ESTUDIOS

LA ELABORACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA EXPERIENCIA PERSONAL*

FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO

I. Introducción
II. Por qué son tan largas las Sentencias del TC
III. La densidad doctrinal de las Sentencias
IV. La creación de una cultura constitucional
V. Sobre la supuesta politización del Tribunal Constitucional y de los jueces en general

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de veinte años que comenzó a funcionar nuestro Tribunal Constitucional, regulado por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Durante el año 1980 no llegó a dictarse –al no haber terminado la tramitación de ninguno de los recursos interpuestos– ninguna sentencia. Se dictaron, en cambio, ciento dieciséis Autos, el primero de los cuáles con fecha 11 de agosto. Durante el año 1981 se dictan las primeras cuarenta y dos Sentencias del Tribunal, la primera de las cuáles lleva fecha de 24 de febrero de dicho año.

Puesto que mi incorporación al Tribunal tiene lugar en diciembre de 1998, quiérese decir que he dedicado muchos más años de mi vida a leer Sentencias del Tribunal que a participar en su redacción. Pues bien, durante mis años de «lector», mis impresiones en relación con las Sentencias pueden resumirse así:

* El presente trabajo ha sido publicado previamente en los *Anales de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia,* n.° 31, 2001.

a) En primer lugar, la extraordinaria extensión del texto de las Sentencias, especialmente de las aprobadas por el Tribunal en Pleno (es decir, las resolutorias de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y de conflictos con las Comunidades Autónomas, amén de aquellos recursos de amparo que eran avocados por el Pleno).

b) La densidad de su doctrina, quizás como consecuencia del predominio en la composición del Tribunal de profesores universitarios más inclinados a escribir artículos de revista que a resolver casos concretos.

c) El evidente progreso en cuanto a la creación de una «cultura constitucional» imponiéndose en el ejercicio de los distintos poderes del Estado (incluido el legislativo).

d) La influencia en la doctrina del Tribunal Supremo que, por cierto, de una postura de acatamiento ha evolucionado hacia la contestación.

e) La «politización» de algunas de sus decisiones; problema que personalmente me preocupaba, como demuestran algunas de las páginas que escribí en relación con el caso RUMASA.

Cuando, finalizando el año 1998, entré en el Tribunal Constitucional me convertí en un engranaje del mecanismo. Mi propósito es explicar los puntos a que acabo de hacer referencia desde mi experiencia personal. Las Sentencias siguen siendo las mismas, pero mi perspectiva cuando ahora las contemplo es distinta. Como lo decía Ortega, si el espectador que contempla un paisaje se desplaza hacia la derecha o la izquierda descubrirá aspectos no contemplados desde la situación anterior: el paisaje no ha cambiado, lo que cambia es el punto de vista del espectador. El punto de vista es obviamente aplicable a mi caso.

II. POR QUÉ SON TAN LARGAS LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Durante mi época de lector, consideré esta característica como un defecto de las Sentencias; no había forma de leerlas enteras (o, mejor dicho, no había tiempo para hacerlo), así es que, por lo que a mí toca, mi fuente de información era el excelente *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* editado por las Cortes Generales, a cargo de sus Letrados. Siempre he creído que es más difícil convencer con pocas palabras que con abundancia de ellas, por lo que tengo un cierto recelo con respecto a quienes para explicar algo y para convencer necesitan extenderse demasiado; la capacidad de síntesis es un privilegio que no está al alcance de todos. Extenderse es la solución fácil.

Pues bien, dicho esto, he de añadir inmediatamente que en el caso del Tribunal Constitucional esta explicación no me vale. A lo largo de mi vida he formado parte o he participado en grupos de trabajo de elite y de alto nivel profesional y he de confesar que el «grupo» que constituye el Pleno de Tribunal Constitucional es tan exigente como el que más de cuantos he conocido.

El clima de emulación entre sus miembros adquiere intensidad máxima, y no basta con conocer a fondo las propias ponencias, sino que hay que estar en condiciones de discutir –también a fondo– las ponencias de los demás. Se atribuye al Magistrado Pera Verdaguer –al que conocí hace años como un excelente Magistrado de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo antes de serlo del Tribunal Constitucional– su humorística expresión al comienzo de las deliberaciones: «Bien, ahora comienza el acoso y derribo del Ponente».

