, 630-2013, 995-2013, 1389-2013, 1743-2013, 1744-2013, 1873-2013, 1983-2013, 3071-2013, 4305-2013, 4911-2013, 4912-2013 y 5107-2013.

Como tuve la oportunidad de manifestar durante la deliberación de los presentes incidentes de recusación, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros, entiendo, por las razones que de inmediato expresaré, que el fallo debió de declarar la admisión a trámite de los mencionados incidentes, procediendo, por consiguiente, a la apertura de las oportunas piezas de recusación.

1. Dada su innegable trascendencia constitucional, la cuestión planteada en los presentes incidentes de recusación no puede y tampoco debe ser resuelta con argumentaciones de signo preponderantemente normativista; esto es, mediante el recurso a un tipo de motivaciones que puede ser percibido como equivalente a una deliberada renuncia por el Tribunal a dictar un pronunciamiento dotado de la debida consistencia y densidad doctrinal. Es esta lógica metodológica a la que no se adapta, a mi juicio, la inadmisión liminar adoptada por el Tribunal.

El Auto del que me separo, en efecto, ha soslayado en su fundamentación jurídica diferentes temas cuyo tratamiento, a mi entender, resulta de todo punto imprescindible. Me quiero referir a los cuatro siguientes: la caracterización constitucional de la función jurisdiccional y la independencia del Tribunal; el deber de transparencia de la institución y sus miembros; la confianza de la sociedad y la de poderes públicos que intervienen en los procedimientos de constitucionalidad, que enlaza con el prestigio y el crédito en la institución, clave para un ejercicio eficaz y con *auctoritas* de la función constitucional que desarrollamos y, finalmente, el escenario en el que se han instalado estos incidentes.

Las razones apenas enunciadas ya justifican, incluso sin necesidad de extensas argumentaciones, la admisión a trámite de los presentes incidentes de recusación presentados por los poderes legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, contribuyendo así a borrar todo rastro de duda sobre la independencia e imparcialidad del Tribunal y de sus

miembros. En contra de la decisión tomada por la mayoría, la admisión a trámite de las recusaciones y la apertura de la correspondiente instrucción de la pieza de recusación hubiera sido la única solución capaz de ofrecer una respuesta satisfactoria, acorde a las exigencias de entereza y transparencia institucional

2. En estas recusaciones subyace, por lo pronto, una cuestión de gran relieve constitucional que el Auto no toma suficientemente en consideración. Este Tribunal se configura como un órgano constitucional, diseñado por el constituyente en la tradición del modelo europeo de jurisdicción constitucional concentrada, con la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución como norma jurídica. Al Tribunal le corresponde, en su función de intérprete supremo de nuestra Carta Magna (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4). En dicha tarea, por decirlo sin ambigüedades, el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución y la plenitud del Estado que esta norma superior instituye, lo que equivale a decir que adquiere una posición central a través de su función de control, verificando que las decisiones de los poderes constituidos, también las de carácter político, respetan el texto constitucional.

Debe señalarse, en consecuencia, que la atribución por la CE de competencias jurisdiccionales que inciden en cuestiones y decisiones no sólo de naturaleza estrictamente normativa, sino también de caracterización y dimensión o repercusión políticas, confiere a este Tribunal, de modo estructural, un cometido y una participación decisiva en la dirección política del Estado, en la formación de la voluntad del mismo. No de otro modo puede calificarse nuestra intervención en la definición de lo que sea la actividad del Estado y, por ello, en la delimitación, el funcionamiento, la vocación y la estabilidad del sistema constitucional.

