

TOMÁS Y VALIENTE, CONSTRUCTOR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Bartolomé Clavero

Señoras y señores, compañeras y compañeros, amigas y amigos, permitidme que ante todo me presente, quiero decir que ponga de manifiesto la razón por la que estoy dirigiéndoles la palabra en el día de hoy.* Si hemos de introducirnos en términos de generaciones, soy o al menos me tengo por miembro de la generación de 1968 y me dispongo a hablar de alguien a quien por su fecha de nacimiento cabe ubicar en la de 1956. Es Francisco Tomás y Valiente. Vengo a hablar acerca de Tomás y Valiente porque él no puede hacerlo por sí mismo, porque la vesania asesina del terrorismo etarra le privó prematuramente de voz viva. Su voz en vida la conservamos y tenemos en los gruesos volúmenes de sus obras completas; la conservo y tengo en el recuerdo vivo de su magisterio y de su amistad. Tal es la base de cuanto me apresto a decirles. Es ese intercambio en vida y es ese legado de voz póstuma lo que permite mi intento de vencer al tiempo entre generaciones. A la muerte vencerla nadie puede.

Voy a hablar de la contribución de Tomás y Valiente a la construcción del Estado constitucional en España, lo que requiere que comencemos por situarnos, no en 1956, año de conflicto y represión, sino en 1978, año de esperanza y Constitución. Debo contemplar ante todo el tiempo que la Constitución inauguraba y considerar los retos que la misma planteaba para luego valorar la contribución de Tomás y Valiente al respecto, su contribución como magistrado constitucional que fuera durante doce años largos, entre 1980 y 1992. Voy a tratar más en concreto de Tomás y Valiente y la construcción *jurídica* del Estado constitucional. En 1978, la Constitución venía a plantear sustancialmente un doble reto, uno que puede decirse *político* y otro que puede calificarse de *jurídico*, ambos en realidad referentes al derecho, al nuevo derecho que la Constitución requería. Jurídico sería el lugar de Tomás y Valiente. Jurídica y no política va a ser mi rememoración de su legado.

Situémonos entonces en 1978. Entonces, durante los años inmediatos, tanto por la adversidad de su contexto político como por la ambición de su contenido jurídico, la Constitución por sí sola podía valerse

* 20 de abril de 2009, conferencia pronunciada en la Sala Europa del Senado de España dentro de un ciclo dedicado a la *Generación del 56*, año que se significó por algunos episodios de agitación laboral y sobresalto estudiantil frente a la dictadura surgida de una cruenta guerra civil todavía entonces no saldada.

poco. Y bien que la misma se mostraba consciente de la inmensidad del reto que tenía ante sí. Hacía previsiones de un pronto desenvolvimiento normativo a través ante todo de la obra legislativa de las Cortes Generales, el parlamento representativo. Urgía una legislación orgánica que garantizase derechos de libertad y que estableciese las instituciones constitucionales, aquellas instituciones que pudieran suministrar y asegurar promoción y garantía de los derechos de libertad.

El reto consistía en la entera y diligente construcción de un Estado constitucional, esto es, de un Estado promotor y garante de derechos de libertad. Por la misma conciencia del reto, la Constitución contempla la institución de un Tribunal Constitucional, de una jurisdicción concentrada de constitucionalidad, lo que también tendrá que ver en cierto grado, en un grado que resultaría decisivo, con el desarrollo normativo de las novedades constitucionales en garantía de derechos de libertad. Aquí, en este punto, se sitúa precisamente la obra de Tomás y Valiente como constructor jurídico del Estado constitucional en España.

Hablemos primero del escenario donde se sitúa la labor de construcción de Tomás y Valiente para intentar comprender a continuación el sentido de su actuación y la entidad de su aportación. La Constitución de 1978 hizo una apuesta fuerte y arriesgada por un sistema de libertades. El riesgo notoriamente procedía de un contexto político caracterizado por la salida en forma transaccional de una dictadura constitutivamente enemiga de las libertades. Diciéndolo mejor, tal era uno de los riesgos, tan sólo uno. El otro riesgo principal resulta hoy menos visible, pero estaba entonces bien a la vista. Este otro era de un carácter no ya político, sino *jurídico*.

Helo aquí. Por efecto más inmediato del mismo periodo interminable de dictadura, no había una cultura jurídica en España que pudiera echar cimiento y elevar pilares, servir de acicate e imprimir impulso a la Constitución. La Constitución de derechos de libertad vino por aspiración social y determinación política a la contra de la cultura jurídica imperante, la cual resultaba de lo más inadecuada y de lo más refractaria de cara a la efectividad de la fuerte apuesta constitucional por las libertades. Hablo de cultura jurídica imperante a efectos sobre todo prácticos, haciendo por tanto abstracción de posiciones sin fuerza para alcanzar esa eficacia.

Esa inadecuación objetiva y esa resistencia subjetiva de la cultura jurídica no tan sólo era producto del régimen dictatorial, pues tenía profundas raíces en tiempos anteriores, en los tiempos de una especie de constitucionalismo que no había sido de derechos de libertad, sino de posiciones culturales y de prácticas judiciales que miraban a la ley, a una ley no siempre de Cortes poco además representativas, con indiferencia hacia la Constitución e ignorancia de las libertades. Las Constituciones

mismas habían con anterioridad acogido y fomentado tales doctrinas jurídicas y tales prácticas judiciales no exactamente constitucionales.

Me estoy ya refiriendo al papel y al comportamiento de la justicia porque éste habría de ser el escenario más concreto de la aportación de Tomás y Valiente a la construcción jurídica del Estado constitucional. Si me apuran, la conferencia podría haberse anunciado como Tomás y Valiente y la construcción *jurisdiccional* del Estado constitucional. Conviene que detalle la situación existente hacia 1978 en el terreno de la justicia para poder situar y evaluar su aportación.