Recuerdo que cuando fui designado para formar parte del Tribunal, y mientras otros compañeros me felicitaban, mi viejo amigo y anterior Magistrado Manuel Díez de Velasco me decía: «Fernando, aquello es un potro de tortura». Y es que, por contraste con lo que (salvo error mío de apreciación) ocurre en el Tribunal Supremo, donde el protagonista es el Ponente que, por cierto, no entrega su ponencia por escrito, sino que formula su exposición oral ante sus compañeros de Sala, en el Tribunal Constitucional el «principio de colegialidad» se lleva a límites máximos. Se discute, claro está, el sentido del fallo; pero –incluso conseguida la unanimidad o la mayoría necesaria para su aceptación– se discuten las líneas argumentales empleadas por el Ponente, los precedentes que se invocan, la terminología empleada e incluso (y no exagero) el lugar adecuado de los puntos y de las comas.

Intentando resumir, he aquí las fases en la elaboración de la Sentencia. Habitualmente el expediente, una vez designado Magistrado Ponente, se entrega a uno de los excelentes Letrados de que dispone el Tribunal para que prepare el primer borrador de la ponencia, que es inmediatamente discutida entre ambos (Magistrado y Letrado). Ha de advertirse que, desde el punto de vista formal e incluso de su contenido, la ponencia viene ya encorsetada por los usos y hábitos del Tribunal Cosntitucional, de los que el estamento asesor (Letrados) se constituye en celoso guardián. Un recurso de amparo «fácil» no suele tener menos de doce folios (algunos podrían quedarse en la mitad); los «antecedentes» son minuciosos y, además, se suelen repetir en los primeros «fundamentos jurídicos». Cuando te entra el deseo de reducir lo que el Letrado trae, lo piensas mejor y te dices: «preferible es que me lo quiten en la Sala (o en el Pleno); es siempre más fácil tachar que añadir».

Por fin, llega el momento de defender la ponencia (previamente repartida con el expediente a los demás Magistrados): comienza el «acoso y derribo»; pues, tras algunas palabras de cortesía, que no se compadecen con lo que viene a continuación, aprendes, entre otras cosas, que la regla establecida es la de que la *ratio decidendi* ha de construirse sobre un único canon de constitucionalidad, de acuerdo con el principio de que «una suma de argumentos incompletos no aseguran la solución correcta». Así es que ni siquiera se admiten los argumentos «a mayor abundamiento». El resultado de todo esto suele ser –sobre todo, cuando el asunto es complicado– la dificultad de «aprobar a la primera»; en especial, las ponencias que se discuten en Pleno vuelven semana tras semana antes de conseguir el aprobado.

III. LA DENSIDAD DOCTRINAL DE LAS SENTENCIAS

Tanto si esto se considera virtud, como defecto, lo cierto es que se suele imputar al predominio profesoral (desde su constitución, la composición media del Tribunal suele ser de ocho Catedráticos frente a cuatro Magistrados procedentes del Tribunal Supremo). Seguramente fue así desde el principio; lo que yo puedo testimoniar es que ahora se trata de un hecho consolidado y que nada tiene que ver con la procedencia del Ponente. El Letrado (la mayoría de los Letrados también son procedentes del profesorado universitario) se esfuerza en acumular la doctrina jurisprudencial, cosa inevitable –y relativamente fácil– después de veinte años de funcionamiento del Tribunal; el Ponente pone o quita también sus propias ideas doctrinales y, en fin, la Sala o el Pleno critican, modifican o añaden. El resultado es, a mi juicio, claramente positivo: el Tribunal Constitucional, resolviendo asuntos concretos y formulando sus interpretaciones de la Constitución, ha creado una densa y, en general (aparte puntos de vista personales y discrepancias de las que, a veces, participo) una excelente doctrina tratada con respeto –salvo obvias excepciones– por autores españoles y foráneos. A. Stone Sweer (en *Governing with Judges*, Oxford, 2000, p. 145), después de examinar el impacto que en la Europa Continental ha tenido la creación de los Tribunales Constitucionales, nos dice:

> «Dos modelos de estilo de razonamiento coexisten en Europa. El primero, representado por Francia e Italia, es el más tradicional. Las Cortes Constitucionales francesa e italiana siguen el modelo convencional establecido por los Tribunales Superiores administrativos y civiles. Las decisiones son relativamente cortas y declaratorias del Derecho; invocan la autoridad de los casos precedentes a través del uso de fórmulas lingüísticas que son puntualmente repetidas. El segundo modelo, desarrollado primero en Alemania pero adoptado inmediatamente en España, se asemeja más a la práctica americana. Las decisiones constitucionales son más largas, más discursivas, e incluso literarias. Cada punto de Derecho importante alegado por cualquiera de los litigantes debe ser argumentado hasta su conclusión, a la luz de los casos existentes y alternativas (incluso las finalmente rechazadas) líneas de argumentación. Los Tribunales alemanes y españoles comúnmente citan la opinión de los juristas e incluso de otras Cortes, como del Supremo Tribunal de los Estados Unidos. Aunque una decisión escrita de acuerdo con el estilo del primer modelo nunca puede confundirse con la del segundo, las sentencias italianas y francesas se hacen, con el tiempo, más extensas, más abiertas a la argumentación y menos escuetas y silogísticas. Yo interpreto este cambio como una predecible respuesta a la incrementada politización de la Justicia constitucional. Como los Jueces constitucionales saben, la politización de sus cargos por los litigantes puede únicamente ser efectivamente contestada con más y mejores argumentos legales».

Y continúa su análisis comparativo:

> «En Alemania y España los votos son publicados y permitidas las opiniones disidentes, en Francia e Italia el disenso está prohibido. Quienes favorecen tal práctica arguyen que el disentimiento enaltece la legitimidad del Tribunal mostrando que los argumentos de la parte perdedora fueron tomados seriamente por el Tribunal. Los oponentes invocan el poder legitimador de la unanimidad pública. Un pequeño grupo de estudios sobre los modelos de votación en Alemania y España manifiesta que grupos de Jueces tienden a votar conjuntamente y que los Jueces designados por el mismo partido tienden a pertenecer al mismo grupo (por ejemplo, Del Castillo Vera)».

IV. LA CREACIÓN DE UNA CULTURA CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el modelo que introdujo Hans Kelsen en la Constitución austriaca de 1920, el Tribunal Constitucional viene a convertirse en una especie de «legislador negativo». Una de las tesis fundamentales que se mantienen en el antes citado libro de Stone Sweet es que «los Jueces Constitucionales se comportarán cada vez más como legisladores sofisticados y que los legisladores actuarán de acuerdo con lo que hagan los Jueces Constitucionales» (p. 3).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no deja lugar a dudas: «Las Sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (artículo 38.1). Y en el artículo 40.2. añade que «... la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las Sentencias y Autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

Por lo que se refiere a los recursos de amparo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye obviamente la fuente genuina para la interpretación del alcance y limitaciones de las libertades y derechos fundamentales que se contienen en nuestra Constitución.

En resumen, su doctrina se impone al legislador, al ejecutivo y a los jueces. Pero cuando hablo de «cultura», me refiero al efecto preventivo en el sentido de que obviamente los tres poderes del Estado, antes de actuar, tienen en cuenta lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en relación con determinadas materias, en su función de «intérprete supremo de la Constitución». Y ciertamente el Tribunal Supremo acató su situación subordinada, con citas expresas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta que llegó la contestación. Creo que el punto de inflexión de su conducta lo constituyó la Sentencia del TC 136/1999 en el asunto de la Mesa directiva de Herri Batasuna, a pesar de que el Tribunal Constitucional –precisamente para evitar un

enfrentamiento directo con lo resuelto por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo– realizó la filigrana jurídica de declarar la inconstitucionalidad del artículo 174 bis, a) en sus párrafos 1.° y 2.° del Código Penal de 1973, cargando las culpas sobre el legislador.