Ese expreso mandato se desarrolla respecto de un texto constitucional que, como fruto de un reconocido consenso político, queda perfilado por el carácter abierto y la menor densidad de sus previsiones normativas en contraste con la legalidad ordinaria. Esta circunstancia hace más penetrante el ejercicio del cometido encomendado a este Tribunal, ampliando el margen de su libertad interpretativa y dotando, en suma, de mayor alcance a nuestros pronunciamientos en la definición de un modelo constitucional forzosamente abierto por voluntad del poder constituyente y por imperativo del pluralismo político que lo preside (art. 1.1 CE), y forzosamente evolutivo por la necesidad de dar respuesta a las demandas cambiantes de una sociedad en constante transformación (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Tal empeño

nos exige una interpretación igualmente evolutiva de la Constitución, so pena de incurrir en una rigidez y anquilosis que a la larga privaría de sentido la misión que se nos ha encomendado. Una función que posee, también por ello, trascendencia política.

En suma, es de esencia a su arquitectura constitucional que este Tribunal sea el único, de entre los órganos constitucionales, en cuyo proceso de nombramiento participen todos los demás órganos constitucionales, y que a la vez sea el órgano investido con el poder de controlar que la actividad política de aquéllos se desenvuelva dentro de los límites fijados por la Constitución, en los flexibles términos ya expuestos.

Complemento necesario de esta concepción es su intersección con el principio de independencia. La normativa reguladora del Tribunal determina que, como intérprete supremo de la Constitución, es único en su orden, independiente de los demás órganos constitucionales y sometido exclusivamente a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1 LOTC), siendo sus Magistrados independientes en el ejercicio de su mandato (art. 159.5 CE), como cargos públicos electivos pero no representativos, expresamente establecidos en la propia Constitución (STC 133/2013, de 5 de junio, FJ 4). La independencia conforma la premisa habilitante del libre ejercicio de su función constitucional, y se garantiza a través de un estatuto singular del que, por voluntad del constituyente, no forma parte la prohibición de afiliación a un partido político. Es este, y no hay razón para negarlo, un equilibrio de notable complejidad y no exento de polémicas y de riesgos, pero fundado en la idea expresada por quien fuera el primer gran teórico europeo de la justicia constitucional, Hans Kelsen, de que resulta preferible aceptar, más que una influencia oculta y, por lo mismo, incontrolable, de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal.

Así entendido, el Tribunal Constitucional es un órgano de inequívoca naturaleza político-constitucional, derivando esta adjetivación de su función y del objeto de sus resoluciones así como de la fuente de su legitimación y el procedimiento de designación de sus miembros. En otras palabras, el Tribunal Constitucional, a través de las decisiones que en colegio adoptan los jueces elegidos, desempeña una función jurisdiccional con repercusión política; directa y netamente política, pues el Derecho Constitucional tiene contenido político en cuanto define los principios y valores configuradores de nuestro Estado plural y de nuestra convivencia, y precisa los límites de la acción y las relaciones entre los diversos poderes constituidos.

Por consiguiente y a pesar de mi coincidencia con la afirmación contenida en el Auto del que discrepo de la compatibilidad de la militancia política y el desempeño del cargo de Magistrado, la decisión de la mayoría sorteja una indeclinable tarea; a saber: la de reflexionar

sobre las consecuencias de la obligada pluralidad ideológica y política que constitucionalmente ha de caracterizar a este Tribunal. Lejos de quebrar su independencia y al margen de que sus integrantes formalicen o no sus creencias ideológicas mediante actos de afiliación en partidos políticos, la mencionada y compleja pluralidad asegura el contraste de pensamiento que precisa el control de constitucionalidad de una norma fundamental fruto del consenso político. Esa es la garantía en el recto ejercicio de la función, como seguramente es la razón por la que la Constitución no considera la militancia en partidos políticos ni fuente de incompatibilidad ni motivo de pérdida de independencia.

3. Lo anterior, no obstante, apunta un segundo plano del análisis: la transparencia. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no obliga a revelar la afiliación política no solo a los jueces constitucionales sino, con criterios de generalidad, a ciudadano alguno, lo cierto es que dicha afiliación, y en particular el hecho de no hacerla pública, podría ser calificada como un hecho relevante con algún tipo de consecuencia en el juicio de la cuestión que se nos somete.