Qué papel cumplía y cómo se comportaba el aparato judicial en España a las alturas de 1978 era algo todavía presidido por la Ley de Organización de Tribunales o Ley Orgánica del Poder Judicial de más de un siglo antes, pues databa de 1870, y algo también aún marcado por el proceso de degradación que dicha ley había comenzado a sufrir desde un primer momento de su puesta en práctica.

Aquella ley de hace un siglo ya bien largo diseñaba una justicia de carácter colegiada toda ella, salvo actuaciones meramente sumariales o de simple instrucción y también las de una instancia municipal tenida por inferior y competente en asuntos de orden menor. El diseño de la ley entendía como una importante garantía la colegialidad misma, esto es que ninguna decisión de jurisdicción del Estado, decisión que pudiera afectar a libertades o intereses particulares, se adoptare por un órgano unipersonal, sin deliberación y votación entre un colectivo al menos de tres jueces. Esto sin embargo, por mucho que la ley lo contemplara, nunca se llevó a la práctica al nivel más importante que es el primario. Nunca se constituyeron tribunales de primera instancia.

Atendamos las explicaciones de la exposición de motivos del proyecto de ley en su presentación a las Cortes para sopesar la importancia de aquella apuesta fallida por la colegialidad de la justicia. Cito: “Defraudaría este proyecto la pública expectación si conservara los Juzgados unipersonales y estableciese el principio de que el Juez instructor del sumario fallase la causa” pues “las prendas de acierto e imparcialidad deben hallarse en los Tribunales colegiados”, razón por la que se dispone el establecimiento de Tribunales de partido para la primera instancia ordinaria y para la de apelación respecto a la justicia municipal.

¿Alguna excepción en el aparato estatal de la justicia? La de los jueces de instrucción que tampoco para el diseño de la ley constituía en términos estrictos una excepción: “Los Jueces instructores”, puntualiza la misma exposición de motivos, “nada determinan, y de ellos puede decirse que no tienen verdadera jurisdicción”, estando ésta realmente en manos de los Tribunales de partido. Fue esta pieza de unos tribunales de primera

instancia, la pieza realmente clave para la colegialidad de la justicia, la que nunca se constituyó. Sin necesidad ni siquiera de transición, pues nunca se cumplió al respecto la previsión de ley, los llamados jueces de instrucción, unos jueces de primera instancia, pudieron llegar a ser o más bien entonces seguir siendo verdaderos jueces dotados con poderes de jurisdicción.

El mantenimiento de órganos judiciales unipersonales, de jueces con autoridad propiamente jurisdiccional que deciden por sí solos, sin deliberación ni votación con otros colegas, afecta por supuesto desde 1870 al mismo funcionamiento de la colegialidad que tan sólo se mantuvo en los tribunales superiores, los de las Audiencias y, en la cúspide, el Tribunal Supremo. Veamos primero lo que la misma ley preveía pues, degradación mediante, es lo que aún se practicaba a las alturas de 1978, no sólo en las vísperas de la Constitución, sino también tras ella mientras que no alcanzara efecto su desarrollo político y jurídico, legislativo y judicial. ¿Cómo iba a poder producirse un desenvolvimiento *judicial* de inmediato tras la Constitución, por su exclusiva virtud normativa, si la justicia todavía era, degradada encima, aquella de 1870? Es lo que pretendo ver pues es donde entra y se sitúa la obra constitucional de construcción *jurídica* de Tomás y Valiente. Ruego paciencia. Avancemos por pasos.

La ley de 1870 se ocupaba de cómo los jueces habían de producirse a través de las sentencias. Un juez de entre los del tribunal había de ser el ponente, quien estudiase el caso y preparase el proyecto de sentencia. Con la ponencia a la vista, la decisión final se adoptaba mediante votación, bastando mayoría. La sentencia había de hacerse pública sin referencia alguna a los votos, siempre como si hubiera sido adoptada por unanimidad.

Sin embargo, los jueces disidentes en posición de minoría podían hacer constar en actas individualmente su voto, tal cual, sin necesidad especial de motivarlo, esto es de explicarlo o razonarlo más allá de la mera indicación de la ley o leyes que entendían aplicable al caso en lugar de las que la sentencia tomase en cuenta. Los votos particulares eran *reservados* y así secretos, esto hasta el momento de la eventual interposición de un recurso de casación, recurso que instara la declaración de nulidad de la sentencia por infracción de ley, en cuyo momento dichos votos se hacen públicos. Entiéndase la lógica de estas previsiones. La función del voto particular era la de salvar la responsabilidad del juez para el caso de que se apreciara infracción de ley, responsabilidad no sólo ante el Estado, sino también ante los justiciables.

La sentencia misma, fuese ya por unanimidad, ya por mayoría, no respondía a otra lógica. La ley de 1870 incluso descendía al detalle de regular la forma como la misma debía ser redactada. Había de ser mediante *resultandos* y *considerandos* que condujeran a la decisión, resolución o

fallo. La ley realmente concreta ofreciendo poco menos que un formulario: “con resultandos, en que se exprese con claridad y con la posible concisión los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el Tribunal, y con considerandos en que se apliquen las leyes”. Así rezaba la ley. Obsérvese bien por cuanto luego veremos respecto al cambio que se producirá tras 1978 y al papel que jugará a tal efecto el magistrado constitucional Francisco Tomás y Valiente. Se trataba de narrar con concisión hechos para aplicarles con exactitud leyes. Y habían de usarse unos gerundios, resultando que tal cosa y tal cosa, considerando que tal ley y tal ley, porque la sentencia debía consistir en una sola frase de registros encadenados que llevaré indefectiblemente al fallo.

