



UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO

La defensa de la Constitución
en la
Historia Constitucional Española:
Rigidez y control de Constitucionalidad
en las experiencias Republicanas.
(1873 - 1931)

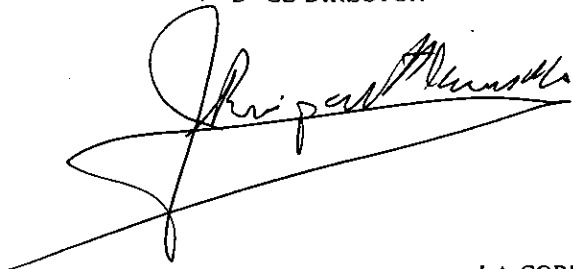
SANTIAGO A. ROURA GOMEZ
LA CORUÑA - 1997

UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO

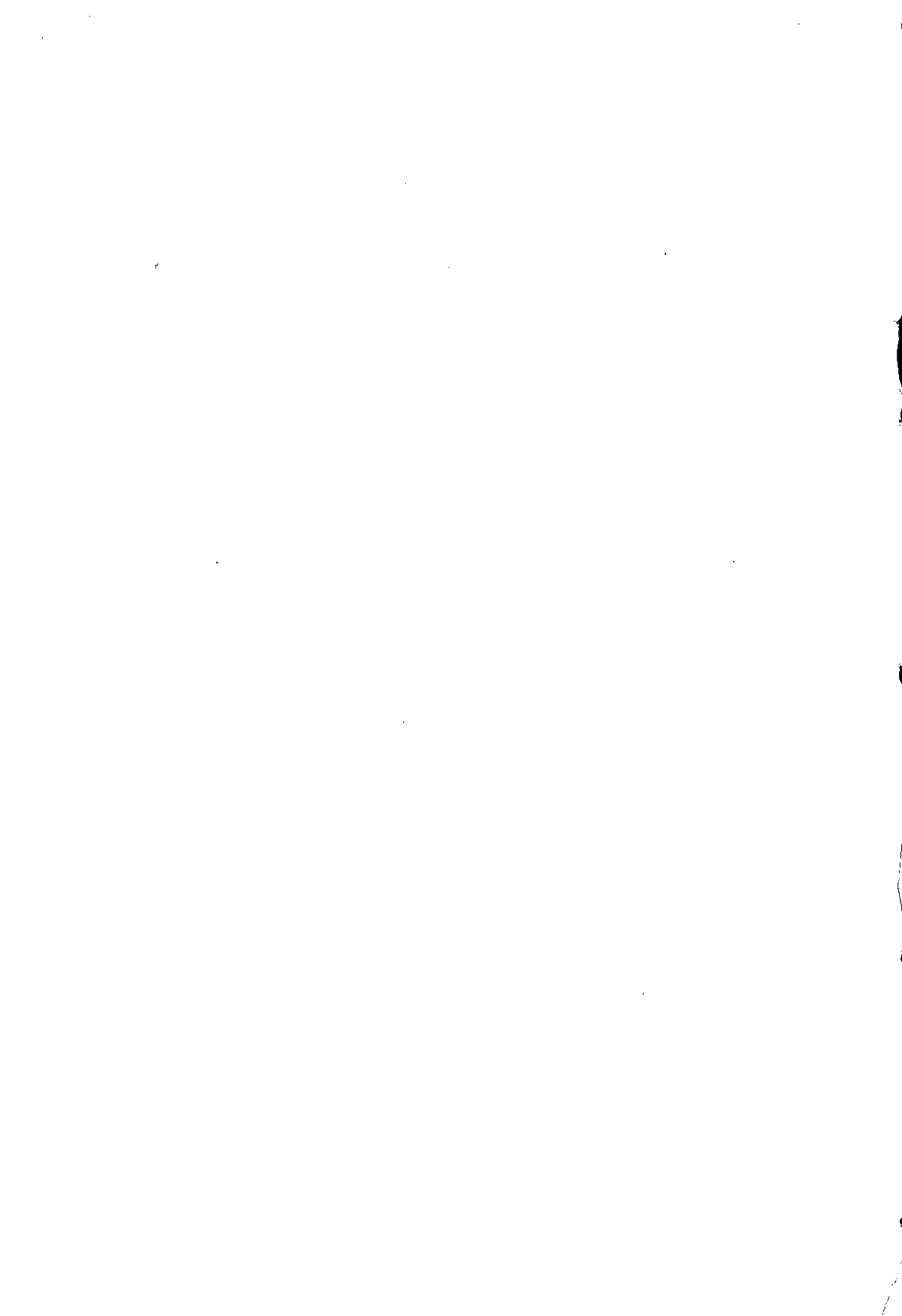
LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: RIGIDEZ Y CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LAS EXPERIENCIAS
REPUBLICANAS (1873 Y 1931)

Tesis Doctoral presentada por D. Santiago A. Roura
Gómez. Licenciado en Derecho, bajo la dirección del
Prof. Dr. D. Javier RUIPÉREZ ALAMILLO, para la acceder
al Grado de Doctor.

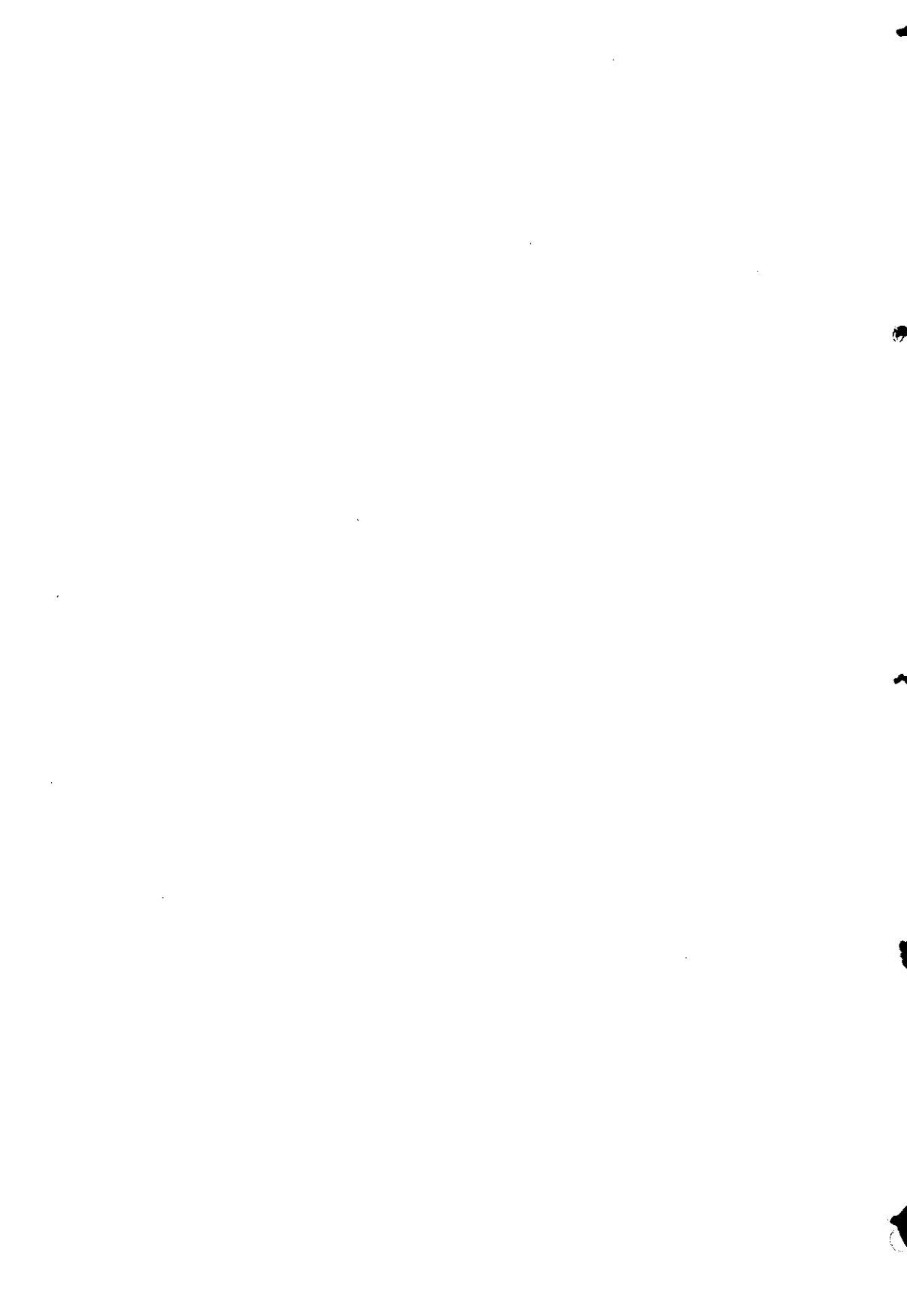
Vº Bº EL DIRECTOR

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Javier RUIPÉREZ ALAMILLO', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

LA CORUÑA. 1997



SUMARIO



PRESENTACIÓN.....pág. XI

**CAPÍTULO I: LA RIGIDEZ Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMOS DE
DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL: LAS
EXPERIENCIAS NORTEAMERICANA Y
FRANCESA.....pág. 1**

1.) LA RIGIDEZ Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO
MECANISMOS DE DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN.....pág. 3

2.) LOS NO-PRECEDENTES DE LAS INSTITUCIONES
DE CONTROLpág. 114

3.) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL:
LA SEPARACIÓN ENTRE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES
NORTEAMERICANA Y FRANCESA.....pág. 144

4.) LA AFIRMACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LOS
ESTADOS UNIDOS.....pág. 154

5.) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TRADICIÓN EUROPEA: EL
PARADIGMA FRANCÉS Y SUS FASES.....pág. 181

**CAPÍTULO II: EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN
LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: LAS
EXPERIENCIAS DE 1812 Y 1869.....pág. 239**

1.) INTRODUCCIÓN.....pág. 241

2.) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN BAJO LA VIGENCIA DEL TEXTO DE
CÁDIZ.....pág. 250

a) El procedimiento de reforma de la Constitución
de 1812.....pág. 254

b) Los mecanismos de defensa política de la Constitución
de 1812.....pág. 284

c) La propuesta del *Poder conservador* de Ramón Salas.....pág. 292

3.) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1869: LA OCASIÓN
DESPERDICIA.....pág. 303

a) La resurrección del espíritu de Cádiz.....pág. 303

b) El procedimiento de reforma de la Constitución
de 1869.....pág. 312

c) La ausencia del control de constitucionalidad en la
Constitución de 1869.....pág. 322

4.) REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LA AUSENCIA DE MEDIOS DE
CONTROL DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA
ESPAÑOLA: LOS TEXTOS DE 1873 Y 1931 COMO ÚNICA POSIBILIDAD PARA
SU EXISTENCIA.....pág. 329

**CAPÍTULO III: LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN
EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA I
REPÚBLICA: RIGIDEZ Y CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROYECTO FEDERAL DE
1873.....pág. 337**

1.) LOS PLANTEAMIENTOS REPUBLICANOS Y FEDERALES
DE 1873.....pág. 339

2.) EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA EN EL PROYECTO
DE 1873.....pág. 348

3.) EL CONTROL POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL
PROYECTO FEDERAL DE 1873.....pág. 380

a) El Senado como Cámara de control.....pág. 382

b) El Presidente de la República y la defensa

la Constitución.....pág. 395

4.) EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL

PROYECTO FEDERAL DE 1873.....pág. 427

CAPÍTULO IV: RIGIDEZ Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA.....pág. 491

1.) LOS CARACTERES GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA

II REPÚBLICA.....pág. 493

2.) EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA

II REPÚBLICA.....pág. 508

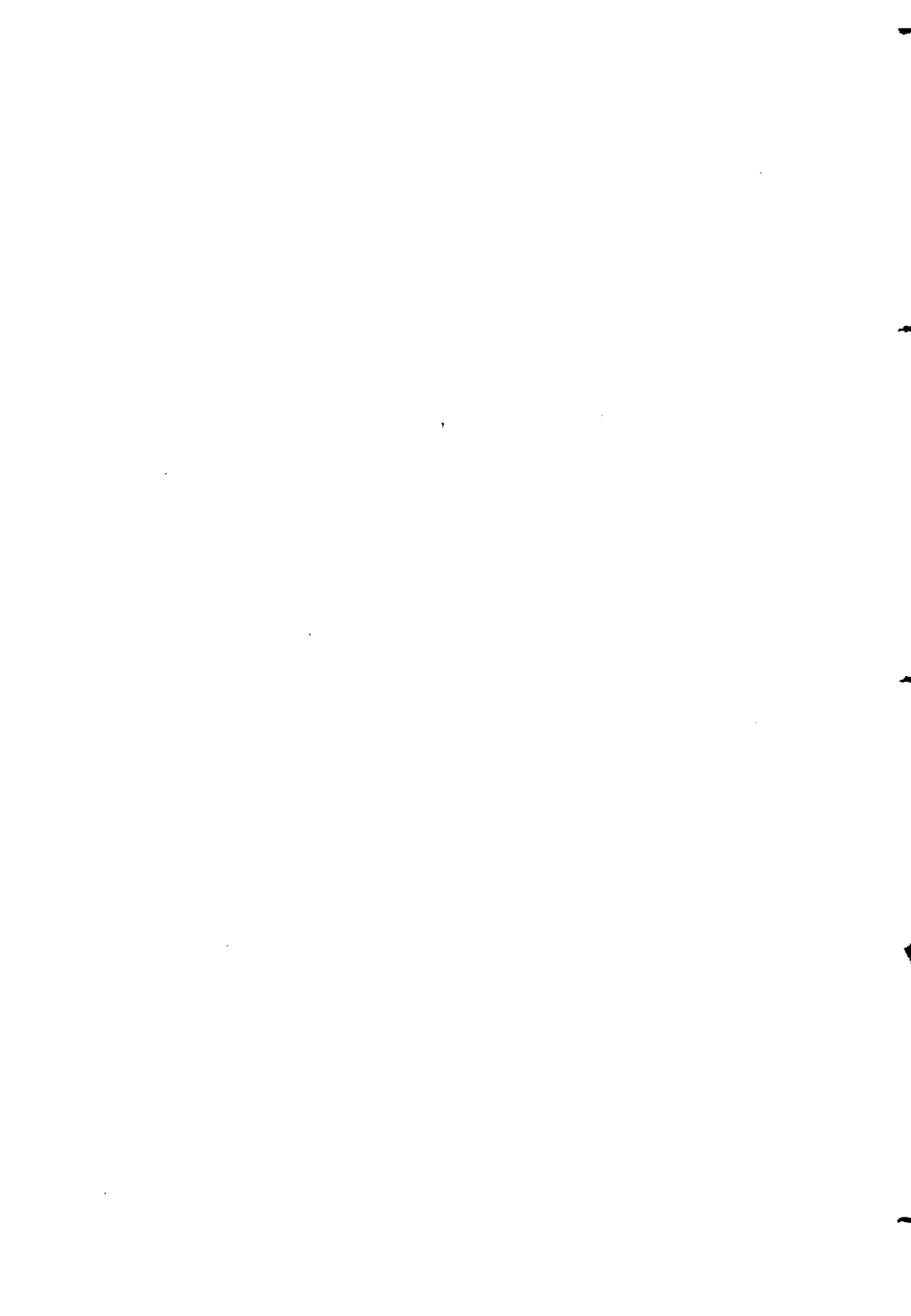
3.) EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL, JURISDICCIONAL,
INDEPENDIENTE Y FEDERAL.....pág. 571

a) El Tribunal de Garantías como órgano constitucional.....pág. 576

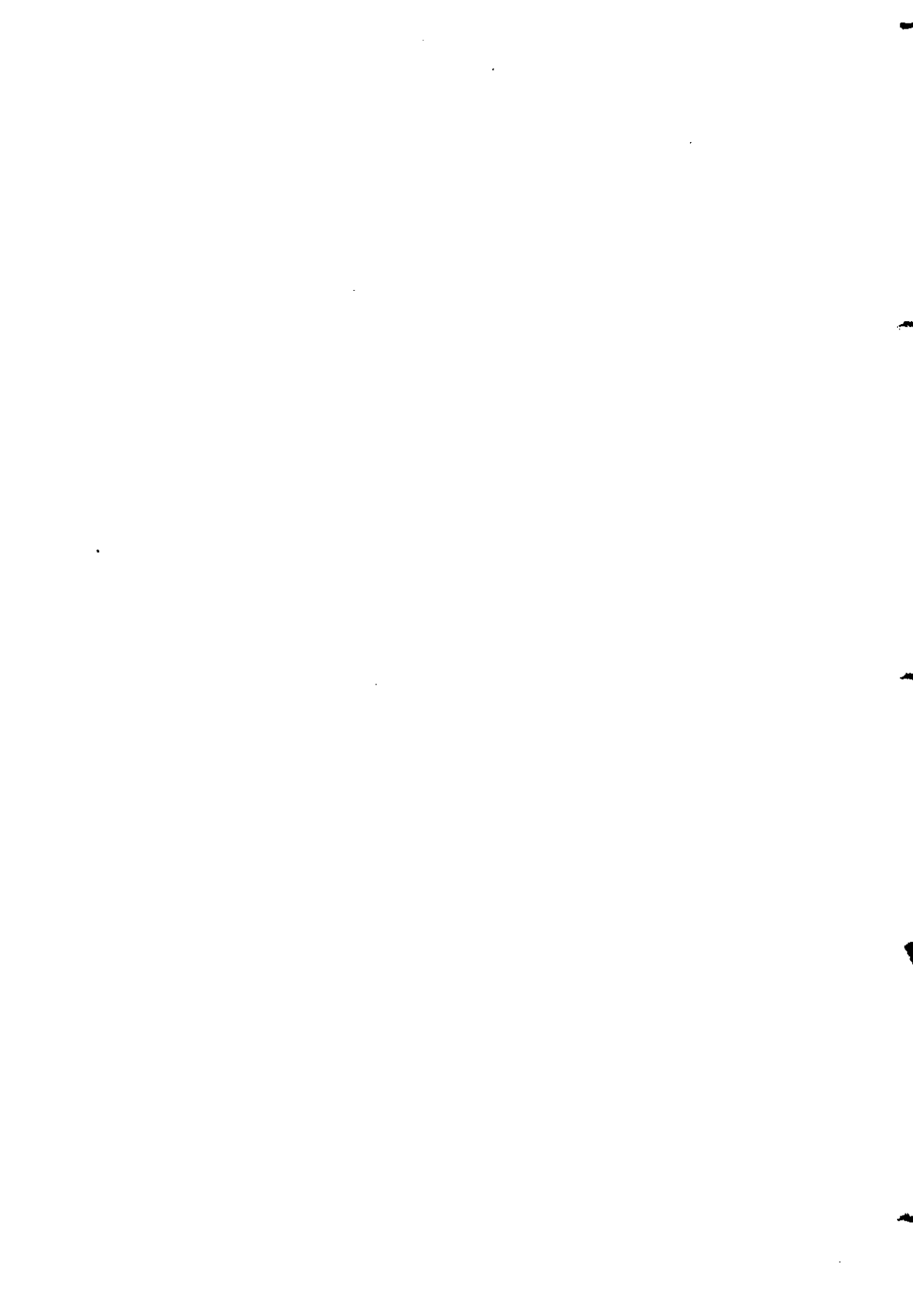
b) El Tribunal de Garantías como órgano jurisdiccional.....	pág. 595
<i>I- El recurso de inconstitucionalidad.....</i>	<i>pág. 601</i>
<i>II- Otras funciones jurisdiccionales del Tribunal de</i>	
<i>Garantías Constitucionales.....</i>	<i>pág. 635</i>
c) El Tribunal de Garantías como órgano independiente.....	pág. 645
d) El Tribunal de Garantías como órgano federal.....	pág. 672

CONCLUSIONES.....	pág.689
--------------------------	----------------

BIBLIOGRAFÍA.....	pág.727
--------------------------	----------------



PRESENTACIÓN



El estudio que presentamos como Memoria de Doctorado a la consideración de la Comisión encargada de juzgarlo pretende abordar, desde el punto de vista del constitucionalista, los modelos de defensa jurídica de la Constitución que ha conocido la Historia Constitucional española. De lo que se trata es de poner de manifiesto en qué momento y de qué manera se arbitraron mecanismos de defensa jurídica del Texto Constitucional en la trayectoria del constitucionalismo español.

De lo dicho resulta ya posible extraer las tres acotaciones fundamentales que delimitarán el contenido del trabajo: la atención a mecanismos de defensa exclusivamente jurídicos, la exclusión de las formulaciones que no se correspondan con Constituciones en el significado estricto del término y el detenimiento particularizado en las experiencias españolas.

En primer lugar, nuestro objeto de atención se centra en instituciones de naturaleza jurídica, medios arbitrados por el Derecho Constitucional y para garantizar la observancia del propio Derecho Constitucional. Esto es, de lo que se trata es de investigar el modo en que

en nuestras Constituciones del pasado se han coonestado las que se reputan como instituciones más acabadas de defensa jurídica de un Texto Constitucional: *la rigidez y el control de constitucionalidad*. Quedan, por tanto, fuera de nuestro foco de atención en el presente estudio -por más que sea posible encontrar sucintas remisiones en ellos- el resto de mecanismos de defensa de la Constitución que no se concretan en el carácter rígido del documento de gobierno y en la disposición de fórmulas de control de constitucionalidad. Otros medios de defensa de la Constitución, tanto cuando se han residenciado en normas jurídicas, como cuando responden a la simple articulación de medidas *de facto*, escapan a nuestra atención en la presente Memoria.

La Memoria comienza por establecer el concepto de Constitución que se acoge en el trabajo, en la medida en dicho concepto resulta extraordinariamente relevante a los efectos de la consideración de las dos instituciones de garantía de la Constitución que ocupan nuestra atención. En este sentido, nos inclinamos -siguiendo, entre otros, a los Profesores M. García-Pelayo, P. De Vega o J. Ruipérez, por la adopción del concepto racional normativo o liberal-burgués, tal y como se formula a partir de los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII. De esta

inicial elección interesa destacar ahora la importancia que, para el concepto racional normativo de Constitución, adquieren las garantías de la misma, toda vez que su adopción en el Texto Constitucional implica el cumplimiento de uno de los principios vertebradores de dicho concepto, el principio de supremacía constitucional.

El primero de los Capítulos en que se estructura la Memoria incide, precisamente, en esa estrecha relación que vincula al concepto moderno de Constitución con la idea de que ésta haya de ser la *Lex Superior* e intenta poner de manifiesto la causa de dicha correspondencia. Con esa finalidad, el trabajo dedica su atención a determinadas formulaciones de algún modo conectadas con la idea de supremacía constitucional, pero en la que está ausente la conexión de esta idea con el principio democrático, auténtico pilar fundamental del Estado Constitucional. Esas formulaciones "antiguas", son irreducibles a la categoría de precedente de las modernas instituciones de defensa jurídica de la Constitución por la que nos inclinamos en el presente trabajo. Circunstancia ésta que estimamos digna de aclaración. En efecto, por *precedente* entiende el *Diccionario de la Real Academia* aquello "que antecede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los

tiempos | antecedente, acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores | resolución anterior en caso igual o semejante; ejemplo; práctica ya iniciada o seguida", y , en efecto, aquellas instituciones de las que trataremos aquí son reconducibles a las deficiones que acabamos de exponer.

Existen, sin embargo, otras instituciones que, encuadrando en la definición apuntada, no constituyen, en nuestra opinión, verdaderos precedentes de las modernas fórmulas de defensa jurídica de la Constitución. Hay, en este asunto, como en todos los que atañen al Estado Constitucional, una barrera demasiado profunda como para ser traspasada, incluso en un estudio con prisma histórico como el presente, que es precisamente la que delimita lo que nosotros entendemos por precedente y aquello que simplemente existió con anterioridad. Esa línea difícilmente franqueable está marcada en el propio nacimiento del Estado Constitucional, en el momento en que la noción de Constitución adquiere su dimensión moderna.

Ir más allá de las revoluciones liberal-burguesas de fines del siglo XVIII, aun reconociendo que pudiera constituir un muy interesante

ejercicio de erudición, significaría tanto como perder la utilidad que una investigación como la que presentamos pretende tener para quien se inicia en el estudio del Estado Constitucional. Merece destacarse esta circunstancia porque en ella reside, a nuestro entender, la justificación de la preocupación por determinadas regulaciones pretéritas. Si, en el marco de estudio del Derecho Constitucional hay una razón que legitime la investigación de ordenamientos del pasado ésta es su virtualidad como pauta de comprensión del Derecho positivo y, lo que es más, como bagaje productivo para afrontar retos del futuro, que, dicho sea de pasada, no son siempre retos nuevos.

Es desde esta concepción desde la que el trabajo se acerca más al terreno constitucional para alejarse del punto de vista puramente histórico. No creemos, sin embargo, que pueda ser otro nuestro proceder. Decimos esto porque verdaderamente consideramos que la esencia de las instituciones de garantía jurídica de la Constitución radica, precisamente, en que vienen a dar solidez, con las técnicas propias del Derecho, a la Constitución, y, en este sentido y como el trabajo no cesa de sostener, Constitución únicamente existe desde que se funda un nuevo modo de entender el establecimiento de las comunidades políticas conforme a

determinados principios. Por eso, todo lo que no resulte enmarcable en un ordenamiento dominado por esos trascendentales principios carece de interés para el constitucionalista. Por decirlo de otro modo, donde no hay Constitución -y no la hay antes del final del siglo XVIII- no pueden buscarse precedentes de sus instituciones de garantía.

Claro es que esta acotación no sólo descarta la profundización en el estudio de regulación que vayan más allá en el tiempo de la fecha que podríamos denominar "de corte", sino que también afecta a todo aquello que, aun sucediendo después -e incluso mucho después- de tal fecha, desconoce o simplemente desprecia lo que el hito revolucionario liberal-burgués significa. Interesa esta aclaración en la medida en que España, en este siglo, ha conocido dos ejemplos de articulación -proyectada la una, con vigencia durante un tiempo la otra- de fórmulas de garantía que, indudablemente, estaban emparentadas con los mecanismos modernos de defensa jurídica de la Constitución. No obstante, la circunstancia de que su establecimiento no viniera a proporcionar estabilidad al orden constitucional, sino, muy al contrario, a órdenes jurídico-políticos sentados sobre bases diametralmente opuestas a aquellas sobre las que se edifica el

Estado Constitucional, invalida su consideración -a los efectos del presente estudio al menos- como verdadero precedente.

No queremos significar con lo anterior que todo lo sucedido antes de que el Estado Constitucional hiciese su aparición carece de importancia en el desarrollo posterior de éste. Muy al contrario, parece indudable que en muchas situaciones previas a las grandes revoluciones burguesas se encuentra el germen de la posterior evolución del movimiento constitucional. No son esas situaciones las que escapan a nuestro interés. Redundaría, a nuestro juicio, en una notable incorrección científica desconocer los movimientos, las líneas de pensamiento que preparan el camino -y también las que estorban en el camino- a la Constitución moderna y sus fórmulas jurídicas de defensa. Ni que decir tiene que allí hasta donde a nosotros alcanza y donde hemos considerado de particular interés reflejarlo, hemos puesto de manifiesto los orígenes de donde proceden las consideraciones que presiden la adopción de determinadas medidas que a este estudio afectan.

Referiremos, por ello, como indicábamos, algunos ejemplos de instituciones de muy difícil conexión con el constitucionalismo. Pero lo

que sí nos interesa dejar sentado ya en este momento es que esas referencias, amén de resultar cuantitativamente menores, no tienen, tampoco, cualitativamente la misma función que la que viene a cumplir la investigación de los que sí consideramos auténticos precedentes. Que procedamos de este modo está tan sólo justificado por esa relación íntima que, a nuestro entender, han tenido -y siguen teniendo hoy- los medios de garantía del orden constitucional con el orden constitucional mismo. La defensa jurídica de la Constitución resulta tan esencial a ésta que, como en el trabajo se señala repetidamente, donde la garantía de la Constitución no existe, tampoco hay Constitución. Pero el razonamiento es susceptible de pasivizarse y por eso venimos afirmando que sin Constitución la garantía no existe, porque nada hay entonces digno de protección.

Estas consideraciones se ven, a nuestro entender, confirmadas en el desarrollo de los diferentes epígrafes que componen el Capítulo I de la Memoria y, particularmente, cuando se desciende a la consideración de lo sucedido en las primeras experiencias de articulación del Estado Constitucional en Estados Unidos y en Francia y se contraponen los fundamentos de las instituciones de garantía de la Constitución que

entonces surgen con esa categoría que en el trabajo hemos denominado "*no-precedentes*".

La conclusión que, en cualquier caso, cabe extraer de las consideraciones que se vierten en esta parte del trabajo no es otra que la de estimar que el punto de conexión esencial viene constituido por la apelación al principio democrático, único fundamento razonable de la moderna noción de supremacía constitucional. Cuando, lejos de sostenerse en el principio democrático del Poder Constituyente del Pueblo, la supremacía constitucional se hace descansar sobre principios distintos - señaladamente sobre el principio liberal-, las consecuencias que se extraen de la existencia de medios de garantía jurídica del Texto Fundamental pueden conducir a resultados altamente insatisfactorios, que amenazan con resolverse a través del expediente de recurrir a la sistemática violación de la Constitución o que determina la proverbial incapacidad del Código Constitucional de dar respuesta a los conflictos jurídicos y políticos que en la comunidad se plantean.

El tratamiento de lo sucedido en los primeros pasos de las dos tradiciones constitucionales, al poner de manifiesto determinadas

circunstancias, que están en la base de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución, resulta de utilidad para afrontar el estudio de los modos en que dichos mecanismos se concretaron en los momentos de la Historia Constitucional española en que se detienen los sucesivos Capítulos de la Memoria.

La atención a los precedentes españoles supone la acotación "geográfica" del trabajo. El Capítulo II comienza, sin embargo, realizando una aclaración que consideramos relevante. De lo que se trata es de poner de manifiesto que no todos los documentos de gobierno que se han sucedido a lo largo de la Historia Constitucional española constituyen objeto del interés de la Memoria, circunstancia que se justifica por la no correspondencia de todos esos Textos con el concepto de Constitución que, según quedó sentado en el Capítulo I del trabajo, conforma la noción moderna o técnica de Constitución. Vista a la luz de esta variable, la Historia Constitucional española que se abre en Cádiz se presenta como el fruto de la ausencia de una verdadera tradición constitucional en nuestro país. No otra consecuencia cabe, en nuestra opinión, extraer de la circunstancia de que tan sólo en las Constituciones de 1812, 1869, 1873 y

1931 se produce la concurrencia de los tres principios inspiradores del moderno constitucionalismo.

Sentado lo anterior, el Capítulo II desciende al estudio de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución que conoció nuestro Derecho Constitucional histórico, comenzando por remarcar el paralelismo, que posteriormente se confirma en varios apartados, entre la experiencia española y la evolución del mismo problema en Francia. Esta correspondencia viene a poner de manifiesto un origen común en las ideas que impulsan al movimiento constitucional español y al constitucionalismo francés, y europeo en general, circunstancia que, por otro lado, no niega tampoco el que la relación se extienda igualmente al proceso revolucionario americano, al menos, en determinados aspectos.

Puesta de manifiesto esta correspondencia, el trabajo comienza el tratamiento de los medios que arbitró nuestro primer Constituyente para garantizar la supremacía del Texto Constitucional. Y así, por lo que al procedimiento de reforma en la Constitución de Cádiz se refiere, interesa destacar ahora una circunstancia por encima de todas las demás: la exclusión de toda intervención del monarca en el mismo. Los Fundadores

del régimen constitucional en España eran plenamente conscientes del peligro que para el mantenimiento de la obra revolucionaria burguesa representaba la autoridad regia. No en vano es en detrimento del rey que se declaran las facultades del Pueblo y de su representación en Cortes. La soberanía nacional, proclamada cuando se incian los trabajos de la Constituyente en 1810 y reafirmada por el mismo Texto Constitucional, es abiertamente incompatible con el reconocimiento de facultades de intervención del rey en el *iter* reformador. Si los primeros Constituyentes franceses habían declarado la condición de representante del Pueblo del monarca, los revolucionarios gaditanos colocan al rey español en la posición de un poder constituido más, subordinado desde luego al Pueblo y, lo que resulta muy importante, situado en un lugar sensiblemente inferior al que ocupan las Cortes.

Cabe, además, subrayar por lo que hace al procedimiento de reforma en Cádiz, dos circunstancias que, desde nuestra primera Constitución, pasarán al resto de Textos Fundamentales de nuestra Historia. Nos estamos refiriendo, de una parte, a la concepción del procedimiento de reforma constitucional como un mecanismo fundamental de garantía de las determinaciones políticas contenidas en la Constitución

y, de otra, el requisito formal de disolución de las Cortes que adoptan la iniciativa de la reforma constitucional y la correlativa adopción del sistema de poderes limitados del órgano de revisión como técnica procedimental.

Las especiales circunstancias de sobrevaloración de la representación nacional que presiden la adopción de la Constitución de 1812 acabarán por impedir la adopción de fórmulas de control de la supremacía constitucional que la opción por el Texto rígido comportaba. En sustitución de éstas, el Constituyente gaditano se inclina por una suerte de apelación a la vigilancia del Pueblo sobre la observancia de la Constitución, figurando, en todo caso, las Cortes como verdadero protagonista de estos protomecanismos de control. Resulta evidente que, en la conciencia de los redactores de la primera Constitución de España, el peligro para la pervivencia de ésta no podía provenir de la representación nacional, sino, antes bien, del monarca desposeído de sus facultades otrora absolutas. Circunstancias todas ellas que las intervenciones parlamentarias a que la Memoria hace referencia vienen a confirmar.

En todo caso, la necesidad de arbitrar fórmulas que garantizaran la observancia de la Constitución no era un asunto completamente ajeno al pensamiento de la época. El trabajo se detiene, en este Capítulo II, en la consideración de la propuesta teórica formulada, precisamente en un momento en que se restaura la vigencia del Texto de Cádiz, por el Profesor liberal salmantino Ramón Salas y Cortés. Éste, influido, muy probablemente, por el fundamento de la experiencia francesa del *Sénat Conservateur*, propone, de modo algo confuso, el establecimiento de un *Poder Conservador*, compuesto por hombres de cierta edad y experiencia en el funcionamiento del Estado, con un elenco muy amplio de atribuciones entre las que interesa destacar ahora su papel en la reforma constitucional y su capacidad para *anular* las leyes que considerase contrarias a la Constitución. La propuesta de R. Salas, aun juzgándola de escasa viabilidad tal y como fue formulada, destaca como exponente de la preocupación, común a otros autores, por la observancia de la Constitución ya en el momento del nacimiento del régimen constitucional en España.

El tercero de los epígrafes en que aparece dividido el Capítulo II de la Memoria está dedicado al estudio de las previsiones sobre la defensa jurídica de la Constitución de 1869. La primera Constitución del

sexenio retoma lo que, tal vez, podríamos denominar "espíritu de Cádiz". En tal sentido, se presenta como un Texto democrático y profundamente liberal en el que la opción por la forma de gobierno monárquica -mientras se prepara un cambio de dinastía- es el producto de la asunción de una idea de monarca constitucional nunca ensayada con éxito con anterioridad.

La Constitución de 1869 únicamente dispuso como mecanismo para su defensa jurídica del procedimiento de reforma que, aportando la nota de la rigidez, elevaba a la Constitución a la condición formal de norma suprema. De la rigidez constitucional del Texto de 1869 interesa destacar ahora especialmente la inclinación garantista que, también en esta ocasión, se da al procedimiento de reforma y, en la medida en que puede contrastar con la opción de 1812, la intervención, aunque no decisiva, del monarca en el procedimiento de reforma, circunstancia que da idea de la confianza de la Constituyente en un rey elegido por ellas mismas y de quien se espera, como así aconteció, un comportamiento leal. Se abstuvo, sin embargo, la Constitución de 1869 de adoptar cualquier otra fórmula que sirviese para afirmar en la práctica la supremacía constitucional. Es por esto que el trabajo se inclina por caracterizar al período abarcado por la Constitución de 1869 como la ocasión desperdiciada. Piénsese que dicho

Texto Constitucional recogió todos los caracteres propios del constitucionalismo democrático y liberal y que su promulgación representa un sincero intento de dar entrada a la normatividad de la Constitución. Estas circunstancias invitan a considerar, bien que como mera hipótesis, que si la vigencia de la Constitución de 1869 se hubiese prolongado tal vez la práctica hubiese llegado a imponer algún mecanismo jurídico, quizá jurisdiccional, de garantía de la condición de norma suprema del Texto Constitucional. Aunque no deba desconocerse tampoco que esta posibilidad habría de superar el nada despreciable escollo de la ausencia de tradición que afirmase la fuerza de obligar de la Constitución, lo cierto es que la asunción de fórmulas jurídicas de garantía de la Constitución no era un asunto completamente ajeno a las elaboraciones de la época. Baste con recordar, a este respecto, que cuatro años más tarde de la promulgación de la Constitución de 1869 se elabora el Proyecto de 1873, que destaca precisamente por la profusión de mecanismos de control de la adecuación de la actuación de los poderes constituidos a la Constitución, asunto del que la Memoria se ocupa en el Capítulo III.

Se ocupa, en efecto, el Capítulo III de la presente Tesis Doctoral del análisis de los numerosos mecanismos de garantía previstos

por el frustrado Constituyente de la I República española. El Proyecto Federal de 17 de julio de 1873, a la par de consagrar su carácter rígido estableció también fórmulas de control de constitucionalidad que hacen de dicho Texto uno de los hitos más sobresalientes de toda la Historia Constitucional española.

La especialidad del Proyecto se traslucde ya en el mismo procedimiento de reforma, pues, si éste era casi automática trasposición del contenido en la Constitución de 1869, no es menos cierto que ahora su regulación adquiere una dimensión nueva a la luz del principio federal que informa el Proyecto. En efecto, el Texto de la I República intentó elevar a rango constitucional la división vertical del poder político entre la Federación y los Estados Regionales que él mismo establecía y, a imitación del modelo americano, extendió la potencialidad garantista ínsita en cualquier procedimiento de reforma constitucional a la protección de los intereses de las colectividades particulares. La posición de la Cámara Alta resulta, en este sentido, de particular trascendencia, pues el Texto Federal configura al Senado como verdadera Cámara de representación territorial, claro trasunto, también en esta ocasión, del precedente de los Estados Unidos. Así pues, el procedimiento de reforma constitucional del Proyecto

de 1873 tiene en común con otros *amending process* tratados en la Memoria el interés evidente en proteger los postulados fundamentales del régimen político que se establece. pero, como característica original con respecto a éstos, se observa en el Texto de la I República una particular preocupación por la protección de los intereses de todos los centros de poder político que el Texto reconoce, canalizando la protección de los Estados Regionales a través de la representación de éstos en el Senado de la Federación.

Si la circunstancia de hallarnos ante un Texto Federal otorga una dimensión particular a la reforma constitucional en el Proyecto de 1873, parece que fue también la división vertical de poderes la que acabó por determinar el que en su articulado se incluyesen, por primera vez en la Historia Constitucional española, mecanismos más o menos acabados de control de la constitucionalidad de la ley. El Proyecto Federal se presenta, en este último sentido, como un verdadero crisol en el que tienen cabida las más variadas fórmulas de control de constitucionalidad, que se corresponden con otras tantas concepciones de la función de defensa de la Constitución.

El Capítulo III divide, a efectos expositivos, esta materia en dos grandes apartados que atienden a la cualificación del tipo de órgano que lleva a cabo la labor de control en cada caso, distinguiendo así entre un control político y un control jurisdiccional de constitucionalidad.

El primero de ellos está atribuido al Senado. Éste órgano de representación de los Estados carecía, salvo para el supuesto de la reforma constitucional, de iniciativa legislativa, concretándose su misión en el examen de constitucionalidad de las leyes que hubiesen sido aprobadas por el Congreso, la auténtica Cámara Federal popular. Se trataba, entonces, de un control preventivo y cuyo parámetro venía constituido por el propio Texto Federal, bien que el Proyecto emplee una expresión innecesariamente confusa para referirse a ello. El Senado no podría, al menos desde un punto de vista teórico, oponer más objeciones que las fundadas en la infracción de la Constitución Federal, sin que le cupiese formular juicios de oportunidad política. La constatación de la inconstitucionalidad de la ley provocaba la suspensión de la promulgación de ésta. El Congreso, en cualquier caso, podía reiterar al año siguiente la ley, en cuyo caso pasaba ésta directamente a la Presidencia de la

República, en quien residencia el Proyecto de 1873 un segundo mecanismo de defensa de la Constitución.

El Proyecto Federal concibió la Jefatura del Estado como un cuarto poder ("De relación, o sea presidencial") llamado a ejercer una suerte de tarea moderadora entre el resto de los poderes de la Federación. Importaba así el primer Constituyente republicano la teoría del poder neutro del monarca elaborada por B. Constant y, en este concreto aspecto, la incorporaba a la función de defensa de la Constitución. Poco es lo que se desprende del articulado del Proyecto en orden a considerar la posición que, en el supuesto que comentamos, correspondía al Presidente de la República. La Memoria intenta reconstruir, partiendo de formulaciones doctrinales diversas -B. Constant, J. Donoso, C. Schmitt, entre otros- que se han ocupado del papel de la Jefatura del Estado y su relación con la defensa de la Constitución, los perfiles que revestiría la actuación del Presidente Federal, concluyendo su correspondencia con los modelos de defensa de la Constitución más desconectados de una concepción puramente jurídica de tal función. El Proyecto recogería así una versión decimonónica y española de la idea que subyacerá, medio siglo más tarde, a los trabajos

de C. Schmitt en torno al Presidente del Reich como guardián de la Constitución.

A la par de establecer un control político de constitucionalidad, el Proyecto de 1873 completa los mecanismos de defensa de la Constitución con la introducción de la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de la ley, que deposita en manos del Tribunal Supremo Federal. Nuevamente se evidencia el ascendiente que sobre los redactores del Proyecto de 1873 tuvo la experiencia constitucional norteamericana. Este supremo órgano jurisdiccional es, en efecto, la traducción, aunque imperfecta, del homónimo norteamericano, en cuya posición se inspiran los Constituyentes de la I República. Importa en particular resaltar aquí el peso que, en este como en otros aspectos, tuvo la forma federal de Estado que introducía el Proyecto. El Tribunal Supremo se configuró como órgano de resolución de conflictos entre la Federación y los Estados Regionales y entre éstos entre sí, al modo en que había establecido el Constituyente de Filadelfia. Nuestro Proyecto Federal, en cualquier caso, imprime un peculiar sello a la trasposición del precedente americano y, muy probablemente concocedor de la orientación centralizadora que esta institución había demostrado en los Estados Unidos, establece que el

Tribunal Supremo Federal se compondrá de tres Magistrados por cada Estado de la Federación.

El sistema, en cualquier caso, distaba mucho de ser perfecto, pues observaba importantes lagunas -que el trabajo, por vía de hipótesis, intenta cubrir-, que hubieran precisado de un desarrollo legal o jurisprudencial, en particular en lo que hace a la difícil conciliación entre un modelo control concentrado y un sistema de control por vía incidental con efectos meramente suspensivos, y por tanto *inter partes*, de la declaración de inconstitucionalidad. Con todo, el Proyecto Constitucional de la I República destaca por el enorme interés que demuestra en las instituciones de garantía del orden constitucional y como ejemplo patente de la estrecha vinculación que se observa entre dichas instituciones y la forma federal de Estado.

El proceso que habían iniciado las Constituciones de 1812 y 1869 se cierra, tras quedar únicamente apuntado en la I República, con la Constitución de 1931. El Capítulo IV, último de los que componen la presente Memoria, se dedica al tratamiento de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución ideados por nuestro segundo Constituyente

republicano, que completa la recepción del concepto técnico de Constitución mediante la definitiva asunción del carácter de norma jurídica suprema del Texto Constitucional. Casi ciento veinte años, por tanto, deberán transcurrir desde que se promulga por vez primera en España un Texto Constitucional hasta que la se pueda afirmar que éste constituye de modo efectivo el Derecho de máximo rango en el Estado. La experiencia constitucional de 1931 resume, en cierto modo, todos los caracteres que el trabajo ha tenido ocasión de reflejar en el estudio de la evolución de la problemática de la defensa de la Constitución.

En 1931, con una Constitución que afirma sin ambages el principio democrático, se consagra el carácter rígido del Texto, que coloca a la obra del Poder Constituyente en la posición que, en tanto que emanación de la voluntad suprema del Pueblo, le corresponde. La Constitución de 1931 establece, además, un proceso a cuyo través los territorios que integraban el Estado español pasarían a convertirse en Regiones autónomas. Segundo intento, por tanto, esta vez con materialización práctica, de acometer el proceso de descentralización del poder político. Merece ser destacada esta circunstancia en la medida en que viene a confirmar cómo el Estado políticamente descentralizado y la

aparición o potenciación de mecanismos de defensa de la Constitución son realidades que discurren unidas. La primera experiencia republicana estudiada en el Capítulo III apunta ya en tal dirección, que se confirma con la aparición del Estado integral.

En 1931, una vez más, el establecimiento de un procedimiento especial de reforma constitucional -con una agravación considerable únicamente durante los cuatro primeros años de vigencia del Texto- se concibe, tanto por sus defensores cuanto por sus detractores, como el primer baluarte de los logros políticos positivizados en el Texto Constitucional. El procedimiento incluía, por lo demás, el ya tradicional requisito de disolución de las Cortes que adoptan la iniciativa, estableciéndose, al propio tiempo, el sistema de poderes limitados del órgano de revisión y la exigencia de la reforma expresa.

La Constitución de 1931 creó, además, la institución encargada de velar por el respeto de la supremacía constitucional, estableciendo el Tribunal de Garantías Constitucionales, al que se confió, entre otras funciones, el ejercicio del control de constitucionalidad. Se incorporaba así a nuestro acervo jurídico-político el órgano encargado del ejercicio de la

jurisdicción constitucional que, por aquellos años, se extendía en el constitucionalismo europeo como fórmula de cierre del proceso de racionalización del poder político que la misma noción de Constitución comporta.

La Memoria se divide el estudio del Tribunal de Garantías en cuatro apartados fundamentales que se corresponden con otros tantos caracteres de dicho órgano, a saber, su condición de órgano constitucional, de órgano jurisdiccional, de órgano federal y de órgano independiente y de dedica especial atención, dentro de las atribuciones del Tribunal de Garantías, al recurso de inconstitucionalidad, por dos órdenes de consideraciones. Sucede, en primer lugar, que ésta es la función natural de los Tribunales Constitucionales, la que explica su existencia, su nacimiento. Y, en segundo término, porque, si bien sería posible admitir que todos los procesos solventados por el Tribunal de Garantías tenían como fin último el proceder a la defensa de la Constitución republicana, no lo es menos que es a través del proceso autónomo de constitucionalidad cuando este cometido se hace más patente.

Interesa, en todo caso, destacar ahora que el Constituyente republicano no fijó en el Texto Constitucional todos los extremos relativos a la institución, remitiéndose, a una Ley Orgánica, que aprobaron las mismas Cortes en 1933, para la regulación de cuestiones de singular importancia que afectaban a la concepción misma de la institución y de su función primordial de control de normas. Esta circunstancia permitió que, transcurrido tan sólo año y medio desde la promulgación de la Constitución, el legislador orgánico reorientase el órgano y su principal función procediendo a regulaciones que no se conciliaban, sino con la letra, al menos con el espíritu de la Constitución. En cualquier caso, esta circunstancia no era sino el reflejo de las reticencias que, desde luego los enemigos pero también muchos de los valedores de la Constitución de 1931, mostraban hacia un modelo de defensa de la Constitución confiado a una instancia de naturaleza jurisdiccional. Esta actitud, en todo caso, parecía corresponderse mejor con la realidad de los problemas a que se enfrentaba la Constitución de 1931 y, con ella, todo el movimiento transformador republicano. Desde el conocimiento del destino que la Historia deparó a la República española de este siglo, parece una ingenuidad pretender satisfacer todas las necesidades de defensa de la Constitución mediante una institución como el Tribunal de Garantías

Constitucionales, al que, por su propia naturaleza, únicamente le es posible garantizar el respeto de la Constitución frente a intentos de vulneración que provengan de la ley y nunca frente a agresiones de cariz político o existencial que, como el trabajo tiene ocasión de mostrar, requieren de medios de defensa más próximos a la teoría jacobina de la Nación en armas que al mecanismo técnico-jurídico que representa la jurisdicción constitucional.

No quisiéramos, en cualquier caso, dar por finalizadas estas páginas introductorias sin exponer una suerte de justificación que, a nuestro entender, se impone. Proceder a realizar un estudio de carácter histórico en el marco de una disciplina que, por fortuna para todos, es ya una rama -y la más alta- del Derecho positivo, exige, una explicación más allá de la exposición sintética del contenido de la Memoria que acabamos de realizar supone. Como tuvimos la oportunidad de señalar en otro lugar [Vid. mi comentario al libro de Javier RUIPÉREZ *Constitución y autodeterminación*, publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, n.º 2 (1996), pp. 394-402.], la producción científica del Derecho Constitucional en España ha conocido ya un vasto y generalmente fecundo desarrollo. Las investigaciones dedicadas al estudio

de las instituciones incorporadas al vigente Texto Constitucional han alcanzado un número importantísimo, abonado con el transcurso del tiempo por las modificaciones, aclaraciones o adiciones que la interpretación de los Textos Fundamentales realizada por la jurisprudencia constitucional va imponiendo.

No quiere con esto decirse, en absoluto, que el estudio de nuestra Constitución vigente esté agotado, que no sea susceptible de seguir produciendo frutos notables. Antes al contrario, aunque sólo fuera porque únicamente continuando la labor exegética del Código Constitucional resulta posible afirmar su valor normativo, los estudios sobre Derecho Constitucional positivo estarían ya sobradamente justificados. Añádase a ello, además, que, en cualquier caso y por ingente que sea el número de aportaciones doctrinales sobre la normativa constitucional, no parece que ello suponga el que todas las vías que la Constitución abre estén ya suficientemente abonadas. Opinar de esta manera sería tanto como desconocer la necesidad de evolución del Derecho Constitucional -y la correlativa de las elaboraciones doctrinales que lo tienen como base-. Y no puede perderse de vista que la Constitución es, a estos efectos, comparable a un organismo vivo que despliega y retrae alternativamente sus

extremidades para adaptarse al objeto que pretende cubrir, en este caso, la cambiante vida de la comunidad política.

Pero, si esto es así, no resulta menos cierto que también en el terreno de la Historia Constitucional pueden hallarse las claves para conocer el sentido de ese movimiento que permite a la normativa constitucional prolongarse en el tiempo sin perder su actualidad. De la Historia, en efecto, pueden extraerse las enseñanzas que son necesarias para entender el presente y que ayudan a configurar el futuro. No pretendemos, entonces, comportarnos como los primeros tratadistas del Derecho Político español como saber científico y sistemático, los estudiosos del último tercio del siglo XIX, que, como hace tiempo señaló el Profesor Portero Molina [En su trabajo "Algunas cuestiones en el Derecho Político español. 1875-1900", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 18 (noviembre-diciembre, 1980), pp. 71-100.], practicaron la "evasión de un presente de cuya conversión en objeto de estudio se recela". Por el contrario, lo que intenta la presente Memoria es proporcionar claves, en este caso de procedencia histórica, pero no por ello exentas utilidad en la proyección futura.

No pretendemos, desde luego, haber abordado con complitud en este trabajo toda la amplia variedad de cuestiones que se suscitan al hilo del estudio de los instrumentos de garantía de la Constitución, ni tan siquiera en lo que se refiere a la plasmación de dichos mecanismos en la Historia Constitucional española. La Memoria, como no podía ser de otro modo, deberá enriquecerse en el futuro con una mayor profundización en el estudio y con las más diversas aportaciones y, en este sentido, deberá completarse, en primer lugar, con las observaciones que la Comisión que debe juzgarla tenga a bien realizarle. No otra cosa puede esperarse de un trabajo como el presente, que no es sino la más humilde carta de presentación de quien, con el visto bueno del ilustre colegio de Doctores que hoy evalúan su primera investigación, pretende emprender carrera académica.

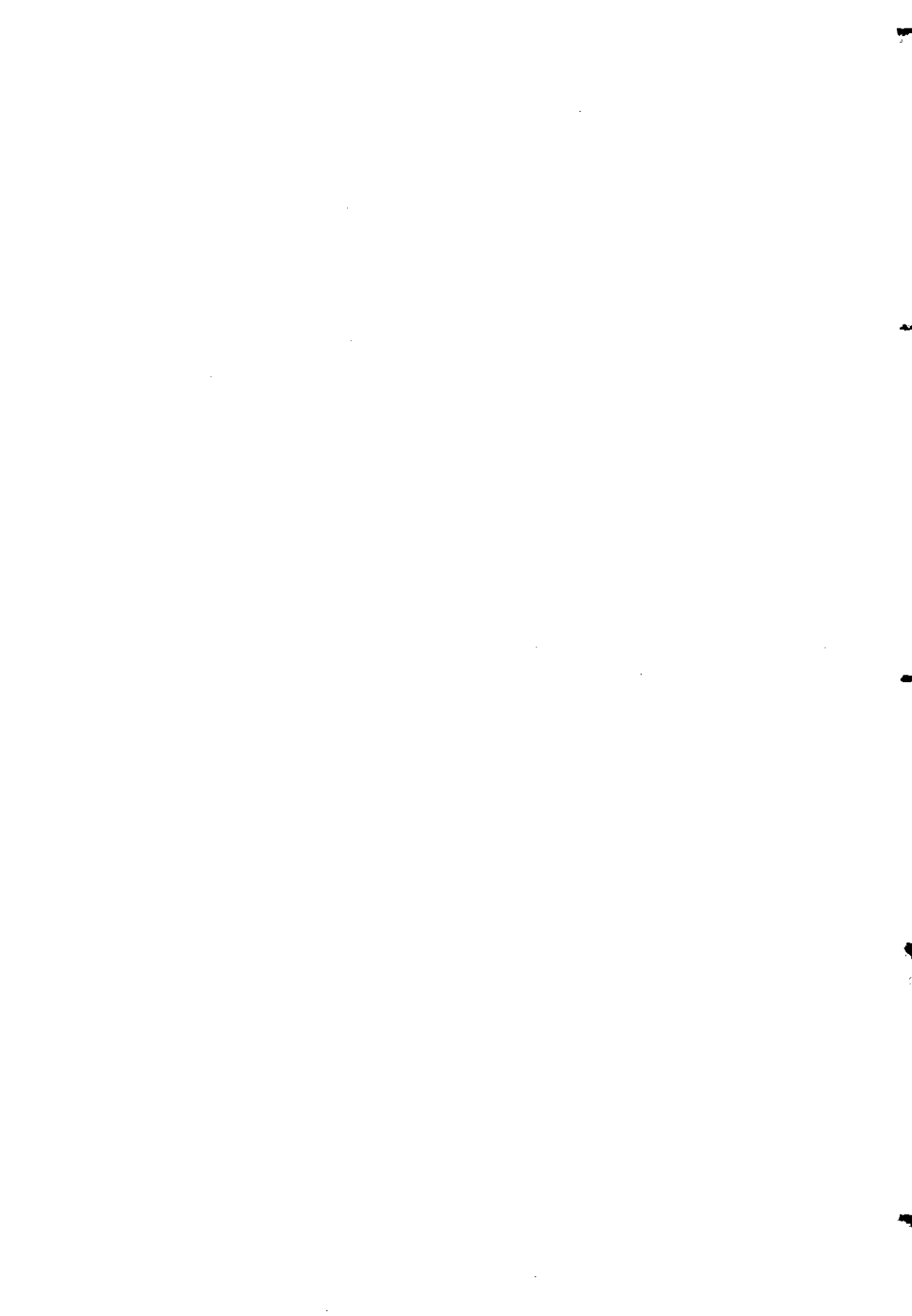
CAPÍTULO I

LA RIGIDEZ Y EL CONTROL DE

CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMOS DE

DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL: LAS

EXPERIENCIAS NORTEAMERICANA Y FRANCESA



1.) LA RIGIDEZ Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMOS DE DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Acotado, del modo que se acaba de indicar, nuestro objeto de estudio y, por más que, en el curso del trabajo, hallaremos más de una ocasión en la que poner de manifiesto nuestra concepción sobre la rigidez y el control de constitucionalidad, parece oportuno proceder a realizar, ya en este momento, unas consideraciones sobre los dos institutos en cuya dimensión histórica y española nos vamos a detener.

La rigidez y el control de constitucionalidad se presentan como los dos presupuestos en que se funda el principio de supremacía constitucional. Éste, en tanto que uno de los principios que conforman el moderno constitucionalismo, debe figurar, inexcusablemente y junto a los otros dos, en todo documento de Gobierno para que pueda ser considerado, en sentido propio, Constitución.

Este que hemos calificado de sentido propio del término Constitución es aquel que coincide con su concepto liberal burgués¹, o, si se prefiere, racional normativo y el que mantendremos a lo largo del presente trabajo. En su sentido racional normativo, la Constitución es el documento de gobierno, que surge y se generaliza a partir de las revoluciones americana² y francesa de finales del siglo XVIII³. La

¹ Cfr., en relación con dicho concepto liberal-burgués (o racional-normativo) de Constitución, cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988, 1.ª ed., reimpr., pp. 15-24: "Constitución y Democracia", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1983, pp. 66-73; "Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", *Revista de Política comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano 1984), pp. 396-406. Cfr., también, Manuel GARCÍA-PELAYO, "Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 37-38 (enero-febrero, marzo-abril, 1948), pp. 53-122, vid. pp. 55-66 (recogido hoy en el vol. *Escritos políticos y sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 21-71, vid. pp. 24-32), las páginas de las citas sucesivas de este escrito se refieren a su presentación original en la *Revista de Estudios Políticos; Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1987, 1.ª ed., reimpr., pp. 34-41. Francisco RUBIO LLORENTE, voz "Constitución", en J. J. González Encinar (ed.) y otros, *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 120 [recogido hoy, con el título "Constitución española", en el vol. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 34]. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social. Transformaciones del concepto liberal-burgués de Constitución en el tránsito del Estado liberal al Estado social", Memoria presentada al concurso-oposición para la provisión de una Cátedra de Derecho Constitucional, celebrado en La Coruña los días 3 y 4 de abril de 1997, *passim*, aunque de manera particular pp. 26-121 del ejemplar mecanografiado que manejo por gentileza del autor.

² La aparición de la Constitución de los Estados Unidos vendría así a convertirse en la "sanción solemne del constitucionalismo democrático". Vid. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, 2.ª ed., reimpr., p. 159.