V. SOBRE LA SUPUESTA POLITIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS JUECES EN GENERAL

Una serie de acontecimientos recientes acaecidos dentro y fuera de nuestro país (piénsese en las elecciones presidenciales en los Estados Unidos) justifican, o cuando menos explican, el planteamiento del interrogante que tomo como título para las reflexiones que siguen. Obsérvese, de entrada, que tanto de la judicialización de la política como de la politización de la Justicia se suele hablar incluyendo connotaciones negativas: como una doble acusación dirigida tanto a los jueces como a los políticos. ¿Tiene fundamento esta acusación?

Creo que para contestar adecuadamente a esta cuestión hay que partir de las siguientes premisas, que me apresuro a adelantar: 1) es lícito acudir a los Tribunales para dirimir conflictos de contenido político; 2) el Juez dispone de un amplio margen de apreciación (arbitrio judicial) cuando, mediante su sentencia, resuelve la cuestión que le es sometida; 3) la elección de la solución jurídicamente correcta está inevitablemente condicionada por la formación humana y profesional del juez; y 4) en el uso de su arbitrio, el juez ha de ser ajeno a cualquier tipo de compromiso político.

Reflexionemos sobre estas afirmaciones siguiendo el orden en que han sido formuladas.

A) Es lícito, en efecto, acudir a los Tribunales para dirimir conflictos de contenido político; lo lamentable sería, ciertamente, que esta posibilidad no existiese. El Estado de Derecho en su vertiente de Estado de Justicia (*Justizstaat*) consiste cabalmente en eso: en que los actos del poder (cualquiera que sea la densidad de su contenido político) puedan ser fiscalizados por tribunales de justicia. Y esto ha de ser posible en los distintos planos en los que el conflicto puede plantearse: entre el Poder Ejecutivo (Administración) y los ciudadanos (y la fiscalización está entonces atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa y, a través del recurso de amparo, al propio Tribunal Constitucional); entre el Poder Ejecutivo y los Tribunales (y para ello se estableció el Tribunal de Conflictos); o, en fin, entre los propios Poderes del Estado y de éste con las Comunidades Autónomas (competencia del Tribunal Constitucional).

El contenido político del conflicto obviamente varía. No es lo mismo resolver un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra un Acuerdo municipal que le desestima una petición para la apertura de un comercio, que la decisión del Tribunal Constitucional sobre la constitu-

cionalidad de una Ley. Y, aun siendo la Ley la manifestación por excelencia de la voluntad política del Estado, es notoria la diferencia de densidad política entre una Ley de funcionarios y una Ley sobre interrupción del embarazo, por citar ejemplos en que la explicación resulta ociosa.

No debe extrañar, por tanto, que en el citado libro de A. Stone Sweet dedicado al estudio comparado de los Tribunales constitucionales en Europa (en realidad, en Francia, Italia, Alemania y España) y cuyo título es ya de suyo suficientemente significativo (*Governing with Judges*) nos advierta desde las primeras páginas que una de las tesis fundamentales que se mantienen en el libro es que «los Jueces Constitucionales se comportarán más como legisladores sofisticados y que los legisladores actuarán de acuerdo con lo que los Jueces Constitucionales hagan». Lo cual recuerda la clásica obra de E. Lambert (*Le Gouvernement des Judges aux États Unis*) a la vista de las tensiones entre la política reformista e intervencionista del Presidente Roosevelt y la Corte Suprema de los Estados Unidos.