Por muy largas que fueran, por mucho que el aliento se agotara en su lectura, las sentencias judiciales no conocían el punto como signo ortográfico, sino tan sólo la coma, el punto y coma y los dos puntos. Sólo en una frase única, sin interrupción, podía manifestarse la ineluctabilidad del fallo mediante la aplicación de la ley. El modelo era el de un silogismo digamos que matemático, con los resultandos de hechos como premisa inicial, los considerandos de leyes como premisa clave, y el fallo como conclusión indefectible. Se trataba de la subsunción automática de los hechos en las previsiones de las leyes o de generar más bien tal apariencia.

Encierra entonces su lógica que las sentencias se publicasen siempre como unánimes y que los votos particulares no sirvieran para argumentar otro entendimiento o una interpretación distinta del derecho a ser aplicado. Sólo el Tribunal Supremo podía permitirse esto con base presunta siempre en la ley. Para el resto de la justicia, por leyes, por este paso decisivo del silogismo, también en su caso se entendían las interpretaciones sentadas por el Tribunal Supremo, lo que recibió el nombre de doctrinal legal, conforme a ley se presumía si procedía así del Supremo. La justicia había de mirar no sólo a leyes, sino también a las decisiones de un concreto tribunal, un tribunal por algo dicho supremo.

¿Donde quedaban entonces los derechos de libertad? No entraban para nada por sí mismos en el panorama, salvo por atención de ley y conforme a interpretación del Supremo. Los jueces y tribunales ordinarios no podían debatir de las leyes ni de derecho alguno a la luz de los derechos de libertad ni aunque constasen en el texto de la Constitución. Por esto también la justicia resultaba tan aparentemente matemática. A las alturas de 1978, a ese cabo de más de un siglo de la Ley de 1870, ya alcanzaban algún curso doctrinas que propugnaban otro tipo de justicia menos matemático o más realista, también incluso alternativo, pero las mismas se recluían en el ámbito más bien académico sin trascendencia alguna en todo caso para la práctica judicial. Ya he advertido que no hablo de teorías, sino de prácticas.

En cuanto a Ley de 1870, era ciertamente congruente al no poner énfasis alguno en la deliberación ni en el razonamiento de los jueces ni entre lo jueces. Y la práctica aún menos. Llegamos a un punto crucial de la degradación del estilo judicial bajo la Ley de 1870. La impartición de la justicia en primera instancia, la instancia principal para los justiciables, por parte de órganos unipersonales contaminaría todo el sistema. Ya no resultaba tan importante la colegialidad. Ya no era una clave. Buena parte de los magistrados de los tribunales procedía de la práctica unipersonal de la justicia y arrastraban el sentido personal de la autoridad judicial. Los magistrados sin esa experiencia no se entendían a sí mismos menos facultados personalmente. Y así resulta que las ponencias pasaban con facilidad a ser sentencias incluso por unanimidad sin mayor deliberación.

Una división del trabajo común y una deferencia hacia el trabajo individual podía funcionar entre magistrados. Hoy por ti, mañana por mí. Las ponencias podían aceptarse por el tribunal sin más comprobación que la de su forma de materializar el principio de legalidad, esto es la de que se produjera como aplicación de leyes adecuadas a los hechos dados. Su mismo contenido no tenía que ir ir más allá de dicha operación de subsunción de los hechos en leyes. En el momento de la verdad de la práctica judicial, la misma colegialidad no constituía ninguna garantía de maduración de las decisiones judiciales mediante deliberación. Realmente, la misma ley ofrecía bastantes facilidades para esta derivación por la que la colegialidad se evaporaba a efectos prácticos.

En lo que pudiera interesar a la ciudadanía común, subrayemos que, de una parte, la sentencia no se le dirigía y, de otra, que la misma no contenía una motivación o razonamiento que pudiera resultar inteligible fuera del círculo profesional del derecho. La sentencia de frase única mediante encadenamiento de gerundios, con su paso clave de alegación y aplicación de leyes o equivalentes, sólo era realmente descifrable, más allá del fallo, por la casta de los letrados, verdadera casta por entonces.

La sentencia no contenía un razonamiento que pudiese participarse a la ciudadanía de a pie o, en un sentido estricto, la misma no respondía a motivación alguna en derecho. Sé que suele decirse lo contrario, pero puede afirmarse que a las alturas de 1978 las sentencias no se motivaban sustancialmente en España, con todo lo que esto implica de desamparo de derechos e indefensión de la ciudadanía ante dicha casta iniciática de letrados. Amagos de motivación en derecho o más bien, de hecho, en moral de una clase social y una casta profesional sólo por lo usual se contenían en las sentencias del Tribunal Supremo que sentaban la doctrina llamada legal, con valor de ley. En fin, las sentencias se *fundaban* en ley o equivalente, no

se motivaban en derecho. Si aquello era motivación, lo sería para la ley y la justicia dadas, pues no ciertamente para el sentido ni común ni ciudadano.

Voy a dar un salto a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la que, respondiendo a la Constitución, vino por fin a sustituir a la vetusta y ajada Ley de 1870 cancelando buena parte de sus secuelas, no todas ni mucho menos ni siquiera en sus planteamientos. Y digo que a lo que invito es a pegar un salto pues por medio, desde pocos años antes de la Ley 1985, se encuentra la labor que puede decirse constituyente del Tribunal Constitucional, labor materialmente constituyente por cuanto que cimentó la posibilidad misma de desarrollo *judicial* de la Constitución. A ello, para considerar la aportación de Tomás y Valiente, acudiré luego.