Constitución es la ordenación y positivización de las reglas fundamentales que disciplinan, a partir de su promulgación, la actuación del Estado y la relación de éste con los individuos que, en este momento, comienzan a denominarse propiamente ciudadanos⁴. Esta actividad ordenadora propia de la norma constitucional no es susceptible, además, de verificarse en

³ Por ello, K. Stern, por ejemplo, ha podido afirmar, con todo acierto, que "En esta época la Constitución se convierte realmente en Constitución, que organiza el poder del Estado en su conjunto en un orden jurídico fundamental. (...) Desde el punto de vista teórico-constitucional el viejo, equívoco y confuso concepto de constitución en el sentido de institutio, es decir, organización, estado y condición de numerosas instituciones, también del Estado, experimenta una reducción y obtiene un significado específico en el sentido de constitutio, de Ley Fundamental del Estado (*droit constitutif*)". Vid. Klaus STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 194 y 195. Así pues, por constitucionalismo habrá que entender el movimiento que irrumpe en la historia de la mano de los acontecimientos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de fines del siglo XVIII. Cierto es, y habremos de hacer alusión a ello con posterioridad, que existen referencias, muy anteriores a las postrimerías del siglo XVIII, a conceptos como Constitución y constitucionalismo, sin embargo, nos inclinamos por entender que es con las revoluciones norteamericana y francesa de tal fecha que se produce el auténtico cambio cualitativo definitivo en el concepto, que le da su significación plena y actual. Cfr., en este sentido y por todos, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, voz << *costituzionalismo* >> en la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Giuffrè, Milán, 1962, p. 130. En el sentido de la existencia del término constitucionalismo en momentos muy anteriores al surgimiento del Estado Constitucional se expresa, por ejemplo, Carlo GHISALBERTI, "voz << *Costituzione (Premessa storica)* >>", en la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, cit., pp. 133-139.

⁴ Sobre la correcta inteligencia de este término y su evolución en el Derecho Político cfr., por todos, Hermann HELLER, "Ciudadano y burgués" (1932), en el vol. *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 241-256; Rudolf SMEND, "Ciudadano y burgués en el derecho político alemán" (1933), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 247-268. Nótese cómo, en ambos escritos, amén de recogerse muy diversas consideraciones que no hace al caso comentar ahora, se hace alusión ya a la connotación peyorativa que el sustantivo "burgués" ha adquirido en un momento en el que la universalización del derecho de sufragio ha extendido la condición plena de ciudadano a todos los individuos sean de la clase que sean.

actos separados, sino que requiere, como lógica consecuencia de la mentalidad racionalista e ilustrada que anima al movimiento constitucional⁵, su realización de una sola vez⁶. Constitución es, en este sentido, equivalente a código⁷.

⁵ Para lo que hace a las concepciones de la filosofía racionalista y al movimiento ilustrado como corrientes de pensamiento en cierto modo preparatorias del constitucionalismo, aunque no siempre incompatibles con el absolutismo, cfr., por todos, Salvador GINER, *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 1994, 9.ª ed. aumentada y puesta al día, pp. 229-292.

⁶ Es decir, "Se concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos". Vid. Manuel GARCÍA-PELAYO, "Constitución y Derecho Constitucional...", cit., p. 55. Cfr., del mismo autor, *Derecho...* cit., p. 34.

⁷ El ansia de hacer aprehensible el conocimiento -en este caso de las reglas fundamentales de la comunidad política- está detrás de la tarea codificadora. En ocasiones es la Constitución, el código político fundamental, el que impulsa el proceso codificador en las diversas ramas del ordenamiento; otras veces, allí donde la idea de Constitución no llegue a cristalizar hasta bien entrado el siglo XIX -como en Austria, donde existe una *constitutio criminalis* desde 1768, o en Prusia, que promulga su código civil en 1794- los códigos del Derecho ordinario preceden al nacimiento del Estado Constitucional, pero, en ambos casos, la idea es la misma. Cfr., en este sentido, Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones de Derecho Público Constitucional* (1821), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 29. Para R. Salas, en efecto, "Código constitucional, carta constitucional, constitución política, ley fundamental, pacto social, son expresiones que expresan una misma idea". Por esto pudo afirmar Nicolás PÉREZ SERRANO ["Constitucionalismo y codificación" (1953), recogido en el vol. *Escritos de Derecho político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo II, pp. 719-732] que "la Constitución de un Estado, tal como el concepto plasma a partir de la independencia norteamericana y de la Revolución francesa viene a ser también un Código, el Código político, el Código fundamental de una nación (...). Los estímulos son iguales: racionalismo desbordado, ansia de uniformidad, vehemente anhelo de implantar una igualdad jurídica que supere privilegios y arrincone todo régimen de castas dentro de un país" (*loc. ult. cit.*, p. 721). Como tendremos ocasión de comprobar en el curso del presente trabajo, la concreción en una norma -o en un

El concepto racional normativo de Constitución no se agota, sin embargo, en su entendimiento como la norma que ordena la vida política en un acto. En su sentido técnico⁸, la Constitución debe proceder

grupo no excesivamente disperso de normas- de las reglas de la comunidad política es presupuesto necesario para la afirmación de la naturaleza superior de este Derecho que, además de por su reunión en un código, quedará identificado como supremo mediante las fórmulas que constituyen nuestro principal objeto de estudio.

⁸ Por contraposición a lo que sucede con el concepto sociológico, para el que Constitución es, en cualquier caso, la organización de la comunidad política, sin que quepa prejuzgar en modo alguno la orientación concreta que dicha organización adopte en cada momento. Este entendimiento de la Constitución como documento exento de carga valorativa alguna, amén de resultar ficticio desde una comprensión ponderada del movimiento revolucionario liberal-burgués, esconde un considerable peligro. Piénsese que, por conceder carta de naturaleza constitucional a situaciones de distribución del poder político dadas, se excluye cualquier posibilidad de plantearse su legitimidad. No carece, por ello, de importancia el decantarse por un modo concreto de concebir la Constitución, en la medida en que, al posicionarnos en favor del concepto liberal-burgués (racional normativo, técnico o, simplemente, moderno) de Constitución estamos excluyendo regulaciones de la vida del Estado que no cumplan los requisitos materiales de dicho concepto. La minimización de la importancia de la carga política de la Constitución no es, no obstante, exclusiva del concepto sociológico de ésta; también el concepto histórico tradicional de Constitución, al poner el acento en la trascendencia de la evolución de las normas básicas de la comunidad política, entendiéndolas como el resultado del devenir histórico, no excluye que dichas normas puedan coincidir -en un concreto momento- con la orientación axiológica del concepto liberal-burgués, pero niegan absolutamente la posibilidad de establecer tales caracteres en un acto y con pretensiones de durabilidad. Esta actitud a lo que conduce es a la admisión implícita de la legitimidad de cualquier orientación ideológica en la concepción del Estado con tal de que pueda presentarse como el resultado del cambio histórico -expediente que, como se sabe, no resulta difícil de cumplir-, no en vano el concepto histórico-tradicional niega la virtualidad conformadora de la razón, idea en la que, como dijimos, se apoya el concepto moderno de Constitución. Desde estas consideraciones no puede extrañar que -notables excepciones aparte- hayan sido los pensadores políticos más conservadores quienes con mayor ahínco hayan defendido los conceptos sociológico e histórico tradicional de Constitución. Cfr., en relación con todo ello, Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., pp. 41-53. Sobre el concepto histórico tradicional de Constitución, vid. Edmund BURKE, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978. Para una

a la organización de la vida del Estado en una determinada dirección, en el entendimiento de que ha de contener una carga política determinada, debe cumplir unos requisitos, no puramente formales, que conforman el concepto. Ese contenido inexcusable de la Constitución no es otro que el reconocimiento de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno⁹, que, como su propia denominación indica, lo que vienen es a concretar una forma prefijada de articulación de la vida política en el Estado.

Siguiendo esta concepción, la Constitución, que deberá responder al principio democrático, organizará conforme a él las instituciones fundamentales del Estado; consagrará, además, el principio liberal -escindido en dos exigencias que propenden a la consecución del ideal de libertad- y cumplirá, finalmente, el principio de supremacía constitucional. La correcta comprensión de estos tres principios induce a

exposición clara y concisa sobre el concepto sociológico -aunque su autor se encuentre entre esas notables excepciones a que acabamos de aludir-, vid. Ferdinand LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Júcar, Madrid/Gijón/Barcelona, 1978.

⁹ Para todo lo relativo a los principios inspiradores del moderno constitucionalismo, amén de las citas puntuales que se realizarán, cfr., por todos, Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., pp. 66-73; "Supuestos...", cit., pp. 397-409.

considerarlos globalmente, toda vez que, por más que -como veremos- resulte posible su exposición por separado, cobran su auténtica dimensión y su significado más pleno cuando se ponen de manifiesto las íntimas relaciones que los unen y que, a la postre, han determinado la exigencia de todos ellos en cualquier Constitución en sentido estricto.

El primero de tales principios es el principio democrático, en cuya virtud se reconoce al Pueblo, como titular de la soberanía, el derecho a establecer la forma de organizar la comunidad política¹⁰, esto es, el Poder Constituyente¹¹. Así pues la Constitución, en sentido técnico, sólo puede ser la obra del Pueblo. El Pueblo, desde la lógica de la democracia, se da a sí mismo la Constitución¹² y se asegura, en ella, su participación

¹⁰ Principio plasmado en el Preámbulo y el art. 1º Título III, respectivamente, de las primeras Constituciones, en sentido técnico, de la historia, la norteamericana de 17 de septiembre de 1787 y la francesa de 3 de septiembre 1791, aunque, en este último caso, se recogiese -igual que en la precedente Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789- su formulación en tanto que soberanía nacional y no popular, habiendo de esperarse a la Constitución jacobina de 24 de junio de 1793 para la recepción plena del principio de soberanía popular en un Texto Constitucional francés.

¹¹ Para lo que hace a la titularidad del Poder Constituyente, y al anacronismo que -al menos desde las revoluciones de finales del siglo XVIII- supondría conceder dicha titularidad a un sujeto distinto del Pueblo, cfr., Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional. I. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 277-296.

¹² Este modo de entender el ejercicio del Poder Constituyente excluye, como no podía ser de otra manera, las fórmulas de transición -y en cierto modo de

en la toma de decisiones políticas a través de mecanismos diversos, entre los que sobresale el derecho de sufragio¹³.

El concepto racional normativo de Constitución exige, además, que ésta consagre el principio liberal¹⁴ entendido en la formulación que se extrae del art. 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre

transacción- que se conocen como Constituciones otorgadas y pactadas, toda vez que en éstas el Pueblo o no participa en el Poder Constituyente, o comparte con otro sujeto distinto -el monarca- la condición de soberano. Sobre el origen inmediato, exclusión hecha de antecedentes remotos que no interesan ahora, de la idea de la capacidad del Pueblo para darse a sí mismo una Constitución. cfr., por todos, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 24-34.

¹³ En cualquier caso, el principio democrático ha de articular la vida del Estado Constitucional no sólo en su formación, sino también en su desarrollo cotidiano, a través de los mecanismos de participación más diversos. De no hacerlo así, cabría dar la razón a J. J. Rousseau cuando afirmaba que, pese a lo que ellos pudieran creer, los ingleses eran un pueblo esclavizado toda vez que su libertad se limitaba a la facultad de elección de los gobernantes cada cierto tiempo, quedando, entre elección y elección, completamente apartados de la vida política. Cfr., al respecto, Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político* (1762), Tecnos, Madrid, 1992, Lib. III, Cap. XV, p. 94. De hecho, el mismo ginebrino, cuando, forzado por los condicionantes que la realidad impone, llegue a admitir la fórmula de la representación, insistirá en la necesidad de ejercer un control cercano sobre los representantes. Vid., en tal sentido, "Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma" (1771), en el vol. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 83. Para lo que hace a la característica del Estado Constitucional que exige la diaria reafirmación en el principio democrático, evitando su marginación del proceso de toma de decisiones políticas, cfr. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., p. 68. Cfr., en relación a los modos en que la participación democrática en la vida del Estado se plasma de acuerdo con la Constitución española vigente, Manuel RAMÍREZ, *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985.

¹⁴ Cfr. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., pp. 68-70; "Supuestos...", cit., pp. 400-403.

y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789¹⁵, es decir, escindido en dos vertientes: la inclusión de una tabla de derechos de los ciudadanos y el establecimiento de la división de poderes, en cuya virtud el poder político del Estado ha de repartirse entre ostentadores distintos¹⁶. Ambos

¹⁵ El texto de la celeberrima Declaración puede consultarse, por ejemplo, en Christine FAURÉ, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica/Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pp. 11-12, obra que documenta, además, la génesis de dicha Declaración, así como las opiniones vertidas por sus autores en los debates previos a la adopción del texto.

¹⁶ Cfr., para todo lo relativo a la significativa relación entre estas dos manifestaciones del principio liberal, y al *tempo* que preside su adopción, en los Estados Unidos y en Francia, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social...", cit., pp. 118-119, en especial nota 114; Christine FAURÉ, *Las declaraciones...*, cit., pp. 27-29, en cuya opinión el apartamiento temporal entre la Declaración de derechos francesa de 1789 y la Constitución determinaría durante algún tiempo, la duda entre su carácter vinculante o su naturaleza mítica. Cfr., para lo que hace a la génesis y significación de las Declaraciones de derechos de las Constituciones de los Estados americanos y francesas de 1789 y 1793, José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, "Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19 (enero-abril, 1987), pp. 53-73. Interesa señalar que en los Estados Unidos, donde el lapso temporal entre Constitución y tabla de derechos también se produce -aunque en sentido inverso, toda vez que el *Bill of Rights* norteamericano está constituido por las diez primeras enmiendas al Texto, ratificadas en 1791- se logra la total efectividad de los derechos que se declaran, circunstancia que se produce en la medida en que se incorporan al propio Texto Constitucional en forma de artículos adicionales. Sobre este mismo particular vid. *infra* pp. 43 y ss. Interesa señalar, en cualquier caso, que la ausencia de una tabla de derechos ciudadanos fue una de las razones tempranamente aducidas en el proceso de ratificación de la Constitución norteamericana por quienes se oponían a ella. Así sucedió, por ejemplo, en Massachusetts, donde las opiniones en contra de la ratificación cesaron en cuanto se aceptó que, unido al consentimiento del Estado -que finalmente se obtuvo el 6 de febrero de 1788-, se solicitaría la adopción de una declaración de derechos. Vid. una exposición sintética de esta problemática en Ralph MITCHELL, *CQ's Guide to the U.S. Constitution*, Congressional Quarterly Inc., Washington D. C., 1994, pp. 28-29. Cabría, en cualquier caso, explicar dicha ausencia en el supuesto americano justificándola como, siguiendo la terminología propuesta por Antonio LA PERGOLA (cfr. *Residui << contrattualistici >> e struttura federale nell'ordinamento degli*

caracteres están ordenados hacia la consecución de idéntico fin: garantizar que la acción del poder político -incluso cuando éste haya sido establecido y se ejercite democráticamente- no anulará la esfera de libertad de los ciudadanos. De lo que se trata, en definitiva, es de hacer soportable al individuo la existencia misma del Estado. Y no cabe duda, en este sentido, que la sanción de unos derechos inviolables y, como medida de garantía de éstos, la introducción de un mecanismo de división de poderes se presenta como la mejor manera de lograrlo, toda vez que, con ellos, se conjurará

Stati Uniti, Giuffrè, Milán, 1969), "residuo" de la fase confederal. Piénsese que los *Articles of Confederation* -norma sobre la que se cimentaba la unión confederal de los Estados-, en consonancia con la naturaleza del vínculo que suponían y por estar dirigidos al "aparato" estatal más que a los ciudadanos, carecían de declaración de derechos. No comportaba esto, sin embargo, la desprotección del ámbito de libertad individual de los ciudadanos americanos, toda vez que dicha protección venía suficientemente cubierta por las Constituciones estatales. En este contexto es en el que tiene lugar la reunión de la Convención de Filadelfia, en vía de principio, reformar los artículos de la Confederación. Esta circunstancia, unida al hecho de que las Constituciones estatales no perdían aplicabilidad por la simple ratificación del Texto Federal acabará por justificar la ausencia de tabla de derechos en el Texto de Filadelfia, que aparece entonces como un vestigio de la fase confederal. Una explicación de la funcionalidad histórica y la actual de las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones estatales puede verse en Thomas C. MARKS Jr. y John F. COOPER, *State Constitutional Law*, West Publishing Company, St. Paul (Minn.), 1988, pp. 33-50. Sobre la significación de las Declaraciones de Derechos en general, cfr. Felice BATTAGLIA, "Las Declaraciones de derechos", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 175-197.

el peligro de la acumulación de poder político y, al mismo tiempo, del ejercicio abusivo del mismo¹⁷.

¹⁷ No se pierda de vista que, para el liberalismo, el Estado justifica su aparición en la necesidad de garantizar el desarrollo en libertad de la existencia individual. los derechos que son inherentes al hombre como ser natural. La organización estatal asume esta tarea y, por tanto, desde este punto de vista, resultaría un contrasentido que el ejercicio del poder del Estado sirviese para hollar la libertad de los ciudadanos. que quien nace para salvaguardar al individuo -insuficientemente protegido en sus derechos naturales antes del surgimiento de la organización política estatal- utilice torticeramente las facultades que los ciudadanos le han transferido. Cfr. John LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, 1986, 1.^a ed., 6.^a reimpr. En sus *Two Treatises*, el filósofo de Wrington escribe: "Si el hombre es tan libre como hemos explicado en el estado de Naturaleza, si es señor absoluto de su propia persona y de sus bienes (...) ¿por qué razón va a renunciar a esa libertad, a ese poder supremo para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder? La respuesta evidente es que, a pesar de disponer de tales derechos en el estado de Naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres (...) Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes" (*loc. ult. cit.*, pp. 93-94). La traducción al francés de este modo de fundamentar el Estado se proclama en el artículo 2.^o de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor: "El objeto de toda sociedad política es la observación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre". En relación con el pensamiento lockiano como principal referente del liberalismo político, cfr. Georges SABINE, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, 1.^a ed., 10.^a reimpr., pp. 386-398; Salvador GINER, *Historia...* cit., pp. 294-298; Jean-Jacques CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, Il Mulino, Bolonia, 1989, vol. II *L'età moderna*, pp. 243-282; Iain HAMPSHER-MONK, *Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 91-143. Importa señalar, en todo caso, la vertiente esencialmente negativa que caracteriza a esta idea burguesa de libertad. De lo que se trata es de construir el mayor número de barreras que impidan al Estado afectar a la, entonces muy amplia, esfera de libre determinación individual. La acción del Estado es, en este sentido, esencialmente abstencionista, no se trata, al menos no todavía, de que remueva obstáculos, como de que no los construya. Cfr., en relación con todo ello, Wilhelm VON HUMBOLDT, *Los límites a la acción del Estado* (1792), Tecnos, Madrid, 1988, *passim*, pero particularmente, pp. 49-52; Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 39; Rudolf SMEND, "Ciudadano y burgués...", cit., p. 253; Hermann HELLER, "Ciudadano y burgués", cit., *passim*; Javier

Finalmente, para poder afirmar que nos encontramos ante una Constitución en sentido moderno o técnico, deberá ser, además, suprema. Que una Constitución consagre el principio de supremacía constitucional implica su reconocimiento como la norma fundamental del Estado. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el reconocimiento de la supremacía constitucional sitúa al Texto Constitucional en la posición jerárquicamente más elevada del ordenamiento jurídico. La Constitución es, a estos efectos, la *Norma normarum*, en los diversos sentidos de fuente del Derecho¹⁸ y fuente de las fuentes del Derecho¹⁹, ocupando el lugar de vértice de un ordenamiento jurídico con estructura jerárquica piramidal²⁰.

RUIPÉREZ. "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 103-121.

¹⁸ Cfr., en este momento por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma jurídica", en E. García de Enterría y A. Predieri, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas, Madrid, 1984, 2.^a ed., 2.^a reimpr., pp. 95-158; Pablo LUCAS VERDÚ, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo. (La << ideología constitucional >> del Profesor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político/UNED*, n.º 13 (primavera, 1982), pp. 7-52.

¹⁹ Cfr., por todos, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado social...*", cit., pp. 367-385.

²⁰ Cfr., en relación con la conocida imagen de la pirámide del ordenamiento jurídico en cuya cima se encuentra la norma constitucional. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, 15.^a ed., pp. 325-327. No obstante, parece obligado señalar, siquiera sea de pasada, que una visión excesivamente reduccionista -por formalista y simple- de la idea de Constitución como simple norma jurídica encierra tantos peligros como la consideración de la Constitución como mero documento político. Ponderar la intensidad de las afirmaciones en este terreno resulta, por ello, de vital importancia. No se trata, desde luego, de negar que la Constitución sea una norma jurídica, que, por

Dos son las instituciones que ha de incorporar una Constitución a su articulado para que esta última condición, exigida por el

supuesto, lo es, y además la de mayor rango jerárquico de todo el ordenamiento. De lo que se trata es de poner el acento en todos los caracteres que singularizan a la norma constitucional y no exclusivamente en su juridicidad. Cuando -incluso bienintencionadamente- se desprecian los contenidos no propiamente jurídicos de la norma constitucional o, lo que es lo mismo, cuando se pretende abordar el estudio de la Constitución -norma jurídica- exclusivamente desde posicionamientos formalistas se corre el grave riesgo de construir una Teoría de la Constitución, un Derecho Constitucional vacío del contenido que, precisamente, lo singulariza como objeto de estudio. Si, como afirmara R. SMEND ("Constitución y Derecho Constitucional", en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, cit., *passim*, pero, particularmente, pp. 129 y ss), la Constitución es, ante todo, la ordenación jurídica de la dinámica por la que atraviesa la vida del Estado, evidente resulta que será preciso conocer -y que constituye un presupuesto metodológico- el objeto que la Constitución regula. Cuando se desconocen estas elementales premisas, se procede a elaborar una Teoría Constitucional con métodos equiparables a los empleados por cualquier otra rama del ordenamiento en la que no se observan la peculiaridades propias del Derecho Constitucional y, lo que es peor, resulta sencillo extraer consecuencias erradas, no, tal vez por la inexactitud del método empleado, sino por la falta de correspondencia entre método y objeto del saber que se cultiva. No se olvide que fue una Teoría Constitucional formalista la que, a la postre, sirvió a los regímenes totalitarios del primer tercio del presente siglo para destruir la Constitución, con el más escrupuloso respeto del procedimiento. En este trabajo habrá ocasión de detenerse en algún supuesto que ejemplifica la facilidad con que es posible, empleando usos y formas constitucionales, vehicular proyectos autocráticos. Es éste, de cualquier forma, un asunto que desborda con mucho los límites objetivos de este trabajo -y los subjetivos de su autor-, basta, por ello, para nosotros con lo hasta aquí dicho. Cfr., en todo caso, Pablo LUCAS VERDÚ, "El Derecho Constitucional como...", cit.; *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, especialmente, pp. 193-265; "Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 83 (enero-marzo, 1994), pp. 9-28. Alejandro NIETO, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102 (enero-diciembre, 1983), pp. 371-415; Javier RUIPÉREZ, "Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional Democrático", de próxima publicación en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, pp. 10-11, nota 24, del original mecanografiado que manejo por gentileza de su autor.

concepto racional normativo, se cumpla: la rigidez y el control de constitucionalidad. Afirmar que la rigidez y el control de constitucionalidad vertebran el principio de supremacía constitucional es tanto que como decir que si, y sólo si, un Texto Constitucional presenta la nota de la rigidez y a ello se yuxtapone alguna fórmula de control de la constitucionalidad del resto de normas jurídicas, podrá predicarse su carácter supremo. Afirmación ésta que exige, a nuestro juicio, mayor profundización, para lo cual vamos a detenernos, primeramente, en la clarificación de ambos conceptos.

Entendemos que una Constitución tiene carácter rígido²¹

²¹ Sobre este particular es obligada la referencia a James BRYCE en su ya clásico *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (1905). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Cfr., igualmente, el "Estudio Preliminar", obra del Prof. Pablo LUCAS VERDÚ, que antecede al texto del vizconde Bryce, pp. IX-XLII. No se nos oculta, desde luego, que la práctica ha generalizado la forma escrita y rígida para las manifestaciones del Derecho Constitucional de la práctica totalidad de Estados modernos y, más aun, que el prototípico ejemplo de constitucionalismo no escrito y, entonces, por definición, flexible -el del Reino Unido-, presenta tantas o más garantías de subsistencia en algunas de sus instituciones que muchas Constituciones que la Historia ha conocido y en las que los medios arbitrados para asegurar su permanencia devinieron completamente ineficaces para paralizar las acciones de las fuerzas anticonstitucionales. El caso español ofrece, en este sentido, señeros ejemplos y en ellos tendremos ocasión de detenernos en los Capítulos sucesivos de la presente Memoria. Este paradójico efecto se produce, en buena medida, por la ausencia de un sustrato sociológico-político adecuado que sostuviese esas Constituciones y que sí parece haber sostenido al régimen político británico, al menos en sus líneas fundamentales, lo cual, además, no ha impedido, como se sabe, su evolución para adaptarse a los tiempos. A la paradójica debilidad de algún Texto Constitucional rígido, contrastada con la estabilidad del régimen político de

Inglaterra se ha referido, por ejemplo, Carl Joachim FRIEDRICH, vid., en tal sentido, su *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y en América*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, tomo I, pp. 286-289. Pero, lo que ahora nos interesa destacar es la vigencia de la terminología "rígida" para hacer referencia a la Constitución que garantiza, que eleva a la posición de mayor rango jerárquico sus contenidos porque establece un procedimiento para su enmienda revestido de las necesarias precauciones. Con posterioridad a la ya clásica clasificación de Lord Bryce, se ha señalado la conveniencia de, ante la generalización de la técnica de la reforma constitucional, otorgar la condición de rígidos a los Textos Constitucionales en pocas ocasiones modificados, reservando el término flexible para referirse a las Constituciones que han sufrido numerosas modificaciones en pocos años. Cfr., en tal sentido, Kenneth C. WHEARE, *Las Constituciones modernas*, Labor, Barcelona, 1975, 2.^a ed., p. 22. Esta opción terminológica, esté o no justificada -circunstancia en la que no nos es dado entrar ahora-, se refiere, en todo caso, al aspecto dinámico de la reforma constitucional: atañe, entonces, a la consideración de la reforma desde el punto de vista de sus materializaciones prácticas en ordenamientos concretos. Por este motivo, a nuestro juicio, en nada empece el que se siga reconociendo en la rigidez -identificada con la existencia de procedimiento especial de revisión constitucional- el más importante instrumento teórico de garantía de la supremacía constitucional, toda vez que este reconocimiento deriva del concepto, por decirlo de algún modo, estático de rigidez. Piénsese, en cualquier caso, que la sucesión de numerosas reformas constitucionales no conllevan necesariamente el decaimiento en la posición de supremacía del Texto Constitucional. En efecto, pese a que, en opinión de, por ejemplo, Karl LOEWENSTEIN (*Teoría...*, cit., pp. 174-175) o Konrad HESSE ["Concepto y cualidad de la Constitución", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 2.^a ed., pp. 24-26], la sucesión de reformas constitucionales puede provocar una correlativa disminución en la fuerza normativa del Texto Constitucional, no es menos cierto que, en determinadas ocasiones, como los propios autores no dejan de reconocer, estas reformas devienen ineludibles. En cualquier caso, parece asistir la razón a Klaus STERN (*Derecho...*, cit., pp. 327) cuando sostiene que, más que de una cuestión de número, la incidencia de las reformas constitucionales sobre la fuerza de obligar de la Constitución acaba dependiendo de una cuestión de entidad, en el sentido de que las reformas que únicamente supongan la alteración de contenidos no esenciales de la Constitución podrán multiplicarse sin que esto le reste fuerza normativa y, sin embargo, una sola modificación de entidad sí podría hacer tambalearse la idea de estabilidad propia de las Constituciones. Sea de ello lo que sea, debe tenerse presente que, en la medida en que la reforma constitucional se haya llevado a término por los procedimientos constitucionalmente dispuestos, su verificación deparará mayor eficacia, mayor valor normativo al Texto Constitucional enmendado, toda vez que estará en condiciones de regular, de modo efectivo, la vida de la comunidad política. Quede, en todo caso,

cuando su articulado incluye uno o más preceptos destinados a establecer un procedimiento que, desde el momento de promulgación del Texto Constitucional, será el único válido para modificarlo²², siempre que tal procedimiento se distinga, de alguna forma, de aquel que el sistema establece para la modificación de las leyes²³. Rigidez equivale, entonces, a procedimiento de reforma distinto al que es preciso utilizar cuando se

apuntada la posibilidad de entender matizadamente el concepto de rigidez que, pese a todo, nosotros seguimos empleando, en el curso del presente trabajo, en su entendimiento clásico.

²² Cfr., al respecto, Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992. 1.^a ed., reimpr., pp. 115 y ss., en particular, p. 117. Nótese como el Profesor berlinés distinguía entre reformas constitucionales e inconstitucionales de la Constitución, siendo las primeras las que observan el procedimiento establecido en el propio Texto para su revisión formal. En el marco de la Constitución rígida, únicamente se reputarán válidas las reformas constitucionales operadas conforme la propia Constitución establece. Cfr., en el mismo sentido, Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 15; Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 1.173.

²³ Esto es, una Constitución es rígida cuando incorpora a su articulado "la técnica de la reforma, mediante la cual se establece un procedimiento más agravado y difícil para modificar la Constitución que el que se sigue para modificar la ley ordinaria". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 22.

varían las leyes²⁴ que, precisamente porque la Constitución sanciona una cláusula de revisión, pueden denominarse *leyes ordinarias*²⁵.

²⁴ Aunque habremos de volver sobre esta cuestión más adelante, debemos dejar constancia ya en este momento de que lo consustancial al concepto de rigidez constitucional es la posibilidad de distinción formal entre las leyes de reforma del Texto Constitucional y las simples leyes ordinarias, por más que lo realmente conveniente para la estabilidad del sistema político que el Texto establezca sea que tal distinción comporte, además, una cierta agravación procedimental con respecto a lo que sucede con el procedimiento legislativo ordinario. De ahí la afirmación de, por ejemplo, S. M. Cicconetti, conforme al cual, "la rigidità di un testo costituzionale è ricostruibile soltanto nella misura in cui è dato riscontrare in un determinato ordinamento la presenza di *aggravamenti o diversità di procedure* per la revisione della Costituzione". Vid. Stefano Maria CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, CEDAM, Padua, 1972, p. 3 (la cursiva es nuestra). No parece resultar de excesiva importancia -al menos más allá de la pura disquisición teórica- la circunstancia, sobre la que insiste el último autor citado, del momento a partir del cual es predicable la condición de texto rígido de la Norma Constitucional, o, lo que es lo mismo, si el procedimiento de reforma es causa o efecto de la rigidez constitucional. Si, como hace el Profesor italiano, se ha admitido ya la necesidad de concurrencia de un procedimiento de reforma para considerar rígido un texto, carece, a nuestro entender, de utilidad -porque nada añade a la complejidad de la reflexión- considerar que "Da un punto di vista logico e temporale la rigidità di un testo costituzionale deriva dalla scelta in tal senso operata nel momento in cui esso viene formato in sede costituente" (*loc. ult. cit.*, p. 2). Evidente resulta que, tanto el carácter rígido como cualquier otro contenido de la Constitución, son el producto de la voluntad en tal sentido de la Asamblea Constituyente: voluntad que, como sostiene el propio S. M. Cicconetti, resulta inoperativa si no se plasma en la redacción de un procedimiento de reforma constitucional.

²⁵ A juicio del Prof. Manuel ARAGÓN REYES ["Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 50 (marzo-abril, 1986), pp. 9-30], sin embargo, esta identificación -que nosotros acogemos- entre supremacía constitucional y rigidez constitucional no es posible, en la medida en que la primera es, para este autor, "una característica inseparable del concepto de Constitución", "una cualidad *política* de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (...) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales para la perpetuación de la forma política" (p. 23). Rigidez -o supralegalidad- constitucional sería "sólo una cualidad de las Constituciones en las que la supremacía está jurídicamente determinada", esto es, "de las Constituciones que establecen un procedimiento especial para su reforma" (p. 24), aunque no únicamente de éstas, toda vez que -en la reflexión del autor citado- no toda

Esta inteligencia de la rigidez no resulta, sin embargo, del todo pacífica en la doctrina. En ocasiones se ha sostenido que la condición de Texto rígido de una Constitución no se halla en la previsión de un procedimiento para su reforma sino, antes bien, en que se trate de un Texto escrito²⁶. De acuerdo con esta concepción, los procedimientos de reforma

Constitución que carezca de cláusula de reforma debe reputarse flexible, pues "Quizá conviniera (...) ampliar el sentido de la rigidez admitiendo que ésta puede existir no sólo expresa sino también tácitamente. O sea, que Constitución rígida es aquella que (prevea o no un procedimiento especial para su reforma) no puede ser modificada por ley ordinaria" (p. 26). Más adelante habremos de volver sobre la consideración de lo que sucede ante la ausencia total de cláusulas constitucionales de reforma. Quede, en todo caso, puesto de manifiesto que, para el Profesor madrileño, supremacía constitucional es una condición innata en cualquier Constitución, supralegalidad constitucional es la condición que resulta predicable de las Constituciones rígidas, pero rígidas no son solamente las Constituciones que han previsto un procedimiento especial de reforma, sino las que tienen su origen en la posición de suprema jerarquía que ostenta aquel de quien procede, quien da, la Constitución. El problema práctico -cuanto menos- surge a la hora de averiguar qué Constituciones se pueden modificar por leyes ordinarias y cuáles -a pesar de que carezcan de procedimiento de revisión- no; problema que, a nuestro juicio, resultará irresoluble y que determina, a la postre, la libre reformabilidad de las normas constitucionales que carezcan de previsiones sobre el modo de operar su variación futura. Una lectura, no totalmente coincidente con la nuestra, del concepto de supremacía constitucional puede verse en Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 24-26 y 62-63. Cfr., en relación con este problema y las visiones particulares de los autores citados, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social...", cit., pp. 222-228, nota 24, cuyas consideraciones asumimos plenamente.

²⁶ Cfr., en este sentido, Alessandro PACE, "La <<naturale>> rigidità delle costituzione scritte", *Giurisprudenza Costituzionale* (noviembre-diciembre, 1993), pp. 4.085-4.134, por ejemplo, p. 4.100, traducido hoy -recogiendo más referencias bibliográficas- al castellano, junto con otro texto del Prof. J Varela, en A. Pace y J. Varela, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 9-80. De acuerdo con el autor italiano, debe ser descartada "la tesi che la superiorità nei confronti della legge (ergo: rigidità) discenderebbe o dalla esplicita previsione costituzionale di assoluta immutabilità o dalla parimenti esplicita previsione costituzionale di modificabilità secondo un

de las Constituciones no tendrían más valor que el puramente retórico, en la medida en que nada añadirían a la "natural" rigidez que, como Textos escritos, ya ostentarían²⁷. No nos es posible extendernos excesivamente en este particular²⁸. Sí debemos poner de manifiesto, sin embargo, cómo el pensamiento de autores como, por ejemplo, A. Pace tiene su origen en la idea, consustancial al movimiento constitucional²⁹, de que todas las

procedimento speciale o agravato. l'unico criterio giuridico-formale alternativo ai precedenti è sembrato quello di considerare rigida, in via di principio, qualsiasi costituzione, purchè scritta e anorchè nel testo costituzionale non siano previste clausole relative al procedimento speciale di revisione" (p. 4.130. la cursiva es nuestra).

²⁷ Cfr. Alessandro PACE, "La <<naturale>>...", cit., p. 4.130.

²⁸ Para una respuesta debidamente razonada y razonablemente extensa a las tesis de A. Pace que estamos comentando, cfr. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 303-309, nota 109, donde se ponen de manifiesto las perniciosas consecuencias para la conservación del Estado Constitucional que se derivan de un concepto de rigidez vinculado exclusivamente a la condición de documento escrito del Texto Constitucional.

²⁹ La afirmación de una suerte de nota *innata* de supremacía en todo documento de gobierno -idea en la que nos detendremos más adelante en el curso del trabajo-, no pertenecería entonces, tan siquiera, al movimiento constitucional que se inicia a finales del siglo XVIII, sino que hundiría sus raíces en un momento muy anterior a esta fecha. Este deseo de limitación del poder del gobernante -que es lo que subyace a dicha teoría- llegaría a convertirse, como afirmaba Ch. H. McIlwain, en el "rasgo más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo (...) si no la más importante parte de nuestro constitucionalismo (...) la más antigua". Vid. Charles Howard MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 37. Cuando el Estado Constitucional nace y se plasma en la Constitución de los Estados Unidos, el situar a ésta como la *suprema ley del país* era, en efecto, un postulado inexcusable que, como se sabe, se plasma en el artículo VI.2. Sin embargo, el propio A. Hamilton señaló cómo "el funcionamiento constitucional del gobierno proyectado sería exactamente el mismo si estas cláusulas [se refiere a la ya citada y a la sección 8.^a del art. I] se borrarán por completo que si se repetirán en cada artículo". Vid. Alexander HAMILTON,

normas constitucionales se promulgan con una cierta vocación de estabilidad y permanencia. En este sentido, la condición de documento escrito del Texto Constitucional supone la aparición de un instrumento de no desdeñable importancia, toda vez que la escritura aporta la nota de la

James MADISON y John JAY, *El Federalista* (1787-1788), Fondo de Cultura Económica, México, 1987, 1.^a ed. 4.^a reimpr., n.º XXXIII, p. 130. Este es el sentido que, a nuestro juicio, cabe atribuir a la afirmación del Profesor G. Trujillo cuando señala que, aunque "la rigidez sólo es predicable de aquellas Constituciones que establecen un procedimiento especial de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario (...) toda Constitución encierra una pretensión de eficacia condicionante respecto de las normas no constitucionales (...). Sólo que esta pretensión se encuentra técnicamente desasistida -o insuficiente asistida- en las Constituciones flexibles, cosa que no sucede en las rígidas". Vid. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes", en el vol. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1970, p. 17. Una perspectiva similar es la sostenida por J. Varela, en cuya opinión esta supremacía tendencial, vocacional o innata de cualquier documento de gobierno que, de alguna manera, siente las bases de la comunidad política existiría en todo momento desde un punto de vista lógico-jurídico: en el entendimiento de que cualquier ordenamiento jurídico mínimamente desarrollado reconoce un cierto grupo de normas situadas en un plano superior al resto, circunstancia por la cual suelen denominarse constitucionales. Vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale". *Giurisprudenza Costituzionale* (septiembre-octubre, 1994), pp. 3.321-3.322 (recogido hoy en A. Pace y J. Varela, *La rigidez de las Constituciones escritas*, cit. pp. 81-114). Que tal superioridad lógico-jurídica se traduzca en supremacía jurídico-positiva resulta, obviamente, cuestión harto distinta. En definitiva, la supremacía constitucional como tendencia precisa de mecanismos efectivos que la hagan realidad. De lo contrario, se corre el grave riesgo de deparar a la Constitución la misma falta de observancia que a ciertos derechos tenidos por inmutables pero carentes de medios que los rindiesen coercibles. Interesa, finalmente, señalar que la existencia del procedimiento de reforma da el primer paso en esa dirección, al posibilitar la identificación de esa norma jerárquicamente superior a todas las demás que, por esa circunstancia condicionará la validez de aquéllas a la observancia de ésta, cfr., en tal sentido, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 11-12.

demostrabilidad, mecanismo indispensable para sostener la existencia de una norma superior de obligada observancia futura³⁰.

Esta "supremacía vocacional" de cualquier disposición que contenga los fundamentos de orden de la comunidad política no significa, no obstante, a nuestro entender, que sea posible sostener una supremacía efectiva fundada exclusivamente en dicha orientación y en el carácter escrito del documento de gobierno de que se trate³¹. La práctica -como

³⁰ La escritura es, entonces, el *prius* de la rigidez, por esto se ha podido afirmar que "Es connatural a las Constituciones escritas la tendencia a la permanencia porque la codificación y sistematización del derecho constitucional de un país implica un minimum de estabilidad y continuidad, idea que le aproxima a la rigidez. Sólo contemplando el profundo significado que entraña la aparición del constitucionalismo escrito se comprende cómo la formalización, implícita en la manifestación escrita del derecho fundamental, tenía que desembocar en el sistema de la rigidez constitucional". Vid. Pablo LUCAS VERDÚ, "Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional", en el vol. *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1959, tomo II, p. 109. Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 37-41. Para todo lo que hace al significado de la escritura como característica del concepto de Constitución, cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 37-64, pero, de modo particular para lo que aquí interesa, pp. 37-55, donde se pone de manifiesto cómo el elemento escrito, aun siendo anterior al surgimiento del constitucionalismo moderno -y, en este sentido, rígido-, supone ese primer paso en la lucha por la consecución de una norma de la que se pueda predicar su condición de suprema, momento en el que la escritura vendrá a cobrar su pleno significado, al añadirse a la demostrabilidad -obra de la escritura- la estabilidad -consecuencia de la rigidez-.

³¹ En tal sentido, parece que asistía la razón a J. A. C. Grant cuando afirmaba que "La historia ha demostrado que un mero derecho sin el respaldo de la ley no es más que una declaración en el papel". Vid. James Allan Clifford GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963, p. 24.

habrá oportunidad de comprobar en el presente estudio- ha demostrado sobradamente que la permanencia de un Texto Constitucional suele encontrar numerosos obstáculos, incluso allí donde se han previsto mecanismos explícitos para su defensa, obstáculos que se multiplican cuando los baluartes del Texto consisten únicamente en su redacción por escrito y en una vaga y fácilmente salvable elucubración teórica³².

³² La realidad de las cosas viene, como decimos, a confirmar nuestra afirmación. Lo que fácilmente se comprueba si, tomando el ejemplo que propone el propio A. PACE ("La <<naturale>>...", cit., p. 4.092 y ss.), descendemos a la consideración de lo sucedido con el Estatuto Albertino, modificado (léase, violado) en sucesivas ocasiones por simples leyes. Circunstancia que, por otro lado, el propio autor no puede dejar de reconocer (*loc. ult. cit.*, pp. 4.110-4.112), incluso cuando tales contravenciones del Estatuto viniesen, en su opinión, "legitimadas" por una suerte de asentimiento generalizado en su realización o un entendimiento muy amplio del concepto de interpretación evolutiva del Texto de 1848. En este último sentido se pronuncia Jörg LUTHER (*Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Giappichelli editore, Turín, 1990, pp. 169-194), quien llega a sostener que las leyes posteriores al Estatuto que tradicionalmente se han venido considerando como contravenciones del mismo, confirmatorias de su flexibilidad, no eran más que casos de "una semplice interpretazione teleologica ed evolutiva dello statuto", que, a juicio de este último autor, un Tribunal Constitucional moderno consideraría plenamente legítimas salvo en cuestiones marginales: vid. en este sentido, especialmente, pp. 172-173. En relación con el Estatuto escribe G. Del Vecchio que "Lo Statuto del 1848, definito nel suo stesso preambolo <<legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della monarchia>>, non cotemplava, anzi sembrava quasi escludere la possibilità di una qualsiasi sua variazione. Senonché, stabilendo esso un'unica forma per l'esercizio del potere legislativo, rendeva possibile che in essa si facessero rientrare (come di fatto avvenne) tutte le specie di leggi, comprese quelle di carattere costituzionale; onde seguirono, in quella medesima forma, alcune modificazioni dello stesso Statuto". Vid. Giorgio DEL VECCHIO, *Lo Stato moderno e i suoi problemi*, Giappichelli, Turín, 1967, p. 46. Cfr., igualmente, en apoyo de nuestra idea sobre la libre modificabilidad -teórica y efectiva- del Estatuto italiano de 1848, A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, Sirey, París, 1927, 8.ª ed. revisada por Henry NEZARD, tomo I, p. 617; Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 177-178; Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 292; Silvano LABRIOLA, *Storia della Costituzione italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995, pp. 5-6.

Así pues, más allá de la supremacía tendencial o material que resultaría predicable de cualquier documento de gobierno, la exigencia del principio de rigidez parece imponerse como único medio posible de garantizar la objetivización máxima del Derecho Constitucional, su apartamiento del campo que es propio del Derecho ordinario. Este efecto sólo está en condiciones de producirse, como veremos, mediante el establecimiento de un procedimiento especial de revisión constitucional. Parece, sin embargo, oportuno detenerse ya ahora en la consideración de la necesidad -consustancial al concepto de Constitución que venimos manejando- de que tal apartamiento se produzca. En este sentido resulta de extraordinaria utilidad la reflexión dirigida sobre las consecuencias, más que sobre los requisitos, de la introducción de un procedimiento de reforma en el Texto Constitucional³³.

En efecto, la rigidez constitucional provee, desde luego, del medio necesario para cubrir la necesidad de adaptar determinados postulados constitucionales a las variables circunstancias que impone el

³³ Cfr., en relación con ello, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 15-76, en especial, 67-70; Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) n.º 75 (enero-marzo, 1992), pp. 242-243.

paso del tiempo sin menoscabar la continuidad jurídica del Estado³⁴. Pero, ante todo y sobre todo, la reforma constitucional proporciona a la Constitución del Estado el instrumento técnico del que precisa para poder presentarse como la norma jurídica suprema y, porque esto es así, dota a los principios democrático y liberal -presentes en el Texto- de su más eficaz mecanismo de salvaguardia. Por eso la rigidez constitucional -y a su lado, como veremos, el control de constitucionalidad- se erige, fundamentalmente, en instrumento de defensa de la Constitución³⁵. La introducción de un procedimiento especial de revisión constitucional, al diferenciar el mecanismo de modificación de la normativa constitucional separa a ésta de la legislación ordinaria³⁶ y, al requerir un grado mayor de complejidad en el procedimiento en sí, coloca al Derecho

³⁴ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 67-69; Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., pp. 236-239.

³⁵ Lo que sucede es que "*Rigidez y control de constitucionalidad* son (...) las *garantías jurídicas*, los medios jurídicos concretos de defensa, de que la Constitución se dota a sí misma en interés del orden constitucional". Vid. Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia Constitucional y control preventivo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1995, p. 47.

³⁶ No se pierda de vista que, como señaló Lord Bryce, finalmente, la distinción entre una Constitución rígida y un texto flexible gira en torno a "la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta". Vid. James BRYCE, *Constituciones flexibles...*, cit., p. 9.

Constitucional, como señala K. Stern, en la posición de "Derecho de máximo rango positivizado en el Estado"³⁷.

Esta es, en efecto, la más importante de las consecuencias que la rigidez constitucional lleva aparejada³⁸. En la Constitución rígida "se invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: <<*lex posterior derogat legi priori*>>, <<*lex specialis derogat legi generali*>> se verán sustituidas por esta

³⁷ Klaus STERN, *Derecho del Estado...* cit., p. 253.

³⁸ La distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos es, precisamente, la que resulta indispensable para el planteamiento de instituciones de control. Como, en relación con las Leyes Constitucionales francesas de 1875, dejó escrito R. Carré de Malberg, "il serait indispensable d'établir chez nous la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif qui actuellement n'y existe pas, de telle sorte qu'il ne soit plus au pouvoir de la majorité parlementaire ordinaire de modifier les lois constitutionnelles et, par ainsi, se débarrasser des entraves que la Constitution aurait cherché à lui imposer et dans lesquelles l'autorité juridictionnelle essayerait de la maintenir". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Economica, París, sine data (pero 1984), reimpr. de la ed. de 1931, p. 129. Importa en cualquier caso, señalar que la Constitución francesa de 1875 establecía una diferenciación para su reforma con respecto al régimen de producción de la legislación ordinaria. Consistía ésta en la reunión de los dos Cuerpos Legislativos en Asamblea Nacional, trasladándose, además, la sede parlamentaria de París a Versailles -lo que contribuía a acentuar plásticamente la distinción entre el ejercicio del Poder Legislativo ordinario y del poder de reforma- y requiriéndose finalmente el voto conforme con la reforma de la mayoría absoluta de los representantes. Cfr., en relación con esta fórmula de diferenciación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos, A. ESMEIN, *Éléments...*, cit., Tomo II, pp. 539 y ss.; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 232-235, nota 31.

otra: <<*lex superior derogat legi inferiori*>>³⁹. De hecho, "sólo cuando una Constitución es rígida, en los supuestos de conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos de rango inferior, es posible hacer prevalecer (...) el criterio constitucional. Por el contrario, en una Constitución flexible, donde a nivel jurídico formal, por carecer de un procedimiento especial de reforma de la normativa fundamental, la distinción entre Ley Constitucional y Ley Ordinaria no se produce, los conflictos normativos serán siempre conflictos entre disposiciones de igual rango. Hablar entonces de inconstitucionalidad de la ley carece, sencilla y llanamente, de fundamento"⁴⁰.

En consecuencia, "las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales"⁴¹. La rigidez es, entonces, la que otorga a la Constitución, cuanto menos desde un punto de vista teórico, su condición

³⁹ Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit. p. 406. Cfr., también del mismo autor. *La reforma...*, cit., pp. 69-70.

⁴⁰ Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, edición, notas e índice de Antonio DE CABO DE LA VEGA, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, pp. XV-XVI.

⁴¹ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 70.

de norma jurídica suprema⁴², en la medida en que ahora es posible la distinción entre un ámbito propio de la norma constitucional y un campo de la legislación ordinaria⁴³, y la correlativa asignación de facultades en uno y otro terreno. De este modo, y como ya viera C. Mortati⁴⁴, a los poderes constituidos les queda vedado el acceso a la legislación constitucional, campo en el que únicamente se permite la actuación del Poder Constituyente, cuando dicha legislación se establece, y del poder de reforma en lo que toca a su modificación. Por decirlo en palabras del Prof. G. Trujillo, "mediante la diferenciación formal de las normas

⁴² En relación con esta la idea de la rigidez como mecanismo objetivizador y asegurador de las leyes constitucionales afirmaba Ch. H. McIlwain que "todo gobierno constitucional es, por definición, un gobierno limitado. Quizás no estamos de acuerdo en que tales límites deben ser << anteriores >> (...), pero han de ser para todos << fundamentales >>. y ello no sólo porque son básicos, sino porque son inalterables por el procedimiento legal ordinario". Vid. Charles Howard MCLWAIN, *Constitucionalismo...* cit., pp. 36-37.

⁴³ Por ello se ha podido afirmar con indudable acierto que "Es en el marco de las constituciones rígidas donde, al distinguirse perfectamente entre normas constitucionales y normas ordinarias, se consagra definitivamente el principio de supremacía constitucional". Vid. Pedro DE VEGA, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 7 (enero-febrero, 1979), pp. 97-98. Igual en el vol. *Estudios político-constitucionales*, UNAM, México, p. 288, por el que, en lo sucesivo, cito. En el mismo sentido, vid. Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1976, 9.ª ed, reelaborada y puesta al día, tomo II, p. 1.225.

⁴⁴ Lo que sucede es que, por obra de la rigidez, "si conferisce rilievo effettivo alla differenziazione del grado di produzioine normativa esistente fra la costituzione e la legge ordinaria, ossia fra il condizionante ed il condizionato. La presenza di un'apposita istanza di revisione (...) sottrae al grado inferiore ogni possibilità di invadere la competenza del grado superiore". Vid. Costantino MORTATI, *Istituzioni...II.*; cit., p. 1.225.

constitucionales y ordinarias -consecuencia necesaria del establecimiento de un procedimiento especial de revisión- [la rigidez] dota a las primeras de una eficacia condicionante de las segundas, así como de una especial resistencia al cambio (al sustraer al legislador ordinario la competencia para modificar la Constitución)⁴⁵.

Sin embargo, la nota de supremacía de que se reviste a la Constitución mediante la técnica de la reforma no resulta suficiente para asegurar que la condición de norma suprema del Texto Constitucional se cumpla efectivamente. Obvio resulta que, aunque la existencia de un procedimiento de reforma permita distinguir entre Ley Constitucional y leyes ordinarias, esta distinción sólo resultará operativa allí donde, junto al carácter rígido del Texto, se establezca un mecanismo que asegure en la práctica el cumplimiento del principio de supremacía. Ello es así porque, por más que se afirme solemnemente la condición de *Lex Superior* de la Constitución y se la dote, con la adopción de previsiones para su reforma, de un grado adecuado de estabilidad y permanencia, todo esto resultará estéril si no se instituye alguna instancia capacitada para controlar que tales previsiones se respeten en la práctica. Una Constitución que sólo contenga

⁴⁵ Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., p. 12.

la afirmación de su naturaleza rígida como mecanismo jurídico de defensa cumplirá tan sólo parcialmente el postulado de la supremacía -salvo que, como en ocasiones ha sucedido, dicha laguna sea cubierta por una práctica que complete la escasez del Texto Constitucional en este aspecto-. En definitiva, si la rigidez es punto de partida para la garantía de la superioridad de la Constitución, no es menos cierto que, por sí sola, resulta insuficiente para asegurarla y, por eso, "Una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionale non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria"⁴⁶.

Se hace, por tanto, preciso que la rigidez -el primer instrumento de que dispone el Ordenamiento Constitucional para proveer a su defensa- se vea completada con la aparición de un mecanismo complementario de aquélla: el control de constitucionalidad⁴⁷. La

⁴⁶ Hans Kelsen, "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)", en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 199.

⁴⁷ Considerando lo anterior, la aparición del control de constitucionalidad no sólo se presenta ya técnicamente posible, sino, lo que es más, resultaría el corolario lógico de la existencia del procedimiento de reforma. Piénsese que, en la medida en la Constitución rígida exige la observancia de ciertos trámites procedimentales en la emanación del Derecho que la contradiga, el control habrá de aparecer aunque sólo fuese para verificar el cumplimiento de una tal exigencia. Por esto se ha podido afirmar que "Dès qu'il existe une Constitution rigide, le contrôle juridictionnel doit être admis tout naturellement; il est même appelé avec la rigueur d'un syllogisme". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude critique comparative: États-Unis - France)*, Recueil Sirey/Paul Roubaud.

Constitución rígida que cuenta, además, con algún medio de control de la regularidad de la actuación de los poderes constituidos cumplirá, definitivamente, el principio de supremacía y será, entonces, verdadera Constitución. En este sentido, Georg Jellinek⁴⁸, tras constatar que es una

París/Aix-en-Provence, 1928, p. 35. Ese silogismo al que alude el autor francés lo proporciona la introducción del procedimiento de reforma y, desde este punto de vista al menos, la consecuencia que de todo ello se deriva es la reconducción de los vicios de inconstitucionalidad de las leyes a una cuestión de procedimiento. Esta forma de entender la inconstitucionalidad sirve para poner de manifiesto la íntima conexión que liga a los institutos de la rigidez y el control de constitucionalidad, habiendo gozado, además, de cierta fortuna en el momento del nacimiento de la jurisdicción constitucional en Europa. Cfr., en relación con ello, Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (1928), Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1986, pp. 17-20. En cualquier caso, no es menos cierto que, en la medida en que esta inteligencia de la inconstitucionalidad obvia la nada despreciable problemática de los límites a la reforma constitucional, debe ser tomada con cautela.

⁴⁸ Cfr. Georg JELLINEK, *Reforma...*, cit.. Interesa señalar cómo el acierto en el diagnóstico de este jurista germano es anterior, incluso, al que realizó Hans Kelsen. La desprotección en que, en el entendimiento de G. Jellinek, se encontraba la legislación constitucional de los Estados de Europa contrastaba con el respeto a que se veía obligado el Poder Legislativo en los Estados Unidos por obra de la existencia de la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad. En tal tesitura, G. Jellinek optará por la importación del modelo de control que conoce, el norteamericano, con la correlativa atribución de facultades de esta índole en manos de los organismos jurisdiccionales ordinarios. Será, por el contrario, H. Kelsen quien formule una propuesta acabada, al extraer todas las consecuencias del principio de supremacía. No puede perderse de vista, en la medida en que en ello sea susceptible hallar la explicación a este fenómeno, que, aunque partiendo de los mismos presupuestos del formalismo jurídico alemán del siglo XIX, la obra de H. Kelsen se contrapone a la de sus egregios predecesores -C. F. von Gerber, P. Laband, o el propio G. Jellinek- por girar, aunque con método formalista, alrededor del principio democrático, a diferencia de lo que sucedía con aquéllos, cuyas teorías se desarrollaban en torno al principio monárquico. Cfr., en relación con esta circunstancia, Antonio BALDASSARRE, "Constitución y teoría de los valores", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (segundo cuatrimestre, 1994), pp. 22-25 y 27 y ss...". cit., pp. 16 y ss; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social...", cit., pp. 360 y ss. En cualquier caso, la formulación kelseniana, aunque influida, muy

característica de las leyes constitucionales la adopción de garantías para su observancia, afirmaba que "Sólamete donde se dan semejantes formas puede hablarse propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho Constitucional, de las otras"⁴⁹. El control de constitucionalidad deviene así complemento indispensable de la rigidez⁵⁰, presentándose,

probablemente, por la experiencia americana, dibujó, como es sabido, sus perfiles propios. Entre éstos, particularmente, la circunstancia de no residenciar la capacidad de control en la generalidad de los organismos jurisdiccionales ordinarios, proponiendo, en cambio, la creación de una jurisdicción especializada, en un único órgano que ejercería el monopolio de examen de la constitucionalidad y eventual "rechazo" de las normas inconstitucionales (*Verwerfungsmonopol*). Cfr., en relación con esto último y por todos, Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, por ejemplo, pp. 33-34.

⁴⁹ Georg JELLINEK, *Reforma...*, cit., p. 15.

⁵⁰ Porque "de poco serviría la proclamación política del principio de supremacía y el reconocimiento jurídico del concepto de rigidez, sin el establecimiento de los mecanismos sancionadores adecuados capaces de impedir su transgresión". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 40. Sucede, además, que la interpretación judicial evolutiva de la Constitución ha facilitado en algunos ordenamientos la adaptación de fórmulas constitucionales, pensadas para tiempos distintos, a las cambiantes necesidades de la sociedad. Paradigmático resulta, en este como en tantos aspectos, el ejemplo de lo sucedido en Estados Unidos, donde la interpretación de las fórmulas contenidas en la Constitución Federal de 1787 -y, en especial, en el *Bill of Rights* de 1789- ha permitido la pervivencia del Derecho Constitucional y su apertura a las exigencias derivadas de la propia transformación de la Unión. Cfr., en este sentido, por todos, Antonio LA PERGOLA, "El Estado Federal atenuado: descentralización del Estado Unitario y autonomía regional. 2. La técnica de la autonomía y el Estado regional a la luz del Derecho comparado" en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 331-332. La importancia del fenómeno de la mutación constitucional ha supuesto su incorporación a los instrumentos de transformación del Derecho Constitucional, hasta el punto de servir, en cierto modo, como elemento de transformación complementario, e incluso sustitutivo, de la reforma

constitucional. Cfr., en tal sentido, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., p. 29. No significa esto, en modo alguno, que la reforma constitucional, en lo que tiene de mecanismo de transformación, devenga absolutamente inoperante cuando la interpretación judicial de la Constitución se ha extendido considerablemente. Por el contrario, no puede olvidarse que, como con meridiana claridad ha puesto de manifiesto P. De Vega, "la interpretación tiene su límite. Y si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan es entonces cuando la reforma se hace jurídica y políticamente necesaria". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 93. Lo que sucede es que ambas formas de variación de la Constitución (reforma y mutación) tienen funciones diferentes y, señaladamente, alcances bien distintos. Importa señalar, en relación con esto, que tampoco la realidad político-constitucional española es ajena a posicionamientos que, vadeando el recurso a la reforma constitucional, pretenden lograr transformaciones substanciales del orden jurídico-político a través de transformaciones de alcance meramente interpretativo o, en el mejor de los casos, de la modificación de normas de rango infraconstitucional. Particularmente censurables parecen, en este orden de consideraciones, los caminos propuestos para vehiculizar transformaciones de hondo calado en la manera de entender la naturaleza de la descentralización política en el Estado español del presente. Cfr., en relación con esto último, Javier RUIPÉREZ, "*Una cuestión nuclear...*", cit., pp. 31-32. En relación con la funcionalidad de la interpretación como elemento de cambio constitucional, parece oportuno traer a colación ahora las indeseables consecuencias que, para una ponderada comprensión de la función de transformación en el Estado Constitucional, pueden derivarse de la conclusión que, como ya hemos señalado aquí, en ocasiones se extrae de la ausencia de cláusulas constitucionales de reforma. En efecto, ya hemos hecho alusión a las teorías que, a tal ausencia, anudaban la consecuencia de la irreformabilidad de la Constitución. Lo problemático de esta opción se trasluce cuando se repara en la circunstancia de que, con tal razonamiento, la única posibilidad de cambio en la normativa constitucional que queda abierta no es otra que el recurso a la interpretación y, señaladamente a la interpretación judicial o, en países como el nuestro, a la ejercida por los Tribunales Constitucionales. No se trata de negar la posibilidad de que la justicia constitucional actúe como agente de la interpretación de la Constitución, el peligro estriba en considerar que éste es el único camino para la transformación, esto es, que la jurisdicción constitucional ejerce su función en régimen de monopolio. Cfr., en tal sentido, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 302-309, nota 109, cuyas consideraciones han servido de base para esta reflexión. A nadie puede ocultársele que, en un sistema correctamente ordenado, si el cambio constitucional es de trascendencia -y entonces no meramente interpretativo- no corresponde a los jueces, sino al Pueblo, a través del mecanismo formal de revisión constitucional, llevarlo a efecto. Que esto sea así se explica ya no sólo porque la interpretación judicial presente como barrera infranqueable la propia literalidad del Texto que se interpreta, sino, muy

entonces, como el instrumento "que consigue formalizar y hacer inmeditamente operativa la primacía de la Constitución sobre las leyes"⁵¹.