Un juicio algo más reposado, basado en el examen del sistema jurídico que, en su conjunto, rige la jurisdicción constitucional, priva de la obligada consistencia jurídica a conclusiones precipitadas sobre esta problemática. Como se ha razonado, el Tribunal Constitucional tiene, por voluntad del poder constituyente, una indeclinable dimensión política que, en lo aquí importa destacar, se manifiesta en la activa intervención que en el nombramiento de los magistrados tienen los restantes poderes constituidos. Estos, desde luego, han de seleccionar a “juristas de reconocida competencia” (art. 159.2 CE). Pero es ésta una exigencia constitucional que, pese a su indiscutible relevancia, no agota o absorbe el perfil de la personalidad del magistrado elegido, que, al acceder al alto cargo, ya cuenta con un relevante patrimonio de ideas y valores que en modo alguno puede dejar de hacerse presente en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cuando los poderes constituidos – las cámaras legislativas, el Gobierno o el Consejo General del Poder Judicial – proponen a los candidatos que han de cubrir las vacantes del Tribunal Constitucional, aquellos ya han procedido con carácter previo a valorar y ponderar debidamente y, sobre todo, de manera agregada la integridad de las experiencias profesionales, de las vivencias personales y de las creencias ideológicas de estos. Y en ese enjuiciamiento de conjunto, dichos poderes han de hacerse eco, como no podía ser de otro modo, de las diferentes sensibilidades políticas e ideológicas presentes en una sociedad pluralista, perteneciendo a la normalidad constitucional que la selección misma recaiga en juristas cuyo pensamiento jurídico resulte, en términos generales, convergente o divergente con

distintas opciones de política de derecho; con aquellas sostenidas, defendidas, compartidas o criticadas precisamente por el poder que interviene en cada concreta propuesta de selección.

Es esta una realidad que ni conviene desconocer ni mucho menos, como en ocasiones tiende a realizarse por parte de determinados ambientes de opinión, descalificar desde una perspectiva constitucional. Muy antes al contrario, forma parte de la propia concepción constitucional de nuestra jurisdicción. La confrontación de la afiliación política con las obligadas exigencias de imparcialidad e independencia puede servir, así pues y a lo sumo, como un dato más de valoración respecto de los restantes elementos que fueron tenidos en cuenta en la definición del perfil de personalidad de los magistrados.

Esta reflexión no merma, sin embargo, el protagonismo que posee aquí un elemento ya reseñado en el número anterior: la necesidad de dar respuesta a las demandas cambiantes de una sociedad en constante transformación, que reclama transparencia en sus instituciones y, en particular, en sus órganos políticos. Por eso hubiera sido deseable reflexionar sobre los márgenes que ofrece el art. 16.2 CE en orden a determinar marcos de transparencia en esta materia, dirigidos a los magistrados de este Tribunal, así como que éstos, en todo caso, decidan asumir un proceder que alimente la confianza de la sociedad en el ejercicio de su función jurisdiccional. Interiorizar ese doble plano (la natural dimensión política de la tarea del Tribunal y la transparencia respecto de los hechos relevantes), traduciéndolo sea en deber jurídico, sea en compromiso personal de publicidad, haría resplandecer la realidad en la que nos movemos, sin constantes destemplanzas a menudo derivadas del desconocimiento de la delicada y compleja función constitucional encomendada o, lo que es más serio y preocupante, de la deliberada distorsión de esa función.

4. Enlaza lo que viene de decirse con el tercero de los planos a los que antes aludía: la confianza de la sociedad y de los poderes públicos que intervienen en los procedimientos de constitucionalidad, que no sólo descansa en la garantía de independencia, sobre la que reflexioné anteriormente, sino también en la garantía de imparcialidad.