Respecto a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la que ya es conforme a la Constitución, bastará que tomemos como botón de muestra la cuestión neurálgica de la forma de la sentencia en los órganos colegiados. Tras todo lo explicado, puede que baste también con unas citas literales de la ley misma. La de 1985 dispone, cito, que “Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”; a esto se añade que “todo el que tome parte en la votación de una sentencia”, aunque no se sume a la mayoría, habrá de firmar el acta, pero pudiendo entonces, vuelvo a citar, “formular voto particular, en forma de sentencia”, esto es, mediante argumentación respecto no sólo a la apreciación de los hechos, sino también y sobre todo a los “fundamentos de derecho”.

El término de referencia no se reduce ahora a ley, sino que se hace más genéricamente a *derecho*, ante todo porque ya se comprende, porque ya debe comprenderse, la Constitución. Y nada se dice de los gerundios, de resultandos ni de considerandos, porque ya no se trata del encadenamiento artificioso del silogismo legalista, sino de razonamiento respecto al derecho aplicable como fundamentos. Ya no hay justicia de apariencia matemática.

Ya hay que motivar sustancialmente y hacerlo además con base razonada en fundamentos de derecho. El cambio es de fondo. Tanto las sentencias como los votos particulares, unas y otros en la misma forma, deben argumentar y contra-argüir, lo cual implica que debe haber deliberación y además nada superficial. Y debe hacerse el esfuerzo de alcanzarse la mayoría o la unanimidad en el seno del tribunal de forma que ya no cabe la comodidad de la división del trabajo y la deferencia con la ponencia, el hoy por ti y mañana por mí. La responsabilidad judicial ya se juega en todo ello. El voto particular ya no cumple la función de salvaguardarla, sino la de contribuir al esclarecimiento del derecho mediante la deliberación judicial no reservada para la eventualidad de

recurso y de cara también a los ciudadanos y ciudadanas de a pie. Se acabaron con todo esto las facilidades para el secuestro de las garantías de los derechos de la ciudadanía por una casta letrada de jueces y abogados.

El cambio es tan radical que puede admirar la confianza con la que la nueva ley, la de 1985, lo formula. Su exposición de motivos no es que sea muy expresiva al efecto, pero la confianza la transpira el articulado. Una cultura judicial conformada por la vieja ley de 1870 y por su degradación en la práctica, ¿cómo podía entender y adoptar los nuevos requerimientos? ¿No era éste un salto demasiado pronunciado con riesgo de un monumental batacazo? Toda la cultura jurídica en general, una cultura formada bajo la impronta del paradigma legalista con la reducción correspondiente de la justicia a silogismo aparente entre hecho, ley y fallo sin motivación sustancial, ¿cómo podría hacerse cargo de tamañas novedades? La misma casta letrada, ¿cómo, incluso de intentarlo, iba a conseguir adaptarse?

El caso es que el cambio se programó resueltamente por la ley y que el cambio se produjo pasablemente en la práctica, lo cual no se entiende ciertamente si no rebobinamos para tomar en cuenta que el cambio pudo concebirse y ponerse en práctica porque, antes de 1985, el cambio ya se había realmente producido. Ya existía y operaba un modelo de nuevo estilo judicial permeando a la doctrina jurídica, a aquella parte al menos de la doctrina que ya estaba efectivamente contribuyendo a la construcción del edificio constitucional, doctrina jurídica que venía recibiendo las sentencias del Tribunal Constitucional como agua de mayo. Aquí está la clave.

El cambio lo había generado en efecto el Tribunal Constitucional, partiendo prácticamente de cero dentro de casa, pues del exterior contaba con modelos de otras prácticas judiciales o constitucionales como la norteamericana o la alemana. Por razones que ahora no vienen al caso, el precedente casero del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República no ofrecía ayuda. Tampoco tras 1978 lo hacían, insistamos, ni la doctrina jurídica ni la práctica judicial que por entonces todavía imperaban. Excepciones por supuesto había y de las excepciones procedieron los magistrados decisivos en la fase fundacional, la que cabe decir constituyente, del Tribunal Constitucional. Que Tomás y Valiente accediese a este panel de magistrados fundadores es resultado de una opción política que resultó transcendental.

Me refiero a la opción por una composición del Tribunal Constitucional con peso profesoral y de un profesorado además poco o nada contaminado por la práctica forense. No sólo el perfil de Tomás y Valiente responde a tal condición y circunstancia, con lo que puede inducirse que una opción deliberada hubo. Dentro de la primera formación del Tribunal Constitucional, el grupo de magistrados que fuera el motor de

una dinámica de alcance materialmente constituyente, constituyente por el giro pronunciado que produce en la cultura del derecho y en la práctica de la magistratura, respondía mayoritariamente a esa condición de profesores que no se habían consagrado al ejercicio de la abogacía, aunque algo en otros casos, no en el de Tomás y Valiente, la hubieran practicado. Tengamos en cuenta que la opción, por muy normal que hoy pueda parecernos, no era constitucionalmente obligada.

La Constitución dispone que los miembros del Tribunal Constitucional se elijan “entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios Públicos y Abogados”. Podía perfectamente haberse formado un Tribunal Constitucional sin presencia de profesores universitarios o también con la de aquellos tan sólo que tuvieran el doble bagaje docente y forense. No fue así, por lo que el Tribunal Constitucional se inaugura con un contingente significativo de profesores sin mucha experiencia de carácter práctico en el terreno cotidiano de la cultura judicial imperante, aquella que se generara por la Ley de Organización de Tribunales de 1870 y que se había incluso degradado a través de su siglo largo de vigencia, con el remate además final del peso de la interminable dictadura. Buena resultó la opción. Pudo marcar un inicio sin hipotecas en cuanto al desempeño jurisdiccional.