Llevando aun más lejos el razonamiento, y dado que es a través de los mecanismos de control de constitucionalidad que se cumple el principio de supremacía en la práctica, se ha podido afirmar que "La reforma de la Constitución no tiene sentido si no se la complementa con el control de constitucionalidad de la ley, ya que sin éste resulta imposible impedir que el legislador pueda vulnerar la Constitución sin que su acto

particularmente, porque si el cambio es de magnitud, el procedimiento por el que se produzca debe depositarse, ora directamente en manos del Pueblo, ora en las instituciones más permeables a la participación democrática. Entre éstas, quizá no esté de más recordarlo, de ordinario, no puede citarse al Poder Judicial ni, *mutatis mutandis*, a los Tribunales Constitucionales europeos, intérpretes supremos de los Textos Constitucionales en muchos Estados de Europa. Cfr., para lo que hace a la funcionalidad y a las limitaciones de la mutación constitucional, Konrad HESSE, "Concepto...", "La interpretación constitucional" y "Límites a la mutación constitucional", recogidos todos en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., pp. 21-29, pp. 31-54 y pp. 79-104, respectivamente. Debe tenerse presente, en cualquier caso, que los procesos interpretativos de la Constitución no pueden hacer, por más que pueda reputarse deseable el cambio, es monopolizar la función de adaptación de la Constitución, toda vez que esto obligaría a desconocer los propios límites de la mutación constitucional. Y, lo que resulta más problemático aun, permitir la extensión incontrolada de la mutación constitucional dejaría expedito el camino "a situaciones previas a dictaduras más o menos encubiertas". Vid. Javier RUIPÉREZ, "Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 81 (julio-septiembre, 1993), p. 101. En general, sobre la aplicación de la Constitución por los tribunales como complemento de la rigidez constitucional Kenneth C. WHEARE, *Las Constituciones modernas*, cit., pp. 103-104 y 105 y ss.

⁵¹ Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación....*, cit., p. 27.

encuentre sanción alguna"⁵². Afirmación que, por una parte, no desmiente la necesidad, ya resaltada con meridiana claridad por H. Kelsen⁵³, de la existencia de una previa Constitución rígida que rinda posible el planteamiento de la fórmula de control de constitucionalidad⁵⁴. Y, por otra, no se contradice con la consideración de la rigidez constitucional, en sí misma, como garantía de la Constitución. Bien que la funcionalidad de uno y otro institutos garantizadores del orden constitucional sea distinta⁵⁵.

⁵² Javier PÉREZ ROYO, "Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 12 (mayo-agosto, 1992), p. 239.

⁵³ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General...*, cit., pp. 329-331 y 333.

⁵⁴ Como el propio Profesor sevillano nos confirma cuando señala que "La reforma de la Constitución es el *prius* tanto lógico como histórico del control de constitucionalidad de la ley y no al revés (...) Si la Constitución no dispone de un procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario, la Constitución está a disposición del legislador. En consecuencia no existe posibilidad alguna de controlar la ley en relación con la Constitución. La Constitución es una ley más, que no supone límite jurídico alguno para el legislador". Vid. Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 2.ª ed., p. 150.

⁵⁵ El mismo autor últimamente citado viene a confirmar esta afirmación cuando establece que la reforma constitucional se configuraría como la garantía extraordinaria de la Constitución, siendo el control de constitucionalidad su garantía ordinaria. Cfr. Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., p. 38; "Del Derecho Político...", cit., pp. 239-240; Más recientemente, expresa idéntica idea de manera tan gráfica como clara, al afirmar que La reforma de la Constitución es la garantía "<<de los domingos>> o <<de los días de fiesta>>", por entendernos. El control de constitucionalidad es la garantía *ordinaria*, <<de los días de trabajo>> o <<de todos los días>>". Vid. Javier PÉREZ ROYO, *Curso...*, cit., p. 151. Como tendremos oportunidad de señalar más adelante, esos "domingos" de que habla el Prof. J. Pérez Royo en los que la reforma constitucional ha de desplegar todas sus potencialidades garantistas, son esas jornadas en las que el sistema se ve obligado a arbitrar respuestas a situaciones nuevas que vienen a cuestionar la

Pero, si la doble exigencia de una Constitución rígida que cuente, además, con un sistema de control de constitucionalidad parece un requisito de la más elemental lógica jurídica y política para dar cumplimiento al principio de supremacía, por lo que debemos preguntarnos ahora es por la razón de la esencialidad de este principio. Por decirlo de otro modo, ¿cuál es la causa que explica la enorme trascendencia del principio de supremacía constitucional? ¿de qué circunstancia deriva el que un documento de gobierno del que no pueda predicarse su carácter supremo no pueda reputarse, por esto, verdadera Constitución?

La circunstancia que explica la extraordinaria trascendencia de la institución de la reforma constitucional, su íntima relación con el concepto de Constitución, reside en que es solamente a través de la consagración de la rigidez cuando el resto de los postulados constitucionales, y señaladamente los principios democrático y liberal, pueden cumplir su función. Que esto sea así se explica por la consecuencia

funcionalidad de la Constitución. Que se conviertan, de verdad, en jornadas festivas, dependerá del acierto en la puesta en práctica del procedimiento de enmienda. Tanto si éste finalmente se produce, porque entonces habrá que celebrar que la Constitución modificada sigue siendo la norma eficaz que era cuando se promulgó en forma distinta, como si los trámites procedimentales no se pueden cumplir y la reforma no tiene lugar, porque en tal caso habrá que felicitarse por el freno a una modificación pretendida que no contaba con el consentimiento de un número de ciudadanos significativamente mayoritario.

que lleva aparejada la existencia de un procedimiento especial de revisión constitucional⁵⁶: que se opere la distinción entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos⁵⁷, esto es, entre la norma constitucional objetivada y el resto del ordenamiento jurídico y que, al mismo tiempo, se afirme la superioridad del primero con respecto a los segundos. Es, finalmente, ésta la razón que explica que el principio de supremacía resulte esencial al concepto técnico de Constitución. La Constitución que no obliga, la que no puede oponerse como parámetro de validez de las

⁵⁶ La consecuencia a la que nos estamos refiriendo, esto es, la conversión de la Constitución en la norma suprema, mueve a considerar que, dentro de las funciones que tradicionalmente se reconocen a la reforma constitucional, la más importante es aquella que descubre en la reforma una "institución básica de garantía" del orden constitucional. Cfr. en relación con este aspecto, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., por ejemplo, pp. 69-70; Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., pp. 234-236; "Funciones de la reforma constitucional en el moderno Estado Constitucional Democrático", de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*, pp. 38-47 del original mecanografiado que manejo por deferencia de su autor.

⁵⁷ Distinción que, como afirma el Profesor P. De Vega, está en la base de la democracia representativa, la única posible, por cierto, dada "la obligada claudicación de la lógica de la razón del iusnaturalismo pactista ante la lógica de la historia". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 18. Es, entonces, la imposibilidad del ejercicio continuado de la *volonté générale*, la imposibilidad de la identificación perpetua entre gobernantes y gobernados, la renuncia "a la democracia de la identidad como posibilidad histórica (...) lo que hace (...) posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa" (*loc. ult. cit.*, p. 19). En definitiva, como había afirmado Lord Bryce "Las constituciones aparecen cuando algún esquema representativo hace familiar la distinción entre la autoridad del pueblo en sí y la de sus representantes, ya que hasta ese momento no existe un método que se proponga promulgar un tipo de ley superior a la que crea el cuerpo legislativo ordinario". Vid. James BRYCE, *Constituciones flexibles...*, cit., p. 22.

actuaciones de los poderes ordinarios, no es que no sea norma jurídica, es que no es Constitución. Y este es, precisamente, el problema que se presenta en las Constituciones que carecen de procedimiento de reforma. No se trata de negarles la condición de norma jurídica, de ley⁵⁸, que, naturalmente si tenían⁵⁹, sino de que se les está negando la condición de

⁵⁸ Esto es así en el entendimiento de que la ausencia en el articulado constitucional de un procedimiento de revisión que convierta al Texto en rígido se resuelve, en la práctica, con la afirmación de la posibilidad de introducir constantes modificaciones de la materia constitucional mediante el simple expediente de la emanación de una mera ley ordinaria. La naturaleza jurídica de la norma constitucional no quedaba, en tales circunstancias, necesariamente resentida; no se precisaba negar el valor jurídico, el valor de norma de rango legal, del documento de gobierno, bastaba con negar que dicha norma fuese *superior* jerárquicamente a otra norma legal, de idéntico rango por tanto, posterior. Si, por el contrario, se considera que la carencia de procedimiento de reforma produce consecuencias diferentes en el terreno de la posible variabilidad del documento constitucional esta circunstancia no podrá ser admitida. Vid., en relación con otras soluciones que se han propuesto para resolver el problema de los requisitos de modificabilidad de los Textos Constitucionales sin cláusula de reforma, Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 1.^a ed., 4.^a reimpr., p. 107, especialmente nota L (que remite, en la edición que manejo, a las pp. 683-684), en cuya opinión la cuestión se resuelve en favor de la absoluta inmodificabilidad del Texto Constitucional. Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social...*, cit., por ejemplo pp. 17-19 y 105-106; "Consideraciones sobre el Gobierno...", cit., pp. 103-104, para quien el requisito para reformar la Constitución -el pacto social- es el mismo que el exigido para establecerlo, esto es, la unanimidad, idea que tendrá su traducción en la doctrina del paralelismo de las formas. Cfr., para todo lo relativo a las consecuencias de la inexistencia de procedimiento de reforma en un Texto Constitucional, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 81-87; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 302-330.

⁵⁹ Cfr., sin embargo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma...", cit., pp. 97 y ss.; Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., p. 13, quienes, de una u otra suerte, niegan cualquier valor jurídico a la Constitución de este tiempo que permitiera su equiparación a la ley, ni siquiera tratándose de una ley ordinaria.

norma jurídica suprema⁶⁰. De este modo, lo que se hace es relegar a la Constitución, que debía ser norma condicionante, al lugar de norma condicionada por el deseo, de respetarla o no, de los poderes constituidos⁶¹. Téngase presente que, como ha señalado el Prof. P. De Vega, "A fin de cuentas, lo que caracteriza y define jurídicamente a una Constitución, no es su condición de ser una ley, sino la de ser la ley suprema, la *norma normarum* de todo el ordenamiento"⁶². La consideración de la Constitución como simple ley lo que, en definitiva, está traduciendo, no es sino la deficiente afirmación del principio democrático y su sustitución por fórmulas de compromiso entre el constitucionalismo y los principios fundadores del Antiguo Régimen. Esta situación es,

⁶⁰ Cfr. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española...*, cit., pp. XIV-XV. Por su parte el Prof. J. Pérez Royo, en relación con los dos textos de nuestra Historia Constitucional más representativos del liberalismo doctrinario -y, entonces, no por casualidad, del constitucionalismo flexible- afirmará que "La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes que ella misma organizaba, sino que la Constitución eran el Rey y las Cortes, la Constitución estaba permanentemente a disposición de estos dos órganos del Estado, titulares conjuntamente del poder legislativo". Vid. Javier PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, 3.ª ed, p. 28.

⁶¹ E. Laboulaye advirtió con total acierto de cómo esta circunstancia ponía a la Constitución en la Europa del siglo XIX a disposición de aquéllos -los poderes constituidos, y en particular el Parlamento- a quienes, en buena lógica, debiera haber atado. Cfr. Edouard LABOULAYE, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, E. Perié y Compañía Editores, Sevilla, 1869, tomo II, pp. 201 y ss.

⁶² Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española...*, cit., p. XV.

como veremos más adelante, el verdadero caldo de cultivo de la disolución de la supremacía constitucional en la Europa decimonónica.

Por eso, cuando la Constitución se concibe como el documento de gobierno que viene a dar forma jurídica a los presupuestos de un tipo de Estado determinado, fundado sobre los principios democrático y liberal, la necesidad de garantizar las normas esenciales de la comunidad política se presenta como ineludible hasta el punto de constituir un presupuesto de su propio enunciado. Como indica N. Pérez Serrano⁶³, "No es sólo que hayamos de pensar en una Constitución liberal, sino que hemos de imaginarnos una Constitución escrita y rígida, pues en puridad una Constitución flexible, reformable por los órganos ordinarios de la legislación, viene a ser la negación misma de aquel Poder, excepcional y descollante, a que damos nombre de *constituyente* para diferenciarlo así de los *constituidos*, subalternos en cierto modo, ya que dependen de aquél en su nacimiento y en su vida"⁶⁴. Por eso se puede afirmar, con M. García-

⁶³ Cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, "El Poder Constituyente" (1947), en el vol. *Escritos de Derecho Político*, cit., tomo I, pp. 251-316.

⁶⁴ Nicolás PÉREZ SERRANO, "El Poder Constituyente", cit., pp. 262-263.

Pelayo⁶⁵, que es característico del concepto racional normativo de Constitución el que se produzca la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, en la medida en que éstos derivan sus atribuciones del Texto Constitucional y, en consecuencia, no pueden participar en su formación y ulterior reforma⁶⁶.

Cuando se pone el acento en los caracteres de la Constitución moderna y se resalta, por encima de todo, la carga política que subyace al

⁶⁵ Cfr. Manuel GARCÍA-PELAYO. "Constitución y Derecho Constitucional...". cit., pp. 65-66.

⁶⁶ Esta distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos y entre correlativos ámbitos de acción de ambos, que se manifiesta como la más trascendental de las consecuencias que la rigidez constitucional comporta es, como venimos afirmando, la base del principio de supremacía. Y, por más que, como es sabido, la suerte que corrió este principio en el constitucionalismo americano y en el europeo fuese altamente divergente, no debe desconocerse que, cuanto menos en la formulación primigenia de la distinción, sí existió coincidencia entre las dos tradiciones constitucionales. Esta circunstancia es, al menos, la que se pone de manifiesto con la mera lectura de la algún pasaje de la obra de E. Sieyès, por una parte, y las consideraciones de los autores de *El Federalista* -por ejemplo-, por otra. Vid., en tal sentido, Emmanuel-Joseph SIEYÈS, "¿Qué es el Estado llano?" (1788), en el vol. *¿Qué es el estado llano? precedido del Ensayo sobre los privilegios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 104-110; Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º LXXVIII, pp. 331 y ss. Una reflexión sobre la significación política del insigne comentario a la Constitución de los Estados Unidos puede verse Iain HAMPSHER-MONK, *Historia del pensamiento político moderno...*, cit., 233-303. En relación con la noción del Poder Constituyente y su modo de ejercicio en América y en Europa, cfr., por todos, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 27-30; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social...", cit., pp. 203-206 y 230-238.

concepto⁶⁷, la necesidad de mecanismos de garantía del Texto aparece claramente. En efecto, ya hemos dicho que el constitucionalismo moderno se funda sobre el principio democrático del Poder Constituyente del Pueblo -o de la Nación- y del principio liberal. La supremacía de la Constitución garantiza que ambos principios sean respetados, pero la razón por la cual puede predicarse la legitimidad de dicho respeto, esto es, la circunstancia que convierte en admisible -y aun exigible- la declaración de supremacía del Derecho Constitucional no es otra que la afirmación de que éste es la obra del Poder Constituyente. La separación entre la voluntad extraordinaria del Pueblo, objetivada en la Constitución, y la voluntad ordinaria, plasmada en el resto de normas jurídicas a aquélla subordinadas, es un postulado que, como quedó ya señalado, la rigidez hace posible. Pero es que la misma noción de rigidez carecería de sentido si no estuviese fundada en la idea de que la voluntad del Pueblo es soberana y que la soberanía se transforma en la Constitución⁶⁸. Piénsese que, al menos en

⁶⁷ Es decir, cuando, como afirma M. García-Pelayo, "sólo vale como constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal-burgués, aquello que establece una limitación de la actividad del Estado y que de modo racional finalista provee los medios orgánicos adecuados para su realización". Vid. Manuel GARCÍA-PELAYO, "Constitución y Derecho Constitucional...", cit., p. 63.

⁶⁸ De ahí que, en el marco del constitucionalismo de la Europa del siglo XIX, se generalice la flexibilidad de los documentos de gobierno. De lo que se trataba era de no evidenciar las carencias que, a la luz del principio democrático, presentaba el régimen establecido. El deseo por no atribuir la condición de soberano al Pueblo, dejando realmente en manos del monarca -o del monarca y del Parlamento, en el

el marco de un Estado cimentado sobre el principio democrático, no resultaría posible encontrar fundamento alguno de la supremacía constitucional que no trajese causa de la afirmación de que la titularidad del Poder Constituyente corresponde al Pueblo. La supremacía constitucional cobra, entonces, sentido cuando se sostiene que es el Pueblo quien dispone las reglas fundamentales de la comunidad política. Por eso, el principio democrático y el principio de supremacía forman los pilares del moderno Estado Constitucional⁶⁹.

El propio texto de la paradigmática Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sirve para confirmar este razonamiento. Si se repara en los términos en que el Preámbulo está redactado, fácil resulta comprobar cómo la finalidad que la Declaración persigue es que "esté constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, pudiendo en todo instante

mejor de los casos- la decisión última sobre la norma constitucional acabó por determinar la ausencia de cláusulas de reforma constitucional, con las consecuencias que ya hemos apuntado. Cfr., en relación a esta circunstancia, James BRYCE, *Constituciones flexibles...*, cit., pp. 42, 50 y 112; Adolfo POSADA, *La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel espagnol*, Sirey, París, 1932, pp. 70-71; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 327-334.

⁶⁹ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 15.

ser comparados con el objeto de toda institución política, sean mayormente respetados, y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución". Esto es, se declara para fijar los presupuestos de partida del nuevo modelo de Estado que se está definiendo. Y, entre esos 17 artículos que fijan los derechos del hombre, los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente consignarán también -con una fórmula que, tal vez no por casualidad, difiere del enunciado del resto de la Declaración- "El principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación" (art. 3.º). Por tanto, hay que garantizar los presupuestos que constituyen el punto de partida de la comunidad política. Ciertamente es que los Constituyentes franceses, acuciados por el curso y la velocidad de los acontecimientos que se estaban produciendo, sientan esas bases en un documento separado de la Constitución. Ciertamente es, igualmente, que su preocupación ponía más el acento en el tono liberal de la Declaración que en su inspiración democrática, pero esto no impide el que debemos considerar que, en efecto, también en este momento, de lo que se trata es

de "exponer en una declaración solemne" para fijar las reglas mínimas que han de ser respetadas⁷⁰.

El proceso, desde el razonamiento que acabamos de exponer, se simplifica considerablemente y la idea de la supremacía se convierte en una idea plenamente aceptable, incluso escasamente controvertida. Si la Constitución es el documento de gobierno que recoge esos principios esenciales que han inspirado la revolución liberal-burguesa, adoptar mecanismos para su defensa no sólo es comprensible, sino conveniente.

Este razonamiento que vincula principio democrático y supremacía constitucional no resulta, en absoluto, novedoso. De hecho, se encuentra en el origen de la institución de la *judicial review* en los Estados Unidos de América. Por más que existiesen -como veremos más adelante- otras poderosas razones en que fundar el surgimiento de la capacidad de declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución, también es el convencimiento de que la Constitución contiene las reglas principales del

⁷⁰ En este particular, además, y en virtud de la inspiración iusnaturalista que domina la Declaración, las bases que se fijan redundarían también en límites para los contenidos de la Constitución que se estaba elaborando. Estos límites al Poder Constituyente, en la medida en que habían sido impuestos por el mismo sujeto titular de la soberanía -los representantes del Pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional-, deben reputarse plenamente lícitos.

proceso político, que el Pueblo se ha dado a sí mismo, lo que determinará que se permita a los jueces tomar su decisión acatando la suprema voluntad del Pueblo.

El Federalista resume este razonamiento en un pasaje que expresa de manera clara y directa aquello a que nos estamos refiriendo, y cuya celebridad no nos exime, dado lo acertado de la reflexión, de reproducir aquí. Declara Publio, en el n.º LXXVIII, que "No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con el cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben (...) Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces (...) Y si ocurriere que entre las dos [Constitución y ley ordinaria] hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en

otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios"⁷¹.

Este había sido, en puridad, el camino recorrido por los Estados Unidos desde su mismo proceso de independencia. A pesar de que, teniendo en cuenta los estadios anteriores de la Unión norteamericana -es decir, la circunstancia de que la Confederación fuese la reunión de Estados libres e independientes, sujetos del Derecho Internacional y, con anterioridad, la independencia de las colonias diese lugar a la emergencia de Estados nuevos y separados⁷²- pudiera esperarse otra cosa, lo cierto es que, desde la misma Declaración de Independencia, los documentos que representan los momentos más señalados del proceso de formación de los Estados Unidos como Nación coinciden de modo unívoco y, a nuestro

⁷¹ Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º LXXVIII, p. 332.

⁷² Para todo lo relativo a las notas caracterizadoras de la Confederación de Estados -y en particular en su versión histórica norteamericana- y su contraposición con el resto de formas político-estatales, cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: La Unión Europea como forma moderna de Confederación (Una primera aproximación)*". Ponencia presentada al Congreso de Derecho Constitucional "El constitucionalismo en la crisis del Estado social", celebrado en Oñate-Bilbao los días 27 a 29 de marzo de 1995, original mecanografiado que manejo por cortesía del autor, 56 páginas; *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 33-45.

juicio, altamente significativo, en señalar la voluntad popular como el origen inmediato de todas esas determinaciones trascendentales.

En efecto, esto es lo que cabe concluir del modo en que, por ejemplo, está redactada la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776⁷³, en cuyo párrafo final se deja claramente establecido que "los representantes de los Estados Unidos de América" actúan siempre "*en nombre y por la autoridad del buen pueblo de estas Colonias*"⁷⁴. Parece, entonces, fuera de toda duda que, ya desde sus orígenes más remotos como Nación, los Estados Unidos -antes incluso de serlo- afirman la procedencia popular de cualquier acto con trascendencia política. La soberanía, desaparecida la vinculación con la Corona británica, se residencia desde

⁷³ El célebre texto de la "Declaración de los representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso General (Declaración de Independencia)" puede verse, por ejemplo, en Thomas JEFFERSON, "Autobiografía" en el vol. *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 23-30, volumen que incluye, además, los párrafos del original de la Declaración redactada por Th. Jefferson que sufrieron alguna alteración o fueron suprimidos en su versión final.

⁷⁴ Thomas JEFFERSON, "Autobiografía", cit., p. 29 (la cursiva es nuestra). Los términos de la Declaración que hemos resaltado se mantuvieron, además, desde el original de Jefferson hasta la versión final del documento. Varió, en cambio, el sustantivo final: donde Jefferson había escrito "de estos Estados", la Declaración acabó reflejando "de estas Colonias", pero esta modificación, que tal vez resulte de interés para reflexiones que persigan un objeto distinto del nuestro, nada añade o suprime al razonamiento que venimos sosteniendo.

siempre en el Pueblo⁷⁵, y poco importa en esta reflexión el que el Pueblo sea el de las colonias, el de los Estados o el de la Unión⁷⁶. Porque, si

⁷⁵ El proceso ha sido descrito de la siguiente manera: "The Revolution came, and what happened then? Simply this: we cut the cord that tied us to Great Britain, and there was no longer an external sovereign. Our conception now was that < < the people > > took his place: that is to say, our own home population in the several States were now their own sovereign". Vid. James B. THAYER, "The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review* vol. VII n.º 3 (25 de octubre de 1893), p. 131. En el mismo sentido, afirman W. M. Rudolf y Janet L. Rudolf que "When the colonies declared their independence, the King's sovereignty developed upon the people of the United States. (...) The signers of the Declaration truly believed that they represented the people (...) Under the logic of the Declaration, the people, not the states or the national government, became sovereign in the United States". Vid. Wallace M. RUDOLF y Janet L. RUDOLF, "The Limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication", *Nebraska Law Review*, vol. 63 (1984), p. 87

⁷⁶ Esto es, en la inteligencia de los americanos, hay Pueblo, hay ciudadanía, antes incluso de que haya Nación. No en vano el Pueblo es el origen de todo poder. Como afirma George ANASTAPLO (*The Constitution of 1787. A Commentary*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres, 1989), "The Constitution itself assumes that there are already citizens of the United States in 1787, just as the Declaration of Independence and the Articles of Confederation has assumed the existence of American citizens when those great state papers were drafted a decade earlier" (pp. 23-24). La consecuencia de un razonamiento como el expuesto a lo que lleva es a aminorar la importancia, tantas veces exagerada, de la cualificación territorial del Pueblo en la formación de los Estados Unidos, acrecentando, correlativamente, la trascendencia del origen popular del poder, ya se organice éste en pequeñas comunidades de colonos, en Estados o en un Estado Federal. Como afirmó con rotundidad Edward S. CORWIN ["We, the people", en el vol. *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1963, reimpr. de la ed. de 1914, pp. 79-108], lo que sucede es que "in 1787 the terms < < People of the States > > and < < People of the United States > > were not antagonistic terms; that the terms opposed by the men of that day were States and People, or more generally Governments and People; that the political science of the day afforded no intermediate term; that governments were universally regarded as properly the creations of the people governed by them; that the States were regarded as respectively the creations of the people politically organized under them; that the term People meant any designated aggregation of individual endowed with the rights of men under the social compact and especially the right to determine their forms of government; that the Constitution

bien la evolución en el marco de las formas político-estatales por que atraviesan los territorios norteamericanos tiene su traducción en ese campo que le es propio⁷⁷, no es menos cierto que, en relación con el objeto que

was universally recognized as proposing a government over individuals: that though the existing organization of the American people into States was recognized to the extent of a specific provision in the Constitution that it was to go into effect only < <between the States > > ratifying it, as to those States it was to rest upon an act of popular ratification; that the establishment of the Constitution was regarded contemporaneously as representing a fresh manifestation of the inexhaustible, inalienable right of the people to govern themselves" (pp. 98-99).

⁷⁷ Tal vez resulte conveniente poner de manifiesto esas repercusiones a que nos estamos refiriendo, en la medida en que inciden de manera notable en el concepto de Constitución. Con carácter general puede afirmarse que la primera Constitución americana -precedentes en los Estados aparte- es el Texto Federal de 17 de septiembre de 1787. El vínculo jurídico sobre el que cimenta la unión de los 13 Estados (New Hampshire, Massachusetts-Bay, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Pennsylvania, Delaware, Georgia, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Nueva Jersey) desde el 15 de noviembre de 1777 -los *Articles of Confederation and Perpetual Union*- no son, en puridad, una Constitución. Se trata, en este caso, de un documento que vincula a los Estados signatarios a la adopción de determinados procedimientos para resolver cuestiones que afectan a intereses comunes y la creación de instituciones comunes -así el Congreso Confederado-, pero sin que esto suponga la cesación en su condición de Estados libres e independientes, sujetos del Derecho Internacional. Los Estados forman parte de un convenio internacional, un verdadero pacto de Derecho Público al que, si bien no se le niega ni su vocación de estabilidad ni su efecto de creación de una instancia diferenciada de los Estados y dotada asimismo de una cierta subjetividad internacional, tampoco le corresponde la categoría conceptual de Constitución. Los Estados durante el tiempo que la Confederación dura, no pierden su condición de soberanos -o, si se quiere ser más preciso, de Estados con pueblos soberanos distintos-, como los propios Artículos no dejan de recordar en todo momento (así, por ejemplo, el art. II, a cuyo tenor, "Cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia..."). En este contexto hablar de Constitución para referirse a los *Articles* parece exagerado. La Constitución, con todo su rigor técnico, surgirá cuando los miembros de la Convención de Filadelfia -que habían acudido a ella en tanto que representantes del Pueblo de cada uno de los Estados- aprueben un documento de gobierno en tanto que representantes del Pueblo americano. Ese ejercicio del Poder Constituyente del Pueblo de los Estados Unidos es el que funda la nación americana y es en este momento cuando, desde un punto de vista estricto, se puede afirmar la existencia de

a nosotros importa, la circunstancia realmente destacable son los términos en que se redactan los documentos más sobresalientes de la historia americana, que sirven para reflejar la vocación nítidamente democrática de la revolución burguesa en el primer Estado Constitucional. J. Madison lo afirmó claramente cuando, al destacar que la Constitución de la Unión recogía los principios republicanos, señala que "ninguna otra forma sería conciliable con el genio del pueblo americano, con los principios

una Constitución para todos los territorios. Interesa, en todo caso, destacar cómo esta identificación entre ejercicio del Poder Constituyente y acto fundacional del Estado Federal fue escindida en dos etapas diferenciadas por Georg JELLINEK (*Teoría General del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 582) en el entendimiento de que la ratificación de la Constitución aprobada en la Convención de Filadelfia no es más que el reconocimiento, por parte de los Estados, de que se ha producido el "hecho nacional". De cualquier forma, ese *Nationale Tat* del que habla el jurista germano no es equivalente a ningún acto de naturaleza jurídica, es decir, no se equipara al contrato, sino que pertenece al terreno de los hechos. Aunque con traducción jurídica en la Constitución del Estado Federal, no es reconducible al derecho, presentándose como un acontecimiento puramente fáctico. Cfr., en relación con esto último, Antonio LA PERGOLA, *Residui << contrattualistici >>...*, cit., pp. 1-127; "El Estado federal de origen pacticio y los residuos de la Confederación. I. La << irrelevancia >> del proceso formativo en las definiciones comunes del concepto de Estado federal", en el vol. *Los nuevos senderos...*, cit., pp. 193-206. Por lo que se refiere al carácter no-constitucional de los *Articles of Confederation*, cfr., de este último autor, "La Confederación. I. El tipo arcaico: Compact Clause y evolución del sistema constitucional americano: de los << Articles of Confederation >> al Estado federal", en el vol. *Los nuevos senderos...*, cit., pp. 89-109. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado social...", cit., pp. 40-42, en particular nota 18. Para todo lo que hace a la "legitimidad" del proceso formativo de la Constitución de los Estados Unidos, es decir, a la regularidad de la conversión de una Asamblea de reforma de los *Articles* en una verdadera Asamblea Constituyente panorteamericana, cfr. el comentario de primera mano que al respecto hace J. MADISON en Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY. *El Federalista*, cit., n.º XL, pp. 163-169.

fundamentales de la Revolución o *con esa honrosa determinación que anima a todos los partidarios de la libertad a asentar todos nuestros experimentos políticos sobre la base de la capacidad del género humano para gobernarse*"⁷⁸.

Ni que decir tiene que esa misma procedencia popular que ya se halla en la Declaración de Independencia tiene, también, su reflejo en el Texto Federal de 1787, desde su mismo Preámbulo⁷⁹, donde, sin mención tan siquiera a la idea de la representación, es decir en la versión

⁷⁸ Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY. *El Federalista*. cit., n.º XXXIX, p. 158 (cursiva nuestra). Y, más adelante, con la misma contundencia, dice que "Si buscamos un criterio que sirva de norma en los diferentes principios sobre los que se han establecido las distintas formas de gobierno, podemos definir una república, o al menos dar este nombre a un gobierno que deriva todos sus poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo" (*loc.ult.cit.*, p. 159). El mismo J. Madison se había referido ya a esta cuestión en la Convención de Filadelfia (el 31 de agosto de 1787), en relación con la forma en la Constitución habría de ser ratificada: "The people were in fact the fountain of all power, and by resorting to them all difficulties were got over", citado por Edward S. CORWIN, "We, the people", cit., p. 84, nota 3.

⁷⁹ Aunque, como decimos, el protagonismo del Pueblo como origen de todo poder está presente en todo el proceso histórico de formación de los Estados Unidos como Nación, tal vez sea con ocasión de los debates de la Convención de Filadelfia y en los de las posteriores convenciones sobre la ratificación de la Constitución en cada uno de los Estados donde más visible se haga esa primacía del Pueblo que es la clave de bóveda del Estado Constitucional. Cfr., al respecto, el bien documentado comentario de Edward S. CORWIN, "We, the people", cit., *passim*, pero especialmente para lo que hace a las intervenciones más destacadas de los representantes en las citadas convenciones, pp. 85-93. Estas alocuciones se produjeron en buena medida como contestación a aquellos que proponían una fórmula similar a la que presidiera los *Articles* -que, como sabemos, incluía una mención a los Estados- para encabezar el Texto de 1787.

más pura de la soberanía ejercida de acuerdo con el principio democrático, queda rotundamente sentado quién fija las normas que han de disciplinar la vida política del Estado que se funda: "Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos (...) estatuímos y sancionamos esta Constitución"⁸⁰. Este es el primero y fundamental principio de la forma de gobierno que se inaugura: "The main thrust of the Constitution is that the people have delegated powers to agents called representatives who must rule for the benefit of the people (...) Accordingly, the functions of government are limited to that end"⁸¹. Así pues, la procedencia del poder es popular, la finalidad del poder es el provecho del Pueblo.

Esta apelación al Pueblo como origen de todos los poderes que la Constitución establece, ya de por sí suficientemente explícita, tiene además su correlato en lo que se ha considerado como la prolongación

⁸⁰ Según reza el Preámbulo de la Constitución norteamericana. El Texto Federal norteamericano puede verse, por ejemplo, en José Luis CASCAJO CASTRO y Manuel B. GARCÍA ÁLVAREZ (eds.), *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 17-41 o en Miguel Ángel APARICIO PÉREZ (dir.), *Textos Constitucionales*, EUB, Barcelona, 1995, pp. 11-31, teniendo siempre presente que el 7 de mayo de 1992 fue ratificada la enmienda XXVII -sobre variaciones de los emolumentos de senadores y representantes-, que no se recoge en ninguno de los dos volúmenes citados, en el primero por razones obvias, teniendo en cuenta la fecha de publicación, y en el segundo por otras, que desconozco.

⁸¹ Wallace M. RUDOLF y Janet L. RUDOLF, "The Limits...", cit., p. 88. vid. también p. 87.

natural de la labor constituyente americana, las diez primeras enmiendas al Texto Constitucional que componen su tabla de derechos o *Bill of Rights*⁸². Las enmiendas novena y décima, en concreto, "devuelven" al Pueblo el poder que, en su condición de soberano, le corresponde. Esto es lo que parece poder inferirse de su texto cuando, tras enumerar una serie de derechos en los ocho artículos precedentes, el noveno afirma que no se trata de una lista que implique *numerus clausus*, reconociendo que el Pueblo puede retener otros⁸³. Por su parte, la última enmienda de las que componen el *Bill of Rights*, afirma que los poderes que no atribuye la Constitución a la Unión y no prohíbe a los Estados, quedan reservados a éstos o al Pueblo⁸⁴.

⁸² En relación al entendimiento del Texto Constitucional de 1787 más las diez enmiendas aprobadas por el Congreso en 1789 -y ratificadas definitivamente en 1791- (*Bill of Rights*) como una unidad, separable del resto de enmiendas posteriores, que vendría a conformar la Constitución original de los Estados Unidos. cfr. George ANASTAPLO. *The Constitution....* cit., p. 24.

⁸³ El tenor literal de la novena enmienda es el siguiente: "Por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos no ha de entenderse que niega o limita otros *que retiene el pueblo*" (la cursiva es nuestra). Vid. Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, *Textos....* cit., p. 24.

⁸⁴ Esta suerte de cláusulas de cierre contenidas en las dos enmiendas aludidas, suponen "among other things, that ultimate mastery by the people is affirmed not only in the opening words of <<the original Constitutional arrangement>> (...) but also in its closing words (...) with which the Tenth Amendment, and hence the Bill of Rights, ends". Vid. George ANASTAPLO. *The Constitution....* cit., p. 24.

Con este sustrato teórico que acabamos de exponer será posible que, transcurrido no demasiado tiempo, el control judicial de la constitucionalidad de la legislación federal⁸⁵ se imponga por la vía de hecho. Imposición ésta que se hará soportable, única y exclusivamente, porque va unida de manera inseparable a la idea de soberanía del Pueblo. Otras posibles fundamentaciones de la necesidad del ejercicio de un control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, la que encuentra la razón del control en la preservación de la división de poderes que la Constitución establece, sin negarles un cierto valor, desmerecen considerablemente cuando se comparan con la contundencia lógica de una teoría de la supremacía constitucional extraída de la propia voluntad suprema del Pueblo.

La razón del éxito de la invocación del principio democrático como germen de la supremacía constitucional radica, en última instancia,

⁸⁵ Aunque habremos de detenemos en ello más adelante, tal vez sea conveniente poner ya ahora de manifiesto que, en efecto, el gran logro de la capital sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso "Marbury v. Madison" no fue sino afirmar el carácter fiscalizable de la legislación de la Unión, toda vez que la práctica de la *judicial review* en los Estados ya había conocido alguna materialización práctica en el pasado. En relación con ello, vid., en este momento por todos, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994., pp. 124-128.

en la "modernidad" del razonamiento, entendiendo, ahora, por moderno aquello que se corresponde con el momento en que el Estado Constitucional, y la Constitución racional normativa, hacen su aparición. En efecto, como veremos al tratar de algunas fórmulas de control que antecedieron al control de constitucionalidad propiamente dicho, la apelación a raíces distintas del principio democrático como fundamento de las instituciones de control y, de manera singular, la apelación a la separación de poderes como causa de la imposición de la idea de supremacía constitucional, adolece, precisamente, de esa nota de modernidad a que nos estamos refiriendo⁸⁶.

⁸⁶ No quiere con esto decirse que sólo para relatar lo acontecido con anterioridad al surgimiento del Estado Constitucional se haya conectado la separación de poderes con la afirmación de una Constitución como ley suprema, sino que esta explicación resulta apropiada -o al menos más apropiada-, a nuestro modo de ver, con referencia a esas formulaciones previas al moderno constitucionalismo. Pero esto no excluye, desde luego, el que algunos autores hayan continuado haciendo hincapié en esta faceta del principio liberal para explicar o justificar, según los casos, el surgimiento de fórmulas de control de constitucionalidad. El problema no reside tanto en la exactitud o inexactitud de la apelación al principio de división de poderes como origen de las instituciones de control, cuanto en las consecuencias que dicha apelación puede deparar. Esto es, como tendremos ocasión de reflejar más adelante en la presente Memoria, el *quid* de la cuestión estriba en lo insatisfactoria que puede llegar a resultar esta teoría que disminuye o silencia la importancia del principio democrático y que, por ello, no dudará en oponer una supremacía constitucional imperfectamente sustentada contra una medida legislativa popularmente reclamada. No se puede perder de vista en el curso de las reflexiones sobre los límites a la acción de los poderes constituidos, en especial al Poder Legislativo, que lo que se trata de conseguir, que el fin que se persigue, es la supremacía de la Constitución, que, bien entendida al menos, es tanto como decir la supremacía del Pueblo. El *Government by law*, en definitiva, hacía referencia al *Government by the People* no al *Government by judges*. En ocasiones, sin embargo, la insistencia en el principio

Piénsese, en todo caso, que también la existencia de una división de poderes adquiere unas notas particulares en el Estado Constitucional que las aparta de los fundamentos de las teorías sobre la existencia de un poder público dividido formuladas con anterioridad. En efecto, ya hemos señalado cómo el surgimiento de la división de poderes en el constitucionalismo moderno se acepta en tanto que garantía de la subsistencia de la libertad del individuo. Pero este razonamiento adquiere nueva dimensión a la luz del principio democrático -el auténtico ausente en las formulaciones preconstitucionales de la división de poderes-, toda vez

liberal como origen de las facultades judiciales de revisión de la constitucionalidad de las leyes y de la acción del ejecutivo, al tenerse por un principio menos importante que el democrático, permite la adopción de la solución que, en el presente trabajo consideramos la correcta. Eso es, a nuestro juicio, lo que sucede con la visión de Charles Grove HAINES [*A Government of laws or a Government of Men. Judicial or Legislative Supremacy*, University of California Printing Office, Los Angeles (Cal.), 1929], quien, habiendo concedido una importancia extraordinaria al principio liberal en el origen de la *judicial review*, no dudará en afirmar la superioridad del principio democrático para solucionar los problemas que la existencia de límites a la acción del poder público plantea -asunto al que tendremos ocasión de referirnos más adelante en esta Memoria-. Esta orientación permite a Ch. G. Haines concluir su trabajo señalando que "Constitutional provisions and veneration for law should not obstruct present and future generations from resolutely molding their governments to meet their needs (...) it is evident that some of the limits surrounding the exercise of public powers should be removed in order that we may approach the ideal of a government by the people as conceived by Jefferson, by Lincoln, and by Roosevelt" (*loc. ult. cit.*, pp. 37-38). Otra cosa será, como veremos, que la evolución de la problemática haya llegado a determinar que es el Poder Judicial o un órgano con estructura jurisdiccional, según los casos, el idóneo para canalizar la supremacía de la Constitución, pero, de cualquier modo, ese no es más que el medio arbitrado para colocar al Pueblo en la posición de predominio del sistema y no un fin en sí mismo.

que ahora, la división de poderes es una técnica dispuesta por el Poder Constituyente (democrático) para ordenar la repartición de funciones entre los poderes constituidos, y esta escisión es únicamente posible desde la previa aceptación de los postulados de la democracia representativa⁸⁷. Pero es que, además, cuando el principio democrático no informa el reparto de poderes, éste pierde toda su operatividad. Repárese, para confirmar esta afirmación, en lo sucedido con las Constituciones de la etapa del liberalismo doctrinario europeo⁸⁸. La falsificación del principio democrático, característica de este período de Historia de Europa, acabará suponiendo la concentración de todo el poder político en manos de unos

⁸⁷ Ya se ha hecho referencia aquí a la imposibilidad, consustancial a los razonamientos rousseauianos sobre la democracia de la identidad, de efectuar la división entre autoridad suprema del Pueblo y autoridades constituidas y a que dicha distinción se hizo factible únicamente a partir de la asunción, obligada por las circunstancias que la realidad impone, de la idea de la representación política. Desde esta perspectiva, la noción de Poder Constituyente tiene antes su origen en Montesquieu que en Rousseau. Cfr., en relación con esto, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...* cit., pp. 1.148 y ss.; Georg JELLINEK, *Teoría...* cit., p. 388; Pedro DE VEGA, *La reforma...* cit., pp. 25-26. Este mismo significado es el que cabe atribuir a la afirmación de J. Barthélemy y P. Duez en el sentido de que la supremacía de la Constitución, de la que sólo es posible hablar en el marco de regímenes democráticos, es, además, únicamente operativa en sistemas de "democratie organisée". Vid. Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, Librairie Dalloz, 1933, nueva edición enteramente refundida, p. 183.

⁸⁸ Una caracterización general de este movimiento, cuya comprensión proporciona, a nuestro entender, las claves de las diferentes etapas por las que ha atravesado el constitucionalismo europeo continental puede verse en la ya clásica obra de Luis Díez DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 4.^a ed.

mismos detentadores, como confirmación evidente de que todo poder no democrático tiende a concentrar los más amplios resortes de acción que le resulte posible. A este efecto contribuye la confusión, a la que ya se ha hecho referencia aquí y sobre la que tendremos ocasión de volver más adelante, entre todos los Poderes del Estado, pero ya no sólo de un poder constituido en detrimento del resto, sino también, y con mucha mayor trascendencia si cabe, entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos⁸⁹, circunstancia que, a la postre, niega todos los principios sobre los que se cimenta el constitucionalismo.

Por esto es por lo que, a nuestro juicio, resulta posible calificar a las teorías que fundan el control en una división de poderes desconectada del principio democrático como formulaciones antiguas⁹⁰ y,

⁸⁹ Un efecto que favorece sobremanera los intereses del monarca, a cuya disposición -con o sin el concurso del Parlamento- queda la Constitución. Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 1.213, nota 130, donde se recogen la opiniones de dos doctrinarios, Thiers y Guizot, en relación con esta circunstancia: Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 326 y ss.

⁹⁰ Puede citarse, sin embargo, al menos una formulación teórica sobre la división de poderes que, por el tiempo en que vio la luz, no dudaríamos en calificar de antigua, y que, no obstante, no contiene ese déficit de democraticidad que caracteriza a las teorizaciones antiguas -en sentido lógico y no cronológico- de la división de poderes. Nos estamos refiriendo a la obra de Marsilio de PADUA, *El defensor de la Paz* (1324), Tecnos, Madrid, 1989. En efecto, como tendremos ocasión de referir más adelante, el autor citado procede a la desmitificación de la figura del monarca, la proclamación de la soberanía del Pueblo y la correlativa supremacía del Derecho de origen popular. Bajo estos postulados, Marsilio elabora

por ende, con una conexión lógica con el Estado Constitucional muy diluida. Esas teorizaciones "antiguas" -que no verdaderos precedentes- de las modernas instituciones de control, porque no pueden atender al principio de que todo poder que emana del pueblo es un poder limitado por el propio pueblo, se refieren, en numerosas ocasiones, a la comprobación empírica de la actividad de los órganos estatales, de donde extraen la necesidad de establecer fórmulas que coordinen la actuación de éstos.

No quiere con esto decirse, desde luego, que la invocación de la división de poderes como causa de la necesidad del control desaparezca en cuanto los postulados del Estado Constitucional se ponen en práctica⁹¹. No en vano la división de poderes es, como ya se ha señalado, un

una teoría sobre la división de poderes en la que el Pueblo es el legislador y el monarca ejecuta sus designios, contenidos en la ley, como su servidor. Sobre la división de poderes en Marsilio de Padua, cfr. Gaetano MOSCA, *Historia de las doctrinas políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, pp. 72-75, pero especialmente ésta última, en cuya opinión haber formulado este principio constituye el mayor mérito de la obra del escritor paduano.

⁹¹ Esto es, lo que sucede es que la división de poderes no es, al menos no es ya, el origen inmediato del surgimiento de las instituciones de control y, en cualquier caso, no es el parámetro con el que dirimir las controversias constitucionales, la regla de decisión es lo que la Constitución dice -o lo que implica lo que dice-, y no un concreto modo de entender la división de poderes. Vid., en relación con esto último, por todos, Philip B. KURLAND, "The rise and fall of the << doctrine >> of separation of powers", *Michigan Law Review*, vol. 85 (diciembre, 1986), pp. 592-613, por ejemplo, p. 602.

contenido inexcusable del concepto estricto de Constitución. Pero esto último no empece en absoluto, a nuestro juicio, el que el argumento verdaderamente sólido, la razón auténticamente defendible, tanto en los orígenes del Estado Constitucional como en la actualidad, de la existencia de instituciones que controlen la actuación de los poderes constituidos -y, en particular, de los representantes del Pueblo reunidos en el Parlamento- se halle en la posición cualitativamente superior del Pueblo que ejerce el Poder Constituyente, respecto de todos los poderes constituidos. La defensa de esa voluntad superior del Pueblo que crea la Constitución es, entonces, el origen auténtico de la existencia de controles de constitucionalidad. La Constitución es defendida por lo que tiene de reflejo de la voluntad del Poder Constituyente. El Texto Constitucional se protege, ante todo y sobre todo, porque es el documento que contiene los límites a la acción del gobernante. Quien estableció la Constitución, el Pueblo, es el poderdante, los poderes constituidos son los mandatarios⁹².

⁹² Ya hemos tenido ocasión de reflejar los términos en que están redactadas las que tal vez sean las páginas que, con mayor fuerza, sirvieron de fundamento al surgimiento de la facultad de *judicial review* en la experiencia constitucional norteamericana, el artículo dedicado por Publio al Departamento judicial. Lo que nos interesa recalcar en este momento es que tal razonamiento es válido en la medida en que el parámetro de la acción de los poderes constituidos ha sido redactado por el Pueblo. El propio A. Hamilton confirma esta interpretación cuando niega que la atribución de la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes a los jueces esté fundada en una pretendida superioridad del Poder Judicial. Así, después de afirmar la necesidad de la existencia del control -razonamiento en el que

Sea de ello lo que sea, lo cierto es que el razonamiento tendente a justificar la necesidad de la supremacía constitucional resulta sumamente útil. En especial si se repara en la circunstancia de que una supremacía constitucional no suficientemente fundada, podría deparar resultados materiales altamente insatisfactorios. Es decir, la colocación *super nos* de ciertas reglas humanas redactadas en el pasado y la pretensión de regir los destinos de nuestra comunidad política, actual y futura, conforme a dichas determinaciones puede mostrarse, si no se la dota del fundamento racional suficiente, como la más radical de las injusticias. Si se carece de un sólido argumento en el que apoyarse para defender el principio de supremacía constitucional, las consecuencias de su aplicación aparecerán como la sentencia del juzgador irracional y arbitrario, como el peor enemigo de la libertad del Pueblo.

En la invocación al principio democrático como base de la supremacía constitucional se halla, sin duda, el mejor de los argumentos en que fundar la prohibición de contravenir los postulados constitucionales.

ya está presente, como vimos, la soberanía popular como justificación-, llama nuevamente la atención sobre idéntico principio, al señalar que "Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos". Vid Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º LXXVIII, p. 332.

Sin embargo, no ha sido éste el único motivo aducido en favor de la supremacía constitucional. El problema adquiere tonos más agudos allí donde, porque el Texto Constitucional ha alcanzado ya una vigencia prolongada, la voluntad del Constituyente parece diluirse en el tiempo hasta reaparecer para impedir la adopción de una medida del presente que podría ir en contra de lo recogido en la Constitución. Esto es lo que ocurre, con una cierta frecuencia, en el debate constitucional norteamericano. En los Estados Unidos, porque la objetivización de su Derecho Constitucional -enmiendas aparte- se produce en el final del siglo XVIII, la polémica de la aplicación del principio de supremacía resulta mucho más rica en argumentos que el razonamiento europeo.

Modernamente se ha defendido la idea de que la rigidez de la Constitución -y, con ella, la supremacía constitucional a la que el control de constitucionalidad sirve de vehículo de afirmación práctica- tiene la finalidad de conservar las determinaciones más elevadas a que la sociedad ha llegado en un determinado momento, en el que se produce la aprobación del Texto Constitucional. Así, por ejemplo, a juicio de Sotirios A. Barber⁹³, la supremacía de la Constitución norteamericana defendería los

⁹³ Cfr. Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado de la Constitución de los EE. UU.*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 64 y ss.

valores más sobresalientes de aquella sociedad frente a las determinaciones de momentos menos brillantes. "Las naciones [dirá] tienen momentos mejores o peores exactamente igual que los individuos y que los mejores momentos, aunque menos frecuentes, son los de mayor autoridad. Porque tenemos una conciencia de todo esto, tratamos de reforzar lo mejor de nosotros con constituciones que restringen lo peor que también nos pertenece"⁹⁴.

No es este, sin duda, un razonamiento tan sólidamente fundamentado como el que vincula la idea de supremacía de la Constitución al dogma de la soberanía popular. Pero, amén de su valor filosófico intrínseco, sirve para poner de manifiesto cómo, pese al largo tiempo transcurrido desde el inicio de los debates americanos sobre la pertinencia del establecimiento de límites a la libre conformación de la voluntad de las asambleas representativas, la necesidad de exponer las bases sobre las que tan extraordinaria limitación se cimenta no ha desaparecido. Argumentos originales como el expuesto, o reafirmaciones en los argumentos tradicionales, ven la luz periódicamente, tanto en formulaciones puramente

⁹⁴ Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado...*, cit., pp. 66-67.

académicas y políticas, como en el marco de un debate social mucho más amplio y, por esto, generalmente, también mucho más rico⁹⁵.

Resulta, entonces, justificado mantener la necesidad de conservar la integridad de la Constitución como único medio posible de salvaguardar la voluntad del Pueblo que, conforme a los presupuestos del Estado que la misma Constitución inaugura, ésta representa. Hay, no obstante, un razonamiento estrechamente relacionado con lo anterior que viene igualmente a dar cobertura teórica a la posibilidad de articulación de controles de regularidad constitucional de los actos de los poderes

⁹⁵ Por más que no pueda generalizarse la dimensión de un caso concreto, sí creemos que una buena prueba de la periódica actualidad del problema de la supremacía constitucional -y la consiguiente afirmación de la capacidad judicial para ejercer el control, aspectos que en América discurren indisolublemente unidos- la constituye la repercusión social de la propuesta de nombramiento de John Bork como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la pasada década. Aunque el punto de partida de aquel debate fuese la catadura profesional -y personal- del candidato propuesto por el entonces Presidente Ronald Reagan, lo cierto es que los términos de la discusión alcanzaron también a la función misma de la institución para la que se le promocionaba e, inevitablemente, esto incluía, por encima de todo, la concepción de quienes debatieron sobre la naturaleza y los límites de la *judicial review of legislation*. Cfr., al respecto, Ronald DWORKIN, "Bork's Jurisprudence". *The University of Chicago Law Review*, vol. 57 (1990), pp. 657-677; Anthony LEWIS, "Preserving the System: The Role of Judges". *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 14 (otoño, 1986), pp. 1-19. En general sobre esta controversia, vid. la exposición de Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989 y la Tesis de Licenciatura de Javier DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid/Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

constituidos. Nos estamos refiriendo a la inserción, en toda Constitución moderna, de los preceptos relativos a su propia reforma.

Ya se ha indicado cómo la existencia de estas disposiciones que establecen un procedimiento de revisión constitucional diferenciado con respecto al procedimiento legislativo ordinario son las que rinden posible el planteamiento de mecanismos de control de constitucionalidad. Dichos mecanismos, según también se ha señalado, vendrían a asegurar en el terreno práctico la condición suprema que de la Constitución es teóricamente predicable merced a la existencia del procedimiento de reforma. No se trata ahora de insistir más en esta cuestión. Lo que nos interesa poner de relieve, en este momento, es otro argumento que, en favor de la legitimidad de la supremacía constitucional, resulta posible extraer de la existencia de cláusulas de reforma constitucional.

El razonamiento vendría presidido por la siguiente reflexión: la afirmación del carácter supremo de la norma constitucional junto con la existencia de alguna fórmula de control de constitucionalidad pueden -deben, incluso, si el sistema funciona correctamente- hacer impracticable la adopción de medidas por los poderes constituidos que, por más que

respondan a una voluntad mayoritaria del Pueblo en el momento en que van a ser puestas en práctica, no respetan la voluntad "codificada" del Pueblo, que figura en la Constitución. La apelación al principio democrático resuelve, en la mayoría de los casos, los problemas de legitimidad democrática de la declaración de inconstitucionalidad que se produce en ese contexto. No resulta, sin embargo, inimaginable que el interés constitucional -entendido ahora como el interés en el mantenimiento de la vigencia de la Constitución en el punto contradicho por la medida- y el interés mayoritario del Pueblo en la adopción de la medida inconstitucional lleven, en algunas ocasiones, el conflicto a un terreno en el que la simple invocación de la voluntad Constituyente no zanje satisfactoriamente la controversia. El conflicto así planteado pone al sistema en la disyuntiva de violar la Constitución o impedir que el principio democrático informe la vida del Estado Constitucional ya constituido⁹⁶.

⁹⁶ No resulta posible detenerse ahora en este asunto, pero sí conviene dejar apuntado que la "violencia" -en sentido puramente político- de un conflicto de intereses así planteado se acentúa si se tiene en cuenta que, por lo general, la institución que actúa como portavoz de la voluntad del Constituyente se encuentra en graves dificultades estructurales para presentarse a sí misma como la depositaria del principio democrático, aunque, de hecho, sea la institución más cercana, por decirlo así, a la Constitución. Ya nos situemos en el marco del sistema estadounidense, ya en el contexto de los Tribunales Constitucionales del sistema europeo, donde la circunstancia se percibe con mayor claridad, lo cierto es que a quienes se confía la última decisión, los jueces de la constitucionalidad, mantienen una relación muy indirecta con la voluntad popular. Si esto no constituye un problema en situaciones de normalidad, todo lo contrario acontece cuando el sistema se enfrenta a un hipotético conflicto como el que estamos planteando. La reflexión

La centralidad de la rigidez constitucional⁹⁷ se revela también

que entonces se realiza es siempre la misma: ¿por qué nueve, doce, quince... juristas interpretan mejor la voluntad del Pueblo, plasmada en la Constitución, que el Pueblo mismo o sus representantes?. Lo atractivo del problema reside, precisamente, en su irresolubilidad, lo que acaba provocando que se convierta en un problema eterno, que acompañará a las instituciones que administran la justicia constitucional mientras existan, aunque sólo reflexionemos sobre ello cuando sus decisiones resulten técnicamente controvertidas o simplemente impopulares. Por eso se ha podido indicar, con acierto indudable, que "Esto es lo que convierte a la Justicia constitucional, independientemente de su forma de manifestación, en algo problemático y no de forma ocasional, sino de manera necesaria y permanente". Vid. Javier PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 16. A este problema se refirió el tristemente desaparecido Prof. F. Tomás y Valiente, al señalar que "La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional [y lo mismo vale para cualquier juez de la constitucionalidad], que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar (...) Si hay, ha habido o habrá momentos idílicos [se refiere a la imagen del Tribunal ante la sociedad] o períodos de gracia (...) conviene ser consciente de su carácter efímero cuando no ficticio". Vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en Miguel Rodríguez-Piñero, Jerónimo Arozamena Sierra, Luis López Guerra, Francisco Rubio Llorente y Francisco Tomás y Valiente, *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio Internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 18-19. Con base en esos razonamientos, podemos mostrarnos sólo parcialmente de acuerdo con la reflexión de Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ (cfr. *Justicia Constitucional...*, cit., pp. 68-71) toda vez que, estimando plenamente correcto su enjuiciamiento sobre la justicia constitucional (necesidad general, balance positivo y necesidad actual), lo que ya no parece de recibo es la consideración de los problemas de legitimación de la función de control (y, sobre todo, del órgano que la ejerce) como "una discusión histórica" (*loc. ult. cit.*, p. 68). Decimos esto porque lo que, a nuestro entender, la generalización de la justicia constitucional no ha generado es la completa pacificación de la cuestión de la legitimidad. Obviamente, la *dimensión histórica* del problema ha ayudado considerablemente a aminorar las posturas reacias a la admisión de la institución. Pero existe, como ya hemos señalado, una *dimensión eterna* -histórica, actual y futura- del problema de la legitimidad de la justicia constitucional que no termina, sino que, precisamente, comienza cuando se ponen en funcionamiento los órganos que la administran.

en esta situación, en la que jugarán un papel de importancia las concepciones que el sistema sostenga sobre la titularidad de la soberanía en el Estado o sus formas de ejercicio. Estas concepciones fundamentales en el Estado Constitucional tienen en la regulación del procedimiento de reforma el lugar más adecuado para traducirse, hasta el punto de que puede sostenerse que la orientación del procedimiento de reforma constitucional no es más que el reflejo de la vocación, más o menos democrática, del régimen mismo⁹⁸.