La trascendencia política de nuestros pronunciamientos obliga a elevar el estándar desde este último prisma; esto es, y en lo que aquí concierne, cuando pueda existir sombra de parcialidad de los miembros de este Tribunal. Determinadas vicisitudes, incluso cuando posean cobertura constitucional, pueden revelar falta de imparcialidad *ad casum*, siempre que aflore en el examen correspondiente una inidoneidad específica para juzgarlo, ya por indebida relación con una de las partes, ya por contaminación respecto del objeto del procedimiento. Nada de ello

puede ponderarse sin la admisión a trámite de estas peticiones. La apertura de la oportuna instructoria no solo asegura el tratamiento a fondo de lo alegado y su proyección a cada uno de los procedimientos afectados por las recusaciones. Además de ello y de modo destacado, constituye la mejor garantía para preservar y reforzar la confianza del público y de las instituciones y, con ello, su convicción de que el Tribunal desarrolla su función jurisdiccional con objetividad, independencia e imparcialidad. La pérdida de prestigio de una institución viene de la mano de su pérdida de confianza.

La confianza de la ciudadanía exige extremar, con exquisito rigor, las garantías de imparcialidad. La sociedad evoluciona, la Constitución evoluciona y el Tribunal Constitucional debe evolucionar al ritmo de los tiempos. Tiempos que no son de torres de marfil, sino de casas de cristal. En referencia a ese prisma, la STC 46/1998 (FJ 5) dejó dicho que *"la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento"*. Por ello, un Auto de inadmisión *a limine* en una cuestión de la relevancia constitucional de los presentes incidentes de recusación puede poner entre paréntesis ese principio de confianza y, consiguientemente, el crédito de los veredictos presentes y futuros de esta institución.

Tampoco robustece la inadmisión liminar la confianza depositada por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña al someter a nuestra consideración las controversias sustanciadas en los procedimientos afectados por las recusaciones, que no son sino reflejo de la delicada función arbitral conferida al Tribunal Constitucional en los conflictos que enfrentan a los poderes del Estado. Al plantear una duda de imparcialidad basada en razones de diferente factura fáctica y naturaleza jurídica, las alegaciones presentadas por las partes recusantes habrían de haberse ponderado durante la tramitación prevista para los incidentes de recusación, que - sin entrar ahora en innecesarios detalles - comprende la audiencia a las partes, al propio recusado, el recibimiento a prueba y el informe del Ministerio Fiscal. Y, particularmente, dichas alegaciones habrían de haberse valorado, de modo inexcusable y mediante un análisis singularizado, teniendo en cuenta la integridad de los elementos de juicio, de cuyo resultado no ha lugar a enjuiciar aquí y ahora. Una inadmisión liminar como la adoptada, en mi opinión, no favorece la percepción pública sobre la imparcialidad e independencia no solo ni tanto del magistrado recusado sino, de manera señalada, del propio Tribunal.

5. Todo lo anterior adquiere especial relevancia en este momento en el escenario en el que asunto ha quedado instalado. Ante la fuerte polémica que se ha generado en torno a los incidentes que nos ocupan, que ha llegado a poner en entredicho la propia esencia de nuestro modelo de justicia constitucional, el órgano encargado de ejercer la función de intérprete supremo de la Constitución no puede declinar ni el ejercicio de su función constitucional ni tampoco desplegarla de espaldas a los acontecimientos, acentuando innecesariamente las tensiones existentes entre los poderes constituidos. No creo necesario abundar en lo que apunto. Bastará invocar la responsabilidad de todos.

La admisión a trámite de las presentes recusaciones, con la apertura de la o de las correspondientes piezas separadas, propiciando una activa intervención de los sujetos afectados, era, para mí, la única vía procedente de garantizar los valores que están en juego: independencia, transparencia, imparcialidad, confianza del público y credibilidad institucional. Como otra ha sido la decisión de la mayoría, no puedo sino discrepar del procedimiento seguido y declarar que no me es posible jurídicamente aceptar el Fallo de la presente resolución.

En Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil trece.