Tomás y Valiente fue consciente del momento crucial que se estaba atravesando. Nos ha narrado el arranque del Tribunal Constitucional tras que fuera nombrado uno de entre sus doce magistrados. Escuchémosle. Nos cuenta acerca de la “aventura apasionante”, son sus palabras, del establecimiento del Tribunal Constitucional en 1980, una institución, digo utilizando sus expresiones, que existía en la letra del Boletín Oficial del Estado, “pero que carecía todavía de realidad”. Hubo de empezarse con la búsqueda de la sede, eligiéndose el hoy emblemático edificio piramidal, de una pirámide nada arcaica, de la calle Domenico Scarlatti. “Allí nos instalamos”, nos sigue contando, “y dense ustedes cuenta”, nos hace observar, “que es un edificio elegido por nosotros –al menos por algunos de nosotros– con la intención apenas disimulada de que no se pareciera en absoluto, ni siquiera por fuera, a lo que son habitualmente los palacios de las audiencias provinciales o de los órganos judiciales”. En el símbolo se encerraba realmente una intención.

Tomás y Valiente era cuidadoso en el uso de las palabras. Dijo que el Tribunal Constitucional mejor que no se pareciera a los habituales tribunales de justicia “ni siquiera por fuera”. Tampoco por dentro, por las cosas que habían de hacerse comenzándose por cómo se hubieran de hacer. He aquí de nuevo sus palabras literales, pues se trata en concreto de la transcripción de una conferencia corregida por él: “Nos enfrascamos

también a discutir la sintaxis de nuestras futuras sentencias y decidimos, no por unanimidad, arrumbar para siempre esos gerundios iniciales de resultando y considerando (yo me considero que hubiera sido incapaz de escribir una sentencia con un párrafo encabezado por un gerundio u otro)”.

Está, como puede verse, pronunciando la conferencia en un estilo más bien coloquial y hasta un tanto desenfadado, pero el mensaje resulta nítido. El asunto de la forma de la sentencia no era menos importante que el de la imagen del edificio. Para ejercer la justicia constitucional, Tomás y Valiente estaba entre los magistrados que se negaban a adoptar el estilo judicial dado de producir sentencias, el que hemos visto formarse bajo la Ley de Organización de Tribunales de 1870. Tenía sus buenas razones.

No era cosa de todos, sino de *algunos de nosotros*. Eran decisiones que se iban tomando *no por unanimidad*. La posición que por entonces prevalecía entre los miembros procedentes de la carrera judicial era especialmente refractaria. Traían una cultura práctica de la que no entendían que debieran desprenderse, sino todo lo contrario. ¿Cómo iban a producirse sentencias sino mediante resultandos y considerandos poniéndose ahora la Constitución, pues eran magistrados constitucionales, donde antes se ponía la ley? Entre los magistrados procedentes de la carrera judicial podía incluso entenderse que no cabía hacer legalmente otra cosa.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no decía nada sobre la confección y hechura de la sentencia. Ante este silencio podía interpretarse que la Ley de 1870 debía aplicarse como supletoria. Los magistrados de procedencia judicial entendían que estaban sujetos a la ley; en lo que una no dijera, a la siguiente. No debería así ni siquiera plantearse y discutir, al margen de las previsiones legislativas, cómo iba a hacer el Tribunal Constitucional sus sentencias. He ahí el paradigma legalista en el que ahora se incluía, sin mayor cambio, la Constitución misma.

Era la forma predominante de ver entonces las cosas entre las gentes profesionales de derecho. Había de atenderse la ley y punto. No parece sin embargo que así sea el planteamiento de la Constitución. La misma contiene una disposición derogatoria de carácter por entero general: “[Q]uedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. Esto quiere decir que los jueces, todos los jueces, no sólo los magistrados constitucionales, han de desatender las leyes preconstitucionales en todo aquello en lo que no respondan a las disposiciones constitucionales. En otro caso, ¿qué sentido podía tener que el Tribunal Constitucional hubiera de atenerse a una ley, la Ley judicial de 1870, en cuanto a unas disposiciones, como la del modo de hacer las sentencias, que estorbaban, si no impedían, el desempeño de sus funciones?

Quienes se resistían a la desatención de las leyes preconstitucionales adversas a las previsiones constitucionales no negaban por supuesto el valor de la Constitución ni el de su cláusula derogatoria general. Lo que entendían es que el mandato constitucional no se dirigía al juez, sino al legislador. Mientras que no hubiera ley postconstitucional contemplando y desarrollando las previsiones constitucionales los jueces habrían de atenerse a la ley anterior. Los magistrados constitucionales habían por supuesto de atender ante todo y sobre todo a la Constitución, pero ésta tampoco disponía nada sobre la forma de las sentencias constitucionales.

En resumidas cuentas, no había otra para una visión tan legalista. Las sentencias constitucionales habrían de producirse mediante resultandos y considerandos. Los votos particulares habrían de ser reservados a los exclusivos efectos de salvar la responsabilidad del magistrado individual. Eran cuestiones de formas, pero no sólo formales ni mucho menos. El encadenamiento de resultandos y considerandos no hubiera para nada favorecido o incluso hubiese impedido el razonamiento jurídico preciso para la jurisprudencia constitucional en su labor de garantía de los derechos constitucionales frente, en su caso, a las leyes, no sólo además a las preconstitucionales, algo que realmente no cabía en la forma de la sentencia hasta entonces practicada. Todo esto Tomás y Valiente lo veía bien claro. Lo estamos comprobando. Tendremos aún alguna muestra más.