Es evidente, que la solución al problema que se plantea cuando el Código Constitucional claramente no permite la adopción de una medida popularmente deseada viene dada por la modificación formal de la disposición constitucional de que se trate. Como indica el Profesor P. De Vega, "La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica

⁹⁷ Esa centralidad derivaría de la circunstancia de que "Cuando la Constitución, y no la ley, es la suprema fuente del Derecho, la reforma constitucional se convierte en la función jurídicamente más relevante de todas". Vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 36 (septiembre-diciembre, 1992), p. 96. La suprema relevancia jurídica, añadiríamos por nuestra parte, se convierte en centralidad cuando se repara en la trascendencia política de la función de reforma. Cfr., en el mismo sentido, Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho..... cit.*, p. 240, quien califica a la reforma como "la actividad suprema de la vida constitucional".

⁹⁸ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma..... cit.*, pp. 79-81.

se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional⁹⁹. La reforma constitucional actúa ahora, sin dejar de servir de garantía a la Constitución, como vehículo de cambio. La reforma presta ahora al régimen constitucional lo que éste necesita para continuar en vigor, se convierte, entonces, en el principal agente de la dinámica constitucional, provocando que la Constitución permanezca, que el Estado permanezca¹⁰⁰, en definitiva, que el régimen constitucional se consolide.

Es menester destacar, sin embargo, que la supremacía constitucional no desmerece por ello. Antes al contrario, la idea de la Constitución como norma suprema resulta fortalecida en la resolución del conflicto cuando ésta se actúa poniendo en marcha el procedimiento de reforma. No se pierda de vista que, porque la Constitución se modifica para poner en práctica la medida, la Constitución sigue siendo la norma suprema, su normatividad, esto es, su capacidad para seguir informando el discurrir de la vida del Estado sale reforzada¹⁰¹. La idea del Poder

⁹⁹ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 67.

¹⁰⁰ Esto es, la reforma sirve como "mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado". Cfr., Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 69.

¹⁰¹ La dos posibles alternativas que no incluyesen la revisión constitucional, por el contrario, redundarían en un descenso del grado de normatividad de la Ley Fundamental, toda vez que, por una parte, si la Constitución es abiertamente incumplida para llevar adelante la determinación contraria a sus postulados su fuerza

Constituyente, que está en la base de cualquier elaboración sobre la supremacía constitucional, puede permanecer, a pesar de la modificación y gracias a ella¹⁰².

Por todo ello, las tres funciones que la institución de la reforma constitucional tiene reconocidas en el Estado Constitucional democrático cumplen este momento toda su virtualidad. En primer término, porque la revisión hace posible el cambio en la Constitución y que sea un cambio reflexivo -a lo que contribuye la exigencia de mayorías reforzadas, requisito que, en un supuesto como el que planteamos, equivaldría al examen de si, efectivamente, la medida contraria al Texto Constitucional

de obligar desaparece, al menos en ese punto, abriéndose, además, la puerta a futuras contravenciones contra las que resultará considerablemente más difícil argumentar. Pero, sucede, por otra parte, que "No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 67-68. Esa reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución reformada obliga a no anatemizar el surgimiento de conflictos en el Estado Constitucional, toda vez que es, precisamente, gracias a la posibilidad que tiene este tipo de Estado de resolver pacíficamente los conflictos que se hace posible la evolución del Derecho Constitucional y su permanente adaptación a la realidad política que pretende regular. Cfr., en relación con esta potencialidad vivificadora del conflicto, Konrad HESSE, "Concepto...", cit., p. 9.

¹⁰² Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 108-110; Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 74-76.

es de adopción ineludible¹⁰³. En segundo lugar, porque la puesta en

¹⁰³ Como a nadie se le oculta, la exigencia de una mayoría cualificada -requisito que figura en la generalidad de los procedimientos de reforma constitucional- contribuye a presentar la rigidez constitucional como instrumento garantista. Piénsese que, en la medida en que se aumenta el número exigible de voluntades conformes con la revisión, se está proporcionando un nada despreciable mecanismo de defensa a los intereses de minorías relevantes. De este modo se logra el efecto de que "En toda Democracia que funcione bien se cuidará (...) de que en una decisión importante y grave, una gran minoría no se vea tiranizada por una escasa mayoría". Vid. Carl Joachim FRIEDRICH, *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1966, 2.^a ed., pp. 82-83. Utilizando el mismo gráfico ejemplo que, el entonces Profesor en Harvard, proponía, debe destacarse que, en el marco de un régimen democrático, si de lo que se trata es de talar el viejo tilo -es decir, de tomar una decisión importante y difícilmente revocable, como las que la Constitución contiene- la exigencia de mayores precauciones, de requisitos más complejos, aparece plenamente justificada. Sobre idéntico particular, cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 176-177. Javier RUIPÉREZ, "Funciones de la reforma...", cit., pp. 40-41; *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidade da Coruña, La Coruña, 1995, pp. 33-34. En definitiva, lo que está en la base de los razonamientos que defienden la necesidad de aminorar la contundencia de la aplicación pura del principio mayoritario es una concepción pluralista de la democracia, que acompaña al Estado Constitucional desde su origen. Como Publio (A. Hamilton o J. Madison, en este caso) dejó escrito: "En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte". Vid. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º LI, p. 222. En este tipo de democracia de lo que se trata es de garantizar la protección de "una minoría cualificada contra la mayoría simplemente absoluta (...) se reconoce que en ciertos casos el principio de la mayoría cualificada puede constituir un camino más derecho para la idea de la libertad (...) la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría". Vid. Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Ediciones Guadarrama, Barcelona, 1977, 2.^a ed., pp. 83 y 85. Cfr., igualmente, Giovanni SARTORI, *Teoría de la democracia*, 1. *El debate contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 170 y ss. Para lo que se refiere a una fórmula propuesta modernamente como mecanismo de articulación de las relaciones mayorías/minorías y de minorías diferenciadas entre sí -lo que se conoce como "democracia consociacional"-, vid. Arend LJPHARD, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, Ariel, Barcelona, 1987 y la crítica a esta visión que realiza G. Sartori en el estudio antes citado, pp. 293-296. En general, sobre la adopción de acuerdos mediante el principio mayoritario, cfr. Ricardo CHUECA, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios

práctica de la revisión constitucional permite que no se menoscabe la idea de continuidad del Estado. Y, en último extremo, porque todo ello viene a asegurar la permanencia de la Constitución, que, no se olvide, incluye a su procedimiento de reforma¹⁰⁴.

Téngase presente, en cualquier caso, que la supremacía constitucional no puede sustentar soluciones injustas, en el sentido de contrarias a las bases sobre las que el régimen constitucional fue edificado.

Constitucionales, Madrid, 1993, *passim*, pero especialmente pp. 65-69 y 179-181.

¹⁰⁴ Una reflexión adicional, conectada con el ordenamiento constitucional español vigente, se impone en relación con todo ello. No es posible dejar de recordar aquí que, precisamente porque la reforma constitucional es el instrumento de revalidación periódica de la normatividad de la Constitución, porque es el mecanismo que permite la cercanía del Pueblo a su Constitución, no deben excluirse los instrumentos de participación democrática directa en estos momentos. En razón de ello, no podemos por menos que recordar aquí la crítica vertida, entre otros, por los Profesores Pedro DE VEGA (cfr. *La reforma...*, cit., pp. 134-143) y Javier RUIPÉREZ (cfr. "*Una cuestión nuclear...*", cit., pp. 47-48) a la exclusión de la iniciativa legislativa popular para la reforma de la Constitución española de 1978. Ni que decir tiene que la posibilidad de apelación al Pueblo no garantiza ni la corrección técnica, ni la oportunidad política, ni siquiera la justicia de una revisión constitucional. Y, sin embargo, qué duda puede haber de que, en un Estado construido sobre el principio democrático, debe ser el Pueblo -como titular o cotitular de la iniciativa de reforma, como titular de la facultad de decisión en el marco de un referéndum constitucional preceptivo y vinculante, o del modo que fuere- en quien se deposite, esto es, a quien retorne, la capacidad para decidir el rumbo de la comunidad política. Vid., en el mismo sentido, Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones...", cit., p. 109. Cfr., sin embargo, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 142-150, en cuya opinión la exclusión de fórmulas de democracia directa en el procedimiento de reforma de la vigente Constitución española, lejos de resultar criticable, se presenta como la lógica consecuencia de la articulación moderna del principio democrático y, por tanto, no otra cosa podía esperarse -pese a la amplia discusión al respecto en el seno de la Constituyente- del Texto de 1978.

Si es cierto que el Pueblo puede soportar la existencia de instituciones de control porque vienen a hacer operativa la voluntad del Poder Constituyente y porque, en último término, siempre queda al Pueblo el derecho de modificar su Constitución o de cambiar de régimen político, construyendo uno completamente nuevo, no es menos cierto que las armas con que el sistema cuenta para su defensa, no pueden utilizarse para lograr una finalidad diferente a aquella que se perseguía con el establecimiento del régimen constitucional. Es decir, "no puede haber una razón constitucional para aceptar la autoridad de una constitución que no sirve ya a los fines para los que fue establecida. Cuando las circunstancias obligan a vivir bajo una tal Constitución por orden de la cláusula de supremacía, el Preámbulo contradice dicha orden cuando afirma que el documento cuya supremacía se declara es un instrumento de justicia, de bienestar general y de otros fines (...) no se puede tener lo que se cree es una justificación constitucional inequívoca para aceptar la supremacía de la Constitución cuando se está convencido de que hacerlo así impediría la óptima comprensión de los fines para los que se instituyó la Constitución o bien no es la mejor manera de servir dichos fines"¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sotirios A. BARBER. *Sobre el significado...*, cit., p. 69.

La trascendencia de un argumento como el expuesto reside en su ponderada concepción de la supremacía constitucional, en el sentido de que se supedita la supremacía al fin para el que fue establecida. Esta reflexión guarda una estrecha relación con el entendimiento que se tenga del concepto de Constitución y, nuevamente, de su valor intrínseco y su mutabilidad¹⁰⁶.

¹⁰⁶ No podemos extendernos en la consideración de este particular, pero conviene poner de manifiesto cómo las concepciones sobre la Constitución como fin o como medio -de tanta importancia en el debate constitucional norteamericano, donde, no se pierda de vista, de lo que se trata es de sostener la supremacía de un Código Constitucional en su mayor parte redactado bajo circunstancias muy diferentes a las actuales en todos los órdenes- tiene aquí también su repercusión. A ella se ha referido, por ejemplo, Manuel ARAGÓN, en cuya opinión, además, no se trata de concepciones absolutamente inconciliables, mostrándose, antes al contrario, como perfectamente coherentes. Vid., en este sentido, su "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19 (enero-abril, 1987), pp. 37-52, trabajo recogido hoy en el vol. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, vid. pp. 42-65, por el que, en lo sucesivo, cito. Piénsese, en cualquier caso, que la condición de ley suprema de la Constitución adquiere sentido si se pone en relación con la idea que se sostenga de la Constitución misma. Cfr., en relación con todo ello, Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado...*, cit., pp. 73-81, en cuya opinión la correcta inteligencia de la Constitución -al menos del Texto Federal norteamericano- es la que la concibe como la mejor comprensión de la sociedad justa en un determinado momento, lo que obliga a una continua reafirmación en los postulados constitucionales. Sea de ello lo que sea, lo realmente trascendente a los efectos de nuestro estudio es la consideración de la Constitución como un compendio de determinaciones -en las que se mezclan concepciones ideales sobre el buen gobierno, medios para alcanzarlas y estados de cosas presentes- hechas ley por el Pueblo y que, viviendo autónomamente del Pueblo en condiciones de normalidad, pueden retornar a él -en la forma de revisión constitucional o de ejercicio del Poder Constituyente, según los casos- cuando esas condiciones ya no se dan. Nueva perspectiva, en todo caso, que nos invita, una vez más, a considerar que todas las formulaciones en torno a la supremacía constitucional deben estar informadas por las conclusiones que cabe extraer del principio democrático, eje rector del tipo de

En efecto, por más que se sostenga, como hacemos aquí, la necesidad de la nota de la supremacía para estimar que nos hallamos en presencia de un Texto Constitucional en sentido estricto, no es menos cierto, a nuestro juicio, que esa exigencia cobra sentido únicamente cuando se revela la importancia que reviste como instrumento al servicio de la Constitución. No puede perderse de vista que los institutos de defensa jurídica de la Constitución son sus garantías en el terreno del Derecho y que, aunque la trascendencia de dichas garantías haya movido a considerar su sustantividad, su incorporación al concepto mismo de Constitución, esta reflexión no debe desviar nuestra atención de la finalidad originaria de rigidez y control de constitucionalidad. Esta finalidad no es otra que la elevación a la más alta posición en el ordenamiento de ciertos principios y valores que la comunidad política que se da una Constitución tiene por fundamentales¹⁰⁷. Sólo si se logra no desligar el razonamiento entre

Estado en el que hemos elegido vivir.

¹⁰⁷ De ahí que se haya podido afirmar, en relación con los estudios dedicados al Texto Constitucional italiano vigente, aunque con un razonamiento que consideramos asumible, que "Sembra pertanto necessario porre le indagini iuspublicistiche entro un quadro di rilevazioni che assumano la costituzione come manifestazione non solo <<giuridica>> della realtà, ma anzitutto <<sociale>>". Vid. Salvatore D'ALBERGO, *Costituzione e organizzazione del potere nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Turín, 1991, p. 4. La reflexión sobre la Constitución, sobre una Constitución concreta también, debe girar, en opinión del autor citado, en torno al proceso que ha conducido a la Constitución al punto en que se encuentra. Este estudio revelará las concretas finalidades que la sociedad se fija en su norma constitucional y será, por otra parte, la única vía para poder enfrentarse a los

dichos valores y las garantías de la Constitución será posible tratar ponderadamente los problemas que suscita la puesta en práctica de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución.

En tales circunstancias, lo que, a nuestro modo de ver, resulta imprescindible es tener presente, en todo momento, el concepto de Constitución que se maneja, en la medida en que de éste es, en definitiva, del que podrán extraerse los valores y principios que las fórmulas de garantía que la Constitución contenga están llamadas a proteger. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos aquí al concepto racional normativo de Constitución que, fundado sobre los principios democrático, liberal y de supremacía, pone las bases al modelo de Estado que surge con el advenimiento de las grandes revoluciones liberal burguesas¹⁰⁸. Es en

inevitables conflictos que han de surgir (*loc. ult. cit.*, pp. 2-5 y 7-9).

¹⁰⁸ No se nos oculta, desde luego, que el desarrollo del constitucionalismo en Europa conoce un segundo hito fundamental representado por el advenimiento del Estado social, la forma concreta que ha adoptado el Estado Constitucional en nuestros días. Sobre el nacimiento de este fenómeno cfr. Hermann HELLER, "¿Estado de Derecho o Dictadura?", en el vol *Escritos políticos*, cit., pp. 283-301. Las consecuencias que, para el entendimiento de la vida del Estado, ha tenido la transformación del Estado liberal en Estado social son, qué duda puede haber, de magnitud enorme. Ello no obstante, porque la emergencia del Estado social se produce como consecuencia de la crisis que en el Estado liberal provoca el que se comiencen a cumplir en la práctica los presupuestos sobre los que el primer Estado Constitucional se fundamentaba, no es menos cierto que, en una primera aproximación al menos, puede seguir afirmándose la vigencia del concepto racional normativo de Constitución en el momento presente. Bien es verdad que el Estado

estos procesos revolucionarios en los que se encuentra la línea divisoria entre la forma moderna de entender el movimiento constitucional y las formulaciones pseudoconstitucionales. Pero, lo que a nosotros nos interesa destacar ahora es que, precisamente, al servicio de los postulados de este tipo de Constitución se sitúan sus mecanismos jurídicos de garantía.

Este razonamiento no carece de interés si se repara en la circunstancia de que, teniendo presentes los postulados fundadores

social implica la ampliación de las dosis de democracia social en los Textos Constitucionales y que esto se ha traducido, entre otras cosas, en la multiplicación de las formas de participación democrática y en un correlativo incremento de la presencia del Estado en la vida social, hasta llegar a confundirse, al integrarse por los mismos individuos, Estado y sociedad [cfr., en tal sentido, Konrad HESSE, "Concepto...", cit., pp. 12-13]. Pero, por lo que a las reflexiones sobre las que gira la presente Memoria interesa, el principio de supremacía constitucional no se ha desvirtuado, sino, antes al contrario, se ha potenciado. En el marco de un Estado que ya no excluye, como sí hizo la mayor parte del constitucionalismo decimonónico, a ninguna clase de ciudadanos en la toma de decisiones políticas, las reglas que disciplinan el proceso político y los fines que ese proceso tiene marcado, resultan considerablemente más ambiguas, menos unívocas. Por eso resulta, si cabe, más necesaria la reflexión sobre la articulación de los mecanismos de garantía de la Constitución que es, precisamente, donde tales reglas se contienen. Tal vez esto no sea más que una nueva consecuencia de la estrecha relación que, según venimos manteniendo a lo largo del presente trabajo, liga al principio democrático con el de supremacía. La profundización en la democracia que el Estado social supone implica la paralela reactivación de la importancia del carácter supremo de la norma constitucional. Quede, en cualquier caso y dado que la Memoria está referida en buena medida a estadios anteriores al moderno Estado social, simplemente apuntada esta circunstancia. Cfr., para todo lo relativo a los aspectos que permanecen y aquellos otros que varían en el concepto de Constitución en la transición del Estado liberal al social, Carlos DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*, PPU, Madrid, 1986, 1.^a ed., reimpr.; Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado social...*", cit., *passim*.

del concepto técnico de Constitución, resultará posible averiguar qué decisiones permite, y aun protege, el principio de supremacía y cuáles quedan, por definición, excluidas. De particular relevancia resulta, en este sentido, la reflexión sobre el procedimiento de reforma constitucional que, como ya se ha señalado repetidamente, se presenta, tanto en lo que tiene de mecanismo de variación como en lo que supone como medio de estabilidad, como uno de los institutos jurídicos de garantía del orden constitucional.

Se ha indicado más arriba cómo, en ocasiones, la puesta en funcionamiento de uno de los medios de defensa jurídica de la Constitución, el control de constitucionalidad, puede no resultar plenamente satisfactoria para dar solución a un conflicto jurídico y político¹⁰⁹. En tal tesitura, según se ha visto, y siempre que la medida a la que el control de constitucionalidad venga a poner freno sea generalmente demandada, debe darse solución al conflicto mediante el recurso al procedimiento de revisión

¹⁰⁹ Entiéndase esta adjetivación del conflicto en el sentido de que con ella se quiere poner de manifiesto que en la situación a la que hacemos referencia, la disputa se plantea entre dos normas jurídicas (la Constitución y la norma que sirva de vehículo a la medida inconstitucional, singularmente, la ley) y que, al propio tiempo, lo que a ésta controversia subyace no es otra cosa que concepciones políticas diferentes (la que sostiene el Texto Constitucional y la que está detrás de la medida que se desea aplicar).

de la Constitución. Éste desplegará, en tal momento, todas sus potencialidades, incluida la que lo configura como institución básica de garantía del orden constitucional.

Conviene, entonces, cuestionarse hasta qué punto puede llegar el procedimiento de reforma constitucional para solucionar situaciones como las planteadas. Esta reflexión está directamente relacionada con el modo de concebir la Constitución¹¹⁰ y, paralelamente, el propio procedimiento de reforma y, dada su trascendencia, parece conveniente poner de manifiesto aquí, aunque sea sintéticamente, nuestros puntos de vista sobre este particular¹¹¹, en la medida en que, como venimos sosteniendo, todo ello incide, de manera notable, en el juicio sobre la extensión de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución. Lo que, en definitiva, se trata de determinar es si existen -y, de ser así, cuáles son- limitaciones a la acción de la revisión constitucional¹¹².

¹¹⁰ Cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., p. 90-91.

¹¹¹ En relación con todo ello, y además de las remisiones puntuales que puedan realizarse, cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 217-303, pero en especial, pp. 217-240; Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 96-100, trabajos que nos sirven de guía para lo que sigue.

¹¹² Esto es, si se acoge la idea de que la reforma constitucional, en tanto que acto del Poder Constituyente, puede abarcar todos los contenidos imaginables y con todas las orientaciones posibles o si, por el contrario, la reforma constitucional se presenta como una operación sujeta a la Constitución, que es tanto como decir no

Según se ha indicado ya, los medios de defensa jurídica del orden constitucional -y, entre ellos, la reforma constitucional- se establecen en relación directa con aquello a cuya estabilidad sirven. Lejos de constituir recursos técnicos sin conexión con el documento constitucional del que forman parte, lo cierto es que la rigidez -y control allí donde exista- se presentan como mecanismos que el Constituyente ha dispuesto para garantizar la permanencia en la posición que, en cuanto que norma suprema, le corresponde a la Constitución que ha elaborado. Siguiendo este modo de razonar, cada Constitución en particular atesorará una serie de determinaciones fundamentales que sirven para definir el régimen político¹¹³ que instaure, singularizándolo frente a otros regímenes

enteramente libre. Vaya por delante, en todo caso, que esta segunda opción es la que se acoge en el presente trabajo, desde la consideración de que "la reforma constitucional es una operación tan constituida como la legislativa, pues una vez constituido el Estado ya no tiene sentido hablar de órganos y funciones constituyentes". Vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones...", cit., p. 96. Aunque, como quedará reflejado en su momento, las consecuencias que de una afirmación como la transcrita extrae su autor y las que extraemos aquí no son completamente coincidentes.

¹¹³ Sería ésta su fórmula política, es decir, su "ideología particular sobre el modo de organización política y de estructuración social" o "La expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social". Vid. Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político. II. La crisis de la teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoría de la Constitución en el marco del Derecho político*, Tecnos, Madrid, 1986, 3.ª ed., 2.ª reimpr., pp. 531 y 532. Cfr. Raúl CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, especialmente pp. 249 y ss.. Sostienen ambos autores que la fórmula política debe presidir las operaciones de la hermenéutica constitucional, dado que la mejor forma de hallar el significado de la Constitución

conocidos en el mismo Estado en el pasado y, también, frente a los regímenes, presentes y pasados, de otras naciones. Esas determinaciones conformarían lo que, con K. Hesse¹¹⁴, podemos denominar *fundamentos*

será leyendo su articulado a la luz de lo que ésta representa en tanto que documento en el que se reflejan las concepciones políticas básicas de un Pueblo. Si esto es así en lo que hace a la interpretación constitucional, permítasenos añadir, por nuestra parte, que otro tanto puede decirse de la manera de entender la funcionalidad de los mecanismos de garantía del Texto Constitucional, asunto en el que abundaremos en las páginas que siguen. En todo caso, ya el último de los autores citados nos pone en la pista sobre la operatividad negativa de la fórmula política, es decir, sobre su emergencia en tanto que límite a los procesos de cambio constitucional. Por lo que hace a los procesos de cambio constitucional que tienen lugar por vía interpretativa (la mutación constitucional) señala que "La interpretación desempeña el papel de camino jurídico para los cambios necesarios en el Ordenamiento constitucional, pero tales cambios no pueden sobrepasar un cierto límite, traspasado el cual la Constitución, pierde su identidad, se desnaturaliza y queda convertida en algo no deseado por el constituyente, a quien los poderes constituidos no pueden rectificar" (*loc. ult. cit.*, p. 292). Y, con respecto a los cambios formales constitucionales indica que "La fórmula [política] no sólo vincula a los poderes constituidos, sino al mismo poder de revisión, por lo cual limita tanto la interpretación y aplicación de la Constitución como su revisión" (*loc. ult. cit.*, p. 293, vid. también, pp. 294-298).

¹¹⁴ Cfr. Konrad HESSE, "Concepto...", cit., p. 19.

de orden de la Comunidad, que constituyen el "núcleo estable"¹¹⁵ de la Constitución, su parte fija, en la denominación de G. Zagrebelsky¹¹⁶.

Carece de sentido, sin embargo, a los fines del presente trabajo, descender a la consideración concreta del núcleo estable de las Constituciones. Lo que sí nos interesa poner de manifiesto, dada su validez general para todas las manifestaciones del Derecho Constitucional en cualquier tiempo, es que, dentro de ese núcleo estable de cada Constitución, se encuentran, en todas las Constituciones, los principios que

¹¹⁵ Se trata de límites materiales a la reforma "que se derivan de la interdicción de desnaturalizar el orden constitucional vigente. La falta de explicitación de los mismos no impide su eficacia jurídica que se manifiesta en la imposibilidad de aceptar, bajo el régimen constitucional vigente y desde una perspectiva jurídica, determinadas reformas que desfiguren el núcleo esencial de la Constitución". Vid. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*. Tecnos. Madrid, 1992, p. 39. Conviene, sin embargo, advertir que, pese a nuestro sustancial acuerdo con las tesis que mantiene esta autor en relación con los conceptos implicados en esta problemática -como se refleja en las citas que siguen a la presente-, no es menos cierto que el Prof. F. Balaguer identifica el procedimiento establecido por el art. 168 de nuestro vigente Código Constitucional con la intervención directa del Poder Constituyente originario, postura con la que no concordamos. Sea de ello lo que sea, esta circunstancia atañe a un aspecto que sólo afecta tangencialmente a los fines del presente trabajo, razón por la cual no consideramos oportuno detenernos en la consideración pormenorizada de este precepto concreto. Quede, en cualquier caso, apuntada esta circunstancia, en la medida en que en lo que sí tiene traducción es en el entendimiento de la intervención del Poder Constituyente como un acto de naturaleza no jurídica y, por ende, irreductible a los contornos de un procedimiento regulado constitucionalmente.

¹¹⁶ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese/Edizione Giuridiche, Economiche, Scientifiche, Turín, 1984, pp. 102-103.

definen al movimiento constitucional desde su aparición al final del siglo XVIII. Excluimos, entonces, un entendimiento de la Constitución carente de connotaciones políticas. Porque, como se ha afirmado, "No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional"¹¹⁷.

No podemos por menos que mostrarnos plenamente conformes con esta última afirmación. No otra cosa puede desprenderse de la aceptación del concepto racional normativo de Constitución, que implica, como señalamos en su momento, que la Constitución que se establece consagra el programa "básico" -valga la expresión- del Estado Constitucional liberal¹¹⁸. Es, justamente, a partir de esas notas

¹¹⁷ Francisco RUBIO LLORENTE, "La Constitución como fuente del Derecho", en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Dirección General de lo Contencioso del Estado/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, p. 61, recogido hoy en el vol. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, cit., pp. 79-98, por el que, en lo sucesivo, cito.

¹¹⁸ Esto es así incluso en la actualidad, cuando, como ya hemos señalado, el Estado Constitucional como Estado social es la fórmula que goza de mayor implantación en la Europa continental. La circunstancia de que el concepto primigenio de Constitución siga teniendo validez en el marco del constitucionalismo del final del siglo XX provoca definiciones de la Constitución actual que se presentan como la suma o agregación de caracteres que se han ido añadiendo al concepto racional normativo que, obviamente, se ha transformado, pero sigue conservando su núcleo esencial. Por eso, como señala K. Hesse, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en especial la de los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental de Bonn, ha podido perfilar los contornos de la Constitución alemana con esa idea de agregación de elementos tomados de épocas

caracterizadoras mínimas, desde donde resulta posible elaborar, en la medida en que deben estar presentes en todo Código Fundamental, una serie de postulados generales sobre las limitaciones a la reforma de la Constitución, que estimamos de utilidad para conocer hasta qué punto puede la reforma constitucional servir al fin de la defensa del Texto Constitucional.

La cuestión podría reducirse al planteamiento siguiente: la puesta en marcha de una reforma constitucional, que, como resulta obvio, se acomete para producir variaciones en el articulado de la Constitución, lo que, como operación limitada que es -y como, con total acierto y brillantez han indicado C. Mortati y P. De Vega¹¹⁹-, no puede hacer es suprimir ese contenido mínimo a que acabamos de hacer referencia. En

diversas y, de acuerdo con esto, caracterizarían al Texto de 1949 "la recepción de las tradiciones de la democracia parlamentaria liberal representativa, del Estado de Derecho liberal, del Estado Federal y la incorporación de nuevos principios como en especial el de Estado social". Vid. Konrad HESSE. "Concepto...", cit., p. 5. Cfr., con el mismo sentido de incorporación de elementos propios de diferentes estadios de evolución del constitucionalismo en la Constitución del Estado social. Hans-Peter SCHNEIDER. "La Constitución. Función y estructura", en el vol. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, p. 37.

¹¹⁹ Cfr., en este sentido, Costantino MORTATI, *Istituzioni...* tomo II, cit., pp. 1.241 y ss. Cfr., igualmente, Pedro DE VEGA, *La reforma...* cit., pp. 283 y ss, quien considera que los límites implícitos materiales al poder de reforma constitucional constituyen una imposición que tiene se origen en la soberanía popular.

concreto, cualquier operación de revisión del Texto Constitucional que fuere, ha de mantener los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional¹²⁰. Nos sumamos, de esta suerte, a la opinión del Prof. J. Ruipérez, según la cual, "cualquier proyecto de revisión que tuviera por objeto el negar al pueblo la titularidad de la soberanía y del poder constituyente, la derogación de la Declaración de Derechos Fundamentales, la concretación del poder político en un único órgano o, finalmente, la supresión del carácter de *Lex superior* de la propia Constitución, no podría ser considerada, por más que se utilizaran los mecanismos constitucionalmente establecidos al efecto, como una mera operación de reforma"¹²¹. Desde esta óptica, lo que sucede es que cuando, mediante

¹²⁰ El que no exista previsión constitucional expresa al respecto de la necesidad de respetar tales límites no implica, en opinión del Prof. G. Trujillo, que exista algún inconveniente en su admisión, en la medida en que las limitaciones implícitas derivan "de la superación de un formalismo estricto y de la consiguiente aceptación de la idea de una Constitución *material* o *sustancial* subyacente a la Constitución formal". Vid. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., p. 26.

¹²¹ Javier RUIPÉREZ, "La reforma constitucional en el Estado Federal", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2 (primavera-verano, 1990), pp. 91-92. En contra, Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones...", cit., p. 102, quien, aun negando la identidad entre Poder Constituyente y poder de reforma, considera que cualquier teoría que sostenga la existencia de límites implícitos escapa a la Constitución normativa. No podemos, desde luego, negar la circunstancia de que la aceptación de la existencia de este tipo de límites no expresos a la reforma constitucional lleva aparejado un problema adicional al que ya nos hemos referido aquí: concretar, para cada Constitución, cuáles son dichos límites. Sin embargo, no es menos cierto que uno de los puntos en que existe una amplia coincidencia es en la consideración de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno como

el expediente formal de modificación de una Constitución, se procede a suprimir alguno o algunos de esos principios inspiradores del moderno constitucionalismo, se está produciendo una *destrucción* o una *supresión* del orden constitucional¹²², del mismo concepto de Constitución o, lo que es lo mismo, un *fraude* constitucional¹²³ y, por tanto, dicha operación no puede reputarse constitucionalmente adecuada¹²⁴.

Que esto sea así se explica desde la consideración de que "Todo lo que se verifica en regulación legal-constitucional a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, de naturaleza distinta a un acto del Poder constituyente (...) También la facultad de reformar o

el más claro límite implícito, exportable, además, a cualquier régimen constitucional. Por eso, en la medida en que tales principios constituyen, como hemos afirmado reiteradamente, las notas caracterizadoras del concepto racional normativo de Constitución, no parece que su aceptación se aparte de éste, sino al contrario.

¹²² Cfr., para lo que hace al significado de estas figuras y su relación con la problemática de los límites a la reforma constitucional, Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 119-122.

¹²³ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 291-296.

¹²⁴ Es decir, "que en algún nivel general, la inflexibilidad es una propiedad esencial de la Constitución como ley; en otras palabras, que algunos resultados no se pueden alcanzar constitucionalmente. Vid. Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado...*, cit., p. 62.

revisar leyes constitucionales (...) es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa"¹²⁵. Lo que sucede, entonces, es que no hay facultades sin control en el Estado Constitucional, que "La soberanía es en estas Constituciones [se refiere a la Constitución normativa] un poder previo a la propia Constitución, en la medida en que ésta, una vez vigente, repudia cualquier poder que no se someta a sus límites"¹²⁶.

Los principios que están en la base del constitucionalismo moderno constituirían uno de esos límites a la facultad de revisión constitucional, en la medida en que "Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del poder constituyente del pueblo (...) y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquéllas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional"¹²⁷. Este

¹²⁵ Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 114.

¹²⁶ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II., cit., p. 33.

¹²⁷ Carl SCHMITT. *Teoría...*, cit., p. 120. Nótese cómo, se tenga o no por válida la división schmittiana entre Constitución y ley constitucional, lo cierto es que ello en nada estorba la complitud y exactitud del razonamiento. En cualquier caso, habrá que tenerse siempre presente que la concordancia en una opinión como la apuntada parte de la consideración de que "l'esistenza dei limiti necessari in discorso non può

modo de comprender la operación de reforma constitucional vuelve a poner de manifiesto que su establecimiento -al igual, por cierto, que sucedía con el de las fórmulas de control de constitucionalidad- se produce al servicio de la Constitución en que se inserta¹²⁸, que no es independiente de ella, sino que está en íntima relación con ella y, a través de ella, con los presupuestos que sirven de base al Estado Constitucional¹²⁹.

argomentarsi dal fatto che sussista o manchi una loro esplicita menzione nel testo (...) [lo que realmente importa es la] obiettiva valutazione degli elementi componenti la complessiva struttura del regime, la cual può condurre a far considerare (...) inderogabili disposizioni rispetto alle quali il limite è implicito poiché con il suo rispetto sta o cade l'integrità di quella struttura". Vid. Costantino MORTATI, *Istituzioni...* II, cit., p. 1.242. En contra de este modo de razonar se encuentra, entre otros, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1987, 3.ª ed., pp. 268-270.

¹²⁸ Lo que sucede es que "los mecanismos jurídicos de defensa de la Constitución están al servicio de los valores políticos y de los principios que legitiman al sistema constitucional". Vid. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., p. 76. Cfr., del mismo autor, "Jurisdicción constitucional...", cit., por ejemplo, p. 285.

¹²⁹ Tal vez sea por esta estrecha conexión entre procedimiento de reforma y Constitución por lo que en aquél se acostumbran a ver reflejadas, como ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba, de una u otra manera, las opciones políticas más importantes que en su día adoptó el Poder Constituyente y, en concreto, por lo que resulta posible extraer del procedimiento de reforma la concepción que la Constitución sostiene en lo que se refiere a los problemas de alocación del poder político. Cfr., en relación con este último asunto, Costantino MORTATI, voz "Costituzione (Dottrine generali)", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1962, tomo XI, pp. 188-189; Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 79-81; Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 172-179.

Que se reconozcan estos límites -y otros más concretos en cada Constitución¹³⁰- al procedimiento de reforma constitucional no implica el

¹³⁰ Entiéndase esta afirmación en el sentido de que con ella se está haciendo referencia a la existencia de dos tipos diferenciados de límites materiales a la reforma constitucional que, en cuanto tales, no podrán ser rebasados por el órgano de revisión. Esta subdivisión atiende, en primer lugar, a la existencia de unos presupuestos básicos del Estado Constitucional moderno -cualquiera que éste sea-, de los que hemos tratado profusamente en nuestra reflexión y que no son otros que el principio democrático, el liberal y el de supremacía constitucional. A esta clase de límites materiales a la reforma los hemos calificado como "exportables" a cualquier ordenamiento constitucional, toda vez que coinciden con las notas definidoras de la Constitución racional normativa. Junto a estos límites, cada ordenamiento reconocerá -de modo explícito o no- otros, que se corresponden con las señas de identidad concretas del régimen constitucional en particular. Si éstos límites están implícitos en el Texto Constitucional, el problema consistirá en identificarlos para que puedan rendir toda su operatividad, aspecto en el que, dado el importante papel que están llamados a cumplir, debería producirse una coincidencia importante entre los intérpretes constitucionales. Razonando por vía de ejemplo, podría decirse que el principio democrático constituye un límite al poder de enmienda de la Constitución de los Estados Unidos tanto como al legislador de reforma de nuestra vigente Ley Fundamental. Sin embargo, la cláusula del Estado social, barrera infranqueable -al menos en nuestra opinión- para eventuales revisiones de la Constitución española de 1978, en nada afecta al poder de reforma del Texto Federal norteamericano, pero ya no sólo desde la consideración de la inexistencia de una tal cláusula en la Constitución de 1787, sino que, *a contrario*, la conversión de la Unión norteamericana en un Estado social mediante las disposiciones de enmienda del art. V debería reputarse válida en cuanto que su introducción no contradijese el respeto a determinados postulados que están en la base del régimen de producción capitalista. La razón de que esto sea así se halla, a nuestro entender, en la circunstancia de que el Constituyente español de 1977-78 concibió el régimen constitucional vigente como un Estado Social y Democrático de Derecho, opción que, en tanto que fundamento de orden de nuestra comunidad política, no puede ser suprimida por el poder constituyente-constituido o poder de reforma. Cfr., en el sentido de que la cláusula del Estado social forma parte de las determinaciones más importantes de la Constitución de 1978, perteneciendo a su "núcleo fundamental", Carlos DE CABO MARTÍN, *La crisis...*, cit., pp. 16-17. Sin embargo, el Constituyente norteamericano de 1787 que, sin duda, deseaba establecer una comunidad política regida en lo económico por los presupuestos del sistema de producción capitalista, no tenía en mente -aunque, tal vez, sólo porque no podía-excluir el principio del Estado social de su programa constitucional económico. No obstante, la eventual incorporación de los Estados Unidos, vía reforma

que quede permanentemente cerrada la salida a soluciones incompatibles con los fundamentos particulares de la Constitución vigente o, incluso, absolutamente inconciliables con el concepto racional normativo de Constitución. Decimos esto porque, si la revisión constitucional puede ser concebida como el ejercicio, por parte del Pueblo, de unos poderes que, aunque excepcionales, no dejan por ello de presentarse como poderes constituidos¹³¹, no es menos cierto que el Pueblo siempre conserva la

constitucional, al grupo de Estados que han introducido en sus Constituciones la cláusula de Estado social, no podría nunca implicar la desaparición del capitalismo porque, éste sí, actúa como límite implícito en aquella Nación. Cfr., en apoyo de nuestra distinción entre dos tipos de límites materiales al poder de reforma constitucional, Javier RUIPÉREZ, *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996, 2.ª ed., reimpr., pp. 82-86; "La reforma constitucional...", cit., pp. 91-95; *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 244-268; *Constitución y autodeterminación*, cit., pp. 112-152, cuyas consideraciones han servido de base para lo aquí dicho. Importa señalar, en cualquier caso, cómo el Prof. J. RUIPÉREZ identifica como uno de los límites materiales implícitos al poder de revisión de la Constitución española de 1978, el principio federal o de autonomía, aspecto en el que, ahora sí, coincide nuestro actual Código Fundamental con la primera Constitución Federal de la Historia.

¹³¹ Quizá la mejor conceptualización del tipo de poder que se ostenta cuando se acomete la revisión formal de un Texto Constitucional venga dada por el uso de la expresión francesa *pouvoir constituant-institué*, en la medida en que con ella se quiere indicar que el poder de reforma constitucional es Constituyente porque actúa sobre la norma constitucional, pero es también constituido porque esta actuación está sujeta a la disciplina que el mismo procedimiento de revisión establece. Cfr., por todos, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 22. Con el mismo sentido, se ha indicado que "La reforma de la Constitución guarda con el proceso constituyente la similitud de conducir a un acto de disposición acerca del contenido del derecho constitucional, pero se diferencia de él en que tal proceso está sujeto a reglas constitucionales (...). Por esa similitud y esa diferencia la doctrina denomina al poder de reforma poder constituyente constituido". Vid. Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., p. 63.

posibilidad de actuar sin ligadura constitucional alguna. Por eso no se puede aceptar que las teorías que sostienen la existencia de límites a la reforma constitucional, aun cuando éstos no sean explícitos, vayan en contra del principio democrático¹³². Antes al contrario, al mantener que el ejercicio de poderes dentro de la Constitución no es un ejercicio libérrimo se acoge, como ya hemos tenido ocasión de indicar, una concepción de la democracia limitada por el respeto a las minorías, pero al reconocer que el derecho del Pueblo a darse sus leyes fundamentales permanece siempre, se recupera, cuando graves circunstancias políticas así lo exijan, el principio democrático en su significación más pura¹³³, que

¹³² Vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones...", cit., p. 102; Cfr., sin embargo, Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., pp. 64-65, que niega, a este respecto, la neutralidad valorativa de la Constitución española vigente - incluso considerando la existencia de la posibilidad abierta literalmente por el art. 168- e identifica, sin duda, como límite al poder de reforma del Texto Constitucional de 1978, "al menos un límite consistente en que *no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma*, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos" (*loc. utl. cit.*, p. 64); en el mismo sentido, y de este último autor citado, vid. *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 29-36.

¹³³ Si se quiere, más rousseauiana y menos liberal o lockiana, es decir, una democracia más radical y totalizadora. Lo que impide que, además, se convierta en totalitaria no es otra cosa que su connatural fugacidad, que su actuación no se prolongue en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario para ordenar bajo premisas nuevas a la comunidad política. El Poder Constituyente se manifiesta, en este sentido, tan potente como efímero, es "como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue". Vid. Juan DONOSO CORTÉS, *Lecciones de Derecho Político* (1836-1837), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 72.

no es otra que la que lo identifica con la atribución de la soberanía al Pueblo y, por consiguiente, la titularidad que a éste corresponde del Poder Constituyente.

El Poder Constituyente así configurado nada tiene que ver con la capacidad del Pueblo para introducir variaciones en su Constitución. Y es ahí donde encuentra la reforma constitucional el límite a su funcionalidad, a su utilidad como elemento de transformación¹³⁴. Más allá de la mera reforma, se alza la suprema capacidad del Pueblo para

¹³⁴ Porque, si se utilizan los mecanismos legal-constitucionales para transformar radicalmente la Constitución, se está operando una verdadera desviación de poder, al utilizar una facultad conferida por el ordenamiento jurídico para conseguir una finalidad distinta -y contradictoria- con la que el mismo ordenamiento persigue. Como, en relación con la reforma de la Constitución de los Estados Unidos, se ha dicho: "esta conclusión sería inconsecuente con el Artículo V y con nuestra comprensión habitual de lo que significa cambiar algo que se considera como parte de un todo (...) si se hicieran esos cambios [se refiere a transformaciones abiertamente contrarias a las bases del constitucionalismo americano] se podría argüir con razón que las disposiciones de enmienda han sido mal utilizadas ya que habrían producido, no meras enmiendas sino cambios que resultarían bastante revolucionarios. En nuestro discurso cotidiano se distinguen las enmiendas de los cambios fundamentales porque *enmienda* significa comúnmente mejoras incrementadas o correcciones de un todo mayor". Vid. Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado...*, cit., p. 59. Con referencia al problema de la admisión o inadmisión de límites a la reforma constitucional en la tradición constitucional americana, cfr. Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 31-34, donde se señala que éstos han constituido el centro de los -de acuerdo con el autor- no excesivamente numerosos, al menos si se comparan con la atención que han merecido en Europa, debates doctrinales en torno a la reforma. Bien que, en cualquier caso y salvo alguna destacada excepción, esas disquisiciones han girado más en torno a la pertinencia de límites formales -destacadamente los que hacen referencia a la imposición de un plazo determinado para la ratificación de las enmiendas- que sobre límites de carácter material.

hacer la revolución. Esa es, precisamente, la principal característica definitoria del Poder Constituyente, que, como, entre otros, señala J. R. A. Vanossi¹³⁵, actúa en la para-legalidad, sin relación de dependencia con la normativa hasta entonces vigente y, entonces, sin sujeción a límite alguno que pudiera provenir de esta normativa¹³⁶. El ejercicio del Poder Constituyente es, de hecho, lo único que, incluso después de aprobado un Texto Constitucional, puede decirse que permanece por encima de ésta¹³⁷. Como, a nuestro juicio acertadamente, se ha afirmado: "The only

¹³⁵ Cfr. Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional*. I..., cit., p. 143.

¹³⁶ Como indica P. De Vega, "se trata de un poder absoluto y total (...) [que] se concebirá también fuera de toda limitación (...), en cuanto poder pre-jurídico, como *res facti, non iuris*, no sólo es ilimitado en el contenido de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 28 y 29. Desde una visión contraria a la expuesta se ha sostenido que "el poder soberano en términos absolutos, que no actúa a través del Derecho, es una noción a-jurídica, un concepto (...) sólo concebible como pura idea (que se sustenta en sí misma, sin ninguna conexión real)". Vid. Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 33. El paso siguiente en el razonamiento de este último autor le llevará a identificar, como veremos más adelante, poder de reforma constitucional y Poder Constituyente y, entonces, a reconocer facultades materialmente ilimitadas en los procedimientos de modificación formal de la Constitución. Es menester indicar, no obstante, que el que se afirme la posibilidad de, por ejemplo, desvirtuar la impronta democrática de una Constitución a través de su reforma no quiere decir, desde luego, que se trate de una operación deseable, toda vez que, desde esta posición se sigue sosteniendo el concepto racional normativo de Constitución. El debate que, en tal tesitura, se abre, gira, en opinión del último de los autores citados, en torno a la dicotomía "validez" constitucional frente a "legitimidad" constitucional, un cambio que subvertiese los postulados de la democracia "dotaría al nuevo orden de validez, pero no (...) de legitimidad" (*loc. ult. cit.*, p. 51).

¹³⁷ Cfr., en el mismo sentido, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, II., cit., pp. 33-37, pero, en particular p. 36, nota 79.

fundamental outstanding right superior to the Constitution is (...) that right of the *people* to the exercise of which it owes its existence, namely, the right of revolution"¹³⁸.

No es posible extenderse en exceso en la consideración de este particular, pero quizá sí convenga recordar las agudas observaciones de, por ejemplo, H. Kelsen¹³⁹, para quien en el Estado Constitucional la condición de soberano sólo es predicable de la Constitución, o M. Kriele¹⁴⁰, conforme al cual la soberanía en este tipo de Estados simplemente no existe¹⁴¹. Cualquiera de las dos maneras de hacer ver que

¹³⁸ E. S. CORWIN, "We, the people", cit., p. 100, cursiva en el original.

¹³⁹ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General...*, cit., pp. 141-142; *Esencia y valor...*, cit., por ejemplo, pp. 150-152.

¹⁴⁰ Cfr. Martín KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 149-157.

¹⁴¹ Esto será así en la medida en que se hayan cumplido todos los presupuestos del Estado Constitucional y, por tanto, cese la búsqueda del soberano en que se debatió la iuspublicística europea hasta entrado el presente siglo y, desde luego, parece incuestionable en el actual contexto del Estado que se organiza democráticamente a través de partidos políticos y grupos sociales. Por eso se ha podido decir que "La costituzione degli stati dei partiti (...) è una costituzione frutto di contratti e compromessi tra tanti soggetti. È insomma una costituzione senza sovrano". Vid. Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988, nueva edición, p. 26. Esta es, además, la situación que explica la emergencia de la justicia constitucional, allí donde, porque todos los poderes son constituidos, no hay lucha por irrogarse la posición de soberano, el interés estará en el respeto a los límites -procedimentales, pero también sustantivos- que impone este tipo de democracia pluralista. Vid., en este sentido, *loc. ult. cit.*, pp. 26 y ss.

el Estado Constitucional se caracteriza por la reducción de todos los poderes a la Constitución, de suerte tal que no se pueda afirmar la condición de omnímodo de ninguno de ellos, nos parece plenamente asumible. Que esto sea así se justificaría en el entendimiento de que, como entiende C. J. Friedrich, "Dado que en un régimen constitucional se supone que no hay lugar para ninguna concentración del Poder, resulta que la soberanía es una concepción incompatible con el constitucionalismo (...). Esto es cierto incluso para una democracia constitucional: la noción de <<soberanía popular>> (...) ha de ser sustituida por la de <<grupo constituyente>>, que no designa al titular del poder concentrado, sino a quien ejerce el poder revolucionario residual y constituyente para establecer una nueva Constitución"¹⁴².

Ello no obstante, no puede perderse de vista que sobre lo que estos autores teorizan es sobre la situación de normalidad constitucional, en la que la actividad de los ciudadanos y las instituciones políticas se canaliza por los medios arbitrados por el Texto Constitucional en ausencia

Cfr., en torno a los problemas conceptuales que plantean las diversas teorías sobre la soberanía y su relación con el concepto de Estado, Felice BATTAGLIA, "La soberanía y sus límites", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, cit., pp. 127-152.

¹⁴² Carl Joachim FRIEDRICH. *Gobierno Constitucional...*, cit., tomo I, p. 60.

de conflictos de gravedad extrema. Todo lo contrario sucede cuando, porque la realidad de las cosas lo ha impuesto, la maquinaria constitucional no es susceptible ya de cumplir su fundamental cometido ordenador. En tal tesitura el camino de la reforma será viable en la medida en que el cambio que se reclama no afecte a la esencia del Texto Constitucional. Si así sucede, a través de la puesta en práctica de la reforma se recuperará la normalidad constitucional. Pero, si el sentido que se quiera imprimir a la reforma no es compatible con los postulados principales sobre los que se asienta la Constitución, entonces la reforma no servirá ya a los fines para los que fue establecida. Al igual que, en esa circunstancia, le sucede al Texto Constitucional, su capacidad para seguir disciplinando las transformaciones que la sociedad experimenta ha cesado.

No significa esto, sin embargo, que la situación así planteada carezca de salidas. Antes al contrario, al imponerse la necesidad de actuación del Poder Constituyente, entrará en escena la única fuerza que, sin vinculación a norma alguna, es susceptible de satisfacer las necesidades que el Pueblo demanda. El Poder Constituyente plasmará en el nuevo Texto Constitucional todas las aspiraciones políticas del Pueblo que resultan incompatibles con la Constitución anteriormente vigente. Esta operación se

llevará a efecto, además, en la forma que se considere más apta en ese momento, es decir, la ausencia de vinculación a la normatividad anterior es total y comporta, igualmente, que no resulte preciso seguir procedimiento preordenado alguno, aunar mayorías predeterminadas o conseguir consensos reiterados un cierto número de veces -requisitos que suelen acompañar a los procedimientos de reforma constitucional-.

El Poder Constituyente es libre en lo que hace -en la nueva configuración de la comunidad política- y también en cómo lo hace -en el camino que sigue para dar forma a la nueva normativa constitucional¹⁴³-.

¹⁴³ Este es, a nuestro juicio, el aspecto más llamativo de las posiciones que no admiten como principio general la naturaleza limitada -materialmente limitada- de la operación de reforma constitucional. Así, por ejemplo, a juicio del Prof. M. Aragón, la culminación a que se llega en el Estado de Derecho comporta, entre otras cosas, la juridificación del Poder Constituyente. Esto es, nada escapa, en el Estado Constitucional, a la reducción a la normatividad y -como ya hemos tenido ocasión de anotar anteriormente- esto incluye a la suprema voluntad del Pueblo. Es a partir de ahí, precisamente, cuando, a nuestro parecer, se produce la principal paradoja de este razonamiento. Decimos esto porque, aunque se considera que no hay límites materiales a la reforma de la Constitución, máxime en un ordenamiento como el español vigente, que admite la "revisión total", sí se admite, en cambio, que esa juridificación del Poder Constituyente comporte un límite de naturaleza formal, procedimental, a su actuación, que se tiene como el único posible. Ésta es "la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano [porque] la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad". Vid. Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, cit., p. 34. No se nos alcanza el motivo por el cual, primero, si lo que se desea es concluir la juridificación de la acción revolucionaria del Pueblo, no se lleva ese razonamiento hasta el punto de juridificar no sólo su manera de actuar, sino también el contenido de su voluntad; y, segundo,

Esta independencia con respecto a las formalidades establecidas por el ordenamiento anterior es, precisamente, lo que caracteriza, desde un punto de vista jurídico, a los procesos revolucionarios¹⁴⁴. En este sentido, se

considerando que no hay límites materiales al poder que reforma la Constitución porque es un verdadero Poder Constituyente, se admite, sin embargo, que todas las operaciones que acometa deben cumplir los trámites procedimentales establecidos cuando se promulgó el Texto Constitucional que se reforma. Lo cierto es que cualquier barrera procedimental parece de menor entidad que la que representa, por ejemplo, la conservación del principio democrático. ¿Resulta imaginable que neguemos, a un poder que está capacitado para convertir la Constitución en un documento de gobierno autoritario, la posibilidad de, por ejemplo, obviar un trámite de un procedimiento legislativo especial?. Parece que, analizada ponderadamente, la cuestión estriba, en efecto, en la necesidad de exigir el respeto del procedimiento de reforma porque en él reside una vital garantía. Pero, si esto es así, lo que carece de sentido es presentar a ese poder respetuoso con el procedimiento como un poder ilimitado en el contenido de su voluntad. Cuando la actuación de un poder así se hace necesaria es cuando se revela el acierto de considerar que, en efecto, el Poder Constituyente es irreductible al Derecho, que es eminentemente fáctico, que es el derecho a la revolución y que, si no reconoce límites en los más trascendentales principios, cuanto menos en un procedimiento, por muy especial que este sea. Sucede, por otro lado, que las operaciones de destrucción del orden fundamental vigente por medio de los mecanismos dispuestos por ese mismo orden fundamental suelen enjuiciarse, al menos con el paso del tiempo, como el resultado de la actuación de un verdadero Poder Constituyente, del que trae causa, no la misma Constitución reformada, sino una Constitución nueva. Cfr., al respecto, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 188-189, quien señala que la propia Historia Constitucional española presenta ejemplos bastantes de esta circunstancia, y así que "es una cuestión pacífica entre los historiadores del Constitucionalismo español que la Constitución de 1837, a pesar de que formalmente pretende presentarse como una reforma de la Constitución de 1812, es una Constitución completamente nueva, resultado de un proceso constituyente asimismo nuevo (...) lo normal es que las Constituciones *cambien* mediante un procedimiento de reforma, pero no que se produzca a través de éste un *cambio de Constitución*".

¹⁴⁴ Permítasenos anotar, siquiera sea de pasada, que uno de los errores a que puede inducir la regulación contenida en el art. 168 de la Constitución española vigente consiste, precisamente, en la identificación del referéndum constitucional preceptivo con el ejercicio directo del Poder Constituyente. No se trata de negar una vez más la identificación entre operación de reforma constitucional y actuación del soberano, lo que nos interesa poner de manifiesto en este momento es que la auténtica finalidad de la

dirá que "lo revolucionario supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes"¹⁴⁵, esto es, que el poder revolucionario es libre para seguir o no el procedimiento que para la revisión se establecía en el ordenamiento anterior, pero, en cualquier caso, que si decide seguirlo, esto no añade ni quita nada a la entidad del cambio revolucionario que se ha producido. Lo importante es, en este sentido, que la transformación no necesita legitimarse por el respeto a procedimiento alguno, su legitimación proviene de su misma existencia. Es más, el procedimiento de reforma -entendido ahora sólo en lo que tiene de concatenación de requisitos formales- únicamente cobra sentido puesto en relación con la Constitución que lo establece. Por eso, aunque fuese posible "argüir que los límites constitucionales son esencialmente de procedimiento, no sustantivos, y que, en la medida en que se sigan dichos procedimientos constitucionales se puede obtener cualquier resultado (...) El problema comienza con el

intervención popular directa, por medio del referéndum de ratificación o por otros cauces posibles, lo que comporta es la aparición de una instancia más, con un poder también limitado, constituido, en el procedimiento. En este concreto supuesto, dicha intervención adquiere el valor de mecanismo de control popular del procedimiento en sí, pero esto no significa que todas las modificaciones introducidas en el Texto Constitucional, por el simple hecho de haber sido ratificadas refrendatariamente, dejen de presentar los posibles vicios de inconstitucionalidad que contuviesen. Cfr., en tal sentido, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 99-127. En contra de esta visión, como no podía ser de otra manera desde la consideración del art. 168 de la Constitución española como el cauce de "juridificación" del Poder Constituyente, vid. Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, cit., p. 129.

¹⁴⁵ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría...*, cit., p. 144.

reconocimiento de que los compromisos de procedimiento no están siempre claramente separados de los compromisos sustantivos en el pensamiento de los que ratifican y tratan de vivir de acuerdo con las constituciones"¹⁴⁶. Esto es, nuevamente, en la conexión entre procedimiento de reforma y Constitución.

La conclusión a la que, visto lo anterior, cabría llegar no es otra que la de considerar que, en efecto, la reforma constitucional se configura como eficaz mecanismo defensor de la Constitución, y no sólo cuando impide o dificulta su modificación, sino también cuando funciona como el cauce adecuado a un cambio inexcusable para seguir afirmando que es la Constitución, y no fuerzas a ella ajenas, la que disciplina el proceso político. Lo que, desde luego, no puede pedirse a la reforma, porque no puede pedirse a la Constitución, es que permita y santifique su propia destrucción. Eso sería tanto -por decirlo con gráfica contundencia- como exigir del condenado a la pena capital que sonría al verdugo. Quede,

¹⁴⁶ Sotirios A. BARBER, *Sobre el significado...*, cit., p. 60. Abundando en lo ya expuesto, afirma este autor que "La noción de que el procedimiento puede dissociarse de los valores que mueven, en primer lugar al pueblo a adoptar deliberadamente procedimientos -la noción de procedimiento separada de la sustancia- está totalmente apartada de cualquier cosa que se haga o pudiera hacerse, de la que se tenga registro histórico ya que no se podría entender que se propusiera la adopción de un procedimiento si -caído del cielo- el así llamado procedimiento no tuviera ningún fin" (*loc. ult. cit.*, p. 61).

en todo caso, apuntada esta problemática conexas al procedimiento de reforma, de singular importancia cuando, como aquí se hace, se valoran considerablemente sus posibilidades como instrumento de garantía, de defensa del orden constitucional.