B) Que el Juez dispone de un cierto arbitrio (unas veces más y otras menos) cuando dicta su sentencia es una idea que muchos compartimos sin necesidad de apartarnos de la ortodoxia jurídica. Por si hubiese duda, Alejandro Nieto (*El arbitrio judicial*, Ed. Ariel, 2000), en uno de sus más brillantes ejercicios de heterodoxia jurídica, arremete contra los que él considera cinco fundamentales principios que conforman el paradigma de la ciencia jurídica actual. El cuarto de ellos lo enuncia así: «Los principios de legalidad y de seguridad jurídica exigen y garantizan el hallazgo de la solución jurídica correcta, que es única y previsible y que se obtiene mediante un procedimiento de subsunción. Ésta es –nos sigue diciendo Nieto– la falacia de la *única solución correcta frente a la que se opone la tesis de la pluralidad de soluciones legales de las cuáles el Juez escoge una ejerciendo su arbitro legitimo*». Yo dudo mucho de que la regla que se combate forme parte del paradigma de la ciencia jurídica actual. El propio sistema de organización judicial basado en la doble instancia y, en su caso, en la casación o la posibilidad de los votos particulares (de los que confieso que hago uso de vez en cuando como miembro del Tribunal Constitucional) nos demuestra que el verdadero principio que late en el fondo de nuestro sistema jurídico y de su organización jurisdiccional es el de la duda metódica que preside la búsqueda de la solución justa y correcta para resolver el problema planteado. Ello explica los sucesivos filtros (apelación, casación) y, en su caso, la acerada crítica a que las sentencias del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional están sometidas por la doctrina jurídica. Final lógico las sucesivas revisiones, porque, como ya dijo el Juez Jackson, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «no somos la última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos la última instancia».

C) Pues bien, si damos por supuesta la existencia de un margen de arbitrio judicial, limitado, obviamente, por la textura de la norma que se aplica (no es lo mismo interpretar la norma que establece el plazo para interponer un

recurso, que los preceptos constitucionales que se alegan como vulnerados en un recurso de inconstitucionalidad) hay que admitir también que el Juez (o cada uno de los Jueces que componen un Tribunal colegiado) está condicionada por su propia formación humana, ética y profesional (en definitiva por su *Weltanschauung*, o concepción del mundo) en el momento de elegir la solución al caso planteado. La inacabable literatura sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos alude inevitablemente al tópico tema de las etapas «liberales» o «conservadoras» del Tribunal, especialmente en la delicada materia de los derechos civiles. Cuando el Presidente Roosevelt inició su política de *New Deal*, de tipo marcadamente intervencionista, tropezó con la conservadora postura (política) del Tribunal Supremo, por lo que la politización del conflicto fue inevitable. El Presidente remitió los oportunos proyectos de Ley al Congreso, bien para establecer una edad de jubilación de los Jueces (en principio, vitalicios), bien para aumentar su número de nueve a quince, –medida por cierto no necesaria, después, al cambiar su voto el Juez Roberts– que no solo no escandalizaron a los constitucionalistas, sino que, antes bien, fueron aplaudidas por la doctrina más progresista con obras como el libro de Allen (*The nine Old Men*, cuyo título yo traduciría por *Esos Nueve Viejos*) o de Golberg y Levenson (*Lawless Judges*, que podríamos traducir por «Jueces sin ley»).

El problema es, pues, universal e intemporal. ¿Puede extrañar entonces que cuando la prensa diaria pronostique el resultado de una cuestión sometida a los Jueces base sus pronósticos en el perfil conservador o progresista de quienes formamos parte de los Tribunales?

Dicho esto, que no es sino una simple constatación de la realidad, podría entenderse que acabo de ofrecer un panorama absolutamente pesimista; que la lucha por el Derecho es pura utopía que choca con la realidad. Por eso me interesa corregir inmediatamente tan negra conclusión con las precisiones siguientes:

a) Aunque el Juez –por lo que queda dicho– *no es independiente de sí mismo*, ha de ser independiente de cualquier tipo de intereses o influencias exteriores; es decir, debe actuar «en conciencia». Creo que merecería la pena una meditación más seria sobre esta falta de independencia consigo mismo que acabo de subrayar.

b) Una sentencia que *solo* obedezca a intereses políticos (y no digamos a obediencia política) será, como regla, una sentencia injusta.

c) Un Juez con buena formación jurídica sabe perfectamente que está sometido a la Constitución y a la Ley y que, por consiguiente, en buena parte de los asuntos en los que interviene sus preferencias personales han de sacrificarse a la «única interpretación posible del ordenamiento vigente». Estos son, por cierto, los casos que olvida A. Nieto cuando arremete contra la ortodoxia tradicional.