El asunto era clave. Estaba en juego el propio cambio constitucional por una vía jurídica que complementase el desarrollo legislativo y que le ofreciese los cimientos de la cultura del derecho necesitados con urgencia por la Constitución, esos cimientos de una cultura no exactamente de ley, sino de derechos de libertad en un primer plano. Algo que hoy puede parecer tan pacífico como lo sea el valor normativo directo de la Constitución conforme a sus propios términos, por encima esto sobre todo de las leyes preconstitucionales tanto del periodo de la dictadura como anteriores, no lo resultaba tanto por entonces, al advenimiento de la Constitución. A la cultura judicial establecida le repugnaba la desatención a la ley mientras que otra ley no viniera a sustituirla. La Constitución para ella no bastaba para producir un cambio normativo que comprometiese y vinculase directamente al juez, ni siquiera al juez constitucional.

En 1979, tras la Constitución y antes de la instalación del Tribunal Constitucional, en la Universidad de Salamanca se tuvo la iniciativa de organizar un ciclo de conferencias sobre la infancia desde diversas perspectivas. La relativa al derecho se le propuso a Tomás y Valiente, quien era por entonces profesor de historia del derecho en aquella Universidad y quien aceptó el encargo. Nadie sabía, ni siquiera él mismo, que este profesor iba a acceder a la magistratura constitucional.

Escuchemos su conferencia pues tiene que ver con la cuestión clave del valor normativo, por sí misma, de la Constitución, algo realmente en cuestión tras su promulgación.

En aquella conferencia Tomás y Valiente se enfrenta con la contradicción entre el principio constitucional de no discriminación y las discriminaciones aún entonces contenidas en el Código civil respecto a la condición de niños y niñas, hijos e hijas, hijos e hijas por ejemplo de matrimonios que se tenían por legítimos y el resto. Se hace Tomás y Valiente, ante la Constitución, la pregunta: “¿Continúan hoy vigentes todos sus artículos (del Código civil) relativos a la paternidad y a la filiación?”. Responde sin dudarle: “A mi juicio, no”, pero teniendo que detenerse en las mismas preguntas para pasar a explicarse: “¿No habrá que esperar a que el legislador desarrolle estos preceptos constitucionales?”, los de no discriminación; “¿no es necesario que el Código civil sea reformado antes de declararlo sin más pronunciamientos como inconstitucional y derogado en aquellos artículos que, por discriminatorios, son inconstitucionales?”. Insistía en las preguntas porque sabía que tal, la de espera, era la posición predominante en el mundo judicial.

También insistía en su respuesta. ¿Habrá todavía de esperarse? “A mi entender no”, en el de Tomás y Valiente en 1979. “En el ordenamiento español –proseguía– coexisten ahora mismo junto con la Constitución multitud de leyes procedentes del régimen anterior (me refiero al franquista) o incluso del Estado liberal (como es el caso del Código civil), muchas de las cuales están en total o parcial conflicto con la Constitución. El jurista se encuentra ya ante este dilema: o interpretar la Constitución con arreglo a las leyes o interpretar las leyes hasta ahora vigentes con arreglo a la Constitución. Esta segunda postura y no la primera es la correcta”, para Tomás y Valiente y en sus propias palabras.

Como historiador del derecho, Tomás y Valiente había cobrado conciencia de una circunstancia clave para cuanto venimos observando. El lastre cultural de la justicia de ley en España no era tan sólo un producto del franquismo, sino también y sobre todo de un constitucionalismo anterior, de una visión y una práctica de sistema constitucional que no entendía de derechos de libertad y que estaban enquistadas en instrumentos normativos tan aparentemente sólidos como los códigos. Con conciencia de esta circunstancia, podía también cobrar Tomás y Valiente conciencia de la envergadura del reto y hacerse sobre la marcha cargo en cuanto que asumiese la responsabilidad de la magistratura constitucional.

¿Se entiende ahora la convicción que latía tras la desenfadada referencia a su incapacidad de escribir frases comenzando por gerundios y prosiguiendo con el encadenamiento siempre de gerundios? Se trataba de

que algunas previsiones de la ley judicial de 1870, las que riñesen con la Constitución o dificultasen su puesta en práctica, ya no hubieran de obligar, sin tener por qué esperarse a ley nueva para sacarlas de la circulación.

La cuestión de fondo era doble. Tomás y Valiente entendía que las leyes preconstitucionales no vinculaban si no se les hacía pasar por el filtro de la Constitución y en el grado tan sólo en el que lo superasen. Entendía también que el Tribunal Constitucional tenía capacidad para decidir por sí mismo en todo lo no previsto por la Constitución y por su propia Ley Orgánica en consideración y para beneficio precisamente de la primera, de la Constitución siempre por supuesto.

No digo que, en el seno del Tribunal Constitucional, estas posiciones fueran exclusivas de Tomás y Valiente. Todo lo contrario. De nada hubieran valido de ser tan sólo suyas. Lo que digo es que no eran posiciones unánimes y que desde un primer momento él se distinguió en la dirección de una renovación jurisdiccional en lo formal que permitiera un activismo constitucional en los sustantivo. Y la posición demostró realmente su virtualidad.

La decisión de adoptar un nuevo estilo de sentencia permitió el pronto y continuo desarrollo de una jurisprudencia conforme a Constitución dirigida además no sólo al aparato de la justicia, sino también a la ciudadanía de a pie, ya no así a casta ninguna. Tomás y Valiente cuidaba el lenguaje pedagógico de sus ponencias y votos. Y podía liderar. Eran cosas que contaban y constaban. Por algo sería elegido entre sus congéneres para la presidencia del Tribunal Constitucional en 1986 mediante una amplia mayoría y en 1989 por unanimidad (once votos sobre doce, pues él se abstuvo). En esos tiempos, con la buena ayuda de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, ya se estaba comprometiendo a la justicia ordinaria en unos nuevos estilos para beneficio de las posiciones constitucionales.