Debemos únicamente señalar, para concluir nuestro razonamiento, que la instancia en la que se debe ventilar la observancia o vulneración de ese mínimo de Constitución que toda reforma constitucional debe respetar es, como quizá no pudiera ser de otro modo, el control de constitucionalidad de las leyes¹⁴⁷. Que esto sea así no presenta grandes

¹⁴⁷ En nuestro sistema, casi ocioso es recordarlo, realizado por el Tribunal Constitucional, que se erigiría así en garante del "movimiento controlado", que es en lo que, en opinión del Prof. R. Canosa, se concreta la estabilidad que comporta la rigidez constitucional. Cfr., en tal sentido, Raúl CANOSA USERA, *Interpretación constitucional...* cit., pp. 178-179. Que esto deba ser así no supone que se trate de un asunto exento de problematidad. Antes al contrario, deferir a los órganos de justicia constitucional el control de la regularidad de las reformas constitucionales coloca a éstos, inevitablemente y si cabe con mayor claridad que de ordinario, en la posición de guardianes de la voluntad constituyente. Nada habría, en principio, que añadir desde esta perspectiva a la problematidad que es consustancial a la institución en sí. Sucede, sin embargo, que en los controles sobre la reforma los riesgos de que el Tribunal Constitucional se erija en el *único* intérprete de la Constitución se muestran más evidentes. No es esta una mera especulación teórica. Aunque no con referencia a leyes de reforma de la Constitución, sí es cierto que, en el control ejercido sobre disposiciones legislativas que guardaban una muy estrecha relación con el Código Constitucional, el Tribunal Constitucional español ha mostrado ya una tendencia no completamente plausible en este sentido. Vid., para todo ello, la jurisprudencia y los comentarios a la misma en *loc. ult. cit.*, pp. 293-295. En todo caso, a esto habría que añadir, por un lado, la problematidad propia de unas limitaciones que se caracterizan por no aparecer consignadas expresamente y, por otro y en conexión con ello, el peligro de la extensión desmesurada de tales

problemas lógicos en la medida en que, desde la consideración de los límites a la reforma como partes integrantes de la Constitución, su contravención podrá presentarse como una violación de la Constitución misma. Y, por tanto, las reformas operadas con vulneración de tales límites serán actos ejecutados más allá de las facultades que el ordenamiento confiere a su actor. Como indica F. Balaguer, "Si la reforma constitucional es la manifestación de un poder sometido a límites (ya sean éstos materiales o formales), el control de la reforma aparece como una exigencia ineludible para garantizar el respeto de esos límites, que no es sino el respeto de la propia normatividad de la Constitución"¹⁴⁸.

No podemos, dado que ello no constituye el objeto de nuestro trabajo, detenernos en la consideración particularizada del *modus operandi* de tales límites en cada modelo de justicia constitucional concreto o en el español del presente. Quede, en todo caso, puesto de manifiesto que, con

inconcretas limitaciones. Cfr., en tal sentido, Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 26-27 y 28-30, respectivamente.

¹⁴⁸ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II., cit., p. 45. En el mismo sentido, aunque, dada su posición al respecto, aceptando únicamente el control del respeto de los límites formales, vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Algunas reflexiones...", cit., p. 101.

o sin previsión normativa expresa al respecto¹⁴⁹, el control de la regularidad constitucional de la reforma ha de existir si se desea dar efectividad práctica a sus límites. No puede perderse de vista que, al igual que sucedió con las Constituciones que no diseñaron un sistema acabado para su defensa, el límite sin el control deviene ineficaz.

El único escollo que, para llegar a esta conclusión, deberá salvarse no es otro que el de la consideración que hayan de merecer las reformas de la Constitución. Piénsese que, ya se proceda con ellas a una modificación expresa, ya tácita de la Constitución, lo cierto es que, una vez aprobada, la legislación de reforma de la Constitución se convierte en Constitución misma¹⁵⁰ y, por tanto, podría, en vía de principio,

¹⁴⁹ Por más que, como decimos, no nos sea dado ahora descender a regulaciones concretas, lo cierto es que el conocimiento de la situación del ordenamiento constitucional español vigente planea, en cierto modo, sobre nuestra reflexión, toda vez que, como se sabe, el problema que comentamos afecta a los controles a la reforma de la Constitución española de 1978. Cfr., para esto y también para una perspectiva general, por todos, Pedro DE VEGA, *La reforma...* cit., p. 296 y ss.; Javier RUIPÉREZ, "*Una cuestión nuclear...*", cit., pp. 43-46.

¹⁵⁰ Lo que, entonces, sí plantea algún que otro problema conceptual es la circunstancia de que la verificación de la falta de respeto a un límite a la reforma constitucional habría de traducirse en una declaración de inconstitucionalidad de una norma constitucional. Esta cuestión, entre otras, fue abordada en la, ya célebre, lección inaugural que O. Bachof pronunciara en Heildeberg el 20 de julio de 1951, de la que manejo traducción al portugués, cfr. Otto BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, reimpr. de la ed. de 1977, en particular pp. 52-54. Sobre idéntico problema cfr., también, Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 24-30.

considerarse que un control de la regularidad constitucional de la Constitución es un contrasentido¹⁵¹.

Sin embargo, esta identificación apriorística entre Constitución y reformas de la Constitución no puede, sin más, admitirse. Especialmente si se tiene presente que existen argumentos suficientes para considerar que las reformas constitucionales están subordinadas a la Constitución¹⁵², toda vez que su régimen formal de producción -como mínimo- viene disciplinado por el Texto Constitucional¹⁵³. Parece necesario, entonces,

¹⁵¹ Y así, inicialmente, Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia...*, cit., p. 119.

¹⁵² Cfr. Javier PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., pp. 37-44. Esto es así en la medida en que el Estado Constitucional se caracteriza, como venimos reiterando a lo largo del presente trabajo, por la perfecta distinción entre autoridades ordinarias y extraordinarias y sus correlativos campos de actuación. La diferenciación entre Ley Constitucional y ley ordinaria, y aun entre éstas y ley de reforma constitucional, como productos normativos para cuya producción se autoriza a poderes distintos es posible, únicamente, cuando se hacen derivar todas las consecuencias de los principios que informan el Estado Constitucional y, en concreto, del principio de supremacía. Como tendremos ocasión de señalar más adelante, cuando se procede a la alocación del Poder Constituyente en los poderes constituidos -como sucede en el marco del liberalismo doctrinario y su pacto *Rex/Regnum* y, de igual modo, bajo el dogma de la soberanía parlamentaria- estas distinciones se hacen imposibles. Cfr., en relación con todo ello, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 289-299.

¹⁵³ Es decir que, como indica G. Zagrebelsky, el respeto al límite formal -que se siga el procedimiento constitucionalmente establecido- ha de controlarse en todo caso, pero "Inoltre, anche dal punto di vista sostanziale, non si può scudere l'ipotesi di una legge costituzionale incostituzionale (...). In particolare, occorre richiamare qui la grande tematica dei limiti assoluti alla revisione costituzionale". Vid. Gustavo ZAGREBELSKY; *La giustizia...*, cit., p. 119.

detenerse, siquiera sea someramente, en la consideración de la posición que corresponde a las reformas de la Constitución en relación con ésta.

El problema estará, en todo caso, en determinar de qué modo va a concretarse esa subordinación y, en estrecha conexión con ello, de qué manera se llevará a cabo el control de la reforma que, según se ha dicho, debe existir. De lo que se trata es de solucionar la *contraditio in terminis* que supone la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. No hay, como se ha dicho, problema en admitir la existencia de una subordinación de las reformas constitucionales con respecto a la Constitución. En la medida en que la reforma es una operación limitada y que sus límites se contienen en el propio Texto Constitucional puede sostenerse que éste se sitúa en un nivel jerárquicamente superior a aquéllas.

Esta subordinación de la reforma constitucional al Texto originario no puede, sin embargo, sostenerse eternamente. Y ello es así por más que pudiese encontrarse un fundamento lógico a este fenómeno en la consideración de la distinta posición que corresponde a quien dictó la Constitución originaria -el Poder Constituyente- y a aquél otro que la

modifica que, según se viene afirmando, es un poder constituido especializado. Decimos esto porque no resulta, a nuestro juicio, deseable, la creación de un escalón intermedio entre la Constitución y la ley ordinaria que venga ocupado por las leyes de reforma de la Constitución¹⁵⁴. Que

¹⁵⁴ Esta situación se nos antoja poco deseable, además de por las razones que se exponen en el Texto, por la gran disfuncionalidad que, a nuestro juicio, implica la aceptación -sin necesidad aparente- de la existencia de normas interpuestas entre el Texto Constitucional y la legislación ordinaria, en particular cuando a este tipo de normas les suele acompañar las consecuencias de la supremacía que, respecto de la ley ordinaria, caracterizan al Texto Constitucional. En Derecho español vigente se cuenta, en cierta medida, con una circunstancia similar a la que denunciemos que, en nuestra opinión y *salva distantia*, puede servir para ejemplificar el tipo de disfuncionalidades a que nos referimos. La realidad a la que aludimos no es otra que la existencia de la figura de la Ley Orgánica. El Texto Constitucional de 1978 consagró esta categoría normativa para la regulación de determinados contenidos, temáticamente dispares, a los que unía una misma condición: presentarse como desarrollo directo de determinadas disposiciones constitucionales. Entre esos contenidos dispares me permito destacar en este momento los Estatutos de Autonomía y las normas a que se refieren los párrafos 1 y 2 del art. 150 de la Constitución. No se trata ahora de criticar la categoría normativa en sí, lo que nos interesa es poner de manifiesto que esa importancia, esa naturaleza temáticamente constitucional -huyo, de forma consciente, del empleo del adverbio materialmente- ha tenido su correlato en la regulación del control de constitucionalidad en España, a través, por cierto, de otra Ley Orgánica. En efecto, el art. 28 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (L.O.T.C., en adelante), elevó determinadas Leyes Orgánicas a la condición de ser parámetro de la constitucionalidad del resto del ordenamiento jurídico, reconociendo, por esta vía indirecta, la naturaleza constitucional o cuasi-constitucional, si se prefiere, de la división competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De esta manera, se han anudado los efectos de la supremacía a normas que, formalmente al menos, son infraconstitucionales, situación que, con independencia de que sea o no de por sí criticable, a lo que obliga es a determinar, en cada proceso objetivo sobre la inconstitucionalidad de una ley, cuál es la "Constitución" que la ley enjuiciada debe respetar. Esta incómoda situación se hubiera evitado si el sistema español de división de competencias entre los diferentes centros autónomos de decisión política -que es lo que subyace al problema- se hubiera diseñado con unas dosis más elevadas de rigor técnico. Si, contrariamente a lo efectivamente sucedido, 1.º) El reparto competencial empezase y terminase en el Texto Constitucional de 27 de diciembre de 1978, o bien, -admitida la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía

esto sea así se fundamenta en el hecho de que sostener *permanentemente* tal subordinación contradiría la propia finalidad de la operación de reforma. Téngase presente que lo que la modificación formal de un Texto Constitucional persigue no es sino la variación, sujeta al procedimiento

concretasen el "marco" competencial de la Constitución- 2.º) se hubiese dotado a éstos de naturaleza formalmente constitucional, la mayor parte de estos problemas se hubiese evitado. Para este último particular, la importación de la categoría normativa italiana conocida como Ley Constitucional hubiera, tal vez, supuesto la solución más coherente y, desde luego y en lo que a nosotros se nos alcanza, habría evitado las situaciones de incerteza a que nos hemos referido. Junto a ello, la estabilidad propia de una norma constitucional, que no tiene -por más que se exija mayoría absoluta en votación final sobre el conjunto del proyecto- una Ley Orgánica, habría deparado al sistema las dosis de fijeza que son deseables en este asunto. Esto es así, ya no sólo por lo que respecta a los problemas estrictamente jurídicos que la situación actual comporta, sino también desde un punto de vista político. Decimos esto porque, visto desde la perspectiva actual, la determinación clara y de una vez -salvo reformas futuras, claro está- del reparto competencial podría haber eliminado, antes de surgir, el cauce de confrontación política principal en la dialéctica centro/periferia. No se trata del deseo de evitar que se produzca cualquier tipo de controversia en este sentido, porque, entendemos, ello contradiría la naturaleza propia del Estado políticamente descentralizado. A lo que nos estamos refiriendo es a ese peso, a nuestro juicio excesivo, que en la relación entre el Estado y la Comunidades Autónomas ha alcanzado la discusión sobre el reparto competencial. La división de competencias no debería ser arma política, al menos no tan continuamente como, hasta el presente, lo ha sido en España, y esto porque su esencia no es otra que la misma que la de la división de poderes. La imperfecta ordenación jurídica a que nos hemos referido ha contribuido a que el proceso se haya desarrollado de la forma que se ha descrito y, aunque esa técnica deficiente no sea la causa de la situación que denunciamos, lo cierto es que parece haber sido su vehículo. Cfr., para todo lo que se refiere a la crítica que merece la Ley Orgánica como vehículo normativo de los Estatutos de Autonomía y a las Leyes Orgánicas de Transferencia y Delegación, Javier RUIPÉREZ, "Principio dispositivo, distribución de competencias y naturaleza constitucional de las normas estatutarias", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 5 (verano, 1991), pp. 83-110; *La protección...*, cit., pp. 178-223. Para todo lo que hace, en general, a la Ley Orgánica, cfr. José CHOFRE SIRVENT, *Significado y función de las Leyes Orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, en particular, sobre los aspectos aquí destacados, pp. 185-191 y 284-295.

legal-constitucionalmente establecido, del Derecho situado en la cima del ordenamiento jurídico. Por tanto, lo que se pretende es crear -suprimiendo, modificando o añadiendo- normativa constitucional. En definitiva, si las reformas son constitucionales -porque respetan los límites, formales y materiales, establecidos por el Constituyente al *amending power*- son, sencillamente, Constitución.

Lo que, teniendo en cuenta lo anterior, habrá que procurar es la menor pendencia posible de dudas en torno a la constitucionalidad de las operaciones de revisión constitucional. Es decir, de lo que se trata es de conseguir que los controles a la reforma se verifiquen lo antes posible para que la subordinación apuntada no se eternice. En este sentido y en consideración al supuesto español del presente, el Prof. F. Balaguer¹⁵⁵ ha

¹⁵⁵ Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II., cit., p. 46. Interesa, en todo caso, advertir que la finalidad principal que el autor citado persigue no es otra que la de evitar la existencia de controles de constitucionalidad cuyo objeto sea una parte de la propia Constitución -la reforma que se ha operado-. Ni qué decir tiene que esta consecuencia se produce con la técnica del control preventivo, en la medida en que, aunque ya suponga una forma perfectamente acabada de la reforma constitucional que se pretende, el objeto del control preventivo no es, por definición, más que mera expectativa de convertirse en Constitución. Otro problema que este asunto plantea, y que no nos es dado tan siquiera el vadear ahora, es el del momento en concreto en que el control preventivo habría de tener lugar. Es decir, teniendo *in mente* los supuestos de los arts. 167 y 168 de la Constitución vigente, si el control preventivo de la reforma tendría lugar de manera previa o posterior a la celebración del referéndum, facultativo o preceptivo, según el caso, a que dichos preceptos hacen referencia. Piénsese que, como hemos tenido ocasión de indicar más arriba, la apelación al Pueblo a través

propuesto, *de lege ferenda*, la adopción de la técnica del control preventivo de constitucionalidad para las leyes de reforma constitucional. Parece, en efecto, que este sería el camino más idóneo para evitar la pendencia en la situación de subordinación de las reformas constitucionales. Se evitaría, por este camino, y en lo que hace a la normativa española vigente, la posibilidad de diferir la interposición del recurso de inconstitucionalidad hasta tres meses después de la publicación de la reforma aprobada¹⁵⁶ y, además, se excluiría, a nuestro entender con todo motivo, a las leyes de reforma constitucional de la posibilidad de constituir el objeto de una eventual cuestión de inconstitucionalidad. Que esto sea así se derivaría, en primer lugar, de la lógica del sistema que acogiera el control preventivo de la reforma, en la medida en que la verificación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional vincularía a los juzgadores ordinarios. No es, sin embargo, baladí la mención a la exclusión de la posibilidad de puesta en

de la institución refrendataria para participar en el procedimiento de reforma constitucional no equivale a la intervención del Poder Constituyente, sino que el referéndum constitucional se equipara a un acto de control de un poder constituido más de los que intervienen en el *iter* reformador. Y, sin embargo, a nadie puede ocultársele la violencia que supondría la declaración de inconstitucionalidad de una reforma ya ratificada popularmente, así como las dudas que plantearía la situación en torno a la correcta identificación de en calidad de qué poder actúa el Pueblo en el referéndum. Quede, en cualquier caso, simplemente apuntada esta problemática.

¹⁵⁶ Este es, como se sabe, el tiempo máximo que, de acuerdo con el art. 33 L.O.T.C., puede mediar entre la publicación de una ley en el Boletín Oficial del Estado y la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma.

marcha de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con las reformas constitucionales, en la medida en que, como se sabe, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de interposición de una cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma legal que ya había constituido el objeto de un proceso directo de declaración de inconstitucionalidad¹⁵⁷. Decimos esto porque no puede desconocerse que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes promovida por los órganos jurisdiccionales ordinarios es la de funcionar como fórmula de cierre de nuestro sistema de control de constitucionalidad, que procura la depuración, desde el punto de vista constitucional, de todo el ordenamiento¹⁵⁸. La Constitución española vigente pone a disposición de los sujetos mencionados en su art. 162.1 a) la posibilidad de acudir a la vía del recurso y crea, *ex art.* 163, la cuestión de inconstitucionalidad para imposibilitar la consideración de Derecho de normas legales que, porque quienes podían interponer un recurso contra ellas no lo hicieron, continúan formando parte del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, esta finalidad cobra su sentido en relación a la ley, la norma que sujeta al juez que, no olvidemos, no está facultado para declararla contraria a la Constitución.

¹⁵⁷ Vid., en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional (S.T.C., en adelante) 319/1993, fundamento jurídico (F. J., en lo sucesivo) 2.

¹⁵⁸ Y así, entre otras muchas, la S.T.C. 17/1981, F. J. 1.

Porque esto es así, amén de por los perniciosos efectos en que se traduciría, creemos que se debe excluir la posibilidad de interponer cuestiones de inconstitucionalidad contra disposiciones constitucionales procedentes de reformas del Texto Fundamental. La reforma constitucional que llega al juzgador ordinario para que éste la aplique es para éste, con todos sus efectos, Constitución, tiene el mismo valor que el Texto originario y, como no podía ser de otro modo, carece de facultades para someter a juicio de constitucionalidad una reforma constitucional.

La conclusión sería, entonces, que, por existir el control -que, nos atrevemos a proponer como preceptivo-, se imposibilitarían las reformas inconstitucionales de la Constitución, pero, además, por tratarse de un control previo, se evitarían dudas en cuanto a la validez de la fracción de la Constitución que hubiese sido objeto de modificación y podría predicarse el rango constitucional de las reformas constitucionales desde el mismo momento de su publicación.

2.) *LOS NO-PRECEDENTES DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL*

Como anunciamos en la Presentación a la presente Memoria, nuestro trabajo viene acotado temporalmente por las manifestaciones relacionadas con los mecanismos jurídicos de defensa de la Constitución a partir del momento en que se producen las revoluciones liberal-burguesas del final del siglo XVIII. Las consideraciones que realizábamos en el epígrafe previo vienen, a nuestro juicio, a reafirmar la opción de no elevar a la categoría de precedente determinados hitos de momentos anteriores a la fecha propuesta.

En efecto, ya se ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre la Constitución y los medios jurídicos con los que se provee a su defensa. Esa conexión comportaba, por una parte, el que acabase por reputarse esencial al concepto racional normativo de Constitución la presencia del principio de supremacía y, por otra, el que la rigidez y el control de constitucionalidad se plegasen ante los postulados de la Constitución en la que se insertan. La defensa de la Constitución es, desde esta óptica, defensa de los postulados sobre los que el Estado

Constitucional se asienta, que son los conformadores del concepto moderno de Constitución¹⁵⁹.

Tal vez resulte de interés insistir en esta opción de la investigación, máxime si se tiene en cuenta que las aportaciones históricas en una rama del Derecho vigente deben, a nuestro entender, justificarse por su utilidad. Sucede, por otra parte, que no ha sido en absoluto infrecuente la inclinación por vincular, en algunos estudios sobre la defensa jurídica de la Constitución, determinadas formulaciones que, si es cierto guardan relación con este asunto, no lo es menos que pretendían, porque no podía ser de otra manera, objetivos no totalmente coincidentes. Esta orientación, denunciada ya en nuestra doctrina¹⁶⁰, cae en el riesgo de extraer

¹⁵⁹ Podría decirse entonces, reutilizando una terminología que gozó de cierta fortuna en la doctrina alemana del siglo XIX, que la rigidez y el control de constitucionalidad son baluartes de la *konstitutionelle Verfassung*, esto es, no de cualquier documento que plasme las reglas principales de la organización del Estado, sino de la Constitución racional normativa, con todo el componente axiológico que ésta implica. Cfr., para lo que se refiere a la exposición de la problemática que subyace a la terminología referida, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 66 y ss.

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, P. De Vega ha señalado, a nuestro juicio con total acierto, que "es lo cierto que, porque el concepto de constitución en sentido moderno, como ley superior y suprema, sólo aparece con el triunfo de la Revolución americana y el subsiguiente proceso revolucionario francés, todo lo que sea remontarse en el tiempo más allá de esos dos momentos memorables supone forzar la realidad y destruir la historia. Buscar precedentes en donde no puede haberlos, en lugar de ayudar a comprender el significado de las instituciones modernas, las más de las veces para lo que sirve es para entorpecer su verdadero entendimiento". Vid. Pedro

DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., p. 287. Sin embargo, esta tendencia de búsqueda de precedentes en instituciones remotas no es exclusiva de la doctrina española, puede verse una denuncia del mismo fenómeno en Gordon S. WOOD, "The origins of judicial review", *Suffolk University Law Review*, vol. XXII, n.º 4 (1988), pp. 1.293-1.307. En efecto, indica el historiador norteamericano cómo resulta frecuente encontrar estudios, referidos en concreto al nacimiento del control de constitucionalidad en Estados Unidos, que intentan conectar el *judicial review* con las más vetustas tradiciones del Derecho inglés. Muchos de estos estudios merecerían el calificativo de "*whiggish*", que procede, precisamente, del intento de los historiadores *whig* ingleses del siglo XIX de extraer de la Magna Carta los derechos populares de la actualidad (*loc. ult. cit.*, p. 1.294). En todo caso, y como el propio autor reconoce, tal vez toda investigación histórica sea, en cierto grado, *whiggish* y, por tanto, el defecto no tenga cura. Una circunstancia parecida a la que refiere G. S. Wood en relación con la Magna Carta es la que relacionó la jurisdicción constitucional, y, en concreto, el recurso de amparo, con la institución del Justicia Mayor de Aragón. Vid., por ejemplo, Rodolfo REYES, *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934, pp. 25-27; Francisco RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional en España", en el vol. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, cit., p. 409. Interesa, en todo caso, advertir que el Prof. F. Rubio sí considera que, entre el Justicia Mayor y la jurisdicción constitucional, existen "radicales diferencias de estructura". En nuestra opinión, amén de las disimilitudes estructurales evidentes, hay, también, y esto es lo que resulta realmente decisivo para la consideración de una institución como *no-precedente* de otra, radicales diferencias de principio, esto es, de fundamento y, por ello, de finalidad. Cfr., en este último sentido, Pedro DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., p. 286. En todo caso, la alusión a la institución aragonesa del Justicia vuelve a traer a colación nuestra idea de la desconexión de supuestos como éste y la realidad del Estado Constitucional. Decimos esto porque en los estudios sobre el Justicia de Aragón ha sido destacada, aunque con una finalidad diametralmente opuesta a la que aquí se pretende, la imagen de árbitro entre poderes, entre los que estaría incluido el rey y, además, moderador entre el pueblo y su rey. Cfr., en tal sentido, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1887, pp. 577-593, pero especialmente, pp. 590-593. Permítasenos, por último, señalar, que la reflexión en torno a esta idea que vincula garantías propias del Estado Constitucional con formulaciones anteriores a éste ha sido, en general, una cuestión recurrente de los estudios dedicados a la justicia constitucional o alguna de sus manifestaciones. Así, M. Cappelletti sostuvo la incorrección histórica del estudio de J. A. C. Grant (*El Control Jurisdiccional...*, cit.) en el que se señalaba el origen norteamericano del control de constitucionalidad. Indicaba el Profesor italiano que "Questa tesi reca in sé un nucleo importante di verità: essa è, insomma,

consecuencias de situaciones demasiado desconectadas con la realidad del Estado Constitucional y, por tanto, de difícil aplicabilidad a éste.

Este modo de obrar, por otro lado, está vinculado a la utilidad que puede rendir una investigación como la presente. Téngase en cuenta que, en la medida en que proceden de momentos anteriores al nacimiento del Estado Constitucional, las instituciones y las formulaciones teóricas que en estas fechas pueden hallarse, responden a concepciones distintas -radicalmente distintas, incluso- de las que se imponen en el constitucionalismo en sentido estricto. Siendo esto así, ni que decir tiene que las respuestas que en este tipo de contexto, ajeno al movimiento constitucional, se dan, aparecerán desconectadas de las que se reclaman en los regímenes dotados de una Constitución en la acepción menos laxa del concepto.

No queremos decir con esto, desde luego, que nada que no sea susceptible de enmarcarse temporalmente con posterioridad al ocaso del

sostancialmente vera, pur senza essere però storicamente del tutto corretta". Vid. Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Giuffrè, Milán. 1979, 1.ª ed., 8.ª reimpr., p. 28. La idea que subyace a este razonamiento no es otra que la existencia de antiquísimas formulaciones -muy anteriores, entonces, al *judicial review*- sobre la existencia de una ley suprema, circunstancia a la que, más adelante, habremos de referirnos.

siglo XVIII carezca absolutamente de valor a los efectos de la presente investigación. Aceptar esto supondría negar la evidencia de que: primero, las situaciones inmediatamente anteriores a la emergencia de la Constitución racional normativa influyen en el desarrollo posterior del constitucionalismo, circunstancia que tendremos oportunidad de constatar más adelante. Segundo, que el pensamiento jurídico-político, como toda rama del pensamiento humano, parte en sus consideraciones de las elaboraciones que, también en contextos radicalmente diferentes, han realizado quienes nos han precedido, ya sea para descubrirse herederos de esas formulaciones, ya para negarlas de modo tajante, lo cual no es sino una forma distinta de suceder¹⁶¹. Ocurre, además, que el acotamiento que hemos realizado de nuestro objeto de estudio -dejando a un lado, ahora, la

¹⁶¹ Cfr. Mario BATTAGLINI. *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957, pp. 2 y ss. Resulta, en este sentido, ilustrativa la opinión del autor de este ya clásico estudio, que, por lo recientemente dicho, quizá pudiéramos calificar de "whiggish". Decimos esto porque, aunque en él se sostenga que las formulaciones de la Grecia clásica -a las que luego haremos alusión- no han influido en la concepción de, en concreto, el Tribunal Constitucional italiano, no deja de admitir el ascendiente sobre el pensamiento actual de instituciones que ya no existen y con las que ni tan siquiera hay una relación de continuidad. La clave del asunto estaría, nuevamente, en nuestra opinión, en no dejarse arrastrar por lo indudablemente sugestivo que puede resultar el hallazgo de instituciones similares y colegir de ello consecuencias para el presente. Ésta, en todo caso, hemos querido que sea nuestra actitud y, tomando en consideración que el propio M. Battaglini reconoce que, en Europa, la idea de Constitución adquiere carta de naturaleza sólo a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (*loc. ult. cit.*, p. 3), tal vez fuese también la del Profesor italiano. Por decirlo empleando la misma imagen de la herencia a que aludimos en texto, sean, los *no precedentes*, aceptados a beneficio de inventario.

acotación geográfica- no es estrictamente temporal. Los contextos disímiles al Estado Constitucional han pervivido mucho más allá del ocaso del siglo XVIII y también en éstos hemos excusado detenernos.

Con todo, se ha creído conveniente dedicar una breve parte del estudio a esos que hemos calificado de *no-precedentes* de los modelos de defensa jurídica del orden constitucional. Lo escueto del tratamiento se justifica por la razones antedichas. La causa de que exista no está tanto en el intento de descubrir que *nihil novum sub sole*¹⁶², como en poner de manifiesto las "herencias" de las que antes hablábamos con la finalidad de poder ponderar correctamente lo estrictamente original del Estado Constitucional. La utilidad, entonces, vendrá dada por la constatación de nuestras ideas en torno a finalidad del establecimiento de rigidez y control de constitucionalidad, toda vez que se podrá comprobar cómo, ausente la noción moderna de Constitución, faltará también el motivo que anima a estos institutos en el marco del constitucionalismo.

Así las cosas, y sin dejar de reparar en las salvedades anteriores, quizá convenga comenzar por poner de manifiesto cómo uno de

¹⁶² Vid., con un sentido similar al mantenido en el presente trabajo, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor....* cit., pp. 118-119.

los efectos que, por virtud del principio de supremacía constitucional, se produce en el Estado Constitucional representa, en cierto modo, la culminación de una aspiración sobre la que se ha teorizado desde la antigüedad clásica. Nos estamos refiriendo a la ya comentada caracterización de los poderes del Estado Constitucional como poderes constituidos. La noción de soberanía -identificada con el poder absoluto¹⁶³- quedaba diluida en la categoría de Poder Constituyente y éste, a su vez, materializado en la Constitución¹⁶⁴, produciéndose así la desaparición de la autoridad suprema del Estado.

Tal vez el origen remoto de ese deseo al que aludimos pueda encontrarse ya en el mundo clásico. Podemos, en este sentido, remontarnos a las construcciones políticas de la Grecia del siglo IV a. C.¹⁶⁵ para

¹⁶³ Parece obligado traer a colación la definición bodiniana, según la cual "*maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*". Vid. Jean BODIN, *Los seis libros de la República* (1576), Tecnos, Madrid, 1985, Lib. I, cap. VIII, p. 47.

¹⁶⁴ Con independencia del juicio que merezca la formulación kelseniana en relación con la identidad de las nociones de soberano y Constitución, a que ya hemos tenido ocasión de referirnos, no puede por menos que reconocerse su utilidad como método para describir la situación de normalidad en el Estado Constitucional.

¹⁶⁵ Cfr. Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo...*, cit., pp. 31-34; Charles Grove HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley (Cal.), 1932, 2.ª ed. revisada y ampliada, pp. 28-32, que incluye, además, referencias a la literatura jurídica romana.

encontrar la idea de que la esencia del buen gobierno radicaba en que la comunidad no fuera regida conforme a la voluntad de los gobernantes, sino por la ley, a la que, en cuanto que suprema, debían sujetar éstos su actividad¹⁶⁶. En efecto, la idea de la ausencia de soberano y su sustitución por el Derecho era, de acuerdo con Platón¹⁶⁷, el segundo

¹⁶⁶ Se trata, en estos casos y en otros que pudieran citarse, de la expresión de un ideal. Así considerados, los *no-precedentes* vendrían a representar aspiraciones que no llegan, claro es, a tener una formulación institucional eficaz, cosa que sólo podrá acontecer en un contexto político radicalmente distinto. Cfr. Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Barcelona, 1988, 8.ª ed. (revisada), 6.ª reimpr., p. 23.

¹⁶⁷ Cfr. PLATÓN, "Las Leyes o De la Legislación", en *Obras completas*. Aguilar, Madrid, 1991, 2.ª ed., 10.ª reimpr., Lib. IX. p. 1.147.

mejor gobierno posible¹⁶⁸. La sujeción de los actos del gobernante a la ley garantizaría el modelo más próximo al ideal de justicia¹⁶⁹.

El discípulo de Platón, Aristóteles, sigue una línea similar, hasta concluir en la bondad de la soberanía de la ley, que se equipara, en principio, a la monarquía¹⁷⁰, pero que llega, también, a superarla. En

¹⁶⁸ En el entendimiento, además, de que la mejor forma de gobernarse o gobierno ideal es irrealizable, toda vez que éste no sería otro que el confiado a un rey en el que concurriera la virtud de la sabiduría, en cuyo caso, sus decisiones deberían ser seguidas ciegamente, dado que nada habría de temerse de las determinaciones de un sabio. Sin embargo, no escapa al filósofo griego lo quimérico de su formulación y, en este sentido indica que "los hombres han de establecer necesariamente leyes y han de vivir de acuerdo con ellas (...). Y la razón de ello está en que ninguna naturaleza humana nace suficientemente dotada para saber lo que es más provechoso para un régimen político humano". Vid. PLATÓN, "Las Leyes...", cit., Lib. IX, p. 1.447. En relación con el gobernante o político ideal, vid., de idéntico autor, "El político o de la realeza", en *Obras Completas*, cit., pp. 1.057-1.101, pero, en concreto, p. 1094, por lo que hace a las fórmulas de imitación del ideal como solución a los problemas del gobierno *loc. ult. cit.*, p. 1.090. Cfr., además, Charles Howard MCILWAIN, *Constitucionalismo...*, cit., pp. 48-54. En relación con la distinción entre *nomoi y *pnefisma realizada por Platón, vid., Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 7-8.

¹⁶⁹ Este razonamiento fue llevado por Platón hacia el terreno de las formas políticas, de suerte tal que se hace decir al extranjero que "cuando este único jefe obra sin tener en cuenta las leyes ni las costumbres (...) ¿acaso un gobernante así no merece el nombre de tirano siempre y en todas partes?. Vid. PLATÓN, "El político...", cit., p. 1.093. En relación a la figura de Platón vid. Jean Jacques CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, cit., vol. I. *Antichità e Medioevo*, pp. 61-102, pero especialmente, en relación con la necesidad de gobernarse conforme a leyes, pp. 83 y ss.

¹⁷⁰ Entiéndase, ahora, por monarquía lo que el filósofo de Estagira entendía, esto es, el gobierno de uno guiado por la finalidad del bien de todos. Cfr., en este sentido, ARISTÓTELES, *La política*, Alba, Madrid, 1996, Lib. III, Cap. V, pp. 95-99, donde se definen las distintas clases de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia) y sus formas corrompidas (tiranía, oligarquía, demagogia), que tanta

efecto, no puede olvidarse, a este respecto, que Aristóteles entiende que el hipotético conflicto entre la voluntad de la ley y la del monarca debe resolverse, siempre, en favor de la primera. Y ello por cuanto que "la ley debe ser soberana antes que el monarca y que, por consecuencia lógica, los que son investidos de los poderes para bien del Estado no deben ser sino guardianes y ministros de la ley"¹⁷¹.

En este contexto clásico destaca M Battaglini¹⁷² la institución de los Éforos de Esparta, colegio de cinco miembros encargados de fiscalizar el respeto a la ley por parte de todos los ciudadanos, incluido el rey. No obstante, el propio autor indica la finalidad meramente punitiva de estos controles, que perseguirían, entonces, no una reparación en el sentido de remoción de contradicciones entre normas jurídicas, sino más bien un castigo de los infractores¹⁷³.

influencia -bueno es reconocerlo- han tenido en el desarrollo posterior de las ideas políticas. Para una interpretación de todo ello, vid. Jean Jacques CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, cit., vol. I., pp. 121-183.

¹⁷¹ ARISTÓTELES, *La Política*, cit., Lib. III, Cap XI, p. 116.

¹⁷² Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 5-6.

¹⁷³ Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 10.

La búsqueda de una instancia controladora tiene igualmente reflejo en el medievo y en el Renacimiento. Merece destacarse de las formulaciones de este tiempo la característica que, según señalamos más arriba, nos parece más reseñable de los *no-precedentes*, el hecho de que la finalidad que se persiga con ellos sea, utilizando la terminología que proponíamos, antigua. Decimos esto porque, en lo que a nosotros se nos alcanza al menos, las formulaciones de esta época muestran una extraordinaria preocupación por el control entre aquellos que ejercen el poder. Lo que importa, entonces, no es tanto dar primacía a unas disposiciones que obliguen a todos y conforme han de regirse los destinos de la comunidad política, como procurar establecer controles entre los detentadores¹⁷⁴ del poder. Eso es al menos lo que, a nuestro juicio,

¹⁷⁴ Para el significado que subyace al uso del término detentador frente al de ostentador, que gira en torno a la distinción entre quien ocupa el poder sin justo título, en el primer caso, y con él, en el segundo, cfr. Eloy GARCÍA LÓPEZ. "Estudio Preliminar" a William Gerard Hamilton. *Lógica Parlamentaria/ Parliamentary Logick o de las reglas del buen parlamentario*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 229-230, nota 139. En el texto, el uso del vocablo se justificaría en razón de la ilegitimidad del poder que ostenta el gobernante en el medievo desde los postulados del principio democrático. En todo caso, nuestra preferencia no deja de denotar una cierta inclinación *whiggish*, toda vez que, como resulta evidente, desde el principio legitimador del poder en aquel tiempo, que no era el principio democrático, aquellos gobernantes ostentaban el poder que ejercían.

parece desprenderse de figuras tales como los *avogadori*¹⁷⁵ venecianos e, incluso, de la "institución de garantía de la libertad", de que, ya en el Renacimiento, habla N. De Maquiavelo¹⁷⁶. Estas instituciones de control buscan, tal vez, la contención de un poder que pretenda irrogarse la condición de soberano, pero, en cualquier caso, esa búsqueda no está presidida por la idea de suprema voluntad del Pueblo¹⁷⁷.

Cierto es, sin embargo, que es posible también hallar, en este mismo contexto lejano al Estado Constitucional, algunas formulaciones teóricas que sobresalen, por su agudeza, del tono general del período. Aun a riesgo de no resultar exhaustivos, merecen, a nuestro juicio, ser

¹⁷⁵ En el siglo XII el Dogo de Venecia Sebastián Ziani crea el colegio de *avogadori* cuya función se ejerce de acuerdo con las formas de la *intercessio* de las magistraturas colegiadas romanas. Cfr., en relación con ello, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 15-18.

¹⁷⁶ Cfr. Nicolás DE MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1527), Alianza, Madrid, 1987, Lib. I, Cap. 5, pp. 41-43. Lo que, a nuestro entender, confirma la idea de "antigüedad" de estas formulaciones, es la obsesión de estas páginas de Maquiavelo por descubrir qué fracción de la República es potencialmente más dañina, si la que más tiene, y entonces más miedo tiene de perder, o la que menos, y entonces más ambiciosa. Ha desaparecido en esta reflexión cualquier posible conexión con la supremacía tal y como se entiende a partir de la aparición del Estado Constitucional.

¹⁷⁷ Esta sería, como venimos señalando, la nota caracterizadora de los *no-precedentes*, la ausencia de la noción participación popular en la elaboración de las disposiciones que obligan a los gobernantes. Cfr., en el mismo sentido, Elías DÍAZ, *Estado de Derecho...*, cit., pp. 24-26.

destacadas en este sentido las obras de Juan de Salisbury¹⁷⁸ y Marsilio de Padua¹⁷⁹. A ambos autores¹⁸⁰ les une una característica común que es la que viene a hacer destacable su pensamiento, su contribución a la afirmación de un cierto origen popular del poder del monarca y el respeto a la ley como regla de conducta de éste.

Esta es, en efecto, la línea en la que cabe inscribir el pensamiento consignado por J. de Salisbury en el *Policraticus* en el que identifica el mal gobierno con la desobediencia de la ley por parte de quien lo ejerce y, en este sentido, indica que "La única o principal diferencia entre el tirano y el príncipe consiste en que éste obedece a la ley y,

¹⁷⁸ Cfr. Juan de SALISBURY, *Policraticus* (1159), Editora Nacional, Madrid, 1984.

¹⁷⁹ Cfr. Marsilio de PADUA, *El defensor...*, cit. En relación con la obra de Marsilio y, en particular, con el *Defensor Pacis*, cfr. Antony BLACK, *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, especialmente pp. 88-110; Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rilegendo il <<Defensor Pacis>>" en en vol. *Saggi si storia del pensiero politico. Dal medioevo alla società contemporanea*, Francoangeli, Milán, 1992, pp. 135-167. Vid., además, Jean Jacques CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, cit., vol. I., pp. 331-343.

¹⁸⁰ En relación con el significado y el contexto de las aportaciones de J. de Salisbury y M. de Padua, cfr. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 210-212.

conforme a ella, rige al pueblo del que se estima servidor"¹⁸¹. A tal presupuesto de partida, sin embargo, no acompaña la formulación de algún tipo de reactivo institucional contra la acción del príncipe desobediente de la ley¹⁸². El único remedio que dispone J. de Salisbury para acabar con el tirano es el ejercicio del derecho de resistencia por parte de sus súbditos, que se consumará con la desaparición física del tirano. "Y es que [escribirá] quitar la vida al tirano no sólo es lícito, sino equitativo y justo (...) el que recibe la potestad de manos de Dios sirve a la ley y a la justicia y es siervo del derecho. En cambio, el que la usurpa, oprime los derechos y somete las leyes a su personal arbitrio. En consecuencia, con toda razón se arman los derechos contra el que desarma las leyes"¹⁸³.

¹⁸¹ Juan de SALISBURY, *Policraticus*, cit., Lib. IV, Cap. I, p. 306. Pasajes como el transcrito mueven a S. Giner a concluir que en Salisbury puede hallarse ya una aproximación a la idea de existencia de derechos políticos en el pueblo, aunque únicamente en forma "muy incipiente". Vid. Salvador GINER, *Historia...*, cit., pp. 145-146.

¹⁸² Tal vez no cabría tan siquiera esperar la presencia de un remedio a tal actitud del gobernante en las páginas de una obra cuya finalidad principal era la de servir de *speculum* de conducta para príncipes antes que presentarse como un modelo de organización para una comunidad política. Cfr., en este sentido, Miguel Ángel LADERO, "Introducción" a Juan de Salisbury, *Policraticus*, cit., pp. 64 y ss. Vid., en relación con la falta de sanción para las contravenciones de los principios en que fundan los autores medievales la autoridad de los gobernantes, aunque no como puro problema teórico de estas formulaciones, sino como constatación de su inutilidad en el terreno de los hechos, Charles Howard MCILWAIN, *Constitucionalismo...*, cit., p. 119.

¹⁸³ Juan de SALISBURY, *Policraticus*, cit., Lib. III, Cap. XV, p. 303. Cfr., para todo lo que hace al modo en que debe entenderse conferido este derecho a los súbditos, Miguel Ángel LADERO, "Introducción", cit., pp. 69-72, donde se pone de

Casi dos siglos más tarde, el *Defensor Pacis* dará un importantísimo paso en la lucha, al menos intelectual, se sujeción del gobernante. Debe destacarse particularmente la obra de Marsilio de Padua porque en ella concurre una muy extraña condición que la convierte, desde el punto de vista de nuestro análisis al menos, en una formulación teórica casi moderna. Nos estamos refiriendo a la circunstancia de que el escritor paduano formule, con cierta complitud, ya no sólo la idea del monarca electivo¹⁸⁴ y su sujeción a la ley¹⁸⁵, aspectos no tan novedosos¹⁸⁶,

manifiesto que, en la concepción de Salisbury al menos, el tiranicidio es el remedio curativo frente a una tiranía concebida como patología del poder. En todo caso, Salisbury sigue defendiendo el origen divino del principado y, por ello, el tirano también ofende a Dios. Por eso no hay contradicción en el reconocimiento del derecho/deber de aniquilación física del tirano, que asiste a quienes lo padecen, y la posición del príncipe que "ocupa en la comunidad política el lugar de la cabeza y se haya sujeto únicamente a Dios y a quienes en nombre de él hacen sus veces en la tierra". Vid. Juan de SALISBURY, *Policraticus*, cit., Lib. V, Cap. II, p. 347.

¹⁸⁴ Cfr. Marsilio DE PADUA, *El defensor...*, cit., Parte primera, Cap. XVI, pp. 82-97, donde, tras exponer las virtudes de la sucesión hereditaria, Marsilio va refutando, uno a uno, tales argumentos, dejando patente que se asegura mejor la obtención de un buen gobernante si lo es por elección que si el puesto se transmite por sucesión hereditaria.

¹⁸⁵ Y así: "La ley es tal, de modo que en conformidad con ella el gobernante se determine a dirimir los juicios civiles. Luego, la institución de la ley es necesaria en la vida política" y, más adelante: "conviene que los gobernantes se rijan y determinen según la ley, mejor que resolver, según el propio arbitrio, los juicios civiles; pues siguiendo la ley nada malo ni reprehensible harán, por lo que será más seguro y duradero su gobierno". Vid. Marsilio DE PADUA, *El defensor...*, cit., Parte primera, Cap. XI, p. 45 y misma parte y Cap., parágrafo 7, p. 52, respectivamente. En este mismo sentido, en general, pp. 44-53.

¹⁸⁶ Toda vez que la *regalis monarchia* o monarquía moderada, forma de gobierno por la que se inclina Marsilio no era, en puridad, la primera vez que se defendía

sino, muy principalmente, el que la ley que sujeta al gobernante tenga su origen en el Pueblo. En efecto, el dato a partir del cual resulta lícito sostener el carácter sobresaliente de algunos pasajes de la obra de Marsilio estriba, precisamente, en que sea al *legislator humanus* a quien se reconozca capacidad para elaborar la norma que, según se venía sosteniendo, constituía el límite a la acción del gobernante. Y así indica Marsilio que "el legislador o la causa eficiente primera y propia de la ley es el pueblo, o sea la totalidad de los ciudadanos, o la parte prevalente de él, por su elección y voluntad expresada de palabra en la asamblea general de los ciudadanos"¹⁸⁷. El paso trascendental del *Defensor Pacis* es, entonces, que hace derivar la sujeción del gobernante a la ley de la circunstancia de que la ley es obra de la soberanía¹⁸⁸ del Pueblo¹⁸⁹. He

desde el plano teórico. Vid., en este sentido, Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., p. 137.

¹⁸⁷ Marsilio DE PADUA, *El defensor...*, cit., Parte primera. Cap. XII. parágrafo 3, p. 54. El inciso del texto que hace referencia a la "parte prevalente" (*valentior pars*) ha movido a distintas interpretaciones sobre el concepto de democracia sostenido por Marsilio, en la sospecha de que, con él, se da entrada a la posibilidad de diferenciación cualitativa del voto. Sea esto así o responda simplemente a una concesión al contexto en que se escribe, ello no desmerece, a nuestro entender, el valor de la elaboración marsiliana, aun tomada con todas las precauciones. Vid., para lo que hace a las ideas que pudiera esconder la disyuntiva del paduano (*populus seu civium universitas*, aut *eius valentior pars*), Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., pp. 136-140; Jean Jacques CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, cit., vol. I., pp. 335-336.

¹⁸⁸ El concepto de soberanía que sostendrá J. Bodin, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos aquí, vendría preparado por la obra de Marsilio, una de cuyas

aquí el rasgo que, según venimos sosteniendo en el presente trabajo, sirve para distinguir entre formulaciones del principio de supremacía modernas y aquellas otras que, con independencia del tiempo en que se hayan formulado, no lo son tanto¹⁹⁰. La trascendencia de esta circunstancia se acentuaría de aceptar la idea de A. Passerin, conforme al cual el *legislator humanus* del que habla Marsilio es, antes que un legislador ordinario, una verdadera representación del Poder Constituyente del Pueblo¹⁹¹. A partir de la formulación de Marsilio, la justicia de la norma estará en que es

aportaciones originales estriba en la idea de unidad de la comunidad política. Cfr., en tal sentido, Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., pp. 157-158. A su vez, la proclamación del origen popular de la ley, la aportación más destacada de Marsilio, se habría visto favorecida por la formulación de J. de Salisbury, aunque en las concepciones de éste último nunca se llevase, como se ha visto, tan lejos el razonamiento. Vid., en este último sentido, Miguel Ángel LADERO, "Introducción", cit., p. 61.

¹⁸⁹ Importa señalar, en todo caso, que la senda abierta por Marsilio será seguida por G. de Ockham quien, también en el marco de la lucha entre el poder del papado y el del emperador, formula igualmente la tesis del origen popular del poder del emperador, razón por la cual considera a éste colocado en posición infinitamente superior a la que ocupa el Obispo de Roma. Cfr., en este sentido, Guillermo DE OCKHAM, *Sobre el gobierno tiránico del papa* (1339-1340), Tecnos, Madrid, 1992, Lib. III, Caps 6 a 8, pp. 109-115. Cfr., para todo lo que hace a las elaboraciones de G. de Ockham y a su relación con la obra de Marsilio y el contexto de la dialéctica poder civil *versus* poder terrenal del papado, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 211-212, nota 16.

¹⁹⁰ Esta modernidad del pensamiento del paduano ha sido resalataada, entre otros, por A. Passerin, en cuya opinión, "In questa affermazione democratica starebbe la vera novità di Marsilio e la chiave della straordinaria modernità del suo sistema". Vid. Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., p. 137.

¹⁹¹ Cfr., en tal sentido, Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., p. 140.

producto del deseo del Pueblo¹⁹², y ésta es la idea que presidirá la emergencia del principio de supremacía constitucional, tan férreamente vinculado al principio democrático cuando haga su entrada en la Historia de la mano de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de final del siglo XVIII. En este sentido, el pensamiento de Marsilio de Padua formaría parte del legado que el Estado Constitucional aceptará e incorporará a su acerbo jurídico-político¹⁹³.

¹⁹² En el decir de A. Passerin, "L'essenza dell'ordine politico, la sua giustificazione (...) sono ravvisate nell'attuazione di un principio non più trascendente e oggettivo di giustizia, ma soggettivo e arbitro nella scelta dei suoi fini, un principio cioè, che è volontà, libera creatrice volontà umana. In questa accentuazione dell'elemento soggettivo e voluntaristico è la vera chiave della posizione marsiliana". Vid. Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, "Rileggendo...", cit., p. 143. Cfr., con el mismo sentido, Antony BLACK, *El pensamiento...*, cit., p. 100; Salvador GINER, *Historia...*, cit., p. 155-156.

¹⁹³ Que esto sea así no desmiente el que la realidad de las cosas en el tiempo en que, por ejemplo, la obra de Marsilio de Padua ve la luz, distase mucho de aproximarse siquiera a las formulaciones, meramente teóricas entonces, de determinados autores que, por tanto, pueden considerarse avanzados. Como indica P. De Vega, a la realidad del contexto clásico y medieval son más aplicables los aforismos romanos sobre la libérrima voluntad del gobernante que las teorías sobre la existencia de unos principios inmutables que éste debiese respetar. Cfr., en este sentido, Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., pp. 403-404. En efecto, la doctrina del gobernante que actúa sin sometimiento a voluntad distinta de la propia tiene un rancio fundamento legal y doctrinal. Así el *Digesto* recogió la norma, que se impone a partir del Dominado, de que "Lo que plugo al príncipe tiene fuerza de ley". Vid. A D'ORS y otros (eds.), *El Digesto de Justiniano*, Tomo I. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968, Lib. I, Título IV, ley 1.^a, p. 58. Como indica J. Paricio, "Las expresiones *princeps legibus solutus* y *quod principi placuit legis habet vigorem* tienden a expresar un nuevo sentido absolutista del poder, que se coloca por encima del orden jurídico. Vid. Javier PARICIO, *Historia y fuentes del Derecho romano*, CEURA, Madrid, 1992, 2.^a ed. refundida, p. 167. Vid., también, Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO y Javier PARICIO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, CEURA, Madrid, 1995, pp. 151-152; Pablo FUENTESECA,

Conviene, en cualquier caso, poner de manifiesto cómo la apelación a la existencia de una supuesta norma universal, de validez general y anterior a cualquier Derecho, seguirá siendo una constante del pensamiento jurídico posterior al medievo y prerrevolucionario¹⁹⁴. Cabe hacer mención, en este sentido, a las teorías en torno a la existencia de unas leyes fundamentales del Reino que se formulan en Francia en el siglo XVI¹⁹⁵. Estas normas, de imprecisa concreción, obligarían, incluso, al monarca¹⁹⁶, constituyendo la parte más importante del Derecho público

Historia del Derecho romano, Europa Artes Gráficas, Madrid, 1987, p. 277. Con todo, los precedentes helenísticos no dejaban de surtir su efecto y el propio *Digesto*, en la ley citada, justifica la ilimitación del poder del príncipe en una transferencia a éste de su imperio por parte del pueblo.

¹⁹⁴ La cuestión viene, como no podía ser menos, de muy antiguo. Cicerón hace decir a Marco en uno de sus diálogos: "Para establecer el derecho, partamos de esta ley suprema que es común a todos los tiempos, precede a cualquier ley escrita y a la constitución de cualquier estado". Vid. Marco Tulio CICERÓN, "Sobre las leyes" (51. a. C.), en el vol. *Sobre la República. Sobre las leyes*, Tecnos, Madrid, 1986. Lib. I., p. 152. Vid., también, sobre idéntico particular Lib. I., pp. 162 y ss.

¹⁹⁵ Cfr., en relación con ello, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 37-38. De acuerdo con este autor, algunos de los *cahiers* que se redactaron para su presentación a los Estados Generales prerrevolucionarios contenían menciones a las violaciones de la "ley fundamental". Vid., en este sentido, p. 38.

¹⁹⁶ Cfr. Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 383 y ss. A la facultad de los *Parlements* franceses -auténticos tribunales- de examinar si la legislación contravenía las *lois fondamentales du royaume* se ha referido, entre otros, Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo...*, cit., pp. 38 y ss., quien da cuenta de la acción en tal sentido del *Parlement de París* en 1718, de donde se extraería la doctrina de la *heureuse impuissance* del rey, que limitaba la posibilidad de éste de emanar normas contrarias a las leyes fundamentales. Ni qué decir tiene que tales doctrinas carecieron de una virtualidad práctica suficiente como para poder sostener la sujeción del monarca al examen de los *Parlements*. Cfr., en este sentido, por todos, Pedro DE VEGA,

del reino, aunque con un alcance material muy reducido¹⁹⁷. El concepto gozó de cierta fortuna en su importación al Derecho inglés, en el que se hallan referencias al empleo de la expresión ya en tiempos de Enrique VIII y, posteriormente, se comienza a hablar del *Common Law* como "una expresión de derecho fundamental con primacía sobre las normas emanadas por el Consejo del rey y del Parlamento"¹⁹⁸. Ese *corpus* de Derecho no legislado¹⁹⁹ conoce en esta época y hasta la llegada de la Casa de

"Constitución y Democracia", cit., p. 71; "Supuestos...", cit., p. 403.

¹⁹⁷ Así, de acuerdo con M. García-Pelayo, las las leyes fundamentales del reino se contraerían tan sólo a la fijación del modo de "ejercicio y transmisión de la prerrogativa real". Vid. Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., p. 24.

¹⁹⁸ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...* cit., p. 23.

¹⁹⁹ El término *Common Law* conoce una multiplicidad de significados, que van desde su empleo para caracterizar al sistema jurídico británico -y de los países a que fue exportado- frente al sistema europeo continental, hasta su uso con el significado de compendio de Derecho no legislado, de origen generalmente incierto, antiguo y, por ello, comúnmente equivalente a consuetudinario, aunque, también, judicial, en la medida en que son las resoluciones de los órganos jurisdiccionales -en Inglaterra de todos ellos sólo desde la reforma judicial de 1873- las que vienen a reconocer efectividad práctica al *Common Law*. En cualquier caso, la extraordinaria fuerza que algunos autores predicaron del *Common Law*, no puede ser sostenida sin más hoy día, cuando la facultad de los jueces del Reino Unido para determinar la norma que resulta aplicable al caso de que conocen no va tan lejos como para poder negar la validez a una ley formal, bien que, por ejemplo, sí resulte posible hacerlo en Irlanda del Norte en relación con las leyes dictadas por su Parlamento, pero nunca con los *statutes* que proceden de Westminster. Cfr., en relación con todo ello y por todos, D. C. M. YARDLEY, *Introduction to British Constitutional Law*, Butterworths, Londres/Dublín/Edimburgo, 1990, 7.ª ed., pp. 62 y ss. y, en relación a Escocia, p. 43. Para lo que hace a la naturaleza peculiar del Derecho inglés, la figura del *Common Law* y de la *Equity* y otras especificidades del sistema jurídico de Inglaterra, cfr. Gustav RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milán, 1962; Carleton Kemp ALLEN, *Las fuentes del Derecho inglés*, Instituto de Estudios

Hannover, tras la *Glorious Revolution*, su más vasto desarrollo, favorecido por la dialéctica que enfrenta al rey y al Parlamento. Es en esta tumultuosa etapa de la Historia de Inglaterra cuando se realizan las formulaciones más originales en torno al *Common Law*, obra, entre otros, de los jueces Hobart, Finch y Coke²⁰⁰. No obstante, la afirmación de la supremacía de ese Derecho Común no sólo limitaba la prerrogativa regia, sino que ponía freno, también a la actuación libre del Parlamento²⁰¹, que pasaría a ser

Políticos, Madrid, 1969.

²⁰⁰ Cfr., para lo que se refiere a la labor jurisprudencial de estos y otros jueces en la formación del *Common Law*. Charles Grove HAINES. *The American Doctrine...*, cit., pp. 32 y ss.; Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo...*, cit., pp. 41 y ss.; Pablo LUCAS VERDÚ, "Estado de Derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo institucionales de su interrelación", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 33 (mayo-junio, 1983), pp. 29-30. Vid., también, Juan GARCÍA COTARELO, "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional", *Revista de Derecho Político/UNED*, n.º 33 (1991), pp. 41 y ss.

²⁰¹ Las fuerzas pro-parlamentarias y los defensores de la primacía del *Common Law* caminarían circunstancialmente unidos frente al monarca, en tanto que común enemigo. Ello no obstante, posturas como las del juez Coke se mostraban tan perniciosas para el rey como para el Parlamento, no en vano el razonamiento de Coke sostenía la superioridad del Derecho no legislado sobre los *statutes* que elaboraba el Parlamento. La situación se veía además favorecida por la naturaleza no exclusivamente legislativa sino también jurisdiccional del Parlamento inglés, que todavía se mantiene en parte hoy día. Vid. En relación con todo ello, Juan GARCÍA-COTARELO, "Los fundamentos...", cit., p. 41. No es, por ello, de extrañar, la decadencia del *Common Law* tras la ocupación por el Parlamento de la posición de centralidad en que se sitúa en la etapa que se abre a partir de la llegada de Guillermo de Orange, al triunfar la *Glorious Revolution* en 1688. Cfr., en relación con esta circunstancia, Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., p. 262. Interesa, en cualquier caso, señalar cómo, a partir de este momento al menos, la apelación al *Common Law* con pretensiones de fundar en él la capacidad judicial de invalidar leyes del Parlamento inglés se limitaba, exclusivamente, a afirmar tal poder

fiscalizable por los jueces para comprobar su adecuación al Derecho histórico inglés. Sin embargo, los acontecimientos de 1688 provocan que comience a tomar cuerpo en el Derecho Político inglés la idea de la supremacía parlamentaria que se consolidará durante el siglo XVIII, y que permitió afirmar a A. V. Dicey que "Parliamentary sovereignty is therefore an undoubted legal fact"²⁰², o a I. Jennings que, en Inglaterra, la "única Ley Fundamental es que el Parlamento es supremo"²⁰³. En cualquier caso, y pese al escaso éxito alcanzado por las tesis de Coke en la práctica inglesa posterior, no parece poder negarse que la *judicial review* traiga causa, también, de las elaboraciones en torno al *Common Law* en Inglaterra²⁰⁴ que, cuanto menos, preparan el camino a la aparición de

únicamente en relación con las leyes que contuviesen un objeto o finalidad de imposible cumplimiento. Cfr., en tal sentido, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 35-36 y, en general, para lo que hace a la recepción de las teorías de Coke como factor concurrente en la aparición de la *judicial review o legislation* en los Estados Unidos, pp. 222-227.

²⁰² Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution* (1885), Macmillan Press Ltd., Houndmills, Basingstoke, Hampshire y Londres, 1959, 10.^a ed., p. 68. Vid., también, en relación con la soberanía parlamentaria de Westminster, circunstancia no negada por la existencia de algunos límites externos a su acción, pp. 37-85.

²⁰³ Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Londres, 1938, p. 64, citado por Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., p. 280.

²⁰⁴ Aunque no puede establecerse una identificación total entre el *Common Law* británico y la concepción americana del mismo, y así, "for Englishmen in the eighteenth century the common law was a much more complete and dynamic thing than it was for the colonists (...) For many colonists the common law had been frozen at the time of the initial migrations in the seventeenth century (...) any

aquella en los Estados Unidos²⁰⁵, a pesar de la distancia, no principalmente temporal, entre ambas realidades²⁰⁶.

Importa, en todo caso, señalar, cómo la búsqueda de una superior *Lex Fundamentalis* ocupa a buena parte de los estudiosos de esta

decision [se refiere a los precedentes ingleses] after that date might be ignored as not relevant to American conditions (...) The common law was identified for American more than for Englishmen with right reason or natural justice". Vid. Gordon S. WOOD, "The origins...", cit., p. 1.294.

²⁰⁵ En este sentido J. Pérez Royo ha señalado cómo la afirmación de la capacidad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* no es sino el punto de llegada de un proceso de constatación de la existencia de límites al ejercicio del poder que se abre en Inglaterra con la Revolución Gloriosa. Ello no obstante, como el mismo autor pone de relieve, no será, precisamente, en la metrópoli donde se planteen los condicionantes que acaben por culminar el proceso. Vid. Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 27-28. En relación con la *judicial review* como técnica en buena medida tributaria del sistema del *Common Law*, cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado social...*", cit., p. 247. Apunta J. García-Cotarelo cómo la distinción, nacida en Inglaterra, entre *Common Law* y *Statute Law* constituye una de las aportaciones conceptuales más influyentes de la tradición del Derecho inglés al sistema de revisión judicial de la constitucionalidad norteamericano. Para este autor, en todo caso, la causa de la exclusión del control judicial de las leyes en Inglaterra "obedece a lo innecesario que sería un instrumento jurídico-político, cuya finalidad es la capacidad reformadora de los legislativos, en un orden constitucional en que dicho control se opera por mecanismos que afectan a la propia edificación del órgano". Vid. Juan GARCÍA-COTARELO, "Los fundamentos...", cit., p. 55.

²⁰⁶ Que esto sea así se justifica porque, como se ha señalado repetidamente, los puntos de que se parte son cualitativamente distintos. Cfr., con el mismo sentido, Edward S. CORWIN, "*Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review*", en el vol. *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, cit., pp. 28-29.

época²⁰⁷, hasta convertirse en uno de los más recurrentes asuntos de los tratadistas del Derecho natural²⁰⁸. En esta línea cabría inscribir, entre otras, la obra de Juan Altusio²⁰⁹, que afirma la naturaleza limitada del ejercicio de funciones públicas, de forma similar a cómo, casi dos siglos más tarde, se teorizará sobre los poderes del representante²¹⁰, aunque esos límites aparezcan todavía, como no podía ser de otra forma,

²⁰⁷ Cfr., remarcando la relación entre esta tarea y el nacimiento de la *judicial review*, Pablo LUCAS VERDÚ, "Estado de Derecho y justicia constitucional...", cit., pp. 24-27.

²⁰⁸ Cfr. Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 387-388.

²⁰⁹ Cfr. Juan ALTUSIO, *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

²¹⁰ Y así afirma que "Se transfiere a esos administradores y rectores por los miembros de la universal consociación la sola potestad, según leyes justas de administrar y regir el cuerpo y los derechos de esta universal consociación, pero la propiedad de estos derechos y la superioridad de ningún modo la tienen tales gobernadores, sino que permanecen ellos en poder del cuerpo de esta consociación política", o que la potestad de administrar "está ligada al bienestar y salud de los súbditos con ciertos límites, a saber, las leyes del Decálogo, y circunscrita por el juicio de la consociación universal, no infinita y absoluta" o, finalmente, que "exceden estos administradores los límites (...) cuando prohíben o mandan algo que no puede hacerse u omitirse sin que se viole la santa caridad (...) [o] buscan la utilidad propia o privada, no la común de la consociación universal". Vid. Juan ALTUSIO, *La política...*, cit., Cap. XVIII, párrafos 28-29, 40 y 42, pp. 199, 201 y 202, respectivamente. Algunos años más tarde J. Harrington teorizará igualmente acerca de la necesidad de establecer un gobierno, que él denomina "*de jure*", en el que primen las leyes sobre los hombres y se logre, de esta forma, el bien común. Esta forma de organización de la comunidad política se contrapondría al gobierno "*de facto*", en el que son unos pocos hombres los que, en interés de sí y de los suyos, hacen las leyes. Cfr. James HARRINGTON, *La república de Océana* (1656), Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 49-50.

estrechamente vinculados a la supremacía de la ley divina²¹¹. Alrededor de ciento cincuenta años más tarde aparece el tratado de Emer De Vattel sobre el Derecho Internacional²¹², en el que se establece la distinción entre ley fundamental y ley ordinaria²¹³ y se identifica la ley natural con el contrato social, formado por el asenso unánime de los ciudadanos²¹⁴.

²¹¹ J. Altusio propondrá la creación de un cuerpo de individuos (los éforos, cuya denominación toma de Esparta) cuya misión será, precisamente la de controlar la transgresión de tales límites por parte de los administradores. Los éforos, dirá J. Altusio, "someten al rey o supremo magistrado a la ley y a la justicia, y constituyen la ley o Dios, como Señor o emperador". Vid. Juan ALTUSIO, *La política...*, cit., Cap. XVIII, párrafo 51, pp. 204-205. Sobre la institución de los éforos vid., en general, mismo Cap., párrafos 48 a 124, pp. 204-225. Vid., en relación con la formulación de J. Altusio, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 20-26.

²¹² Cfr. Emer DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1959. Lib. I., Cap. III, parágrafo 34, p. 44. Cfr., en relación con el significado de la aportación de E. De Vattel, Pablo LUCAS VERDÚ, "Estado de Derecho y justicia constitucional...", cit., p. 33. Cfr., de igual modo, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 40 y ss. Destaca, en cualquier caso, este último autor cómo los apologetas de la *judicial review* acostumbran a mencionar el texto de E. De Vattel entre las obras que fundamentan esta doctrina, olvidando, al hacerlo, que E. De Vattel no confía la defensa de la Constitución a ningún Poder del Estado en particular, sino al propio Pueblo. Vid., en este sentido, *loc. ult. cit.*, p. 43.

²¹³ Elaboración cuya pretensión era aportar estabilidad a la "Constitución", con el objeto de impedir la posibilidad de modificación por parte del monarca de las normas que regulaban el ejercicio de su poder. Cfr., en este sentido, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 189.

²¹⁴ Cfr., en este sentido, Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., p. 388. En relación con la importancia del pensamiento de E. De Vattel en el desarrollo posterior de las teorías acerca de la naturaleza suprema de la Constitución y la consiguiente limitación de la acción del gobernante en las colonias de las que surgirán los Estados Unidos de América, cfr. Edward S. CORWIN, "Marbury v. Madison and the doctrine...", cit., p. 20. Con idéntico sentido, vid. Juan GARCÍA-COTARELO, "Los

En este mismo orden de consideraciones, merece citarse la aportación de J. Locke²¹⁵ al fortalecimiento de la idea de existencia de unos ciertos principios inviolables por el Poder Legislativo²¹⁶. Sobre la fundamentación de lockiana planea su propia justificación del Estado, la que está en la base de la concepción liberal. Ya hemos tenido ocasión de señalar aquí cómo, de acuerdo con J. Locke, la existencia del Estado se explica en cuanto que éste es el medio para la consecución del fin más elevado a que aspira el individuo y por el que consiente en reunirse para formar la comunidad política, que no es otro que la conservación de su libertad y propiedad. Por eso el filósofo de Wrington no dudará en conceder al Pueblo la facultad de deponer al Legislativo que haya utilizado torticeramente las facultades con las que se le investió cuando fue instituido²¹⁷ y, en todo caso, en calificar de tiranía el ejercicio de funciones públicas ejecutado con desobediencia de la ley²¹⁸.

fundamentos...", cit., p. 37.

²¹⁵ Con relación a las aportaciones de J. Locke y su repercusión en los territorios americanos, vid. Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor...*, cit., pp. 37-55.

²¹⁶ Esto es así incluso cuando, como sucede con la obra del filósofo inglés, se predica la centralidad del Poder Legislativo en el conjunto de los poderes del Estado. Cfr., en este último sentido, John LOCKE, *Ensayo...*, cit., por ejemplo, p. 113.

²¹⁷ Cfr. John LOCKE, *Ensayo...*, cit., pp. 113-114.

²¹⁸ Cfr. John LOCKE, *Ensayo...*, cit., pp. 152 y ss.

Cierto es, sin embargo, que lo recurrente del concepto *Lex Fundamentalis* no determinó una correlativa clarificación en la identificación de los preceptos que habrían de componer esa norma. El propio Th. Hobbes se dolía de esta circunstancia cuando afirmaba que "Existe todavía otra distinción de las leyes, en *fundamentales* y *no fundamentales*; pero nunca pude comprender, en ningún autor, qué se entiende por ley fundamental"²¹⁹. En todo caso, para Th. Hobbes²²⁰, la ley fundamental vendría a coincidir con las normas que identifican al Estado, en la medida en que su desaparición implicaría la del Estado mismo, concepto que se aproxima bastante una idea laxa de Constitución en tanto que norma que regula la organización del Estado²²¹.

²¹⁹ Thomas HOBBS. *Leviatán* (1651), Fondo de Cultura Económica. México, 1984, 2.^a ed., 2.^a reimpr., Parte II, Cap. 26, p. 236. Cfr., en relación con ello, Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 404; "Constitución y Democracia", cit., p. 71. Apunta G. Jellinek en referencia a este fragmento del *Leviatán* que aparece por vez primera en la edición inglesa de la obra, pero no así en la que se había impreso en latín. Vid. Georg JELLINEK. *Teoría...*, cit., p. 384. Si la adición esconde alguna circunstancia destacable es algo que desconocemos.

²²⁰ En este sentido afirma que "Se entiende por ley fundamental, en un Estado, aquella en virtud de la cual, cuando la ley se suprime, el Estado decae y queda totalmente arruinado (...) ley fundamental es aquella por la cual los súbditos están obligados a mantener cualquier poder que se dé al soberano (...) sin el cual el Estado no puede subsistir". Vid. Thomas HOBBS, *Leviatán*, cit., Parte II, Cap. 26, pp. 236-237.

²²¹ Vid., para lo que hace a la influencia de las elaboraciones en torno a la ley fundamental sobre el pensamiento jurídico de las colonias que darían lugar a los Estados Unidos, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 38 y ss.; Javier RUIPÉREZ, "Una cuestión nuclear...", cit., pp. 13-15.

Debemos, para finalizar, hacer mención a la propuesta teórica que, en relación a la necesidad de control del poder, realizó J. J. Rousseau. Podría, en principio, resultar llamativa la existencia de una propuesta de estos caracteres en las exposiciones de un autor que, como se sabe, pasa por ser el principal teórico de las formas de democracia directa y, por esto, como ya se ha tenido ocasión de reflejar aquí, incompatible con fórmulas de control de la acción del gobernante. Lo paradójico de la situación se aclara considerablemente si se repara en el tipo de institución que teorizó el ginebrino. Decimos esto porque cuando, por ejemplo, en el *Contrato social*²²², J. J. Rousseau propone la formación de un tribunalado, lo que está procurando no es sino la formación de un cuerpo cuya finalidad principal es la vigilancia de la correcta relación entre quien da las leyes y quien las aplica. Esto es, el tribunalado rousseauiano modera las relaciones entre el soberano (Legislativo) y príncipe (Ejecutivo) y protege a uno frente al otro²²³.

²²² Cfr. Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social...*, cit., Lib. IV, Cap. V, pp. 122-123.

²²³ Vid., en relación con la propuesta del tribunalado en el *Contrato social*, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 30.

No se trata, por tanto, de una institución que, protegiendo la Constitución, salvaguarde la suprema voluntad del Pueblo, sino de un mecanismo de control y relación entre poderes. No habiendo tampoco, en principio, grandes dificultades para encajar la institución en el marco del pensamiento del teórico de la democracia de la identidad. Bien que, por otra parte, tampoco pueda ser considerada su propuesta como una formulación verdaderamente moderna, directamente conectada con los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución que surgirán en el marco del Estado Constitucional.

La preocupación de J. J. Rousseau se trasluce, igualmente, en las obras posteriores²²⁴, pero su punto de mira parece seguir siendo la preocupación por el control entre poderes. Existe, no obstante, un asunto al que presta particular atención el ginebrino en sus escritos del que sí resulta posible concluir una cierta influencia en las formulaciones posteriores sobre los órganos de control de constitucionalidad. Nos estamos refiriendo al intento de evitar el exceso de poder en las mismas instituciones que tienen encomendada la función de control²²⁵. Esta

²²⁴ Cfr. Jean Jacques ROUSSEAU, "Consideraciones...", cit., pp. 78 y ss.

²²⁵ Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 32.

inquietud, que obsesiona a J. J. Rousseau a partir de la observación de experiencias pasadas (los éforos en Esparta, el tribunado en Roma y el consejo de diez en Venecia), es resuelta mediante la formación de órganos colegiados no excesivamente numerosos y no permanentes. Por ello puede afirmar que "El tribunado se debilita, como el gobierno, por la multiplicación de sus miembros (...) El mejor medio de prevenir las usurpaciones de tan temible cuerpo (...) sería que ese cuerpo no fuese permanente"²²⁶.

Tal vez fuese posible una ampliación, incluso considerable, de la nómina de referencias a inveteradas formulaciones más o menos conectadas con el principio de supremacía constitucional. No era, en todo caso y como ya hemos indicado, nuestra intención ser exhaustivos en este ámbito. La causa de ello, que creemos ya puede constatarse ahora, está en la distinta razón que animó, con las muy honrosas salvedades que se han señalado, la mayoría de las viejas disquisiciones en torno a la limitación del poder de los gobernantes y a las instituciones de control que garantizarían la no contravención de tales límites. Estas formulaciones adolecen del basamento que, en un marco constitucional, correctamente entendido al

²²⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social...*, cit., p. 123.

menos, tienen. La clave, en este marco, está en que "Por exigencia del principio democrático, el principio de soberanía popular se transforma en la fórmula jurídica (no exenta de una clara fundamentación sociopolítica) de la supremacía constitucional"²²⁷. Por eso consideramos que no falta razón al Prof. J. Ruipérez cuando, en relación con los orígenes del concepto moderno de Constitución, afirma que "los mismos [antecedentes], aunque ciertamente importantes, no dejaron de ser meras formulaciones teóricas y, en cualquier caso, supuestos aislados que únicamente cobrarán auténtica entidad y realidad histórica mucho tiempo después"²²⁸. Estas consideraciones son, en nuestra opinión, plenamente trasladables, *mutatis mutandis*, al problema que nos ha ocupado en las páginas precedentes.

3) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA SEPARACIÓN ENTRE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES NORTEAMERICANA Y EUROPEA

"La Asamblea Nacional (...) habiendo sido llamada para establecer la Constitución del reino (...) Acuerda que todos los miembros

²²⁷ Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II., cit., pp. 33-34.

²²⁸ Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., p. 31.

de esta Asamblea prestarán al instante juramento de no separarse nunca (...) hasta que la Constitución del reino sea establecida y afirmada sobre sólidas bases"²²⁹. Este fragmento representa, a nuestro entender, el comienzo, para la Europa continental, del Estado Constitucional. El juramento de la sala del juego de pelota, en Versailles, supone el rechazo por parte del tercer estado de las formalidades en que se basaba la reunión de los Estados Generales y, con ello, su transformación, de fracción de una Cámara estamental propia del Antiguo Régimen, en una auténtica Asamblea que, conforme a las exigencias del principio democrático, ejerce el Poder Constituyente del Pueblo francés²³⁰. Por su parte, en los Estados Unidos, donde, como se ha adelantado, ya se contaba con una tradición democrática anterior a la propia Unión²³¹, la plasmación de ese Poder Constituyente

²²⁹ Extracto del "juramento del juego de pelota" (20 de junio de 1789) que puede verse, por ejemplo, en Ana MARTÍNEZ ARANCÓN (comp.), *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 3-4.

²³⁰ Cfr., en relación con este proceso, Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 394-395.

²³¹ Tradición a la que ya nos hemos referido en el curso de la presente Memoria y que está en la base de las Constituciones de los Estados que, al unirse, dieron lugar a la Unión. El asentamiento de los colonos en los territorios dependientes de la metrópoli había conocido ya momentos de cierta plasmación del principio democrático. No puede olvidarse que, como señalan, entre otros, G. Jellinek o P. De Vega, muchas comunidades de colonos procedieron a redactar sus primeros documentos de gobierno sobre los mismos presupuestos democráticos que habían presidido la redacción de las cartas fundacionales de sus comunidades religiosas. Este es el proceso por el que el *covenant* se convierte de pacto de vinculación religiosa en verdadero pacto político. Esto es, como, entre otros, señala Georg

del Pueblo americano había tenido lugar mediante la aprobación del Texto de Filadelfia y su posterior ratificación, coetánea al surgimiento del fenómeno revolucionario en Francia.

Así pues, es en el ocaso del siglo XVIII cuando, de manera en principio definitiva, se ponen las bases para la formulación de técnicas de defensa de la Constitución que vengan impuestas por la afirmación del principio democrático, en el que descansa la condición de norma jurídica suprema del Código Constitucional. Como indican, con absoluta claridad, J. Barthélemy y P. Duez, "Les constitutions écrites et rigides n'apparaissent qu'à a l'extrême fin du XVIII^e siècle; leur naissance et leur progrès sont étroitement liés à l'apparition et au développement du principe

Jellinek, lo que sucedió con el pacto suscrito por los puritanos (*Pilgrinfathers*) que viajaban a bordo del buque *Mayflower*, el 11 de noviembre de 1620. Cfr., en este sentido, Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 384-385 y, en relación a las primeras manifestaciones del ejercicio del Poder Constituyente en los territorios americanos, pp. 383-393. En otros casos, la Cartas de fundación de las colonias tenían su origen en concesiones, del monarca británico o del señor que, por encargo de la corona, administrase el territorio, a los habitantes. Hay ya, sin embargo, un cierto germen democrático en estos documentos en el momento en que son elaborados. lo que justificará el que dichos documentos continúen rigiendo en Estados como Pennsylvania, Connecticut o Rhode Island, con la novación que supone la Declaración de Independencia, a partir de 1776. Cfr., al respecto, Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., p. 67; "Supuestos...", cit., p. 397; *La reforma...*, cit., pp. 29-32.

democratique; et l'histoire vérifie ainsi cette proposition que *la suprématie de la constitution est un idée propre à la démocratie organisée*"²³².

En las páginas que siguen vamos a detenernos brevemente en lo acontecido en estos dos primeros Estados Constitucionales, que funcionarán como paradigma del nuevo modo de entender las relaciones políticas que impone la revolución burguesa. El análisis que realizaremos nos pondrá en la pista de nuestro objeto de atención en los Capítulos sucesivos del presente trabajo, cuando, partiendo del conocimiento de los precedentes americano y francés, profundicemos en el desarrollo de esta problemática en la experiencia española.

Una consideración preliminar debe realizarse. Por más que, como nadie duda, el Estado Constitucional se perfiló, en su evolución, con trazos distintos a ambos lados del Atlántico, no es menos cierto que sus presupuestos de partida resultan coincidentes²³³. En efecto, las dos experiencias revolucionarias se apoyan, de manera fundamental, sobre el principio democrático, que resulta trascendental en la medida en que se

²³² Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 188.

²³³ Cfr., para todo lo que sigue, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 203 y ss; Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., 43 y ss.

presenta como verdadero motor de todo el proceso de cambio en las bases de la legitimidad del poder político. El democrático es, desde la revolución burguesa, el nuevo principio de legitimidad²³⁴, la regla de oro que el gobernante debe cumplir para no ser considerado un detentador del poder que ejerce. Los movimientos revolucionarios americano y francés, pero especialmente el segundo -donde el enfrentamiento con el principio de legitimidad anterior resulta mucho más evidente-, representan la pérdida de funcionalidad legitimadora del ejercicio del poder conforme al principio aristo-monárquico y su sustitución por el principio democrático²³⁵ que es, junto con la supremacía constitucional, la verdadera clave de bóveda del Estado Constitucional²³⁶.

²³⁴ Por principios de legitimidad debe entenderse, con G. Ferrero, las "justificaciones del Poder, esto es, explicaciones que los gobernantes dan a los gobernados acerca de las razones en que pretenden fundamentar su derecho a mandar, y, ello porque entre todas las desigualdades humanas, ninguna tiene tanta necesidad de justificarse, de explicarse ante la razón, como la desigualdad que se deriva del fenómeno del Poder, del hecho de la dominación de unos hombres por otros hombres". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 30.

²³⁵ Este proceso de sustitución, en el contexto de la Francia revolucionaria, es descrito con una ciertamente impresionante clarividencia por Guglielmo FERRERO. *El Poder...*, cit., pp. 56-106.

²³⁶ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 15.

Cierto es, desde luego, que la afirmación del principio democrático en una y otra experiencia constitucional presenta caracteres patricularizados²³⁷, lo que no desmiente, a nuestro entender, la coincidencia en la creencia de que el principio legitimador del poder político era, en ambos casos, el depósito que de éste había hecho el Pueblo en sus representantes²³⁸. Esta afirmación unánime de la democraticidad

²³⁷ Cfr., en relación con ello y por todos, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 230 y ss. Sobre la pista de la separación futura entre las dos tradiciones pondría ya el análisis del debate en las respectivas Asambleas Constituyentes. Cfr., en este sentido, John ELSTER, "Limiting majority rule: the alternatives to judicial review in the revolutionary epoch", en Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, La Haya, 1995, p. 4, quien resalta la disimilitud entre los temas tratados en las Convenciones y, cuando coinciden, la diferente importancia que se les concede.

²³⁸ Baste, para nosotros, con recordar ahora los términos, ya expuestos, en que están redactados, por ejemplo, la Declaración de independencia o el Preámbulo de la Constitución de Filadelfia, por una parte, y el art. 1.º del Título III de la Constitución francesa de 1791, por otra. El texto francés puede consultarse, por ejemplo, en Pierre PACTET, *Textes de droit constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et jurisprudence, París, 1994, 3.ª ed. puesta al día y completada, pp. 165-186. Ya sea con la fórmula de soberanía nacional, ya con la de soberanía popular, lo cierto es que, en todos estos documentos, se trata de la afirmación de la existencia de un poder supremo de libre conformación de la comunidad política que asiste al Pueblo. Por eso, en la Francia de 1791, el Texto Constitucional puede presentarse, al igual que en la experiencia americana, como el resultado del ejercicio del Poder Constituyente democrático, "la constitution proprement dite est acte de volonté émanat des représentants du peuple français". Vid. Bernard TRICOT, Raphaël HADAS-LEBEL y David KESSLER, *Les institutions politiques françaises*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques & Dalloz, París, 1995, p. 37. La cuestión se revela especialmente trascendente en el supuesto francés, donde la circunstancia de que la fundación del nuevo régimen político no funde, al mismo tiempo, la Nación, no supone, al menos desde la consideración de los principios, la claudicación frente a la situación preexistente. Así, por ejemplo, la existencia de la monarquía, una imposición histórica que el régimen constitucional debe acomodar, adquiere una significación peculiar, que le viene conferida por la nueva legitimidad

de los movimientos revolucionarios habría de tener su traducción en el terreno que le es propio de organización de los medios de defensa jurídica del orden constitucional.

En efecto, si, como venimos sosteniendo, el principio de supremacía constitucional se construye, en las manifestaciones modernas del mismo, como una consecuencia del principio democrático, no podrá extrañar la circunstancia de que las dos grandes primeras revoluciones anuden a la afirmación democrática la consecuencia del carácter supremo del Texto Constitucional. Esa primera manifestación de la naturaleza superior de las Constituciones americana y francesa vendrá de la mano de la adopción de procedimientos especiales para su modificación²³⁹, que, según ya se ha señalado, convierten a los Códigos Constitucionales, al

que se le confiere. Ésta ya no procede de la herencia dinástica o de los avatares de la historia, sino de la suprema voluntad del Pueblo que, en el peor de los casos, decide consentir en la continuidad de una institución que existía en el pasado. Cfr., en relación con esto, Philippe BRAUD y François BURDEAU, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, Montchrestien, París, 1992, 2.^a ed., pp. 54-56. Claro que, como tendremos ocasión de reflejar más adelante, esta claridad en la formulación teórica tiene un alcance limitado, en la medida en que, en efecto, la monarquía *lastrada* del *Ancien Régime* acabará por determinar una peculiar dirección en el desarrollo del régimen político galo.

²³⁹ Sobre la regulación americana de este extremo, vid., con carácter general, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor...*, cit., pp. 104-118.

menos desde un punto de vista teórico²⁴⁰, en las normas supremas. Esto es lo que sucede en los Estados Unidos por mor de la introducción en el artículo V del Texto de Filadelfia²⁴¹ de la disposición sobre el modo en que han de efectuarse las enmiendas a la Constitución²⁴². El Texto

²⁴⁰ Cfr., amén de las referencias que, sobre este mismo particular, ya se han señalado a lo largo del presente trabajo, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., pp. 184 y ss. y 192 y ss.

²⁴¹ En la regulación del procedimiento de reforma en las Constituciones estatales, entendiéndose que ésta eleva a la Constitución a la categoría de norma suprema, habría influido, de igual modo, la recepción de las varias tradiciones en torno a la existencia de una *lex fundamentalis*. Con idéntico propósito, la Constitución de la Unión habría recogido la institución de la rigidez. Cfr., en tal sentido, Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto Giuridico della R. Università, Turín, 1931, p. 27.

²⁴² El conocido art. V de la Carta de Filadelfia estableció un procedimiento para la reforma de ésta en el que la iniciativa correspondía a las dos terceras partes de ambas Cámaras o a las legislaturas de los dos tercios de los Estados. El efecto de la puesta en marcha del *amending process* era la convocatoria de una convención que elaboraría el texto de la enmienda para que éste fuera ratificado por las legislaturas de tres cuartos de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en el mismo porcentaje de Estados, a elección del Congreso. La regulación refleja claramente la transición que se ha operado en la Convención de Filadelfia. La aceptación del Texto Constitucional de 1787 implicaba -implicó, de hecho- la transformación de los preexistentes Estados de sujetos soberanos reunidos en una Confederación, en Estados miembros de un único Estado Federal, al que ceden, entre otras atribuciones propias de la cualidad estatal, toda su subjetividad internacional. La modificación de los Artículos de la Confederación, en tanto que verdadero pacto entre Estados libres e independientes, quedaba protegida por la exigencia de la unanimidad entre todos ellos. Sin embargo, la Constitución del Estado Federal sólo requerirá una mayoría cualificada. Además, la oposición a una modificación constitucional no lleva ya aparejado el derecho de separarse libremente de la Federación ya constituida, circunstancia que, en el marco confederal, venía avalada por la plena aplicabilidad a aquel supuesto de la cláusula *rebus sic stantibus*, inoperante ahora. Se trata, en cualquier caso, de una de las aportaciones originales que realiza el Constituyente de Filadelfia y que se transmitirá a todas los Estados Federales que, de una u otra suerte, tienen en los Estados Unidos un primer y casi

francés de 1791, por su parte, dedicará su Título VII a idéntica finalidad²⁴³. Este paralelismo trasluce la coincidencia en los presupuestos de partida del orden constitucional y, señaladamente, en la idea de que la Constitución es la obra de un poder superior al resto de poderes

inexcusable punto de referencia. Cfr., en tal sentido, James BRYCE, *Constituciones...*, cit., pp. 72 y 119-120. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 121-122 y ss. Charles DURAND, *Les États Fédéraux. Etude de Droit Constitutionnel Positif*, Sirey, París, 1930, pp. 239-240 y 283-284. Antonio LA PERGOLA, *Residui...*, cit., pp. 192-193. Javier RUIPÉREZ, "La reforma...", cit., *passim*: *La protección...*, cit., pp. 88-89 y 92-94; "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 215-222, nota 23, donde se da cuenta de las implicaciones del tránsito de la unanimidad a la mayoría cualificada. En relación con el procedimiento de reforma del Texto americano en general, cfr., por todos, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 19-38. Que la introducción del art. V en la Constitución de Filadelfia sirvió para elevar a ésta a la condición de norma suprema es confirmado por el Prof. J. Pérez Royo cuando afirma que la reforma constitucional en los Estados Unidos adquiere su significación más plena como "instrumento de institucionalización del poder constituyente originario del pueblo y de la supremacía de la Constitución" (*loc. ult. cit.*, p. 23).

²⁴³ El citado Título, dividido en ocho artículos, comenzaba declarando el derecho que asistía a la Nación de mejorar su Texto Constitucional con las modificaciones que el tiempo venga demostrando convenientes, siempre que tales modificaciones se llevaran a término conforme el propio Texto establecía. La iniciativa de reforma correspondía a una voluntad de reforma reiterada por tres legislaturas, formándose, en la cuarta, una Asamblea de Revisión unicameral, de composición distinta a la Asamblea Nacional. En la parte final de la Constitución de 1791 se reiteraba, de algún modo, la exigencia de que las modificaciones del Texto se canalizasen a través del procedimiento del Título VII, al indicarse que ninguno de los poderes establecidos por la Constitución tenía derecho de variarla, ni en todo ni en parte, salvo mediante los trámites procedimentales recogidos en la misma Constitución. De este procedimiento afirma A. Blondel que "cette rigidité allait même jusque'à une immutabilité temporaire, mais absolue (...). Ainsi, dès notre première constitution écrite, nous voyons une distinction très nette entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 158, vid, también, pp. 159 y ss.

constituidos del Estado, derivación directa del principio democrático²⁴⁴, y que su establecimiento equivale al sometimiento de todas las autoridades del Estado Constitucional a la norma de la que derivan sus poderes²⁴⁵.

Que esto fuese así no determinó, sin embargo y como se sabe, la adopción inmediata en los dos primeros Estados Constitucionales de los mecanismos de control que resultan necesarios para el examen del respeto al límite a la acción de los poderes constituidos que sus dos Constituciones establecían. Es en este terreno en el que las experiencias americana y francesa de imposición del Estado Constitucional comienzan a separarse²⁴⁶ y, lo que resulta más importante a los efectos de la presente Memoria, esa evolución en el constitucionalismo francés acabará por convertirse en el modelo seguido por el Estado Constitucional en el continente europeo. En las páginas que siguen intentaremos pergeñar las causas que explican estas tempranas divergencias en la medida en que

²⁴⁴ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...* cit., pp. 43-45.

²⁴⁵ También esto es predicable, por sorprendente que pueda parecer, de lo que se extrae de los principios que inspiran la primera Constitución francesa. Por ello se ha podido afirmar, con referencia a dicho Texto, que "cet acte est une construction juridique qui s'impose non seulement aux citoyens mais aussi à toutes les autorités qu'elle institue". Vid. Bernard TRICOT, Raphaël HADAS-LEBEL y David KESSLER, *Les institutions...*, cit., p. 37.

²⁴⁶ Cfr. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 205-206.

puedan resultar esclarecedoras en lo que hace a la adopción de mecanismos de defensa de la Constitución en nuestra propia experiencia constitucional.

4) *LA AFIRMACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS*

Como es de sobra conocido, el Constituyente de Filadelfia no estableció de modo expreso, junto a la rigidez, ningún otro mecanismo de salvaguardia del Texto Fundamental. El artículo V se vio, únicamente, completado por una declaración en la sección 2.^a del artículo VI que elevaba a la Constitución -entre otras disposiciones- a la condición de "supreme Law of the Land"²⁴⁷. Así las cosas, la supremacía constitucional parecía estar especialmente inclinada hacia la observancia de la Constitución Federal por los Estados miembros, pero, salvo la admonición genérica a las autoridades judiciales estatales, del puro examen de los preceptos constitucionales no resultaba -ni resulta hoy día- posible

²⁴⁷ La dicción literal de la citada sección del art. VI tenía el siguiente tenor: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".

concluir la existencia de algún mecanismo acabado de control de la conformidad constitucional de la actuación de los poderes constituidos.

La necesidad de proceder a arbitrar algún modelo de control de constitucionalidad no era, sin embargo, desconocida en los Estados Unidos. La difusión de las doctrinas que postulaban la limitación de la acción de los gobernantes y su control por los jueces, circunstancia a que ya nos hemos referido, en unión de diversas peculiaridades propias de la Unión americana, habían determinado la formación de un debate, a nivel estatal primero y en el marco federal más adelante, en torno a esta cuestión. Por más que no nos sea dado, en este trabajo, profundizar en todas las concausas que dieron lugar al surgimiento de la *judicial review of legislation* como institución original de los Estados Unidos, sí parece conveniente, al menos, dar cuenta de los argumentos que se adujeron entonces para lograr imponer la práctica de deferir al Poder Judicial el control sobre la acción del resto de poderes constituidos.

En cualquier caso, el problema del control de la acción de los poderes constituidos, en especial de las Asambleas representativas, ya había conocido un primer capítulo en la etapa pre-federal. El período previo a la

independencia de la metrópoli se había caracterizado por un enorme activismo judicial²⁴⁸, propiciado por la extrema complejidad del sistema legal de las colonias, que reclamaba una continua adaptación de las normas a las peculiaridades locales. Entre los colonos, en este tiempo, se extendió la creencia en la bondad de la acción de las Asambleas representativas como el medio más eficaz de clarificación de su sistema legal y, sin embargo, las circunstancias acabaron por determinar el fracaso de esta tentativa y el correlativo refortalecimiento de la posición de los jueces con respecto al Parlamento.

Ya acaecida la independencia, el proceso de judicialización había comenzado. Como relata G. S. Wood, "The Americans' earlier trust in their democratically-elected assemblies, based on generations of colonial experience, was suddenly shattered. Many Americans now concluded that their state legislatures (...) were not only incapable of simplifying and codifying the law but, even more alarming, had become the greatest threat to minority rights and individual liberties and the principal source of

²⁴⁸ De hecho, este activismo pudo contribuir al deseo de fijar en normas estables y ciertas los límites a la acción del Poder Judicial. Y así, "the colonists developed a profound fear of judicial independence and discretion; and consequently they repeatedly sought to limit their judges with written charters and to get their legislatures to correct and amend court-administered law". Vid. Gordon S. WOOD, "The origins...", cit., p. 1.301.

injustice in the society"²⁴⁹. La década de los ochenta del siglo XVIII marcaría, entonces, el verdadero punto de inicio²⁵⁰ de la práctica norteamericana de confiar a los jueces el control de constitucionalidad de la legislación.

En cierto modo como consecuencia de ese nuevo temor a los cuerpos representativos, en varios Estados -como Pennsylvania²⁵¹, Vermont²⁵² o Nueva York²⁵³- se establecieron instituciones de control

²⁴⁹ Gordon S. WOOD, "The origins...", cit., p. 1.304.

²⁵⁰ La tesis, a la que ya hemos hecho alusión más atrás en estas mismas páginas, se resume en los términos siguientes: los orígenes de la *judicial review* "lay not in the decisions of the Supreme Court, or in the statements of the founding fathers, or even in the ideas of the American Revolution. (...) [sino en] the first century and a half of American history. There in our colonial past is the real formative period of American legal history". Vid. Gordon S. WOOD, "The origins...", cit., p. 1.307. La raíz profundamente americana de la institución quedaría así, en opinión del autor citado, claramente demostrada.

²⁵¹ La Constitución de Pennsylvania de 1681-82 ya había creado un cuerpo de control, los *Conseversors of the Charter*. La Constitución de ese mismo Estado de 1776, que sirvió de modelo a las de Vermont y Nueva York del año siguiente, introduciría el *Council of Censors*. Cfr. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 73-78; Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 36-39. Los *Conseversors of the Charter* serían, en opinión de C. Schmitt, herederos directos de las formulaciones de J. Harrington en su *Oceana*, vid. Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 27-28.

²⁵² Art. 44 de la Constitución de 1777. Cfr. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 78-82.

²⁵³ El *Council of Revision* neoyorkino, creado por el art. III de su Constitución de 1777, estaba compuesto por el Gobernador del Estado, el Canciller y los jueces

de las Asambleas. En ocasiones se trataba de colegios compuestas por miembros de los propios Parlamentos y, en otros casos, como en Nueva York, de los tres *branches*. La importancia de estos Consejos, con independencia de los perfiles de su actividad, radica en su valor como instancias que contribuyeron a la extensión de la idea de que la Constitución -la del Estado, en ese momento- era una ley superior, una *paramount law* como diría J. Marshall en 1803, que el Legislativo no podía contradecir. Por otra parte, y ya como actividad propiamente judicial, los pasos previos más importantes a la adopción de la *judicial review* de las leyes federales, están representados por los precedentes de inaplicación de leyes estatales por jueces de los Estados²⁵⁴. Casos como "Holmes v. Walton" (Nueva Jersey, 1780), "Rutgers v. Waddington" (Nueva York, 1784) o "Bayard v. Singleton" (Carolina del Norte, 1787), que se resuelve coincidiendo con la reunión de los delegados estatales en Filadelfia, vienen a poner de manifiesto la plena actualidad de la controversia y, lo que es

del Tribunal Supremo. Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 42-43; Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 82-86.

²⁵⁴ Cfr., en relación con esto y por todos, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 88-121, donde se contiene el comentario particularizado de cada uno de estos casos.

más importante, a nuestro juicio, abonan la idea de que el silencio del Texto Federal al respecto fue una operación calculada²⁵⁵.

No vamos a intentar aventurar aquí, dado que sólo tangencialmente importa a nuestro objeto de interés, los entresijos de las posiciones de los delegados estatales en Filadelfia²⁵⁶. Baste, en todo caso, con señalar que el asunto de la necesidad de limitación del poder del Congreso fue objeto de debate, en el que se llegó a proponer la creación de un Consejo de Revisión al uso del existente en la Constitución de Nueva York²⁵⁷.

²⁵⁵ De cualquier forma, ya hemos tenido ocasión de reflejar aquí cómo A. Hamilton, en el n.º XXXIII de *El Federalista*, ya había advertido de la innecesariedad de una cláusula constitucional que estableciese la fuerza de obligar de la Constitución, pues ésta se infería de la propia naturaleza de ésta. Cfr., sosteniendo la idea de que la ausencia de previsión expresa en el Texto Constitucional sobre el ejercicio de la *judicial review* se debió al deseo de no despertar recelos en los defensores de los derechos de los Estados, Mareva MARCUS, "The Founding Fathers, *Marbury v. Madison*- And So What?", en Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice...*, cit., pp. 24-25.

²⁵⁶ En todo caso, este trabajo ya fue realizado, con un detalle y acierto para nosotros inalcanzable, por Charles A. BEARD, *The Supreme Court and the Constitution*. The Macmillan Company, Nueva York, 1912, pp. 15-67, donde se relatan las posiciones de los delegados en Filadelfia en torno a la *judicial review*, aunque ésta, como tal, nunca fue objeto de debate en la Asamblea. El estudio destaca que de los 25 miembros más activos de la Convención, 17 eran partidarios de la institución (*loc. ult. cit.*, pp. 16-17).

²⁵⁷ Nos estamos refiriendo al "Plan Randolph" o "Plan Virginia", presentado por primera vez el 4 de junio de 1787 y que volverá a los debates en varias ocasiones durante la Convención. En él se proponía el control de la legislación estatal, por medio del Congreso Federal, y de la federal, a través de un Consejo en el tomarían

Dos son, a nuestro modo de ver, las razones más importantes de cuantas coadyuvaron²⁵⁸ a la introducción de la capacidad de someter a control la acción de los gobernantes en los Estados Unidos: por una parte, la afirmación democrática de su régimen político²⁵⁹; por otra, su carácter federal. Éstas son, al menos, las que, a nuestro juicio, más pudieron influir ya no sólo en la adopción, sino también en la

parte miembros del Poder Ejecutivo y del Judicial de la Federación. Vid., en este sentido, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 127-128; Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 43-45.

²⁵⁸ Tal vez la opinión más ponderada en relación con la aparición del control judicial de la constitucionalidad en Estados Unidos sea la de considerarla como el fruto de la concurrencia de varias causas que, con mayor o menor peso según el momento a que nos refiramos, se acabaron traduciendo en la más significativa característica del proceso político americano. Al respecto refiere Ch. G. Haines una lista de hasta un total de diez doctrinas que, a su juicio, influyeron en la aparición de la *judicial review*, a alguna de las cuales, como las doctrinas de Coke o la idea de *lex fundamentalis*, ya hemos tenido ocasión de hacer mención aquí. Cfr., en este sentido, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 206 y ss. Consideración aparte merece la interpretación de la *judicial review* como un instrumento más al servicio de los intereses económicos que arroparon el desarrollo de los Estados Unidos desde la era colonial. Cfr., en este sentido y por todos, Charles A. BEARD, *The Supreme Court...* cit., pp. 74 y ss. Conviene, en este sentido, recordar que "The makers of the federal Constitution represented the solid, conservative, commercial and financial interests of the country" (*loc. ult. cit.*, p. 75).

²⁵⁹ Conforme a ello se sostendría la creencia de que "The people (...) established in the constitution written limitations upon the legislature; these limitations and the constitutions are superior to any legislative act". Vid. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., p. 68. Es decir, con la adopción del control de constitucionalidad se extraerían todas las consecuencias del "fondamentale principio che le costituzioni, incarnazioni della volontà permanente del popolo, debbono essere difese contro ogni violazione operata dalle leggi ordinarie, che di quella volontà non sono che le transeunti manifestazioni". Vid. Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche...*, cit., p. 69.

consolidación y evolución de la función judicial de control de constitucionalidad y, lo que reviste una mayor trascendencia, se presentan, además, aun hoy día, como los más sólidos argumentos en favor de su mantenimiento.

En efecto, ya hemos tenido ocasión de reflejar cómo la objetivización de la voluntad soberana del Pueblo en el Texto Constitucional había permitido a A. Hamilton la elaboración de un argumento de lógica irreprochable que explicita en el n.º LXXVIII de *El Federalista*²⁶⁰, y del que, según todos los indicios²⁶¹, tomó directamente

²⁶⁰ La popularización de este pasaje es indudable, así como la utilidad que, mucho más allá del concreto fin para el que fue compuesto, rindió al establecimiento del control judicial de constitucionalidad en un ingente número de Estados Constitucionales. A. Hamilton fue, en ese sentido, "The most effective advocate of the developing American ideas on judicial review (...). His opinion formulated in the seventy-eight number of *The Federalist*, is the clearest presentation of the doctrine of a written constitution as a superior enactment, the preservation of which rests primarily with the judges". Vid. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., p. 137.

²⁶¹ Y así, en opinión de Ch. G. Haines, "The indebtedness of Chief Justice Marshall to Hamilton is evident in his opinion in the case of *Marbury v. Madison*". Vid. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., p. 140. Que la sentencia tenga un marcado sabor iusnaturalista, de raíz lockiana, puede deberse, en todo caso, a ésta directa influencia o a inspiración propia. Vid, en relación con el iusnaturalismo como doctrina fundamental en la sentencia del *Mandamus case*, Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche...*, cit., p. 53. En relación con la labor desarrollada por el famoso *Chief Justice* del Tribunal Supremo Americano, cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, "La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)", en el vol. *Escritos de Derecho Político*, cit., tomo II, pp. 769-838, en especial, en relación con *Marbury v. Madison*, pp. 787 y ss. Cabe decir, en cualquier caso, que la vinculación personal de John Marshall y -a través suyo, de la jurisprudencia del

et juez J. Marshall los fundamentos para la elaboración de la célebrima sentencia del caso "Marbury v. Madison"²⁶². No podemos detenernos

Tribunal Supremo de los Estados Unidos- a los comentarios a la Constitución de A. Hamilton, J. Madison y J. Jay no fue exclusiva del caso que comentamos. Constituye hoy un postulado de general aceptación en la práctica ante el Tribunal Supremo norteamericano, la autoridad que confiere a un argumento procesal la circunstancia de poder respaldarse con una cita de *El Federalista*. El propio John Marshall -y esta vez aludiendo expresamente a la fuente- hizo uso de los comentarios de Publio a la Constitución en, entre otras, la sentencia del caso *McCulloch v. Maryland* (1819) -otro de los hitos de la labor jurisprudencial de John Marshall-, donde escribe, "By referring to *The Federalist*, the great champion of the constitution..." y, después de haber transcrito un párrafo entero de la obra, "Under such assurances from those who made, who recommended, and carried, the constitution, and who were supposed best to understand it...". El texto íntegro de la sentencia, por ejemplo, en Joan BISKUPIC y Elder WITT, *Congressional Quarterly's Guide to the U. S. Supreme Court*, Congressional Quarterly Inc., Washington, D. C., 1996, 3.^a ed., vol II, pp. 993-1.016, vid. p. 998. Vid., remarcando la importancia de los artículos periodísticos que componen la obra de Publio en la jurisprudencia americana, Gustavo R. VELASCO, "Prólogo" a *El Federalista*, cit., p. X y la bibliografía allí citada.

²⁶² La sentencia -al menos sus extractos más notables- puede encontrarse en recopilaciones diversas e, incluso en obras monográficas sobre la *judicial review* o sobre el Tribunal Supremo norteamericano. Nosotros nos remitimos a la consulta de Joan BISKUPIC y Elder WITT, *Congressional Quarterly's Guide to the U. S. Supreme Court*, cit., vol. II, pp. 985-992. Las más trascendentales afirmaciones de John Marshall ["That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected (...) The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed (...) the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act (...) The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law (...) So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case (...) the court must determine which of these conflicting rules governs the case"], pp. 991-992. En todo caso, un relato claro y certeramente fechado de la evolución de este caso puede verse en la misma obra, pero vol. I, pp. 9-10. En general, sobre el modo

aquí en la complejidad que esta operación de residenciación de la función de control de constitucionalidad en la judicatura encierra. Ya hemos tenido ocasión, en todo caso, de hacer referencia alguna de las cuestiones de indudable trascendencia que la defensa de la Constitución por la judicatura plantea. Por más que la extrema importancia de este asunto nos haya de obligar a volver sobre él más adelante, interesa poner ya ahora de manifiesto que la adopción de este modelo no fue, ni mucho menos, una cuestión pacífica. Antes al contrario, la progresiva afirmación de la capacidad de los jueces para practicar el examen de la constitucionalidad de las leyes federales -de la que la sentencia de "Marbury v. Madison" no es más que la punta del iceberg- estuvo rodeada de una intensa polémica. Con el transcurso del tiempo ha llegado, incluso, a proclamarse que esta capacidad de los jueces americanos se muestra como la más notable característica de las que definen el régimen político de los Estados Unidos y, sin embargo, ello no empece el que siga constituyendo un caballo de batalla de juristas y también de políticos. Bien es cierto que, como quizá no pudiese ser de otro modo, hoy día -y desde hace tiempo ya- las discusiones que la *judicial review* plantea no giran tanto en torno a la licitud de su establecimiento como a los límites de su ejercicio. Pero ello

de funcionamiento del Tribunal Supremo norteamericano en sus primeros tiempos. vid. pp. 1-30.

no obsta para que, al menos periódicamente, la profundización en un debate que tiene como centro, por ejemplo, la adopción de una u otra fórmula interpretativa del Texto Constitucional, acabe reclamando el posicionamiento de sus mantenedores en relación con la existencia o inexistencia de una intención -cuanto menos- en los *Founding Fathers* de depositar en el juez la defensa del Código Constitucional por ellos aprobado²⁶³.

Baste, en todo caso, por el momento, con dejar sentado cómo, a raíz de la introducción de tal competencia, la Constitución norteamericana quedaba convertida definitivamente en el cuerpo de Derecho de mayor rango en toda la Unión, cuya transgresión, incluso cuando procediese del Congreso Federal, llevaba aparejado un vicio de nulidad descubrible por los jueces.

Pero, si el principio democrático contenía el fundamento racional más claro de la imposibilidad de transgresión de la Constitución por los poderes constituidos, no es menos cierto que existía en los Estados

²⁶³ En relación con todo esto, cfr., por todos, Charles Grove HAINES. *The American Doctrine...*, cit., *passim*.

Unidos otra razón, de enorme peso²⁶⁴, que reclamaba la adopción de alguna fórmula de verificación del respeto a la Constitución. Esta razón no es otra que la naturaleza federal del Estado que surge de la Carta de Filadelfia²⁶⁵. En efecto, como ya se ha indicado aquí, la Constitución de

²⁶⁴ Nos estamos refiriendo, como ya anunciamos más arriba, a la condición federal de la República norteamericana. La existencia del fenómeno federal en orden a favorecer la aparición de la *judicial review* es un argumento aducido por la práctica totalidad de los autores que se han aproximado a considerar el origen de esta práctica del sistema jurídico-político americano. No es menos cierto, sin embargo, que la importancia concedida a la naturaleza federal de la Unión en la aparición de la revisión judicial de la constitucionalidad varía de un autor a otro. Vid., entre los que aminoran la significación del federalismo en este proceso, por ejemplo, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 9, en cuya opinión, las razones aducidas por los partidarios de la introducción de la *judicial review*, partían de consideraciones generales, como la apelación a la supremacía derivada de la rigidez. La posibilidad de trasposición de estas consideraciones al marco de Estados Constitucionales Unitarios vendría a confirmar la necesidad de disminuir la trascendencia del federalismo en la explicación del fenómeno. Importa señalar, en cualquier caso, que, si bien es verdad que los fundamentos teóricos de la supremacía constitucional -y, entonces, la necesidad de que exista una institución que afirme la supremacía en la práctica- se fundan en circunstancias aplicables a Estados tanto Federales como Unitarios -así, el principio democrático-, no es menos cierto que el federalismo, por razones que veremos a continuación, multiplica los efectos que principios como el democrático tienen en orden a la exigencia de la supremacía constitucional. Otra cosa es que, desde luego, cuando de lo que se trata es de defender la aparición de una práctica que, cuanto menos en una primera aproximación, puede considerarse antidemocrática, las motivaciones que se expliciten se relacionen con circunstancias distintas, y más elevadas, que la forma federal de Estado. Pero ello no obsta, a nuestro entender, para considerar que, en la mente de quienes protagonizaron la introducción de la *judicial review*, la finalidad perseguida -explícita o no- fuese la de arbitrar, como señala P. De Vega, "un simple recurso técnico para dar coherencia y unidad jurídica a un sistema federal". Vid. Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 413. A lo largo de la presente Memoria tendremos ocasión de comprobar esta circunstancia a través del estudio de lo sucedido en la propia experiencia española.

²⁶⁵ La idea de creación de un Tribunal común para todos los Estados había tenido una primera formulación en la etapa confederal, con la propuesta de G. Washington de creación de un Comité de Apelaciones del Congreso para materias

17 de septiembre de 1787 convertía la Unión Confederal norteamericana en un verdadero Estado Federal, el primero, como se sabe, de la Historia. Se hacía coincidir así la aparición del Estado Constitucional con la del Estado Federal²⁶⁶, mezclándose, también, las técnicas propias de cada uno de ellos en el modelo final resultante. Este último aspecto adquiere particular importancia en lo que hace a la afirmación práctica del principio de supremacía constitucional. Piénsese, en este sentido, que si el principio democrático en que se funda el Estado Constitucional reclamaba, como derivación, la afirmación del carácter de *Lex Superior* de la norma constitucional, esta exigencia se verá reforzada como consecuencia de que el Estado Constitucional norteamericano se configurase como Estado Federal o, de preferirse esta terminología, políticamente descentralizado²⁶⁷.

del interés común de los Estados. Cfr. Charles Grove HAINES. *The American Doctrine...*, cit., pp. 124-126.

²⁶⁶ Cfr., en relación con la coincidencia en la aparición de federalismo y constitucionalismo, Carl Joachim FRIEDRICH, *Gobierno Constitucional...*, cit., vol. I, p. 381.

²⁶⁷ Para todo lo que hace al uso correcto -y, entonces, sinonímico- de la fórmula "Estado Federal" y "Estado políticamente descentralizado", cfr., por todos, Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 13-99; "Sobre la naturaleza...", cit., *passim*: *La protección...*, cit., pp. 11-74. A los efectos del presente trabajo -desde la plena asunción de los postulados en que se fundamentan las obras citadas- todo Estado Constitucional que cuente, entre sus principios definidores, el federal, o de autonomía, y que disponga de algún mecanismo de protección de dicho principio, así como la garantía de la existencia y subsistencia política de la organización

Esto es así en la medida en que, como se ha puesto de manifiesto reiteradas veces²⁶⁸, la Constitución del Estado Federal tiene entre sus misiones fundamentales la de proceder a la positivización del reparto de competencias entre los distintos centros autónomos de decisión política que en su seno conviven. El Estado Federal se configura, así, como un tipo particular de Estado Constitucional en el que una de las manifestaciones del principio liberal, la división de poderes²⁶⁹, conoce

política central y las organizaciones políticas regionales, tendrá la consideración de Estado Federal o, lo que es lo mismo, políticamente descentralizado, con independencia, desde luego, de cuál haya sido el origen histórico de su formación. Tan federal sería, entonces, la Unión norteamericana como la II República española, el Estado italiano o nuestro actual "Estado de las Autonomías".

²⁶⁸ Cfr. Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 190, para quienes "L'objet essentiel de la Constitution fédérale" no es otro que el de proceder al reparto de poderes entre las distintas colectividades territoriales en que aparece dividido el Estado Federal; Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., p. 45, en cuya opinión "es misión prioritaria y, si no se quiere que la Ley Fundamental acabe disolviéndose en una absoluta dinámica que, a la postre, al incapacitarse para encauzar la vida de la Comunidad, ineludible del Poder Constituyente federal el fijar en el Texto la delimitación de competencias entre la Federación y los miembros".

²⁶⁹ Cfr., para lo que hace a la consideración del reparto competencial entre los distintos centros autónomos de decisión política en que se divide el Estado Federal como una forma de división de poderes, Carl Joachim FRIEDRICH, *Gobierno Constitucional...*, cit., tomo I, p. 391; *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 638. Antonio LA PERGOLA, "El Estado Federal atenuado: descentralización del Estado Unitario y autonomía regional. 2. La técnica de la autonomía...", cit., p. 320. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., p. 70. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 56; *La reforma del Estatuto...*, cit., p. 112.

una doble plasmación práctica²⁷⁰. En primer lugar, como en cualquier Estado Constitucional sucede, el poder se divide horizontalmente, por lo general en la tríade clásica (Legislativo, Ejecutivo, Judicial), pero, además, las Federaciones duplican esa inicial división al repartir nuevamente cada uno de esos Poderes -o, al menos, alguno o algunos de ellos²⁷¹- entre la

²⁷⁰ Cabría añadir, en relación con este mismo asunto, que esto es así en la medida en que, con el establecimiento de instancias político-territoriales distintas, lo que primariamente se persigue no es sino la procura del máximo de libertad individual, el auténtico *leit motiv*, como se sabe, del principio liberal. El federalismo se presenta, desde esta perspectiva, como una técnica de libertad, un artificio cuya función es potenciar la garantía de la libertad de los ciudadanos, en este caso a través de la instauración de instancias de poder desconcentradas, en tanto que independientes. Otra cosa es que, desde luego, el federalismo como técnica sirva, además, para la satisfacción de demandas políticas de índole distinta a las que subyacen al principio liberal, circunstancia que no desmiente su primigenia significación. Cfr., en este sentido y por todos, Carl Joachim FRIEDRICH, *El hombre...* cit., p. 636. En todo caso, habremos de volver sobre este asunto en capítulos posteriores, al hilo de la reflexión sobre las experiencias republicanas españolas.

²⁷¹ Entiéndase esta afirmación en el sentido de que, en ocasiones, es posible encontrar Estados Federales en los que no todos los poderes aparecen divididos verticalmente y, en particular, en que el Poder Judicial es único. Paradigmático ejemplo de esta circunstancia es el Estado español del presente en el que, como de todos es sabido, la Constitución no permitió la creación de un Poder Judicial propio en cada Comunidad Autónoma (así, art. 149.1.5.^ª), sin perjuicio de la creación -generalizada más tarde- de un órgano judicial de nueva planta -el Tribunal Superior de Justicia- que culmina, como indica el art. 152.1, párrafo segundo, "la organización judicial [que es única] en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma". Que la existencia o inexistencia de un Poder Judicial en los miembros nada añade a la substancia federal de un Estado concreto se explica tomando en consideración que -como ya se ha señalado- son otros los motivos que inducen a conceder o denegar la naturaleza federal a una formación política estatal. Que esto sea posible deriva de que, también en los Estados Federales en que los miembros no cuentan con un Poder Judicial diferenciado del Poder Judicial federal, se verifica el cumplimiento de la finalidad para la que las judicaturas de los miembros son establecidas. En efecto, la razón que explica la existencia de un Poder Judicial en los centros de decisión política democrática y legítima no es otra que la necesidad

organización política central y las colectividades miembros. La Constitución Federal asignará, a cada uno de esas instancias de decisión política, un haz de facultades sobre las que ejercer, en la terminología de G. Jellinek²⁷², su "poder originario de mando". La distribución de competencias cobra así una extraordinaria importancia de la que derivará, a la postre, la acentuación de las exigencias de supremacía constitucional que se derivaban ya del principio democrático.

de dar cumplimiento al Derecho que esta entidad territorial crea. La producción autónoma de normas, capacidad que las Constituciones Federales reconocen a los miembros, lleva aparejada la institucionalización de mecanismos de aplicación del Derecho propio de éstos. Así podría afirmarse, aunque esto no sea -por razones en las que no podemos entrar ahora-, del todo exacto, que los jueces federales aseguran el cumplimiento del Derecho de la Federación y los estatales hacen lo propio con el Derecho de los miembros. Sin embargo, nada hay en la esencia del Estado Federal que obligue a conseguir esa finalidad por este camino. Esto es, de lo que se trata es de asegurar algún medio de aplicación, de cumplimiento, del ordenamiento de los miembros, pero, cumplida esta finalidad, la condición federal de un Estado no se desmiente porque el mecanismo empleado para asegurarla difiera de la creación de un Poder Judicial en los miembros. Por seguir con el ejemplo que proporciona el supuesto español actual, el cumplimiento de una norma autonómica está asegurado por los órganos jurisdiccionales del Estado español, en la medida en que éstos están obligados por todo el ordenamiento, lo que incluye a los Estatutos de Autonomía -que el Estado "reconocerá y amparará como parte de su ordenamiento jurídico", en la dicción del art. 147.1- y a las normas de las Comunidades Autónomas dictadas de conformidad con ellos. Vid., en relación con esta circunstancia en el supuesto español del presente, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 239-282.

²⁷² Cfr. Georg JELLINEK, *Fragmentos de Estado* (1896), Civitas, Madrid, 1981, p. 56.