La primera decisión importante del Tribunal Constitucional, la que le permitiera proceder por la vía de la construcción jurídica del constitucionalismo, no se produjo mediante una sentencia ni por provisión ninguna formalizada del Tribunal mismo. Me refiero desde luego a la decisión de adoptar un nuevo estilo de sentencia. Se manifestó por las sentencias mismas desde un primer momento. Lo que está más a la vista, como esto de la potencialidad de una nueva forma de sentencia, es lo que puede pasar hoy más desapercibido.

Para evaluar la contribución general del Tribunal Constitucional y la particular de Francisco Tomás y Valiente a la construcción jurídica del edificio constitucional, antes de adentrarse en el contenido de las sentencias, conviene fijarse en la forma de las mismas, una forma que se funda en la deliberación, permite el razonamiento y asume el contraste de

posiciones mediante los votos particulares, con todo esto dinamizando la propia producción de jurisprudencia e incrementando su autoridad ante la justicia y la ciudadanía. Lo primero de todo fue la conciencia de que el estilo dado de sentencia, el obligado según la ley anterior a la de 1985, era absolutamente inservible. Esto es lo que hizo posible el desarrollo acelerado de una jurisprudencia atenta a derechos de libertad.

¿Se quiere un resumen de este logro? “No basta hacer la Constitución, es preciso hacer también las leyes orgánicas y establecer las instituciones que en la Constitución se consignan: ese será el modo de que el futuro sea próximo, tan próximo casi como el presente”, esto es lo que dijo alguien cuyo nombre no recuerdo ante otra Constitución que iba también en serio, la de 1869. Para hacerse presente el futuro contemplado por la de 1978, pieza clave fue, junto a las Cortes Generales por supuesto, el Tribunal Constitucional, la pieza que echó cimiento, elevó pilares, sirvió de acicate e imprimió impulso para la gestación de una cultura jurídica de derechos de libertad en España. Fue la pieza que hizo el futuro presente.

Desde el primerísimo elemento, el del cambio del modelo de sentencia, el papel de Tomás y Valiente fue destacado. Para quien conociera su obra previa, la desarrollada como profesor, no supondría ninguna sorpresa esa relevancia de Tomás y Valiente. Buena parte de su trabajo de investigación se había centrado en formas de justicia, en formas históricas sin derechos ni garantías. Su sensibilidad se ponía especialmente de relieve cuando estudiaba el asunto de la tortura judicial, de tortura ante el juez conducente a confesión que constituía históricamente prueba suficiente en juicio. De este tenor eran al respecto sus reflexiones en tiempos anteriores a 1978, en unos tiempos de dictadura que hacía difícil este tipo de manifestaciones. Cito palabras suyas publicadas en 1964: “Si el juez del proceso es al mismo tiempo el director de la investigación y el que trata de reunir las pruebas acusatorias, ¿no se facilita con ello que busque el camino más directo –la confesión– para convencerse de la culpabilidad del reo?”. La confesión había sido prueba reina en la historia y no había de constituir prueba ninguna por sí sola en tiempo constitucional.

Cuando desde un primer momento, con anterioridad a la misma Ley Orgánica de 1985, se ve a la jurisprudencia constitucional empujando con determinación al ostracismo a la figura del juez procedente de la Ley de Organización de 1870 o más bien resultante de su degradación, recuérdese que Tomás y Valiente venía trabajando y reflexionando, desde un par de décadas antes, desde la primera mitad de los años sesenta, sobre la justicia histórica, sobre la preconstitucional que no ofrecía garantía ninguna a derechos de libertad. La historia fue su escuela de Constitución.

Hay un hilo de continuidad entre el Tomás y Valiente historiador y el Tomás y Valiente magistrado que puede poner de relieve la entidad de su aportación personal a la construcción jurídica del Estado constitucional. Invito a la lectura en sus obras completas de sus estudios sobre el derecho penal histórico en general y acerca de la tortura judicial en particular para apreciarse ese elemento de continuidad a mi entender esencial para poder aquilatarse la entidad de su aportación al derecho constitucional a partir de la historia del derecho. La preocupación por una ciencia histórica que, sin pérdida de entidad, pudiera servir al derecho presente fue un rasgo característico suyo como investigador.

La obra de Tomás y Valiente como magistrado, por no ser personal sino colegiada, no se recoge en sus obras completas. Es obra suya, pero no exclusivamente suya. Aun en los casos en los que firmara como ponente, la ponencia ya es producto de deliberación y así expresión de un colegio, no de una persona. Debe concebirse y redactarse con vistas al logro del acuerdo. Lo mismo pasa con los votos particulares, unos votos con vocación de inspirar en el futuro la doctrina del Tribunal y con miras por esto de no quedarse tampoco solos, sino de lograr suscripciones entre los magistrados. Hay algún caso en el que Tomás y Valiente suscribe a un tiempo la ponencia y un voto particular, hasta tal punto la primera ya no es expresión personal del magistrado. Pedro Cruz Villalón, quien conoce por experiencia propia las entrañas del Tribunal Constitucional, ha estudiado la obra jurisprudencial de Tomás y Valiente sopesando esos pormenores*.