Planteadas de este modo la esencia de la Constitución Federal, lógico resulta que todas las instituciones que se refieran a su mantenimiento y al modo de hacer variaciones en ella cobren excepcional importancia. No es, por ello casual que fuese precisamente el Constituyente de Filadelfia el introductor en el Estado Constitucional de la técnica de la reforma constitucional²⁷³. La trascendencia que, en cualquier Estado Constitucional, alcanzan las instituciones de garantía de la Constitución adquiere una significación aun mayor cuando ese Estado es, además, un Estado Federal²⁷⁴. Como, entre nosotros, ha escrito el Prof. J. Ruipérez, los institutos de defensa del orden constitucional en el Estado Federal, concretados, fundamentalmente, en la técnica de la rigidez y en el control de constitucionalidad, "pasan de ser unos meros instrumentos de garantía

²⁷³ De hecho, como entre otros viera A. V. Dicey, la naturaleza rígida del Texto Constitucional Federal es una condición *sine quae non* de esta forma de Estado. "The constitution [señala] must be (...) a <<rigid>> or <<inexpansive>> constitution (...) must be either legally immutable, or else capable of being changed only by some authority above and beyond the ordinary legislative bodies, whether federal or state legislatures, existing under the constitution". Vid. Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law...*, cit., pp. 146-147.

²⁷⁴ Cfr. Albert Ven DICEY, *An Introduction to the Study of the law...*, cit, p. 152; Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., p. 287; Charles Durand, *Les États...*, cit., pp. 239-240.

a transformarse en elementos estructurales básicos de este tipo de Estados"²⁷⁵.

La razón de que esto sea así es fácilmente comprensible. Piénsese que en el Estado políticamente descentralizado la Constitución -el reparto de poderes entre Federación y Estados miembros- debe estar al abrigo de las eventuales contravenciones de dos poderes constituidos territorialmente diferenciados. Ahora, la violación, por medio de una ley, de la norma constitucional puede residenciarse tanto en el Legislativo federal cuanto en cada uno de los legislativos de los miembros. Se hace, entonces, necesario el establecimiento de mecanismos que impidan a las Asambleas, centrales y regionales, irrogarse la posición de soberano²⁷⁶.

²⁷⁵ Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 235. Cfr., en el mismo sentido, Antonio LA PERGOLA, *Residui << contrattualitistici >>...*, cit., pp. 192-193.

²⁷⁶ De hecho, la idea de un Parlamento soberano es incompatible con el federalismo. Como indica A. V. Dicey, "legislative sovereignty would be inconsistent with the aim of federalism, namely, the permanent division between the spheres of the national government and of the several States". Vid. Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law...*, cit., p. 148. Ejemplificando con el supuesto de la Unión norteamericana, señala este autor que si el Congreso pudiese modificar libremente lo establecido en la Constitución, "the Union would cease to be a federal state, and would become a unitarian republic" y, que si lo propio fuese lícito que lo hiciesen los Estados, "the United States would sink from a nation into a collection of independent countries". Esto es, precisamente, lo que caracteriza al Estado políticamente descentralizado, "The tendency of federalism to limit on every side the action of government (...) forms the essential distinction between a federal system (...) and a unitarian system" (*loc ult. cit.*, p. 155). Lo que, en último término, se desprende de ello es el absoluto acierto de las teorías que encuentran en

Esto fue lo que aconteció tras la conversión de la Confederación norteamericana en un único Estado Federal. El Texto de Filadelfia introduce la primera garantía para su subsistencia, a que ya nos hemos referido, a través del procedimiento de reforma²⁷⁷, en el que, como característica común en los Estados Federales²⁷⁸, se incorpora la participación de los entes territoriales²⁷⁹.

la existencia de mecanismos constitucionales de garantía de la subsistencia política de los diversos entes territoriales la nota definitoria de la forma federal de Estado, con independencia de otras variables, tales como el origen de la unión o el nivel competencial de los miembros. Cfr., en este sentido y por todos, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., *passim*, pero particularmente, pp. 61 y ss.

²⁷⁷ Donde reside, como hemos afirmado repetidamente en las páginas anteriores, la distinción entre ley fundamental y ley ordinaria y, por consiguiente, donde se consagra la naturaleza limitada de la institución parlamentaria, tanto federal cuanto estatal. Cfr., en relación a este efecto de la rigidez, Albert Ven DICEY, *An Introduction to the Study of the Law...*, cit., pp. 91 y ss.

²⁷⁸ En relación a la participación de los entes político-territoriales en el procedimiento de reforma de la Constitución de los Estados Federales como característica común a este tipo de Estados, aunque tal regla contenga alguna destacada excepción, cfr., por todos, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 83 y ss. y, en general, 75-117.

²⁷⁹ Esta circunstancia condujo a A. V. Dicey a la conclusión de que el procedimiento de reforma de la Constitución de los Estados Unidos quedaba, en cierto modo, apartado del propio Texto y que con él se residenciaba la soberanía en tres cuartos de los Estados, los que, en última instancia, debían decidir sobre la pertinencia de acometer el *amending process*. Vid. Albert Venn DICEY, *An Introduction to the Study of the Law...*, cit., pp. 148-149. Más ecléctico, tal vez calculadamente, se muestra J. Madison en el n.º XXXIX de *El Federalista*, donde afirma que la Constitución "en lo referente a la autoridad para reformarla (...) no es totalmente nacional ni totalmente federal". Vid. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º XXXIX, p. 163. La razón que para esta argumentación se aduce no es otra que la necesaria participación de las dos instancias de poder político territorialmente diferenciadas en el *amending process*. En cualquier caso, desde la perspectiva de la clarificación de los conceptos, habría

El primer efecto, entonces, de la desaparición de la Confederación y el correlativo surgimiento de la Unión como un único Estado fue la residenciación de la Constitución Federal en la posición más elevada del sistema de fuentes, tanto en relación a la organización política central cuanto en lo que se refiere a los miembros. Y, en relación con éstos, tanto en lo que hace a sus leyes ordinarias cuanto en lo que toca a sus Constituciones²⁸⁰. Esto es, desde la ratificación del Texto de Filadelfia, "the States have no outstanding rights against the Constitution, that their rights with respect to the Constitution were defined in it"²⁸¹. Esta circunstancia, no siempre tenida en cuenta fuera de los Estados Unidos²⁸², acabará por favorecer la ampliación del significado literal del

que señalar que, más que otra cosa, la participación de los miembros en la modificación de la Constitución Federal se establece en tanto que garantía de su subsistencia política, toda vez que es en ese Texto donde está definido, o al menos pergeñado, el *status* que a los Estados -y *viceversa*, a la Federación- corresponde. Cfr., en relación con este último asunto, por todos, JAVIER RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 75-99.

²⁸⁰ Como señala E. S. Corwin, "The truth is that, in the estimation of the men of 1787, the establishment of the Constitution was an act of popular revolution, which not only overturned the Articles of Confederation, but broke through the State constitutions also as essential points". Vid. Edward S. CORWIN, "We, the people", cit., p. 84.

²⁸¹ Edward S. CORWIN, "We, the people", cit., p. 100.

²⁸² Nos estamos refiriendo a la recurrente alusión a la existencia de "capacidad constituyente" de los miembros como característica propia de los Estados Federales, que serviría para distinguirlos de otras formas político-estatales descentralizadas (los llamados Estados "Regionales"). Vid., en este sentido y por todos, el reciente trabajo de Francisco LÓPEZ RUIZ, "Los conceptos de <<todo>> y <<parte>>

artículo VI.2 que, como ya hemos señalado, únicamente contemplaba la obligación de los jueces estatales²⁸³ de negar validez a cualquier norma

aplicados al estudio de los Estados compuestos". *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 49 (enero-abril, 1997), pp. 145-167, pero, particularmente, pp. 146-151. Esta distinción parte de la idea de que, en la medida en que redactan sus Constituciones particulares con absoluta independencia de la organización política central, los Estados miembros de las Federaciones -y no así las Regiones y, tampoco, las Comunidades Autónomas- ejercen un poder libérrimo de autonormación en el más alto lugar de su ordenamiento propio. Según este modo de razonar, entre los ordenamientos de los miembros y los de la Federación las relaciones que se establecen desconocen el principio de jerarquía, rigiéndose exclusivamente por el principio de competencia. Esto, resultaría particularmente claro, se dice, en casos como el de los Estados americanos que contaban con una Constitución con anterioridad a 1787. Y, sin embargo, este razonamiento no resulta de recibo. Con independencia de que la Federación participe o no en el proceso de elaboración de la Constitución de un Estado miembro de un Estado Federal, con independencia de que esa Constitución exista antes de proclamarse la Constitución Federal, con independencia de que la Constitución Federal explicita limitaciones a los -futuros- redactores de las Cartas Fundamentales de los miembros, es decir, en todos los casos posibles, la Constitución Federal es el único documento de gobierno del que, en el marco de un Estado Federal, se puede predicar la nota de la supremacía. Esto es, el Poder Constituyente, como poder omnímodo, ilimitado en el contenido de su voluntad, en las Federaciones, sólo es el que aprueba la Constitución Federal. Las Constituciones particulares de los Estados, ya sean anteriores, coetáneas o posteriores a la Ley Fundamental de la Federación, están subordinadas a ésta. Por tanto, establecer diferencias insoslayables entre Estados políticamente descentralizados atendiendo a la existencia o inexistencia de Poder Constituyente en los miembros carece, pura y simplemente, de sentido. Y lo que acabamos de reflejar en relación al significado de la aparición de la Constitución de Filadelfia no es sino una buena prueba de ello. Cfr., para constatar esta afirmación, por todos, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 42-55, de donde extraigo todas las ideas en que se fundamenta la anterior reflexión.

²⁸³ En 1825 el juez Gibson, del Tribunal Supremo de Pennsylvania, en su *dissenting opinion* a la sentencia del caso *Eakin v. Raub*, interpretó este precepto en el sentido de que con él los Estados habían plasmado su cesión de soberanía a la Unión Federal que la Constitución de 1787 creaba, vid., al respecto, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., p. 275. Para una explicación de la funcionalidad originaria de la *supremacy clause* del Texto de Filadelfia, vid. George ANASTAPLO, *The Constitution...*, cit., pp. 199-200, quien, en todo caso, considera que la facultad de control de constitucionalidad pertenecería, por esto mismo,

de sus respectivos Estados que se opusiese a la Constitución Federal y a las leyes dictadas y los tratados celebrados de acuerdo con ésta²⁸⁴.

Pero, además de la necesidad de ejercer el control que afectaba primariamente a los jueces estatales sobre normas también estatales, la circunstancia de que fuese en la Constitución Federal donde se recogiese el reparto de poderes, es decir, el legítimo derecho de los Estados de ejercer competencias sobre una materia, obligaba a examinar, de igual modo, la legislación emanada por el Congreso federal²⁸⁵. Se reclamaba,

únicamente a los jueces estatales, vid., en este sentido, pp. 200-201.

²⁸⁴ Conviene, además, recordar cómo la comprobación de la adecuación de la legislación estatal a la Constitución del Estado había de implicar, necesariamente, el examen de constitucionalidad atendiendo al Texto Federal. Que esto hubiese de ser así se explica por la consideración del Derecho estatal como un conjunto de normas cuya vigencia sólo se explica en tanto que se mantenga en armonía con la Constitución Federal. Como indicó C. Schmitt, "Un tribunal federal que falle sobre las cuestiones constitucionales suscitadas dentro de los Estados federados, es, al mismo tiempo, protector de la Constitución federal y de la del Territorio respectivo. Particularmente es defensor de la homogeneidad constitucional que es inherente a toda Confederación. En ninguna Confederación o estructura federal se puede considerar la Constitución de uno de los Estados miembros independientemente de la Constitución del Estado federal". Vid. Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 105. Lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, si ese Tribunal, que resuelve cuestiones constitucionales suscitadas con relación a la Constitución del Estado federado, es un órgano jurisdiccional del mismo Estado. Cfr., en este sentido y por todos, Javier RUIPÉREZ, "Sobre la naturaleza...", cit., p. 92.

²⁸⁵ Este era el doble perfil de dos caras de la institución, "judicial review is a two-edged sword: it restraints national power but it also sanctions it". Vid. Edward S. CORWIN, "The Establishment of Judicial Review. II", *Michigan Law Review*, vol. IX, n.º 4 (febrero, 1911), p. 294. Es decir, el control sobre la dinámica del proceso federal quedaría desde 1803 residenciado principalmente en la *Supreme Court*, pero

como una necesidad del sistema, que existiese una instancia que estuviese capacitada para controlar la no vulneración del reparto competencial constitucionalizado y, dado que esa eventual transgresión de la Constitución podía provenir tanto de la legislación estatal cuanto de las leyes federales²⁸⁶, éstas últimas debían formar parte, necesariamente, del objeto del control.

esto, al mismo tiempo que podía presentarse como un triunfo frente a la acción disgregadora en algunos Estados -como algunas resoluciones del propio J. Marshall no tardarían en demostrar- encerraba también el peligro de convertir al Alto Tribunal en el árbitro permanente de disputas políticas desconectadas con la forma federal de Estado y que, pese a todo, también se acabaron resolviendo en clave de discusión sobre poderes correspondientes a una u otra organización política. Buena prueba de ello la constituye la anulación de una serie de normas federales, desde la primera década de este siglo, tendentes a mejorar las condiciones de prestación del contrato de trabajo y a introducir otro tipo de avances sociales, cuya inconstitucionalidad fue declarada, en buena parte de los casos, por contravenir la libertad de normación de los Estados en la materia contractual. Este período, tal vez el más crítico para la *judicial review* desde su establecimiento, provocó la aparición de algunas propuestas cuya finalidad era la de atemperar los efectos negativos, de tono marcadamente antidemocrático, de la facultad judicial de revisión de la constitucionalidad, algunas de las cuales se siguen sosteniendo aun hoy día, en Estados Unidos y en países con jurisdicción constitucional concentrada en un único órgano. Cfr., en relación con estos mecanismos, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 467 y ss. Y, para lo que hace al conflicto desatado por la anulación de la legislación de inspiración social, *loc. ult. cit.*, pp. 439 y ss; Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & C^{ie}, Paris, 1921, *passim*.

²⁸⁶ En la inteligencia de que en los Estados políticamente descentralizados se multiplican los sujetos potenciales violadores de la norma constitucional. Cr., en relación con ésto y por todos, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp.

En realidad, aunque con un alcance tan discutido como el propio *judicial review*, la Constitución ya contenía una cierta previsión de este asunto en el artículo III²⁸⁷. Su sección segunda afirmaba que el Poder Judicial Federal se extendería, entre otros, a todos los casos "arising under this Constitution, the Laws of the United States (...) to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States". Con ello, lo que se hacía no era sino investir al Poder Judicial Federal de las competencias necesarias para ejercer el control de "federalidad", entendiendo por tal, la resolución de asuntos que afectasen a la inteligencia de la división vertical de poderes entre la Unión y los Estados²⁸⁸. El párrafo segundo de esta misma sección segunda del artículo III de la Constitución norteamericana establecía, además, que los casos en que un Estado fuese parte pertenecían a la jurisdicción original,

²⁸⁷ Un comentario sucinto y claro de este precepto puede verse en Raúl CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 24 y ss.

²⁸⁸ Como tendremos ocasión de referir en los Capítulos sucesivos de la presente Memoria, esta función corresponde en los Estados políticamente descentralizados a una institución perteneciente a la organización política central. El supuesto que comentamos sería, entonces, el inicio de esta práctica que se consolidará en los Estados Federales que, con el tiempo, vayan surgiendo y, entre éstos, en las dos Repúblicas españolas.

y, en principio, indeclinable²⁸⁹, del único órgano jurisdiccional federal directamente previsto por el Texto Constitucional, el Tribunal Supremo Federal.

La aprobación, el 24 de septiembre de 1789, de la *Judiciary Act*²⁹⁰, supuso la asunción por la *U.S. Supreme Court* de facultades revisoras de las resoluciones de los Tribunales estatales de mayor rango en materias en que, de alguna manera, estuviese implicada la supremacía de la Constitución Federal²⁹¹. La sección 25 de la citada ley²⁹² atribuía

²⁸⁹ Decimos esto porque la interpretación del art. III de la Constitución norteamericana ha permitido que la única competencia indeclinable del Tribunal Supremo sea la de resolver litigios *entre* Estados. El resto de actuaciones procesales que caen dentro de la *original Jurisdiction* del Tribunal Supremo, de las que sólo hemos mencionado aquí algunas, las comparte con otros órganos judiciales federales. Esto es así porque, "Se ha interpretado la cláusula constitucional [del art. III] (...) y la siguiente en el mismo número -que deja en manos del Congreso la regulación de la apelación ante el alto Tribunal- de manera favorable a la discrecionalidad del Poder legislativo federal". Vid. Raúl CANOSA USERA, *Legitimación autonómica...*, cit., p. 29, vid., también, pp. 30 y ss.

²⁹⁰ Esta ley, desarrollo directo del art. III.2 creó los Tribunales federales de nivel inferior (*district courts* y *circuit courts*) y fijó en seis el número de miembros del Tribunal Supremo Federal. Su texto puede verse en Joan BISKUPIC y Elder WITT, *Congressional Quarterly's Guide to the U.S. Supreme Court*, vol II, cit., pp. 977-984, por el que cito.

²⁹¹ Cfr., para lo que hace al impacto de la *Judiciary Act* de 1789 en la implantación de la *judicial review*, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 144-147.

²⁹² La citada sección 25 era del siguiente tenor: "Sec. 25. *And be it further enacted*. That a final judgment or decree in any suit, in the highest court (...) of a State (...), where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an

competencia al Tribunal Supremo Federal para conocer, a través del recurso procesal conocido como *writ of error*²⁹³, de estos casos.

Así pues, se reconocía explícitamente el derecho, extraído directamente del artículo VI.2 de la Constitución de Filadelfia, de los Tribunales estatales de inaplicar legislación federal por contravenir la *supreme law of the land*, sujeto siempre a la supervisión del Tribunal Supremo Federal. En todo caso, la importancia de la *Judiciary Act* de 1789 radica en que se presenta como el reconocimiento, en el nivel normativo, de la existencia de una facultad en los órganos jurisdiccionales, tanto estatales como federales, de declarar *null and void* leyes de ambas

authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any state, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption (...), may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error (...)"

²⁹³ Esto es, un auto de casación de la sentencia de la máxima instancia judicial del Estado ante el Tribunal Supremo de la Unión. En relación con el *writ of error* en general, vid. 4 *Corpus Iuris Secundum* Appeal and Error, 9 y cc., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1993, pp. 65 y cc.

instancias de poder por contravenir los preceptos de la Constitución Federal²⁹⁴.

Así las cosas, la acción conjunta de una multiplicidad de factores, sobre los que planeó poderosamente la necesidad de dar solución a las controversias que la forma federal de Estado haría surgir, y todo ello amparado por la apelación al principio democrático del Poder Constituyente del Pueblo, acabó por imponer el sistema americano de control de constitucionalidad, que viene afirmando la posición suprema de la Constitución de 1787 hasta nuestros días. Desde esta perspectiva, y haciendo salvedad de las implicaciones que pueda suponer la

²⁹⁴ Cfr., en este sentido, Charles Grove HAINES, *The American Doctrine....* cit., p. 147.

intermediación judicial, se puede afirmar, parafraseando a Th. Paine²⁹⁵, que, en los Estados Unidos, la Constitución es la reina.

5) *LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TRADICIÓN EUROPEA: EL PARADIGMA FRANCÉS Y SUS FASES*

La revolución burguesa en Francia plasma sus postulados, como se adelantó, en el Texto Constitucional de 3 de septiembre de 1791²⁹⁶, que, como corresponde a una Carta Constitucional de su tiempo,

²⁹⁵ La frase original dice: "Pero ¿dónde, dirán algunos, se encuentra el rey de América? Déjame que te lo diga, amigo mío: él reina arriba y no comete estragos con la humanidad como el real bruto de Bretaña (...) en América *la ley es el rey*. Pues así como en los gobiernos absolutos el rey es la ley, así en los países libres la ley *debe ser* el rey, y no deberá haber otro". Vid. THOMAS PAINE, "El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)" (1776), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 42. Importa señalar, en todo caso, que los términos "ley" y "Constitución" resultan perfectamente intercambiables sin variar el sentido y la finalidad originarias de la frase, toda vez que con ella a lo que se está haciendo referencia no es sino a la existencia, en la naciente América, de una voluntad superior que no se identifica con los deseos de un monarca, sino con la voluntad objetivada del Pueblo, que tanto se puede denominar abstractamente ley, como, con mayor exactitud, Constitución. En definitiva, el rancio anhelo del *government by law* llega por que se excluye el *government by king*.

²⁹⁶ Las remisiones a estudios sobre este trascendental documento de gobierno podrían multiplicarse, nos remitimos, por ello, exclusivamente a los siguientes, Georges BURDEAU, Francis HAMON y Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1991, 22.^a ed., pp. 307-316; Jean Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Dalloz, París, 1991, 8.^a ed., pp. 12-44; Philippe ARDANT, *Institutions politiques & Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993, 5.^a ed., pp. 380 y ss; Romuald SZRAMKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions 1750-1914. Droit et*

sanciona la soberanía (nacional) -luego nos detendremos en sus consecuencias- como origen de todo poder, la separación de poderes y la protección de su articulado a través del procedimiento de reforma²⁹⁷. Los movimientos revolucionarios a ambos lados del Atlántico guardaron una importante similitud en el terreno de los principios²⁹⁸ y, sin embargo, condujeron su Constitución hacia una fórmula distinta, una manera peculiar de entender la dinámica política del Estado Constitucional, que acabará por

société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale. LITEC, París, 1996, 13.ª ed., especialmente pp. 111-112 y 126-132; Marcel PRÉLOT y Jean BOULOIS, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Daloz, París, 1990, 11.ª ed., pp. 315-346; Bernard TRICOT, Raphaël HADAS-LEBEL y David KESSLER, *Les institutions...*, cit., pp. 33-38; Jean GICQUEL, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Monchrestien, París, 1987, pp. 499-501; Marcel MORABITO y Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Monchrestien, París, 1993, 3.ª ed., pp. 62-95. Para situar en el contexto que le es propio las aportaciones anteriores, cfr., por todos, Albert SOBOUL, *Compendio de la historia de la Revolución francesa*, Tecnos, Madrid, 1989, 1.ª ed., 5.ª reimpr., pp. 134-171.

²⁹⁷ La primera lección aprendida por Francia del constitucionalismo norteamericano sería, precisamente, la apreciación de la necesidad de proveer al nuevo Estado surgido de la Revolución de un Texto Constitucional escrito y rígido. Cfr., en tal sentido, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 151, vid., también, p. 152 y ss.

²⁹⁸ Cfr., para la influencia del precedente norteamericano sobre la Asamblea Constituyente francesa de 1789-91, por todos, Leon DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 18-21 y 58, nótese como el propio L. Duguit resalta las diferentes situaciones con las que se debe enfrentar la Revolución burguesa en América y en Europa, vid., en este sentido, el texto de la intervención parlamentaria de Lally-Tolendal de 31 de agosto de 1789, que reproduce en la p. 19.

determinar el inicio de la trayectoria distinta del constitucionalismo en Francia y la Europa continental en general.

No se trata ahora de exponer exhaustivamente las claves de una tradición constitucional de la que nosotros mismos somos herederos. Nos ocuparemos aquí únicamente de descubrir las posibles causas de esa divergencia que hemos apuntado, en la medida en que puedan resultar esclarecedoras en lo que respecta al modo en que se articula en Europa la defensa de la Constitución y al modo en que esa articulación se traslada a la experiencia constitucional española que analizaremos en los Capítulos posteriores de la Memoria. Por eso es posible hablar del paradigma francés, porque, con más o menos especificidades nacionales²⁹⁹, la

²⁹⁹ Nuestra orientación se encontraría, así, en sintonía con el juicio expresado por M. Prélôt y J. Boulouis cuando, intentando diferenciar los focos de atención del historiador y del constitucionalista cuando se aproximan al estudio de regulaciones constitucionales del pasado, afirman que "il convient (...) que le constitutionnaliste fasse abstraction, autanr qu'il le peut, de trop nombreuses particularités diversifiantes et s'en tienne aux lignes essentielles selon lesquelles se groupent les régimes. Il lui revient d'établir les affinités idéologiques et, surtout, les correspondances de structure qui permettent de construire, par grandes masses, les phases successives du mouvement constitutionnel". Vid. Marcel PRÉLOT y Jean BOULOUIS, *Institutions politiques...*, cit., p. 309.

revolución burguesa en Europa se realiza contemplando el modelo francés³⁰⁰.

Desde estas premisas, interesa, ante todo, destacar el distinto contexto en el que irrumpe la revolución burguesa en Europa con respecto a lo que, según hemos visto, sucedió en los Estados Unidos. En buena medida esta es la clave que explica la distinta evolución posterior de una y otra tradiciones constitucionales. Porque, como ya se ha adelantado en estas páginas, por más que se puedan encontrar diferencias de detalle en algunos de los principios revolucionarios de América y Europa, lo cierto es que no es en el terreno de los principios donde las divergencias se muestran más evidentes. Será la aplicación de determinados principios a situaciones disímiles o, si se quiere, la adaptación de un mismo principio a las exigencias de estas situaciones las que acaben por determinar una suerte distinta para la Constitución en Europa de la que había empezado, ya en aquel tiempo, a correr en el Nuevo Mundo³⁰¹.

³⁰⁰ Como se ha indicado, con un cierto tono patriótico que no por ello desvirtúa la afirmación, "La Révolution française, portant au dehors l'influence de nos idées en même temps que celle de nos armes, promulgue en Europe un certain nombre de constitution faites à l'image des nôtres". Vid. A. ESMEIN, *Éléments...*, cit., Tomo I, p. 604.

³⁰¹ Por eso se ha podido afirmar, a nuestro juicio acertadamente, que "aunque el punto de partida inicial [en América y en Europa] no era intelectualmente muy

A. De Tocqueville³⁰² describió la situación social de los Estados Unidos como la más propicia para la implantación del régimen democrático. Una de las condiciones más favorecedoras de la democracia, la igualdad, era un postulado prácticamente generalizado en la sociedad colonial. No existiría en América, desde este punto de vista, la férrea división de la sociedad en clases al modo en que, incluso con una traducción institucional, se había consolidado en la Europa del Antiguo Régimen. La igualdad -siempre en términos generales- en lo social se habría convertido en el mejor caldo de cultivo de la igualdad en lo político, esto es, de la participación de todos los ciudadanos, por sí o por medio de representantes, en los asuntos públicos, en suma, del principio democrático como principio rector de la articulación de las relaciones en la comunidad política. La homogeneidad social americana en contraposición con la tradicional división europea de los individuos -ahora ciudadanos- en clases.

distinto a ambos lados del Atlántico -soberanía nacional-popular, poder constituyente, superioridad del poder constituyente sobre los poderes constituidos-, el peso en la práctica de la tradición plurisecular de una sociedad monárquica y aristocrática forzará un compromiso entre el Antiguo y el Nuevo Régimen en el proceso de aclimatación definitiva del Estado Constitucional en Europa, en el que no tendrán cabida las garantías constitucionales". Vid. Javier PÉREZ ROYO, "Del Derecho Político...", cit., p. 242.

³⁰² Cfr. Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia...*, cit., pp. 67 y 74-76. Cfr., con idéntico sentido y conduciendo, además, el razonamiento a la problemática de la defensa de la Constitución, Pedro DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., pp. 290-291.

Esa heterogeneidad social va a provocar la primera modulación -por emplear un término benevolente- de la elección democrática de la principal de las instituciones que recoge el Texto Constitucional de 1791. En efecto, en su traducción a norma, la democracia del primer constitucionalismo francés divide políticamente a los ciudadanos en tres clases fundamentales -pasivos, activos y electores³⁰³-, consagrando el sufragio censitario³⁰⁴. En contraposición, la declaración constitucional

³⁰³ Secciones II, III, IV y V del Capítulo I del Título III. Los ciudadanos pasivos, los ausentes del proceso político, gozaban, eso sí, del resto de los derechos que reconocía la Declaración de 1789 y carecían de limitaciones a la capacidad de obrar en sus relaciones privadas. Los activos Esta distinción resultaba teóricamente posible desde el momento en que se concebía al electorado como una función pública más. Nada obstaba, desde esta perspectiva, para que el Estado, en su Texto Constitucional, al igual que hacía con otros cargos y funciones públicas, fijase unas determinadas condiciones para el acceso a la categoría de elector primario, de elector a las asambleas electorales o de representante en la Asamblea Nacional legislativa. Cfr., en relación con esto, Marcel PRÉLOT y Jean BOULOUIS, *Institutions politiques...* cit., pp. 334 y ss., donde se recoge una alocución de Barnave (11 de agosto de 1791) justificando en este sentido la restricción escalonada del sufragio (*loc. ult. cit.*, p. 335. Vid., además, por ejemplo, Marcel MORABITO y Daniel BURMAUD, *Histoire constitutionnelle...* cit., pp. 77-79.

³⁰⁴ La conversión de la soberanía nacional en popular y del sufragio censitario en universal vendrá de la mano de la Constitución jacobina de 1793, claro que, nuevamente, el contexto impedirá que dicho Texto entre en vigor. Puede contrastarse esta tendencia del constitucionalismo europeo con la denuncia de Thomas PAINE en su "Disertación sobre los principios del buen gobierno" (1795), en el vol. *El sentido Común y otros escritos*, cit., pp. 82-87, donde se pone de manifiesto cómo la restricción del sufragio no persigue más que la exclusión del proceso político de los individuos menos favorecidos, en aras de consolidar la posición de predominio de los económicamente más fuertes. Cabe en todo caso decir, en descargo de la práctica francesa, que, tal vez otro camino hubiese seguido la Unión americana en este sentido si la revolución burguesa en los Estados Unidos hubiese irrumpido en una sociedad con el nivel de separación en clases que presentaba Francia a finales del siglo XVIII.

rechazando los títulos de nobleza y demás dignidades hereditarias³⁰⁵ traerá -a falta de otra circunstancia, como la forma federal de Estado, que justifique el bicameralismo- el Parlamento articulado en una sola Cámara.

Y, sin embargo, el elemento de mayor potencial distorsionador con que tendrá que enfrentarse el naciente Estado Constitucional francés no es otro que la existencia de un régimen monárquico³⁰⁶ que, como no podía ser de otra forma, se mostrará reacio a abandonar la posición hegemónica que venía ocupando. No puede olvidarse que el Estado Constitucional en Europa se construye en sustitución de, y también en oposición a, una situación política consolidada que genéricamente conocemos como Antiguo Régimen. A diferencia de lo que había sucedido en los Estados Unidos, donde la fundación del Estado Constitucional había sido, al tiempo, la fundación del Estado, en Europa, por decirlo

³⁰⁵ El Preámbulo de la Constitución se había fijado una serie de aspiraciones, que podrían resumirse en una sola: el deseo de desterrar el sustrato sociológico y jurídico sobre el que se había asentado el *Ancien Régime*. La unidad será, desde entonces, uno de los caracteres del régimen democrático galo. La Asamblea Constituyente declaraba "abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits.- Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives...". Vid. un comentario de ese programa de reforma social con finalidades políticas en Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...*, cit., pp. 21-25.

³⁰⁶ Cfr., ahora por todos, Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., p. 13.

gráficamente, el constitucionalismo deberá ser edificado sobre los cimientos de la situación social, jurídica y política preexistente³⁰⁷. Esta circunstancia, por obvia que pueda parecer, resulta determinante en lo que hace a la posición que ocupe la Constitución en la tradición constitucional europea.

El reto al que se enfrenta el movimiento revolucionario no es otro que el de sustituir la concepción de la soberanía propia del Antiguo Régimen, que la depositaba en su integridad en manos del monarca haciendo buena la significación literal -gobierno de uno solo- de la monarquía, por la noción de soberanía construida alrededor del principio democrático³⁰⁸ y, todo ello, sin provocar, al menos por el momento, la desaparición física del Rey. Señalamos más arriba cómo, desde el punto de

³⁰⁷ Si en los Estados Unidos la confianza inicial en las Asambleas se transformó tempranamente, como se ha visto, en recelo hacia las mismas. "In Europe, the situation was quite different. There the oppression of the individual was felt to derive from the monarch, not from the legislature. And since the monarch had as a rule been supported by subservient judges, liberation in the replacement of the king's absolutism was sought through popular government-that is, through an increase of the power of a representative legislature". Vid. Gottfried DIETZE, "America and Europe-Decline and Emergence of Judicial Review", *Virginia Law Review* vol. 44, n.º 8 (diciembre, 1958), p. 1.238.

³⁰⁸ La concepción ha cambiado. "La Révolution a fait tomber la conception d'un royaume de France domaine royal et lui a substitué celle d'une nation française souveraine, propriétaire de ses institutions gouvernementales, et dont les gouvernants ne sont plus que les représentants". Vid. Maurice HAURIUO, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, París, 1925, p. 93.

vista de los principios, la primera Constitución de Europa³⁰⁹, había adoptado libremente la monarquía. Desde esta perspectiva la monarquía no sería sino una de esas determinaciones que se contienen en un documento constitucional porque los libérrimos deseos del Poder Constituyente así lo exigen. Y, sin embargo, que la Constitución de 1791 fuese monárquica no es más que la constatación de la asunción irremediable de la tradición³¹⁰, de la circunstancia de que hubiese una Francia antes de haber una Francia Constitucional, de la existencia de una tradición, a la que, en cierto modo, ya se ha hecho referencia aquí, de un viejo *royaume* sometido a unas difícilmente concretables *lois fondamentales*³¹¹.

³⁰⁹ Aunque se ha podido hablar de la existencia de constituciones europeas anteriores a 1791, en concreto en Suecia-Finlandia desde 1634, sin embargo se trata de documentos de gobierno más propios del Antiguo Régimen que del Estado Constitucional, por más que, como no pudiera ser de otra forma, puedan vislumbrarse en ellos algunas huellas de la influencia del movimiento racionalista. Más común suele ser la apelación a la existencia de una Constitución polaca de 1791, pero de fecha anterior a 3 de septiembre, y sin embargo "esta Carta, en aquello que no tiene un carácter antiguo, depende completamente de las leyes constitucionales que hasta entonces se habín publicado en Francia". Vid. Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., pp. 394-395 y, en relación con los textos nórdicos, p. 393.

³¹⁰ De lo que se trataba era "d'établir un pouvoir nouveau à l'intérieur de l'ancien pouvoir, de concilier l'instauration de la légitimité nationale avec le respect de la personne royale". Vid. Marcel MORABITO y Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnel...*, cit., p. 69.

³¹¹ Cfr. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 129-151, donde se referencian los casos, en el siglo XVII, en que el *Parlement* de París inaplicó ordenanzas reales apelando a las leyes fundamentales del reino.

La mezcla entre la tradición impuesta, el lastre del Antiguo Régimen, y las ideas nuevas dará como resultado una configuración constitucional peculiar de la figura regia, que lo que trasluce es una transformación en la manera de concebir la institución. Esto es así incluso en el terreno de las formas. El monarca será a partir de ahora el "*Roi des Français*"³¹², según reza el artículo 2 de la sección primera del Capítulo II del Título III de la Constitución. Pero es que, además, el monarca preexistente se convierte, por obra de la voluntad de la Nación, en el representante de ésta³¹³.

³¹² De acuerdo con M. Prélot y J. Boulouis no existiría en Francia, en 1789, un movimiento destacable en favor de la República, pero que se acepte la monarquía no implica que se acepte una concepción antigua de la misma. "*La monarchie [afirman] <<révolutionnée>> (et non révolutionnaire, puisqu'elle est l'objet et non le sujet de la Révolution) n'a plus rien de commun avec la monarchie absolue d'Ancien Régime*". Vid. Marcel PRÉLOT y Jean BOULOUIS, *Institutions politiques...* cit., p. 328. En cualquier caso, la confianza en el rey, a la vista de los acontecimientos, no podía durar mucho. Vid., en este sentido, el discurso de Saint-Just ante la Convención -el 13 de noviembre de 1792-, pronunciado en el mejor contexto de antimonarquismo imaginable, el proceso a Luis XVI, cuyos más sobresalientes pasajes están recogidos en Ana MARTÍNEZ ARANCÓN (comp.), *La revolución francesa en sus textos*, cit., pp. 94-102.

³¹³ El art. 2 del Título III, después de haber proclamado que todos los poderes emanan de la Nación, pero que ésta sólo los ejerce por delegación, afirma que "*La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi*". Al rey confiará la Constitución el Poder Ejecutivo, nombrando sus Ministros sin precisar del asenso de la Cámara. Cfr., sobre el esquema de división de poderes del Texto Constitucional francés de 1791, Leon DUGUIT, *La separación de poderes...* cit., *passim*; Marcel MORABITO y Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnel...* cit., pp. 75-76; Marcel PRÉLOT y Jean BOULOUIS, *Institutions politiques...* cit., pp. 340-344.

La Asamblea Constituyente, en todo caso, debe "constitucionalizar" al monarca, le asigna un lugar en esquema de división de poderes y lo somete a la nueva dinámica constitucional. El monarca absoluto ha dejado de serlo y el Texto Constitucional no cesa de recordarlo. El artículo 3 del Título III declara que el Rey reina por la autoridad de la ley y, siendo esto así, el artículo 4 (*eodem loco*) le obliga a prestar juramento, ante el Cuerpo Legislativo, de fidelidad a la Nación, a la ley y de mantener la Constitución. La Constitución intenta, por todos los medios posibles, conciliar la subsistencia de la monarquía con la existencia del régimen constitucional y, desde esa perspectiva, resulta imprescindible oscurecer cualquier posibilidad de entrever un vestigio de facultades soberanas en las actuaciones regias³¹⁴.

³¹⁴ Que en los revolucionarios franceses existiese la plena conciencia del potencial dañino del monarca es algo que se trasluce ya no sólo del modo en que están redactados los preceptos del Texto Constitucional de 1791 que tratan de la figura regia, sino de las mismas palabras de quienes, como Mirabeau, proponían aumentar la capacidad de acción del monarca dentro, eso sí, del sistema constitucional. Vid., en este sentido, su discurso de 1 de septiembre de 1789, en el que propone el veto real absoluto -y no meramente suspensivo como acabará por recoger la Constitución- ante la Asamblea Nacional Constituyente, allí afirma cómo "la trayectoria uniforme que ha seguido en todas partes la autoridad de los reyes nos ha enseñado demasiado bien la necesidad de vigilarlos". Vid. un extracto del discurso en Ana MARTÍNEZ ARANCÓN (comp.), *La Revolución francesa en sus textos*, cit., pp. 65-70.

De esta actitud de la primera Constituyente francesa hacia el monarca es posible concluir, a nuestro juicio, la tónica general que va a presidir este período en lo que hace a la defensa de la Constitución en Europa. Lo que el intento de someter al monarca significa no es otra cosa que la firme convicción de los revolucionarios de que es éste el principal enemigo de la Constitución. Y ahí está, a nuestro entender, la clave de la evolución posterior del problema de la supremacía constitucional en toda Europa.

Más adelante habremos de volver sobre el modo en que se articula, en el marco de la Constitución francesa de 1791, la problemática de su defensa, pero conviene adelantar ya el esquema general de la evolución del problema que estamos tratando. Debemos, en este sentido, señalar cómo la problemática de la defensa de la Constitución atraviesa en Europa por tres fases fundamentales³¹⁵, que se corresponden con tres tipos de ataques a los que la Constitución se ve sometida. El tipo de defensa constitucional a que presta atención el presente trabajo, la defensa jurídica de la Constitución, sólo surgirá en Europa desplegando todo su potencial al final de esa evolución a que nos estamos refiriendo. Y, sin

³¹⁵ Cfr., en este sentido, Pedro DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., p. 289; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 286 y ss.

embargo, resultará provechoso, a nuestro juicio, detenerse en la evolución del problema hasta ese momento porque de ella va a depender el camino que la protección de la Constitución con mecanismos jurídicos emprenda.

La periodificación en fases a que nos referimos se construye, según hemos dicho, a partir de una variable que no es otra que el tipo de ataque a que se expone el documento constitucional en cada momento³¹⁶. En este sentido, la primera fase coincide con la instauración del régimen constitucional en Francia. Ya hemos señalado que el principal problema a que hubo de enfrentarse el naciente régimen constitucional francés no fue otro que el de desarrollarse en un ambiente escasamente propicio y en convivencia con el protagonista del proceso político en la situación inmediatamente anterior. Cabe decir, siguiendo este razonamiento que, en

³¹⁶ Parece oportuno traer a colación la frase con la que C. Schmitt decidió comenzar su *Hüter der Verfassung*, la obra más representativa de su pensamiento en lo que se refiere a la defensa de la Constitución. Afirmaba el insigne jurista y politólogo alemán, antes de emprender su "Ojeada preliminar sobre las distintas especies y posibilidades y posibilidades de defensa de la Constitución", que "La demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución", Vid. Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 27. Claro es, entonces, que, si de lo que se trata es de encontrar una institución protectora de la Constitución cuando se siente la necesidad de defenderla, la primera consideración sea la de reparar en qué tipo de peligros la acechan.

el primer momento, el enemigo de la Constitución en Europa es el monarca.

En cualquier caso, no se trata, en este momento, de cuestionarse la actitud que, en tanto que Poder del nuevo Estado Constitucional, adoptó Luis XVI. La esencia del problema radica, precisamente, en un comportamiento externo al papel jurídico-político que la Constitución de 1791 asignaba al monarca. Lo que caracteriza este primer estadio de la evolución de la problemática de la defensa en Europa son los ataques que, con el Prof. P. De Vega³¹⁷, podemos denominar políticos o existenciales. Esto es, lo que, en esta fase de implantación de la Constitución, se ataca no es el Texto normativo en sí, sino, muy al contrario, el significado que a él subyace. No es este el momento de preocuparse por los problemas de compatibilidad jurídica entre el Texto Constitucional y las normas jurídicas ordinarias. Cuando se presenta al monarca como enemigo de la Constitución a lo que se está haciendo referencia no es sino a que, desde posiciones monárquicas -y esto incluye al mismo rey-, se lucha para lograr la reimplantación del principio de legitimidad sobre el que, hasta la Revolución francesa, se habían asentado

³¹⁷ Cfr. Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 411.

los Estados europeos. El ataque a la Constitución en este momento no se dirige entonces contra un concreto precepto o un modo de estructurar una institución concreta, sino contra la Constitución como un todo en el que se representa el cambio revolucionario³¹⁸. La defensa de la Constitución en este tiempo es la defensa de sus postulados políticos más primarios³¹⁹, de las ideas de democracia y libertad que están en la base del constitucionalismo moderno.

³¹⁸ Podría parecer que ataques de este tipo son genuinamente europeos. Y, desde luego, es en Europa donde su existencia arrastrará consecuencias más importantes y evidentes. En los Estados Unidos el problema no alcanzó nunca la dimensión que tuvo en Europa, y de ahí que ahora estemos tratando de la distinta evolución del Estado Constitucional en los dos continentes. Sabemos, sin embargo, que la Constitución de Filadelfia tuvo también problemas para su ratificación y, no obstante, todo parece indicar que se trataba de reservas sostenidas por quienes se mostraban más celosos de la independencia de los Estados y no tanto de oposición a las ideas de democracia que al proceso acompañaban, toda vez que éstas se encontraban ya, en mayor o menor medida, en los Textos Constitucionales de los territorios que formarían la Unión Federal. E. S. Corwin, sin embargo, estima que la oposición a la ratificación de la Carta de Filadelfia tenía también una orientación antidemocrática y, así, señala que "so far as prerogative and democracy are antagonistic ideas, the opponents of democracy in 1787 were also the opponents of the Constitution". Vid. Edward S. CORWIN, "We, The People", cit., p. 106, vid, también, p. 107.

³¹⁹ Como indica el Prof. P. De Vega, "en el momento mismo en que se gestan los primeros textos constitucionales, los ataques y críticas contra ellos toman, como no podía ser menos, una dimensión política total. La crítica a la Constitución aparece entonces como el resultado de la negación previa de toda la *Weltanschauung* que le sirve de fundamento. Porque no se admiten los principios de la soberanía popular y de la igualdad, porque se rechazan los presupuestos de la libertad y la democracia, que son los principios que el constitucionalismo proclama, los textos constitucionales se ven sometidos a la más radical confrontación polémica". Vid. Pedro DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., pp. 289-290.

No parece necesario reproducir aquí la repercusión que, en todas las Casas reinantes europeas, tiene la irrupción del fenómeno revolucionario en Francia. El principio de legitimidad aristo-monárquico se atrincherará, en un primer momento, para aunar fuerzas y emprender su ataque contra el constitucionalismo inmediatamente. Recuerda, en este sentido el Prof P. De Vega³²⁰, cómo la reacción ante los movimientos contrarrevolucionarios se articula alrededor de instrumentos como el periódico³²¹ jacobino *Le défenseur de la Constitución*. También J. P. Marat propondrá a sus lectores de *L'ami du Peuple* la denuncia como medio de contención de las actividades de los enemigos de la Revolución³²². Los ejemplos podrían reproducirse, en todo caso, lo que vienen a significar es que la respuesta a un ataque contra la substancia política de la Constitución, a un ataque que, como resulta obvio, no se

³²⁰ Cfr. Pedro DE VEGA, "Jurisdicción Constitucional...", cit., p. 289; "Supuestos...", cit., p. 411; "Constitución y Democracia". cit., p. 74.

³²¹ Cfr., en relación a la influencia de los periódicos en la formación de la "opinión pública" en tiempos de la Revolución, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...*, cit., pp. 32-33.

³²² En el n.º 248, el 12 de octubre de 1790, se podía leer: "*L'ami du Peuple* invita a todos los buenos ciudadanos a que le transmitan informes exactos sobre las asociaciones de todas las ciudades y sobre los agentes parisinos que se encuentran allá, y pide al club de los jacobinos y a sus hermanos de armas que hagan circular la misma invitación por todo el imperio francés". El texto completo está recogido en Ana MARTÍNEZ ARANCÓN (comp.), *La Revolución francesa en sus textos*. cit., pp. 118-119.

vehiculiza en normas jurídicas, se responde con unos mecanismos de similar naturaleza. No puede extrañar entonces que las dos primeras Constituciones francesas confíen directamente al Pueblo su defensa³²³. La defensa de la Constitución se confía al sentido cívico de la ciudadanía³²⁴ y al derecho último que a ésta asiste en situaciones de opresión: la insurrección³²⁵.

Pronto se comprobará cómo esta irrefrenable confianza en la defensa popular de los postulados revolucionarios no fue bastante para frenar las consecuencias del movimiento de reacción absolutista. Y, sin embargo, ningún otro sistema se hubiera conciliado bien con la inspiración de las primeras Cartas Constitucionales francesas -en especial con la

³²³ Cfr. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La inconstitucionalidad de las leyes...", cit., p. 50.

³²⁴ El párrafo cuarto del art. 8 del Título VII de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 rezaba: "L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt de la fidélité du Corps législatif, du Roi et des Juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à la affection des jeunes citoyens, au corage de tous les Français".

³²⁵ El art. 33 de la Declaración de derechos que antecede a la Constitución de 24 de junio de 1793 había dejado sentado que la resistencia a la opresión se entendía como consecuencia del resto de los derechos del hombre. Con tal premisa, el art. 35 establecía que "Quand le Gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs". Cfr., sobre este particular, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 294.

segunda- y, además, nos atrevemos a decir que ningún otro modelo de defensa de la Constitución hubiera deparado mejores resultados. No en vano, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, la eficacia de un sistema de defensa de la Constitución no descansa tanto en su perfección técnica -que también- cuanto en su adaptabilidad a la situación por la que atraviesa un régimen político³²⁶.

Este primer estadio de la evolución del problema sirve, al propio tiempo, para llamar la atención sobre la figura de un monarca que, con el recuerdo reciente de un poder absoluto, no encuentra acomodo en el Estado Constitucional y que, teniendo en cuenta la juventud de éste, intentará destruir antes de que se consolide³²⁷. Conviene, en cualquier

³²⁶ De donde, en nuestra opinión, es posible extraer un nuevo paralelismo entre las relaciones que se establecen entre una Constitución y la realidad que pretende regular y las relaciones que guardan los mecanismos de defensa constitucional con ambas circunstancias. Porque, si con la Constitución acontece que su éxito no depende tanto de su alto rigor técnico como de su adaptación a la situación del momento y el lugar en que se elabora, con los mecanismos de defensa de la Constitución se produce la misma circunstancia. Sólo si tales mecanismos están previstos para el tipo de ataque a que la Constitución se ve sometida se puede augurar, al menos *prima facie*, su éxito. En cualquier caso, sobre este asunto habremos de volver, inevitablemente, en los Capítulos posteriores de la Memoria.

³²⁷ G. Ferrero describió este momento, que nunca dudó en calificar de verdadera lucha entre dos *Genios invisibles de la Ciudad*, del modo siguiente: "la legitimidad aristo-monárquica había envejecido considerablemente pero se mantenía aun viva; la legitimidad democrática contaba en su haber con el innegable beneficio de la juventud pero su futuro era todavía incierto, confuso, incoherente y sobre todo difícil de prever". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 99.

caso, retener estas dos premisas porque tendrán una traducción, a nuestro juicio muy clara, en la primera experiencia constitucional española, de la que nos ocuparemos en el Capítulo siguiente.

Debe, en todo caso, ponerse de manifiesto cómo, ya desde el momento en que se inaugura en Francia el Estado Constitucional, se construye un régimen en el que la primacía será del cuerpo legislativo. Más arriba reproducimos el juicio de Th. Paine de acuerdo con el cual el rey de América era su Constitución. En los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente que elabora la Constitución francesa de 1791, en el contexto que rodea al movimiento revolucionario en Francia, está la explicación de porqué en Europa la Constitución no va a poder ocupar inmediatamente el lugar que, de acuerdo con el republicanista americano, ocupaba la Constitución en su país³²⁸. La existencia de un monarca que se opone al régimen constitucional obligará a declarar la omnipotencia del poder más diametralmente opuesto al principio legitimador de la monarquía, esto es,

³²⁸ En este sentido, anticipando el modelo que finalmente adoptará Europa para proteger sus Constituciones, el Prof. P. Pérez Tremps escribe, "Quizá sea la justicia constitucional el elemento del actual Derecho Constitucional que menos conexión positiva tiene con aquella obra [se refiere a la de la primera Constituyente francesa]; y aún así, allí también se encuentran los fundamentos del porqué los Tribunales Constitucionales no surgieron en Europa con las Constituciones". Vid. Pablo PÉREZ TREMP, "Presentación" a la obra de L. Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, cit., p. VI.

del poder que se asienta en la dación de confianza directa del Pueblo. El legislativo es el antagonista perfecto del rey³²⁹. En Francia, y en Europa en general, el Estado Constitucional, nada más inaugurarse deberá iniciar su particular batalla contra un opositor que había desaparecido de la Unión Americana en el momento inmediatamente anterior a la aparición de la Constitución.

Esa idea de omnipotencia de la representación nacional que toma asiento en la Asamblea constituirá el dogma más importante del constitucionalismo francés y la base del rechazo futuro de instituciones que pretendan controlar la acción del Parlamento. También de los orígenes del constitucionalismo francés procede el recelo hacia la judicatura³³⁰. Ya hemos tenido ocasión de reflejar aquí la existencia en Francia de unos órganos jurisdiccionales, los *Parlements*, que habían inaplicado durante el

³²⁹ "The revolution transferred the sovereignty from the monarch to the people, by whom, in turn, it was delegated to their representatives in the Assembly". Vid. Gottfried DIETZE, "America and Europe...", cit., p. 1.239. En los Estados Unidos, como se vio en su momento, la "transferencia" de soberanía desde el monarca británico al Pueblo no produjo, sin embargo, su posterior enagenación a las Asambleas.

³³⁰ Como escribe el Prof. G. Trujillo, "no resulta difícil percibir el trasfondo sociopolítico de las soluciones constitucionales, determinado por el concurso de una desmedida *confianza en la voluntad general*, y un extremado recelo y *prevención contra la judicatura*". Vid. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ. "La constitucionalidad de las leyes...", cit., p. 50.

siglo XVIII diversas ordenanzas reales bajo el pretexto de su incoherencia con las leyes fundamentales del reino francés. Su pretensión de autonomía aumentaba la desconfianza hacia ellos y, en cualquier caso, más allá de estas puntuales actuaciones, los Tribunales se había mostrado tradicionalmente sumisos a los dictados de la voluntad regia, razón suficiente para resultar particularmente ingratos a los ojos de los revolucionarios.

Por ello, siguiendo los dictados de Montesquieu³³¹, los Constituyentes de 1789-91, aun configurando la función jurisdiccional como un Poder más del Estado³³², se cuidaron de no permitir la extensión de la actividad judicial, aproximándose al conocido ideal del Barón de la

³³¹ Allí donde éste se mostraba reacio a la existencia de jueces permanentes ["El poder judicial no debe confiarse á (*sic*) un senado permanente y sí á (*sic*) personas elegidas entre el pueblo en determinadas épocas del año, del modo prescrito por las leyes, para formar un tribunal que dure solamente el tiempo que requiera la necesidad". Vid. MONTESQUIEU, *Espíritu de las leyes* (1748). Imprenta de Don Marcos Bueno, Madrid, 1845, 2 vols., Lib. XI, Cap. VI, p. 191. El Constituyente respondió estableciendo la justicia gratuita y la electividad y temporalidad de los oficios jurisdiccionales. El Rey conservaba un derecho de nombramiento de jueces, pero vacío de contenido, toda vez que el monarca tenía prohibido rehusar las elecciones populares, todo ello de conformidad con el art. 2 del Cap. V del Tít. III de la Constitución de 1791.

³³² Así el Cap. V del Tít. III de la Constitución, que se encabeza, precisamente, con la expresión "Du pouvoir judiciaire".

Brède³³³. De particular importancia, en este sentido, resulta el artículo 3 del Capítulo dedicado al Poder Judicial, donde se advierte la imposibilidad de los jueces de "s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois". A esta clara determinación constitucional hay que añadir la legislación que la misma Asamblea había dispuesto -la ley de 16 y 24 de agosto de 1790-, alguno de cuyos contenidos se reprodujo en el Texto Constitucional. Se trataba, en definitiva, de excluir la posibilidad de que el Poder Judicial desempeñase un papel político activo en la nueva Francia³³⁴ y, concretamente, que su acción pudiese, en la forma que fuese, entorpecer la actividad de Poder

³³³ "De los tres poderes referidos el de juzgar es nulo hasta cierto punto. Quedan por consiguiente dos". Vid. MONTESQUIEU, *Espíritu de las leyes*, cit., Lib. XI, Cap. VI, p. 194.

³³⁴ De acuerdo con A. Blondel, esta orientación legislativa y constitucional resulta explicable, antes que como un intento de aplicación escrupulosa del principio de separación de poderes, "en réalité ils ne peuvent se expliquer que par des précédents historiques, en particulier par le souvenir des empiétements des Anciens Parlements sur ce qui était alors le pouvoir législatif". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 244. Pudiera suceder, aunque quizá resulte aventurar en exceso, que esa constatada influencia sobre los primeros Constituyentes franceses de la experiencia negativa de los *Parlements* hubiese afectado también al propio Montesquieu y, entonces, su deseo de contención del poder judicial, su teoría de la separación de poderes en general, habría sido inspirada por la propia experiencia vivida del autor. La importancia del recuerdo de los *Parlements* en orden a negar la posibilidad de control sobre la ley es remarcada, igualmente, por F. Luchaire, en cuya opinión, "L'explication politique se trouve dans l'hostilité des révolutionnaires à l'égard du Parlement (...) Mais surtout, les Parlements avaient prétendu jouer un rôle politique; en l'absence des Etats généraux ils avaient prétendu représenter la Nation". Vid. François LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980, p. 5.

Legislativo que quedaba convertido ya en el verdadero centro del sistema jurídico-político³³⁵. A este mismo fin se dirigió la ley de 1 de diciembre de 1790 que estableció el *référé législatif*³³⁶ -en vigor, en una de sus manifestaciones, hasta 1837- y la formación de un Tribunal de Casación que no era sino una sección del propio Cuerpo Legislativo. Ambos factores resultan destacables en orden a valorar las razones del rechazo francés a las fórmulas de control jurisdiccional de la constitucionalidad y determinan un posicionamiento claramente reactivo en toda Europa a la asunción del carácter de norma jurídica de primer rango del Texto Constitucional.

En cualquier caso, la característica más perdurable en el constitucionalismo francés de cuantas se forjan en la época revolucionaria es la idea de omnipotencia parlamentaria. La Revolución francesa marca el inicio de la confrontación, que ocupará en Francia la mitad del siglo XIX, entre el Rey y la representación nacional. El final de esa tensión nos

³³⁵ De particular interés pueden resultar, en este sentido, las alocuciones de los diputados revolucionarios y, en especial, de Bergasse, quien se mostró como firme partidario de la contención de los jueces. Vid., sobre este asunto, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 245 y ss.; Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor...*, cit., pp. 229 y ss.

³³⁶ Cfr. para todo esto, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 260 y ss; François LUCHAIRE, *Le Conseil...*, cit., pp. 6-7. Vid., también, Roberto L. BLANCO VALDÉS, "La supremacía de la ley y sus consecuencias en la Teoría Constitucional de la Revolución francesa", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* n.º 6 (1994), pp. 93-112.

mostrará un régimen constitucional en el que el dogma de la soberanía parlamentaria ha sustituido por completo a la idea original de soberanía nacional y, en cuyo marco resulta conceptualmente imposible plantear el establecimiento de fórmulas de defensa jurídica de la Constitución, en la medida en que éstas implicaban, necesariamente, el reconocimiento de una autoridad limitada en el Parlamento.

Parece conveniente, en todo caso, poner de manifiesto, siquiera sea de modo sintético, qué líneas de pensamiento condujeron hacia este fin, para poder aventurar su presencia o ausencia en la práctica constitucional española que analizaremos en los Capítulos sucesivos de la presente Memoria. Ya hemos señalado la razón de mayor peso en favor de la consolidación de la idea de centralidad del Parlamento en Francia. La circunstancia de que fuese el Legislativo la instancia en que de un modo más patente se pudiese ver reflejada la antítesis del poder real, el hecho de que el Parlamento representase, mejor que ninguna otra institución, la transformación en el principio que daba legitimidad al poder político. Estas ideas acabaron por presentar un Legislativo que, muy lejos de la idea de

separación estricta de poderes³³⁷, acabó por protagonizar la totalidad de la vida política en Francia³³⁸.

Y, sin embargo, todo ese, casi inevitable, discurrir de la posición de la institución parlamentaria en Francia, contaba con un sustrato teórico cuya aportación al desenlace que venimos comentando puede considerarse inestimable. Nos estamos refiriendo a la labor, tanto teórica como de política activa, de Emmanuel-Joseph Sieyès³³⁹, fundada, de un

³³⁷ Cfr. André BLONDEL. *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 262-264.