El empeño y la tarea de construcción jurídica del Estado de derechos de libertad por el Tribunal Constitucional no pertenece individualmente a Tomás y Valiente ni siquiera cuando Tomás y Valiente suscribe unas

* <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/26/quaderno.pdf#0717>. Las citas de la obra de Tomás y Valiente a las que he recurrido pueden compulsarse en mi *Tomás y Valiente: Una biografía intelectual*, Giuffrè (Biblioteca del Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno), 1996. Tras el arduo trabajo de recopilación y ordenación por parte de un equipo, trabajo que primordialmente recayó en Marta Lorente y Fernando Martínez, sus *Obras Completas* fueron publicadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1997. La cita de alguien cuyo nombre no recuerdo la registraba recientemente Julia Solla, *Finales como Principios: Desmitificando la Ley Orgánica de Tribunales de 1870*, Anuario de Historia del Derecho Español, 77, 2007, pp. 427-466, autora que está ultimando una tesis doctoral que incide en la materia. Para la estación constitucional de 1869, se tiene, entrando en cuestión de garantías de derechos de libertad, el volumen con origen en tesis doctoral de Carmen Serván, *Laboratorio Constitucional en España: El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, CEPC, 2005. Interesa a la inmotivación sustancial de la justicia incluso cuando teóricamente ya motivaba M. Lorente, *La voz del Estado: La Publicación de las normas, 1810-1889*, CEPC, 2001. Para proseguirse con la introducción a toda esta problemática, añádase lo que constituye un manual de trabajo: M. Lorente (directora), *De Justicia de Jueces a Justicia de Leyes: Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, 2007. Aún así con salvedades, la historia judicial es el sector más descuidado de la historia constitucional. Lo que acabo de registrar es muestra del grupo transuniversitario de investigación HICOES (Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España) que se constituyó tras la muerte de Tomás y Valiente entre personas que habían estado vinculadas a su magisterio como historiador del derecho. En este grupo entendemos la historia constitucional como elemento vivo de la cultura constitucionalista.

ponencias, lo que por lo demás no le resta méritos personales, sino todo lo contrario. Ahora la misma ponencia convertida en sentencia es signo de la capacidad personal de concitar respaldos y reunir mayorías para dicha construcción jurídica del Estado constitucional. Fue obra en todo caso realmente colectiva. Los tiempos de la justicia de 1870 que estaban entonces realmente tan cercanos iban quedando con todo definitivamente lejos. Por fortuna, añadamos, y gracias a personas como Tomás y Valiente.

Hace pocas semanas se ha celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla un seminario sobre la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la de mediados de 2007, en el extremo de reducir la admisibilidad de los recursos de amparo a los casos que presenten “transcendencia constitucional” conforme a la apreciación del propio Tribunal. Es éste del recurso de amparo un asunto que preocupa al mismo desde tiempos tempranos por su caudal creciente con el efecto no sólo de producir atascos, sino también de tender a convertir a la jurisdicción constitucional en una última instancia judicial, lo que no es ni debe ser. Como presidente del Tribunal, Tomás y Valiente ya impulsó en 1986 una primera reforma del recurso de amparo para restringir su admisibilidad que no ha bastado. La de 2007 requiere esa “transcendencia constitucional” para el amparo de derechos. El mismo puede así restringirse porque ya no estamos en tiempos en que la justicia ordinaria era constitutivamente incapaz a tal efecto del amparo de derechos de libertad.

Al seminario de Sevilla no pude asistir. Esperanza Gómez Corona, joven profesora de derecho constitucional en la Universidad Hispalense, digo joven para indicar que distaba de ser constitucionalista en los tiempos de la magistratura de Tomás y Valiente, me contaba hace unos días el transcurso del mismo, del seminario. Se había comprobado que el Tribunal Constitucional parece indeciso, por decir poco, respecto al modo de aplicar la reforma para que surta debidamente sus efectos. Su comentario conclusivo fue el siguiente: “Ya no son los tiempos de Tomás y Valiente y Rubio Llorente”. Ya no son los tiempos de aquellos magistrados constructores. Ya no son los tiempos de magistrados como aquellos.

No creo que esta personalización para recordar unos tiempos que se tienen justamente por buenos se deba a la circunstancia de que Francisco Tomás y Valiente y Francisco Rubio Llorente hayan sido los únicos magistrados en desempeñar por un tiempo de hasta doce años la magistratura constitucional. Ni creo que Tomás y Valiente vaya en primer lugar por haber sido presidente durante seis años largos. Magistrados ya no habrá por tanto tiempo. El plazo definitivamente máximo es el de nueve años. Mas no parece que la duración fuera el motivo de la personalización.

El motivo de fondo para dicho comentario en lo que personalmente toca a Tomás y Valiente –ya no son aquellos buenos tiempos del Tribunal Constitucional identificados ante todo con su nombre...– creo que va más allá de que el dolor ciudadano por su despiadado asesinato le acreditara como símbolo vivo del sistema constitucional en España. Esto se lo había ganado en vida. No se lo regaló gratuitamente la atrocidad de su muerte.

Aquellos buenos y viejos tiempos de Tomás y Valiente y de su contribución personal a la construcción jurídica del Estado constitucional en España, puede efectivamente decirse. No creo que sea una exageración. Tampoco creo que así se cometa una injusticia con cuantos y cuantas prestaron su contribución, desempeñando unas u otras responsabilidades, por aquellos difíciles tiempos de arranque constituyente. Hay nombres que resultan representativos porque hay personas que realmente lo han sido.

El nombre de Francisco Tomás y Valiente representa la labor ciertamente colectiva de elevación jurídica del edificio constitucional en España durante la larga década de los años ochenta del siglo XX por gentes no tan sólo de unas generaciones significadas como las de 1956 y 1968. El profesor jurista y magistrado constitucionalista Tomás y Valiente puede definitivamente representarnos a todos y todas quienes gozamos de la ciudadanía española, a todas y todos tanto de generaciones anteriores como de las posteriores a la suya, comoquiera que identifiquemos a ésta.

Gracias por su asistencia y atención. He dicho. Muchas gracias también a quienes ahora me lean y así me acompañen en el recuerdo de Francisco Tomás y Valiente, profesor de historia del derecho, magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, constructor del Estado de derechos.