³³⁸ Un anuncio de lo que habría de ser la evolución posterior del sistema nos lo dan las mismas jornadas del período revolucionario. Cuando, tras la huida de la familia real hasta Varennes, se produce, *de facto*, un vacío de poder en el Ejecutivo, nadie postula la reorganización del sistema mediante la nueva provisión del cargo representativo -pues ese era el *status* del Rey- vacante y, antes de poder proclamarse la República -la salida, por otro lado, políticamente más coherente con la situación- la Asamblea reúne ya en torno a sí todo el poder de Francia. Cfr., en tal sentido, André BLONDEL. *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 262. La causa de un proceder como el descrito está en la peculiar concepción de la democracia en la experiencia revolucionaria francesa y en la circunstancia de que ésta propiciara una separación de poderes mucho más laxa de lo que comúnmente se sostiene. Como indica el último autor citado, "en pratique ils [los poderes del Estado] ons été amenés à une confusion des pouvoirs au profit d'un seul, du Corps législatif". Vid., en relación con los acontecimientos que precipitaron la fuga del monarca y los que luego se sucedieron, Guillermo ONCKEN, *Historia Universal*, Nueva edición ilustrada, corregida y ampliada cuidadosamente, Tomo XXXII *Época de la Revolución francesa, del Imperio y de la guerra de liberación*, Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1929, pp. 256 y ss., que introduce un relato detallado y emotivamente monárquico.

³³⁹ Cfr. Emmanuel-Joseph SIEYÈS, "¿Qué es el estado llano?", cit., *passim*. Aunque las circunstancias motivarán, como veremos, un cambio de opinión en el abate revolucionario, Sieyès contribuyó inestimablemente a la extensión de la idea de supremacía de la ley, de esa idea que nace en este momento y prolonga sus

lado, sobre las ideas de J-J Rousseau sobre la ley³⁴⁰ y, de otro, sobre la noción de poderes separados de Montesquieu³⁴¹. No vamos aquí a

efectos hasta el presente siglo, conforme a la cual, "les hommes de la Révolution crurent à la bienfaisance souveraine des lois votées par les députés de la Nation une et indivisible. La volonté générale, n'ayant en vue que le bien public, fera taire les passions individuelles, les intérêts de caste et de classe, et pénétrera tout naturellement l'ordre essentiel de la société, aussi bien que la nature elle-même. Ces décisions, prises en forme de lois, et qui s'opposent aux décisions individuelles d'un Monarque ou d'une caste (même judiciaire), seront toujours tutélaires, non seulement parce qu'elles émanent de la volonté générale, mais parce qu'elles ne sont que l'expression de l'ordre dans l'État, de la raison". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 292-293 y, en relación con la confianza de Sieyès en la ley, pp. 293 y ss.

³⁴⁰ De donde procede la noción de generalidad de la ley que combina a la perfección con la unidad del soberano. Cfr. Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato...*, cit., Lib. II, Cap. VI, pp. 36-39 y Lib. III, Cap. I, pp. 55-61. En relación con esto afirmó R. Carré que el concepto rousseauiano de ley, aun vigente en el constitucionalismo francés cuando el autor comenta las Leyes Constitucionales de 1875, "repose sur l'idée que le souverain, c'est-à-dire le peuple, doit intervenir pour édicter, à titre de volonté et sous forme de règles générales" las normas que disciplinan la actuación del poder público. Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 6. Cfr., también, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 271-282.

³⁴¹ Esto es, lo que, en puridad, se esconde tras esta teoría, no es tanto la idea de la necesidad de no concentración de poder en manos de un mismo ostentador, cuanto la anulación, en términos políticos, del Poder Judicial, el sometimiento del Ejecutivo al Parlamento y, por tanto, la correlativa colocación de éste en el centro del esquema de poderes separados. Las Cámaras Legislativas se convierten así, como afirmaba R. Carré, en las "maîtresses des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires". Cfr., en tal sentido, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 104. La apelación al entendimiento francés de la separación de poderes ha sido tradicionalmente aducida como excusa para inadmitir el control de constitucionalidad en Francia. En contra de esta tendencia se han posicionado autores como, por ejemplo, A. Blondel, quien sostuvo que la inexistencia de un mecanismo de garantía jurídica de la Constitución sí constituía, verdaderamente, una violación de la división de poderes. Destaca, a nuestro juicio, esta opinión por poner el acento en la subsidiariedad, por así decir, del principio de separación de poderes con respecto al principio democrático, esto es, por poner de manifiesto como es este último el que llena de sentido al anterior. Señala, en este sentido el jurista francés que "en ne

ocuparnos profusamente de la figura de este personaje que protagonizó los más destacables episodios del primer constitucionalismo francés. Lo único que, a los efectos de nuestro trabajo, interesa es poner de manifiesto que fue la reelaboración francesa de las teorías en torno a la soberanía³⁴², a la que Sieyès contribuyó de manera destacadísima³⁴³, la que, a la postre,

reconnaissant aux tribunaux le droit de se prononcer sur la constitutionnalité des lois à l'occasion d'un litige déterminé, on permettrait de violer le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'en maintenant en vigueur une loi inconstitutionnelle, on confondrait le pouvoir législatif et le pouvoir constituant; confusion d'autant plus grave que cette dernière distinction garantit toute la séparation des pouvoirs: car, pour qu'il y ait vraiment séparation des pouvoirs, il faut qu'au-dessus des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il y ait le pouvoir constituant, la primauté d'une volonté initiale, qui est ou qui est censée être celle du peuple, pour garantir la fixité des attributions respectives de chacun des trois pouvoirs". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 266.

³⁴² Aunque, como vimos, Sieyès no desconocía en un principio, la diferencia entre la autoridad suprema del Poder Constituyente y la limitada de los constituidos, una vez que se ha conseguido vencer la tendencia "constitucional" del Antiguo Régimen y se ha declarado la unidad de la Nación, tempranamente asumirá la identificación de ésta con sus representantes. Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...* cit., pp. 32-37; Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 269 y ss. Más adelante veremos cómo la inicial distinción será retomada por el abate de Fréjus cuando las circunstancias se lo aconsejen.

³⁴³ De acuerdo con G. Ferrero, "fue Rousseau quien con un cuarto de siglo de anticipación, abrió el camino por el que más tarde habría de transitar con toda propiedad Emmanuel Sieyès (...) El pueblo, el vago y mal definido pueblo de Rousseau (...) resultaba ahora sustituido en la obra del famoso clérigo por la nación (...) La voluntad general de la nación, esto es, de todos los franceses, sería pues la fuente originaria y única de todos los poderes legítimos". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 79. Cfr., en relación con esta circunstancia, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 273-275.

acabó por proporcionar al dogma de la soberanía parlamentaria³⁴⁴ el soporte de teoría que le era preciso para ser proclamado como uno de los principios de mayor importancia y más sólidamente afirmados del Derecho Constitucional francés³⁴⁵.

Quede, en cualquier caso, puesto de manifiesto cómo la labor de afirmación de la soberanía de la Nación -entendido ahora como el

³⁴⁴ La "traducción" a la práctica de la Revolución francesa del principio en cuya virtud se entiende que la legitimación del poder procede de una dación previa de sus destinatarios, esto es, la modulación francesa del principio democrático, la raíz verdadera -que va mucho más allá del mero nominalismo- de la diferencia entre soberanía popular y nacional es la causa de mayor calado de lo que la tradición constitucional europea tiene de peculiar con respecto al desarrollo de idéntico principio en los Estados Unidos. Creemos, por ello, que asiste la razón al Prof. J. Varela cuando afirma que "las diferencias entre el modelo americano y el de la Revolución francesa no se debían sólo a una distinta interpretación del principio de división de poderes, sino también, y no en menor medida, a una diferente concepción de la soberanía". Vid. Joaquín VARELA SUANZES, "Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 45 (septiembre-diciembre, 1995), p. 351.

³⁴⁵ Que las ideas sobre la soberanía del Legislativo han constituido un presupuesto basilar del Derecho Constitucional en Francia es una realidad incontestable. Lo verdaderamente trascendente de ello es que sobre tales ideas se construyó, mucho tiempo después de las jornadas revolucionarias, una teoría particular sobre la fuerza de obligar, en particular de obligar al Parlamento, de la Constitución francesa que es la que, a la postre, explica el modo peculiar, en relación con los Estados Constitucionales de su entorno, en que se han conformado modernamente las instituciones de defensa jurídica de la Constitución en aquél país. En relación con este sistema, cfr., por todos, François LUCHAIRE, *Le Conseil...*, cit., pp. 19 y ss.; Bernard POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París/Aix-en-Provence, 1990, pp. 25 y ss.; Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia Constitucional...*, cit., pp. 169-216.

conjunto de todos los ciudadanos³⁴⁶-, unida a la innegable necesidad de corporeizar este concepto en una realidad aprehensible -sus representantes en el Parlamento-, condujo a Sieyès, con el asentimiento de sus contemporáneos a considerar que los representantes del soberano eran el soberano mismo³⁴⁷ y, por tanto, que el producto de su actuación, la ley -*expression de la volonté générale* de acuerdo con la Declaración de 1789-, era, al propio tiempo, la expresión de la voluntad del soberano³⁴⁸. El

³⁴⁶ Como señala R. Carré, "dans la conception révolutionnaire, la nation est exclusivement une formation de citoyens, en ce sens qu'elle n'a pour éléments composants que les individus qui sont ses membres". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 16.

³⁴⁷ Así, en la Asamblea Legislativa "les citoyens eux-mêmes, <<tous les citoyens>>, sont présents, attendu qu'ils s'y trouvent représentés par leurs élus (...) toutefois, comme la nation prend sa consistance dans les citoyens qui la composent, elle ne peut se trouver représentée par le Corps législatif, sans que ceux-ci le soient aussi en elle. En sorte que, finalement, tous les citoyens concourent, par l'intermédiaire des représentants nationaux, à l'adoption de la loi, qui, par suite, reste susceptible d'être qualifiée produit de la volonté générale (...) c'était dire que toute décision de l'assemblée équivaut à une décision du corps des citoyens". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 17. Con esta orientación "Los legisladores de la revolución (...) han admitido la delegación de la soberanía y han erigido en principio que los mandatarios del pueblo son el pueblo mismo, y que su voluntad es ley en todas las cosas. Nada ha ganado con ello la libertad y casi puede decirse que ha perdido en algunos puntos". Vid. Joaquín GUICHOT, *Estudios sobre la Constitución de los Estados-Unidos*, Eduardo Perié y Félix Perié, Sevilla/Madrid, 1869, 2.ª ed, Tomo I, p. VIII.

³⁴⁸ Es en este momento donde se hace nace la distinción entre representante y funcionario, conceptos que servirán de base para sostener el poder ilimitado que confiere el mandato representativo. El funcionario, se dirá, es el manadatario que sirve los intereses generales en la administración con sujeción estricta a los postulados de la ley, ejerce, por tanto, una autoridad limitada. En contraposición con ello, el representante no está constreñido en su actuación más que por su libre apreciación de las necesidades, a las que provee sin límite de ninguna clase, en la

Estado Constitucional se inaugura en Europa con la confusión entre representantes y representados³⁴⁹. De ahí que sea acertada la extendida idea de que "En Francia la Constitución nunca ligó a los representantes"³⁵⁰.

No quiere con esto decirse que la idea del documento constitucional obligatorio desapareciera completamente y desde el primer momento en Francia³⁵¹. Lo que sucede es que la fuerza de la que la Constitución en Francia va a carecer es la que rinde posible el

medida en que quiere y actúa siendo la *volonté générale* misma. Cfr., en este sentido, por todos, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., pp. 20-21.

³⁴⁹ Se produce una amalgama entre Constitución y ley, que lo que da como resultado es la identificación entre el rango normativo de ambas figuras y, por tanto, la correlativa negación de la condición de norma jurídica suprema del Texto Constitucional. Como indica B. Poullain, "Des le début de la Révolution s'établit un certain amalgame entre constitution et loi, à partir de la confusion entre souveraineté nationale et assemblée souveraine. Durablement la souveraineté sera confisquée par les représentants du souverain". Vid. Bernard POUILLAIN, *La pratique...*, cit., p. 20.

³⁵⁰ Joaquín GUICHOT, *Estudios...*, cit., p. X.

³⁵¹ Una apelación a la necesidad de existencia de un órgano controlador puede verse, por ejemplo, en Madame DE STAËL, "Sobre las circunstancias actuales que pueden poner término a la Revolución y sobre los principios que han de servir de base a la República en Francia" (1798), en el vol *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 155 y ss. Importa señalar, en cualquier caso, que las páginas de la baronesa de Staël están inspiradas por el temor que la experiencia de la época del Terror le ha causado, lo que, en cualquier caso, no obsta para que el sentimiento de confianza hacia los excesos del Legislativo resulte equiparable, por ejemplo, al que caló en los colonos de América.

planteamiento de fórmulas jurídicas de su defensa frente al Poder Legislativo. De la ideas del primer constitucionalismo francés a que hemos hecho referencia se deriva la exclusión, en primer lugar, de la fórmula jurisdiccional de defensa de la Constitución y, en segundo término, y al menos durante un tiempo, de la posibilidad de que la voluntad subyacente al Texto Constitucional sea oponible al Parlamento³⁵².

³⁵² Que esto sea así se justifica por la incompatibilidad entre un concepto de ley como el que se acoge desde la Revolución francesa con la dación de eficacia a la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Como indica R. Carré, "la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne peut guère s'épanouir, ni fonctionner d'une façon franche et régulière, dans les milieux étatiques où s'est implantée l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 103.

Por ese motivo Francia será el país del "control político"³⁵³ por excelencia³⁵⁴. Piénsese que la necesidad de dar estabilidad al Texto Constitucional no es un postulado en absoluto ausente de la tradición francesa, como lo prueban los numerosos proyectos que, en la Francia revolucionaria, se presentan sobre este particular³⁵⁵. Lo verdaderamente

³⁵³ Entendiendo por tal el control que se ejerce por órganos de naturaleza política, en tanto que opuesto al modelo que confía esa labor a instancias jurisdiccionales. Esta adjetivación no prejuzga, como tendremos oportunidad de comprobar en el Capítulo III de la presente Memoria el que el parámetro con el que el control se lleve a efecto sea, o no, jurídico. Desde estas consideraciones concordamos con el Prof. F. Fernández Segado cuando afirma que "lo que nos resulta claro es que la función de control, independientemente del órgano que la lleve a cabo, no puede basarse sino en criterios jurídicos". Vid. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n.º 75 (curso 1989-90), p. 304. También, en opinión de A. PIZZORSSO (*Garanzie costituzionale*, en *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca, Zanichelli/II foro italiano*, Bolonia-Roma, 1981, p. 11) las fórmulas de control político de constitucionalidad están "teoricamente destinate a soddisfare alle stesse esigenze [que las propias del control jurisdiccional], anche si praticamente dotate di ben diverso funzionamento e struttura".

³⁵⁴ Cr., por todos, Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., por ejemplo, pp. 13 y 49-50.

³⁵⁵ Siguiendo a M. Battaglini (cfr. su *Contributti alla storia...*, cit., pp. 48-59) pueden contabilizarse un total de nueve proyectos de instituciones de control presentados a diferentes Asambleas de la Francia revolucionaria. Así el proyecto del Abate Brün de la Comte, el presentado por Le Chapelier a la Asamblea Nacional el 29 de agosto de 1791 -donde se alude expresamente a la necesidad de control de los poderes constituidos-, el de Pétion de Villeneuve -ampliado por Robespierre, que añade el control sobre los poderes constituidos-, el proyecto de Condorcet, un proyecto anónimo presentado el 24 de abril de 1793 -del que destaca la elección popular de sus miembros, los *Conservateurs*-, el proyecto presentado por Hérault-Sécheller el 10 de junio de 1793 con alusión expresa a un órgano jurisdiccional -fuertemente contestado por la Asamblea, que hace una profesión de fe antijudicialista-, el proyecto de Tribunal de Censores de A. Guy-Kersaint -que defendía un órgano no decisorio, sino únicamente denunciador-, el proyecto de

característico del modelo francés, y lo que tendrá repercusión, como veremos, en España, es que el enemigo potencial de la Constitución, aquél contra cuyos ataques hay que defender al documento constitucional, no es el Parlamento³⁵⁶. La Constitución es, no olvidemos, una ley para el resto de los Poderes del Estado, pero el Parlamento, cuando las necesidades así se lo aconsejan, puede oponerle otra ley posterior³⁵⁷. De cualquier modo,

Eforato de J. M. Rouzet, el proyecto de David Williams, presentado por Mandru, y, finalmente, el de mayor trascendencia de todos, el proyecto de jurado constitucional que defenderá Sieyès en 1795, del que trataremos a continuación.

³⁵⁶ Se podría argüir, pensando en el derecho de veto que asistía al monarca en el diseño constitucional de 1791, que sí hay un poder al que se reconoce capacidad de desmentir al poder legislativo y que, por tanto, su supremacía queda en entredicho. Ésta fue, en efecto, la interpretación que le dio Sieyès, para quien el veto era "une lettre de cachet lancée contre la volonté générale". Cfr., para esto, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...*, cit., p. 40. Y, sin embargo, debe repararse en un doble orden de consideraciones. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el veto regio era sólo, pues así lo había decidido, no sin discusión, la Asamblea Nacional Constituyente, suspensivo, entendiéndose levantado si dos legislaturas reiteraban la ley, esto es, en un plazo máximo de cuatro años. En segundo lugar, no puede desdeñarse la consideración del uso del veto real como un arma de doble filo en manos del monarca, pues, si bien le faculta para detener la acción del Legislativo, también lo coloca en la posición de antagonista del Pueblo. De hecho así sucedió en la práctica, pues el veto "mettait le roi dans la position de l'empêcheur de danser en rond, de l'obstructeur. Chaque fois que le roi met son veto aux les décisions de l'Assemblée, refuse de les promulguer, il est celui qui bloque le système, s'oppose aux représentants élus de la nation, à la nation elle-même. Le roi va se bâtir ainsi une réputation détestable (...) Chaque fois qu'il va l'employer, il soulèvera un tollé, non seulement à l'Assemblée législative, mais surtout dans le peuple, principalement dans le peuple parisien qui finit par donner à Louis XVI et à la reine le nom de <<Monsieur Veto>> et <<Madame Veto>>". Vid. Romuald SZRAMKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions...*, cit., p. 131.

³⁵⁷ Cfr. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española*, cit., pp. XIV-XV. Desde esta perspectiva, asistía indudablemente la razón a Ch. G. Haines cuando afirmaba que "The French constitution is dependent for its ultimate interpretation on

para una eventual colisión entre la Constitución y las leyes, el constitucionalismo francés, cuando acepte la emergencia de instituciones de control, las vinculará al órgano legislativo³⁵⁸, pues resulta impensable -excluida la apelación a la judicatura- para la tradición constitucional de que somos herederos encontrar una instancia mejor dispuesta.

Un primer paso en esa línea se da con la propuesta, presentada en el marco de la reacción termidoriana de 1795³⁵⁹, por Sieyès. Podría resultar paradójico que sea precisamente el personaje que, según se vio, se había convertido en el paladín de la identificación del Parlamento con el órgano soberano, quien proceda a realizar, tan tempranamente, una propuesta que parte de la consideración de que el ejercicio de la actividad de los poderes del Estado es limitado. Y, sin embargo, existe una explicación tan sencilla como, a nuestro juicio al menos, convincente. El

the judgement and will of the legislature (...) To the French, then, the constitutionality of an act has not other purport than that the legislature does not regard the measure contrary to the articles of the constitution. Constitutional law has an insignificant place in the government of France". Vid. Charles Grove HAINES, *The American Doctrine...*, cit., pp. 13 y 14.

³⁵⁸ Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., pp. 124-126.

³⁵⁹ Cabría hablar de una duplicidad de propuestas de Sieyès sobre este particular, la presentada el 2 de termidor y la que realiza el 18 del mismo mes. Parece, en todo caso, que se trata de una única propuesta que se amplía en su segunda formulación. Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 60.

autor de *Qu'est-ce que le Tiers état?* ha sido testigo de la radicalización democrática que desembocó en el Terror y, consciente ahora de las consecuencias que puede deparar la admisión de las Asambleas plenipotenciarias, propone añadir una institución controladora al diseño de la Constitución del año III, el jurado constitucional³⁶⁰.

La propuesta fue rechazada, incluso airadamente³⁶¹, por la Asamblea y sin embargo, tiene interés destacar, al menos, dos de sus extremos. En primer lugar, la circunstancia de que es en este momento cuando por vez primera se anuda a la declaración de inconstitucionalidad de un acto la sanción de nulidad³⁶². En segundo lugar, el hecho de que

³⁶⁰ Como indica A. Blondel, "le défenseur véhément de ce troisième ordre et de sa souveraineté, comme représentant seul la Nation, s'était rendu comte, sous la Convention des excès, où pouvait conduire l'omnipotence d'une assemblée unique". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 170.

³⁶¹ Las acusaciones contra el *jurie constitutionnaire* de Sieyès se centran en la peligrosidad intrínseca del órgano, en que su asunción supone la negación del control que ejerce la opinión pública y en la ausencia de necesidad del ejercicio de tal función. Cfr., en tal sentido, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 63-65. Importa, en cualquier caso, destacar que, de la boca del diputado Thibaudeau, la Convención pudo oír, el mismo día de la propuesta inicial, la reticencia más certera, que resumió en la frase "*quis custodiet ipsos custodes?*", una preocupación que, con los matices que se quiera, sigue rodeando hoy día a las instituciones que tienen encomendada la defensa jurídica de la Constitución. En apoyo de su idea, el orador traerá a colación un ejemplo del que se ha tratado también aquí, el *Council of Censors* de Pennsylvania. Cfr. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 177.

³⁶² Cfr. Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 61, circunstancia que mueve a este autor a destacar la importancia del *jurie constitutionnaire*.

la propuesta, ahora desoída, se convierte, como veremos, en parte de la Constitución del año VIII³⁶³. No vamos a detenernos, pues ello nos desviaría en exceso de nuestro objetivo, en la estructuración concreta del *jury* que ideara el abate de Fréjus³⁶⁴. Baste para nosotros con señalar que el "*gardien à la constitution*" que pretendía Sieyès dará la clave a las formulaciones posteriores de instituciones de control que se acomoden al paradigma francés, en las que la clave será la exclusión de la fórmula jurisdiccional³⁶⁵ y la correlativa potenciación, más o menos acusada

³⁶³ La identidad de porponente y finalidad entre la propuesta que ahora comentamos y el *Sénat conservateur* de la Constitución del año VIII es la que justificaría una afirmación como la realizada en el texto. Ello no obstante, no han faltado autores que consideran que, más que como un triunfo en la segunda tentativa, la recepción de un órgano controlador de la constitucionalidad en el Texto Constitucional de 1799 debe ser interpretada como un recorte de las ideas de Sieyès en 1795. Cfr., en tal sentido, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., p. 65.

³⁶⁴ Cfr. una exposición completa en Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 60-67 y, para lo que hace a los extractos de las intervenciones parlamentarias en que se presenta y se discute el proyecto, pp. 186-194; André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 170-178. Vid., igualmente, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, "El modelo francés...", cit., pp. 308-309; "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/Editorial Jurídica E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, pp. 60-64. Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor...*, cit., pp. 291-307.

³⁶⁵ Cfr., en el mismo sentido, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 176. A. Blondel apunta, efectivamente, cómo, incluso un pensador que está extrayendo de la idea de separación entre el Poder Constituyente y los constituidos todas sus consecuencias, se niega, sin embargo, a conceder facultades de decisión en este terreno a la judicatura. Por eso vincula el modo de reclutación de sus miembros al Poder Legislativo. Cfr., sin embargo, Mario BATTAGLINI, *Contributi*

según los casos, de la vinculación de los órganos de defensa de la Constitución con el Poder Legislativo³⁶⁶.

Será, como comentamos más arriba, en la Constitución del año VIII cuando Sieyès vea plasmado su proyecto de la época termidoriana en un Texto Constitucional. El *jury* deviene en la Constitución de 1799 en *Sénat Conservateur*. El Texto Constitucional del 22 frimario (13 de diciembre) del año VIII constituye un buen ejemplo de cómo, también en el país que vio nacer el Estado Constitucional europeo, las formas propias del constitucionalismo pudieron servir para enmascarar -con mayor o menor fortuna- proyectos autocráticos. Esto es, como decimos, lo que sucede con la etapa del constitucionalismo francés que transita del Consulado a la primera Restauración. El texto de diciembre de 1799 representa, en este sentido, el primer paso de Napoleón hacia la reunión

alla storia..., cit., pp. 64-65, quien considera que el *jury* se concilia mejor con las fórmulas jurisdiccionales de defensa de la Constitución dado que sus resoluciones no pueden ser rechazadas por los cuerpos que participan de la función legislativa, desvinculando al Pueblo, como parecía exigir la aceptación de una concepción rousseauiana de la Constitución, de la intervención en el funcionamiento del órgano.

³⁶⁶ En el caso del *jury* esto se manifestaba, por ejemplo, en la forma de su composición y el elevado número de sus miembros, impropio, a todas luces, de lo que suele acontecer con los órganos jurisdiccionales e, igualmente, en el derecho a presentar proyectos de reforma constitucional cada diez años a partir del año 1800. Cfr., en relación con éstos extremos, por todos, Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia...*, cit., pp. 60-62.

de todo el poder y de la dignidad imperial³⁶⁷ y fue E.-J. Sieyès³⁶⁸ el encargado de dar forma a la primera Constitución napoleónica.

Aunque no vamos a detenernos en la consideración particular de esta Constitución³⁶⁹, sino tan sólo en lo que hace al cuerpo que,

³⁶⁷ Napoleón tenía, desde el principio, un proyecto personal y autocrático. idea que vehiculiza a través de los tres Textos Constitucionales -o cuatro, si se considera como tal el acta adicional a la Constitución imperial de 1804 que se añade en el episodio de los Cien Días-. En cada uno de dichos Textos Bonaparte va incrementando las dosis de poder personal, pero lo cierto es que todos ellos forman parte de un único plan que se pone en marcha con el golpe de Estado del 18 brumario (9 de noviembre) de 1799. Cfr., en este sentido, Romuald SZRAMKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions...* cit., pp. 229-231. Vid., para lo que hace a los acontecimientos que se suceden desde el golpe de Estado de 1799, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...* cit., pp. 87-90.

³⁶⁸ El que será, junto con Sieyès y el propio Bonaparte, cónsul provisional (entre el 11 de noviembre y el 26 de diciembre de 1799), Roger-Ducos interviene también, formalmente, en la redacción de la Constitución, junto con dos comisiones extraídas de los Consejos de la Constitución directorial, sin embargo, el papel destacado es del abate. Aunque, tal vez resultase más acertado decir que, con la redacción de la Constitución de 1799, Sieyès encuentra nuevamente frustrada su vocación de redactor por sí solo el Texto Constitucional ideal, en la medida en que Napoleón interviene directamente, corrigiendo el proyecto del abate en aquellos aspectos que no resultaban del agrado del general. Cfr., en tal sentido, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...* cit., p. 92. El propio Napoleón habla, en una edición por él anotada de *El Príncipe* de N. Maquiavelo, que Sieyès había hecho la Constitución del año VIII para él. Cfr., Nicolás MAQUIAVELO, *El Príncipe. Comentario por Napoleón Bonaparte*. Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1949, 7.ª ed., notas 539 y 542 de las pp. 93 y 94 respectivamente. Nótese, en cualquier caso, el desprecio hacia el abate que demuestra el curso en todas las interpolaciones que se refieren a él.

³⁶⁹ Cfr., para esto, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...* cit., pp. 94-95; Marcel MORABITO y Daniel BURMAUD, *Histoire Constitutionnel...* cit., pp. 145-158; Bernard TRICOT, Raphaël HADAS-LEBEL y David KESSLER, *Les institutions...* cit., pp. 41-44. Cfr., además, Romuald

dentro del sistema institucional del año VIII³⁷⁰, tenía como misión la defensa de la Constitución, sí conviene poner de manifiesto que Sieyès modeló una Constitución que frustraba las aspiraciones de la Revolución. Así, la elección democrática de sus instituciones se malograba a través de los diversos grados en que se estructuraban las elecciones³⁷¹. Se trataba, además, de un Texto Constitucional que depositaba la práctica totalidad de

SZRANKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions...* cit., pp. 221-250, que contiene también otros datos no exclusivamente jurídicos, tales como la formación de la Administración o la situación financiera, que resultan de sumo interés para la cabal comprensión de este período.

³⁷⁰ Cae fuera de nuestro interés, como decimos, el tratamiento pormenorizado de este Texto Constitucional. Valga, en todo caso, para nosotros, el juicio, no exento de brillante ironía, que formulara J. Guichot, para quien se trataba de "una obra maestra en su género. ¿Hay algo más ingenioso que una Constitución que funciona con cuatro cuerpos electivos, Senado, Consejo de Estado, Asamblea Legislativa, Tribunalado, y en la que no se encuentra ni una sombra de libertad?". Vid. Joaquín GUICHOT, *Estudios...*, cit., p. 19 y, en general, comentando la Constitución de 1799, pp. 19-22.

³⁷¹ En las que el Senado era el principal protagonista, al participar en la formación de Tribunalado y Cuerpo Legislativo. Se daba así forma a la idea de Sieyès, según la cual "la autoridad viene de arriba y la confianza de abajo", la divisa del cesarismo del que Bonaparte se convertirá en egregio representante. Bajo estas premisas no puede extrañar que en la convocatoria del referéndum (en realidad, plebiscito sobre la figura de Napoleón) se incluyese la proclama: "*Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, elle est finie*". Vid., en relación con estos extremos y para lo que hace a la procedencia de las personas que formaron las instituciones que la Constitución estableció, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...*, cit., pp. 92-93 y 94-95, respectivamente.

poder efectivo en manos del Poder Ejecutivo y, dentro de éste, del primer cónsul³⁷², a la sazón el propio Napoleón.

El Senado Conservador tenía como misión mantener o anular "tout les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le Gouvernement"³⁷³, actuando, entonces, a instancias de los otros órganos que componían el Poder Legislativo³⁷⁴. Formaban el *Sénat*

³⁷² La Constitución, que ya había nombrado a Sieyès y Ducos senadores, nombra (art. 39) a Napoleón primer cónsul, a Cambacérès segundo, ambos por diez años, y a Lebrun tercero, por cinco años. El resto de los preceptos de Título IV ("Du gouvernement") están destinados a consagrar la posición de liderazgo del primer cónsul. Resulta, en todo caso, destacable lo explícito del programa trazado por Napoleón, circunstancia, por lo demás, a la que nunca fue ajeno el Pueblo francés. No es por ello de extrañar que, cuando se proclama solemnemente el Texto de 1799 se exclame en las calles de París: "*Qu'y a-t-il dans la Constitution?: il y a Bonaparte*". Vid., en relación con ello, Jean-Jacques CHEVALLIER y Gérard CONAC, *Histoire des institutions...*, cit., p. 94. No faltaba, por eso, razón a G. Ferrero cuando escribía que "El 18 de Brumario, la Constitución del año VIII y sus consecuencias más que un desarrollo de la revolución comenzada en 1789, son su auténtica antítesis". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 210.

³⁷³ Según establecía el art. 21 de la primera Carta Constitucional napoleónica, que añadía que, dentro de tales actos, estaban comprendidas las listas de elegibles para los diversos cuerpos electivos que la Constitución establecía. Cfr., en relación estas atribuciones, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 203.

³⁷⁴ Aunque, como se ha dicho, el Senado careciese de función legislativa propiamente dicha y a pesar de que se le dedica en la Constitución un Título diferente al que lleva la rúbrica "Du pouvoir législatif", algunos autores coinciden en enmarcarlo dentro de éste Poder del Estado. Tal vez esta actitud se deba al deseo de mantener un esquema expositivo constante de la evolución del constitucionalismo francés, así lo parece, a nuestro juicio, en Andrée MARTIN-PANNETIER, *Institutions et vie politique françaises de 1789 à nous jours*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1989, 2.ª ed., *passim*, pero, por lo que hace al encuadre del *Sénat*, p. 23. En todo caso, manteniendo la triade de poderes tradicional, el Senado

ochenta miembros³⁷⁵ vitalicios, que deliberaban en sesiones no públicas³⁷⁶. No ostentaba, pese a su denominación, ninguna facultad en materia legislativa³⁷⁷, pero participaba en la elección del resto de los órganos que establecía la Constitución, pues era el cuerpo encargado de

del año VIII parece, en nuestra opinión, correctamente ubicado en el Poder Legislativo.

³⁷⁵ El art. 15 de la Constitución establecía una primera elección de sesenta senadores que se completaban con la elección de dos más cada año hasta, al cabo de diez años, completar el número establecido. La elección la realizaban los propios senadores de una terna de candidatos que le presentaban el Cuerpo Legislativo, el Tribunado y el Primer Cónsul (art. 16). En todo caso, el art. 24 de la Constitución nombraba senadores al propio Sieyès y a Roger-Ducos, en quienes, junto con Napoleón, había recaído la dignidad consular hasta aquel momento. Era senador, igualmente, el primer Cónsul que cesara en sus funciones, los otros dos lo eran, potestativamente, durante el mes siguiente a aquel en que cesasen en sus funciones, salvo que el cese fuese debido a dimisión (art. 17).

³⁷⁶ El art. 23 de la Constitución así lo establecía. El dato pudiera parecer irrelevante y, sin embargo, tal vez venga a poner de manifiesto una intención de sostener la imagen del *Sénat* como un cuerpo técnico, entendiendo por tal aquel órgano que, porque no está ligado con la opinión pública, no discute los asuntos con publicidad. En todo caso, esta es la única orientación en tal sentido que es posible extraer de la configuración constitucional del alto cuerpo conservador. En contraste con ello, el art. 35 establecía la publicidad de las sesiones -fijando incluso el número máximo de asistentes como público- del Tribunado y el Cuerpo Legislativo.

³⁷⁷ El procedimiento legislativo en la Constitución del año VIII resulta ciertamente peculiar, con un Gobierno consular -de tres miembros en el cargo durante diez años- que presenta los proyectos de ley, un Tribunado -100 miembros- que los discute y un Cuerpo Legislativo -aunque su denominación sea, por lo que estamos viendo, sumamente inadecuada- de trescientos miembros que tiene prohibido discutirlos debiendo ceñirse a votarlos. Todo ello de conformidad con el Título III de la Constitución. Cfr., en relación con este insólito procedimiento y con las diversas modificaciones que irá sufriendo a medida que se avanza en el proceso de concentración del poder en Napoleón -es decir, con el senado-consulta de 4 de agosto de 1802 que nombra al corso Cónsul vitalicio y la Constitución imperial de 18 de mayo de 1804-, por todos, Romuald SZRAMKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions...*, cit., pp. 235-236.

elegir, a partir de las listas electorales confeccionadas en los Departamentos, a los tribunos y a los miembros del Cuerpo Legislativo.

En definitiva, el Senado Conservador se presentaba como la segunda institución más importante del diseño de la Constitución del año VIII que, por lo demás, estaba construida alrededor del Ejecutivo. De hecho, el Senado era el único órgano que, en principio, estaba dotado de autoridad suficiente para contrarrestar el poder del Primer Cónsul, toda vez que se le facultaba para anular también los actos inconstitucionales de éste. Sin embargo, la importante misión que el *Sénat* tenía encomendada nunca fue llevada a cabo³⁷⁸. Los senadores no declararon inconstitucionales las acciones del Primer Cónsul que chocaban abiertamente con la Constitución, comportándose antes como cámara de resonancia de Napoleón que como institución defensora de la Constitución, ni siquiera de la Constitución

³⁷⁸ G. Ferrero explica esta inacción del Senado, señalando a Sieyès como su causante, diciendo que "los senadores estaban poseídos, al igual que Bonaparte y por las mismas razones que él, de un permanente sentimiento de miedo. El Senado previsto por la Constitución del año VIII no era en verdad un órgano democrático. Sieyès y Roger Ducos (...) se habían encargado de reclutar personalmente a sus componentes iniciales entre sus más fieles amigos, y el sistema de provisión de vacantes por cooptación garantizaba su continuidad frente a cualquier oposición. Los senadores no representaban a nada ni a nadie, salvo, claro está, al deseo de Sieyès y sus amigos de permanecer en el poder; y no representando nada, difícilmente podía contar con más apoyos de los provenientes de la fuerza organizada". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 194. Cfr., además, Joaquín GUICHOT, *Estudios...*, cit., pp. 21-22, quien relata cómo Napoleón "compró" a Sieyès obsequiándole con diversas propiedades y elevándolo a la condición de senador.

antidemocrática de 1799. Como indican J. Barthélemy y P. Duez, "Les résultats pratiques de l'institution ont été bien médiocres: le Sénat, en fait, n'a pas été le conservateur de la Constitution, mas un agent actif de sa transformation en faveur d'un régime césarien plus accentué"³⁷⁹.

De hecho, Napoleón, apoyándose en su finalidad de órgano conservador de la Constitución, hizo presentar al asentimiento del Senado todas las grandes modificaciones constitucionales que fueron completando el acceso al poder personal único. La complejidad del procedimiento de reforma constitucional movieron a Talleyrand³⁸⁰ a idear una disposición legislativa de nuevo cuño, el senado-consulta³⁸¹, la emanación de voluntad del Senado conforme a la cual, teniendo en cuenta su posición como defensor de las esencias constitucionales, el cuerpo conservador fue certificando la licitud de la paulatina destrucción de la obra constitucional del año VIII. Teniendo en cuenta la utilidad para su propio provecho que

³⁷⁹ Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 204.

³⁸⁰ Cfr., Andrée MARTIN-PANNETIER, *Institutions et vie politique...*, cit., p. 24.

³⁸¹ Bajo este término de resonancias históricas evidentes se vehiculizaron las decisiones que darían paso a la nueva Constitución del año X: los senado-consulta de 22 ventoso y 18 floreal y el de 14 termidor, que nombró a Napoleón Cónsul vitalicio. Finalmente, el senado-consulta de 16 termidor del año X (4 de agosto de 1802) aprueba un Texto Constitucional nuevo, aunque formalmente no se derogue la Constitución de 1799.

reportaba el Senado a Napoleón, la importancia del cuerpo conservador en el organigrama constitucional fue aumentando en la misma medida en que se reforzaba la posición constitucional del Ejecutivo³⁸². Así, el Senado podía, bajo la Constitución del año X, disolver el Cuerpo Legislativo y el Tribunado y se le reconocía constitucionalmente capacidad para reformar la Constitución a través del senado-consulta. Esta situación culmina con la Constitución imperial de 1804, que reconoce al Senado la posición de guardián de los derechos individuales, pero en la que el control del Emperador sobre la institución se hace total, reconocérsele capacidad para nombrar libremente senadores sin límites alguno. La posibilidad teórica de una institución defensora de la Constitución, que se había forjado inicialmente en 1795, había desaparecido por completo.

Comúnmente se aduce, como explicación del fracaso del *Sénat Conservateur* como institución defensora de la Constitución, la circunstancia de que estuviese impedido, al menos en su primera

³⁸² Como indican R. Szramkiewick y J. Bouineau, "Le Sénat, en revanche, vit ses attributions s'étendre et son rôle se magnifier (...). Corollaire, il lui était demandé de devenir l'auxiliaire servile de l'empereur". Vid. Romuald SZRAMKIEWICK y Jacques BOUINEAU, *Histoire des institutions...*, cit., p. 237.

configuración, de actuar de oficio, o la falta absoluta de independencia³⁸³. Y, en efecto, ambos factores parece que pudieron contribuir a que se malograra esta primera experiencia francesa de control de constitucionalidad³⁸⁴.

Ello no obstante, no parece que, ni siquiera *a priori*, el Senado Conservador prometiera un efectivo cumplimiento de la tarea de defensa jurídica, aunque a través de un órgano político- de la Constitución. Piénsese que, como comentamos más arriba, la Constitución de 13 de dicimembre de 1799 representó simplemente la primera traducción institucional del proyecto cesarista napoleónico. Circunstancia por la cual no resultaba, ya entonces, excesivamente aventurado prever el fracaso de una institución que se pone al servicio, como todo el Texto Constitucional del año VIII, de las ambiciones personales de un gobernante autocrático.

³⁸³ Cfr., sobre estas dos últimas circunstancias, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ. *Traité...*, cit., pp. 205-206; Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ. "La constitucionalidad de las leyes...", cit., p. 52.

³⁸⁴ El Prof. Trujillo ha destacado las consecuencias nocivas para la extensión del control de constitucionalidad en Francia que el *Sénat* del año VIII supuso, en la medida en que la experiencia, por una parte desacreditó el control político y, por otra, supuso la definitiva exclusión de la garantía jurisdiccional de la Constitución. Cfr., en tal sentido, Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ. "La constitucionalidad de las leyes...", cit., p. 52.

La enseñanza que, desde las anteriores consideraciones, resulta posible extraer se nos antoja evidente. Nuevamente se pone de manifiesto cómo las fórmulas de defensa de un Texto Constitucional se relacionan íntimamente con éste y, allí donde la Constitución sea, como en este caso, una burla de los principios más elementales del constitucionalismo, sus mecanismos de defensa jurídica sirven únicamente a los fines que marca el detentador del poder en ese momento.

En Francia el control político tendrá una nueva versión en la Constitución de 5 de enero de 1852³⁸⁵, cuyo artículo 25 definía al Senado como "gardien du pacte fondamental et des libertés publiques". Más adelante nos detendremos en la consideración de las transformaciones que se producen en el tiempo que media entre el *Sénat* de 1799 y el de 1852. Pero interesa destacar ahora el paralelismo³⁸⁶ entre esta segunda experiencia de control político en Francia y la primera que acabamos de relatar. Se trataba, en esta segunda oportunidad, de un cuerpo del Poder

³⁸⁵ Cfr., en general, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...* cit., pp. 206-207; André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...* cit., pp. 218-225; Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 52-53.

³⁸⁶ Cfr. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...* cit., pp. 219-220.

Legislativo³⁸⁷, compuesto por un máximo de 150 miembros vitalicios, del que formaban parte los cardenales, mariscales y almirantes y los ciudadanos que el Presidente de la República juzgase conveniente³⁸⁸.

El control de constitucionalidad que estaba llamado a ejercer el Senado era preceptivo. El artículo 25 de la Constitución de 1852 establecía la imposibilidad de que fuese promulgada ninguna ley sin que el Senado hubiese rendido previamente su examen³⁸⁹. Además el Senado

³⁸⁷ Si, como vimos, en la Constitución del año VIII, aun existiendo un Título específico bajo la rúbrica "Del Poder Legislativo" y un Título independiente para el Senado, considerábamos acertada, en aras de una cierta claridad expositiva, la inclusión del Senado en este poder del Estado, algo similar sucede, si cabe con mayor motivo, en la Constitución de 1852. En ésta, aunque el Senado tendrá también un Título independiente, no existe ningún Título específicamente rubricado "Del Poder Legislativo" y sí "Del Cuerpo legislativo". Éste es la Cámara a la que específicamente se le confía la discusión y aprobación de las leyes que les presenta el Presidente de la República, proceso en el que interviene, además, el Consejo de Estado -también acreedor de un Título independiente en la Constitución-, órgano vinculado estrechamente al Jefe del Estado y del Ejecutivo, que lo preside y nombra y cesa libremente a sus miembros. Ello no obstante, como veremos, la posición del *Sénat* no se correspondió con la que usualmente ocupan las Cámaras legislativas, funcionando como un resorte del poder del Emperador.

³⁸⁸ La dependencia del Senado con respecto a la Presidencia de la República es muy acusada, recordando al sistema que se impuso con la Constitución del Imperio de 1804. Ahora, el Presidente de la República es quien nombra, de entre los senadores, al Presidente y Vicepresidenete de la Cámara (art. 23). Además, los senado-consultos deben ser sancionados y promulgados por el Jefe del Estado (art. 28).

³⁸⁹ El Senado, conforme al art. 26 podría oponerse a la promulgación de las leyes que considerase contrarias o que pudiesen atentar a la Constitución, a la religión, a la moral, a la libertad de cultos, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, a la inviolabilidad de la propiedad y al principio de

debería examinar la constitucionalidad, y en consecuencia mantener o anular, de todos los actos que le fuesen denunciados como inconstitucionales por el Presidente de la República o por los ciudadanos.

Además de esta función controladora, el Senado tenía reconocida la posibilidad de una importante participación activa en el desarrollo de la vida política de la República, toda vez que, de acuerdo con el artículo 27, debía regular, mediante un senado-consulta, "Tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et que est nécessaire à sa marche (...) le sens des articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interpretations". Se reconocía así a un órgano del Estado, controlado muy directamente por la Presidencia de la República, la posibilidad de operar directamente sobre la normativa constitucional oscura o, incluso, sobre las lagunas que observase en la Constitución, una actividad sin duda próxima al reconocimiento del ejercicio del Poder Constituyente³⁹⁰. Ahondando más en esta circunstancia, el artículo 31 de la Constitución reconocía al

inamovilidad de la magistratura e, igualmente, podía oponerse a la promulgación de leyes que pudieran comprometer la defensa del territorio.

³⁹⁰ El Senado del Segundo Imperio es, ante todo, una suerte de supor poder, trasunto del Emperador, "Ce corps n'était, à la vérité, ni un pouvoir législatif, ni un pouvoir exécutif, ni même un pouvoir judiciaire; il n'en avait pas moins, sur le papier, un rôle considérable: il dominait toutes choses, sans se mêler activement à rien". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., p. 221.

Sénat la facultad de proponer enmiendas a la Constitución que, de ser aprobadas por el Poder Ejecutivo³⁹¹, se convertían en parte de la Constitución mediante un senado-consulta³⁹².

En definitiva, en 1852 se restablece el Senado como institución de control de constitucionalidad y, sin embargo, siguiendo la línea que había marcado el primer Bonaparte, la Constitución de Luis-Napoleón, configura un Senado dócil a los intereses del Príncipe-Presidente, y a cuyo través éste ejerce un poder con idénticos tintes cesaristas a aquéllos que presidieron el espíritu de la Constitución de 1799 y sus posteriores modificaciones.

³⁹¹ El ejemplo traluce con claridad, a nuestro juicio, la coincidencia entre regímenes autoritarios y residenciación del poder de reforma en el Poder Ejecutivo. de la que ya se ha tratado aquí y sobre la que habrá ocasión de volver más adelante. Cfr., en tal sentido, por todos, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, pp. 89-91.

³⁹² Como excepción a esta peculiar forma de obviar cualquier tipo de control popular sobre el procedimiento de reforma constitucional, el art. 32 declaraba, sin embargo, la necesidad de someter "al sufragio universal" todas las modificaciones de las bases fundamentales de la Constitución y, en concreto, de las bases constitucionales que habían sido aprobadas en referéndum el 20 y 21 de diciembre de 1851, acto por el que se habían delegado en Luis-Napoleón Bonaparte los poderes para redactar la Constitución. Cfr., en relación con estas bases, Andrée MARTIN-PANNETIER, *Institutions et vie politique...* cit., p. 42. Como, con relación a la forma de revisión de la Constitución de 1852, incica A. Blondel, lo cierto es que "si le peuple est le pouvoir constituant officiel, en réalité c'est l'Empereur, derrière le Sénat, qui est le pouvoir constituant par excellence". Vid. André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...* cit., p. 220.

No puede, por ello, sorprender que el 7 de noviembre del mismo año de promulgación de la Constitución, por medio de un senado-consulta, sometido posteriormente a ratificación refrendataria, la República se convierta en Segundo Imperio y el Príncipe-Presidente en el Emperador Napoleón III. En el mismo senado-consulta se sientan las bases de un régimen acusadamente más autoritario. Nuevamente una institución encargada de la defensa de la Constitución en Francia era, al propio tiempo, la encargada de destruirla³⁹³.

Debemos, en cualquier caso y volviendo al momento inmediatamente posterior al Primer Imperio, poner de manifiesto cómo, finalizada la experiencia del gobierno napoleónico, se abre en Francia la segunda de las etapas en que periodificamos la problemática de la defensa de la Constitución a que ya hemos hechos referencia. Como ha señalado el Prof. De Vega³⁹⁴, caracteriza a este período la ausencia del problema.

³⁹³ Como su predecesor del año VIII, el Senado de 1852, en funcionamiento hasta su conversión en 1870 en una auténtica Cámara legislativa, no osó jamás contradecir la voluntad del Emperador a cuyo servicio -y no al de la Constitución- la institución se había dispuesto. Cfr. André BLONDEL. *Le contrôle juridictionnel...*, cit., pp. 222-224.

³⁹⁴ Cfr. Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 412; "Jurisdicción constitucional...", cit., pp. 291-293. De la teoría que se desarrolla en este momento en relación con la capacidad del monarca como poder moderador nos ocuparemos en los Capítulos sucesivos de la presente Memoria.

La razón de que esto haya sido así no es otra que la desaparición del primer enemigo que, según se señaló, había conocido la Constitución al irrumpir en Europa. El monarca que en la primera etapa se había opuesto radicalmente al establecimiento del Estado Constitucional ha encontrado un lugar estable en el esquema constitucional y, formando parte de éste, carece ya de un interés que contradiga a la Constitución.

Es éste el tiempo³⁹⁵ de las Constituciones otorgadas -y así la primera restauración francesa con la Carta de 1814- y pactadas -de las que constuye un notable ejemplo el Texto Constitucional que sostiene la monarquía orleanista desde 1830-. La Constitución, en Francia y en Europa en general, se ha disuelto en la ficción del pacto *Rex-Regnum*, la burguesía y el monarca se reparten los resortes del poder del constitucionalismo de la práctica totalidad del siglo XIX europeo y, con ello, la Constitución pierde la nota caracterizadora con que había nacido como documento de limitación de la acción del gobernante. El principio de supremacía constitucional está ausente de los documentos de gobierno de esta

³⁹⁵ Cfr., en relación con lo que acontece en esta etapa y, especialmente, con sus repercusiones en la vigencia del principio de supremacía constitucional, por todos, JAVIER RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 286-299.

etapa³⁹⁶, desde luego por la falta de algún mecanismo de control de constitucionalidad pero, comúnmente también, porque se generaliza la carencia de cláusulas de reforma que permitan identificar un cuerpo de normas de un nivel diferenciado con respecto a las leyes ordinarias³⁹⁷. La confrontación entre el principio aristo-monárquico y el principio democrático ha traído como consecuencia la claudicación en alguno de los fundamentos del Estado Constitucional³⁹⁸. Se trata, desde luego, de una situación de ausencia de conflictos graves en relación con la Constitución, porque, si el Estado Constitucional ha tenido que atemperar alguna de sus notas caracterizadoras, no es menos cierto que también el principio monárquico ha asumido la irreversibilidad -al menos total- del proceso revolucionario liberal-burgués. Así pues, el constitucionalismo vive ahora una etapa de transacción que impide la plasmación práctica de todos sus fundamentos y que provoca un cierto estado de pacificación ficticia³⁹⁹.

³⁹⁶ Cfr. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 53-54.

³⁹⁷ Cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 301 y ss.

³⁹⁸ Por eso, "al referimos al constitucionalismo del siglo XIX tendríamos que hablar, en consecuencia, (...) de una falsificación de los supuestos vertebradores de una auténtica noción de Constitución". Vid. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española*, cit., p. XX.

³⁹⁹ Esto es particularmente evidente en relación a la silenciación de la problemática de localización del Poder Constituyente, de donde, como hemos venido manteniendo a lo largo del presente trabajo, arrancan las instituciones de defensa de

Esta situación que describimos, sin embargo, no podía durar. La aparente ausencia de conflictos en el nivel constitucional se podía mantener en la medida en que los protagonistas del juego político -el monarca constitucional y la burguesía- controlaban mutuamente su acción. La "constitución" de este período -en el sentido más laxo- es la que regula las facultades y relaciones entre aquél y ésta. Pero los mecanismos que se habían utilizado para hacer posible esta situación y, señaladamente, la restricción del derecho de sufragio -reconocido únicamente a los ciudadanos con cierto nivel de renta- comenzaron a mostrarse insuficientes para contener en la práctica a una masa de ciudadanía de una cada vez mayor importancia numérica. El proletariado, entendido ahora como aquella categoría de ciudadanos que, por no poder demostrar el nivel de ingresos mínimo para tomar parte activa en la vida política, se situaba con

la Constitución. La ausencia de cláusulas constitucionales de reforma se explicaría, en buena medida, por ese deseo de no manifestar abiertamente que el constitucionalismo que se estaba construyendo se cimentaba sobre un ciertamente inestable compromiso entre el monarca y la representación nacional. El "recurso a la flexibilidad ofrecía al Constitucionalismo decimonónico la posibilidad de seguir erigiendo políticamente monumentos retóricos a la noción de Constitución, al tiempo que jurídicamente se abría el portillo para que su eficacia y su valor normativo pudieran ser impunemente degradados". Vid. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española*, cit., p. XVI. Se trataba de un "prodigio de taumaturgia política cuyo fracaso final no era difícil de prever" (*loc. ult. cit.*, pp. XIV-XV). Cfr., igualmente, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., p. 292.

respecto al Estado Constitucional liberal en la posición en la que se encontraba la burguesía revolucionaria con respecto al Estado absoluto.

Esto es lo realmente trascendente de este proceso, a los efectos del presente trabajo, es que sus consecuencias se dejarán sentir también en el terreno de la defensa de la Constitución. Porque es así como comienza a abrirse el proceso que acabará por determinar la crisis del Estado liberal y el inicio de una nueva etapa en la que la defensa de la Constitución recuperará la importancia perdida y adquirirá una formulación novedosa. Cuando, por la acción de las organizaciones obreras, el proletariado se haya convertido en un movimiento vertebrado de una importancia demasiado considerable como para seguir ignorando su existencia, el Estado liberal se verá obligado a aplicar, con un rigor que se le negó en el momento de su aparición en Europa, sus principios basilares⁴⁰⁰. La

⁴⁰⁰ De esta circunstancia tendremos ocasión de ocuparnos en el último de los Capítulos en que aparece estructurado el presente trabajo. Interesa, en cualquier caso, poner de manifiesto cómo este proceso que describimos -que se acusa con especial intensidad en el período que va entre las dos guerras mundiales- fue descrito, a nuestro modo de ver aunando la cercanía del cronista y el acierto del teórico, por Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934, *passim*. Señala este autor cómo "el nuevo Derecho constitucional europeo es una confirmación de los principios democráticos" (*loc. ult. cit.*, p. 2).

universalización del sufragio juega en este terreno un destacado papel⁴⁰¹. Si en el proceso político van a empezar a participar agentes distintos del monarca y la burguesía, claro resulta que los fundamentos del reparto de poder en la etapa del constitucionalismo de ficción ya no dan respuesta a la nueva situación. Se requiere, por tanto, la emanación de nuevas Constituciones en las que tenga cabida todos los protagonistas del proceso político que, ahora, se corresponden ya con toda la sociedad. De ahí que se haya podido afirmar⁴⁰², a nuestro juicio con notable acierto, que precisamente cuando el Estado liberal comienza en Europa a dar cumplimiento a sus principios se impone también su desaparición.

⁴⁰¹ Por ello no es de extrañar que las formaciones políticas de signo progresista y aquellas otras de tono conservador interpretasen de modo abiertamente divergente la universalización del derecho de sufragio. Cfr., en tal sentido, Montserrat BARAS y Juan BOTELLA, *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17-35 y, en concreto, refiriéndose a la etapa que abre la Constitución canovista, pp. 20 y 22-27. Como a nadie puede ocultársele, la extensión del sufragio produce una transformación profunda en la institución parlamentaria, que, porque comienza a cumplir con su teórica función, es denostada. Como escribe el Prof. P. De Vega, "Es por lo menos chocante que cuando el sufragio universal se convierte en una realidad y en una conquista histórica irreversible el Parlamento, en consecuencia, comienza a adquirir su plena legitimidad democrática, sea cuando empiecen a levantarse voces contra el mismo". Vid. Pedro DE VEGA, "La función legitimadora del Parlamento", en F. Pau Vall (coord.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos/Asociación española de Letrados de Parlamentos, Madrid, 1995, p. 238.

⁴⁰² "El intento por dar concreción histórica y hacer efectivos los principios inspiradores del Estado liberal [escribe el Prof. P. De Vega] será quien determine su crítica y su crisis (...) De lo que se trata (...) es de procurar que esos valores fundadores del sistema formen parte, no sólo de la realidad constitucional normativa, sino de más inmediata realidad política". Vid. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., pp. 75-76.

No vamos a ocuparnos aquí de las transformaciones que este proceso comporta en la forma y el contenido de las Constituciones⁴⁰³. Lo que, a nuestro efectos, resulta destacable es que la universalización de los implicados en el proceso político traerá como consecuencia el resurgimiento en el interés por mantener los postulados mínimos sobre los que la sociedad ha pactado la disciplina de la toma de decisiones políticas. La Constitución ha recuperado ese carácter de norma codificadora de las reglas fundamentales de la comunidad política y límite de la acción del gobernante⁴⁰⁴ con que nació y se desarrolló en los Estados Unidos y con la que no pudo mantenerse en Europa. Desde esta perspectiva, lógico resulta que se refuerce la necesidad de asegurar por mecanismos jurídicos el respeto de ese pacto en lo esencial que vuelve a ser la Constitución. Por eso las Constituciones de este período en Europa recuperan, allí donde lo

⁴⁰³ De ello se ha ocupado, atendiendo además a todos los órdenes en los que se producen cambios de trascendencia para la Constitución, el Prof. J. Ruipérez en su trabajo, tantas veces citado a lo largo de la presente Memoria, "*Constitución y Estado Social...*", cit., *passim*.

⁴⁰⁴ Y, en tal sentido, "Los autores de las nuevas Constituciones tendieron a crear un nuevo Derecho que no solamente expresara las conquistas realizadas o anheladas, sino que pudiera encerrar en el recinto jurídico las nuevas exigencias de la vida". Vid. Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias...*, cit., p. 9. Esto es, precisamente, lo que, según hemos señalado repetidamente a lo largo de la presente Memoria, caracteriza a los medios de defensa de la Constitución, que, al cumplirse realmente el principio de supremacía, los agentes del poder político se vieron constreñidos por una norma que los sujetara a las finalidades que previamente habían establecido sus destinatarios.

habían perdido, su carácter rígido y comienzan a incorporar fórmulas jurídicas -y hasta jurisdiccionales- de control de constitucionalidad.

Cierto es, desde luego, que Francia representa, en este sentido, una cierta excepción al proceso de "jurisdiccionalización" de la defensa de la Constitución⁴⁰⁵. El paradigma francés que, sin duda, había determinado la evolución del problema de la defensa de la Constitución en Europa, por más que siga explicando determinados caracteres de la configuración de las instituciones que irán surgiendo para defender la Constitución, seguirá su propio camino. Éste cristalizará, como ya hemos tenido ocasión de señalar, en la definitiva asunción de una fórmula de control de constitucionalidad heredera de las primeras experiencias del control político de las que se ha tratado en las páginas anteriores de este trabajo. Mientras tanto, gran parte de los Estados Constitucionales de

⁴⁰⁵ Ello no implica, desde luego, una generalización absoluta de esta postura. De hecho, en el debate doctrinal que tiene como marco las leyes constitucionales de 1875, vigentes hasta la Segunda Guerra mundial, algunos autores plantean la necesidad de reconocer a los jueces ordinarios la capacidad para efectuar el examen de constitucionalidad de las leyes, con idénticas consecuencias a las que esta operación tiene en el sistema difuso norteamericano. Se trata, en todo caso, de una opinión no mayoritaria. Cfr., como ejemplo de su defensa y por todos, André BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel...*, cit., por ejemplo, pp. 269 y ss. Cfr. un resumen de las posturas doctrinales francesas en relación con este particular en Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 55-57.

Europa comenzarán a ensayar una fórmula nueva de defensa de la Constitución que si, por una parte, se inspira en la tradición judicialista normateamericana, por otra, acusará también sus especificidades, que no son más que el reflejo de esa lenta evolución del problema de la Constitución y su defensa a que nos hemos referido.

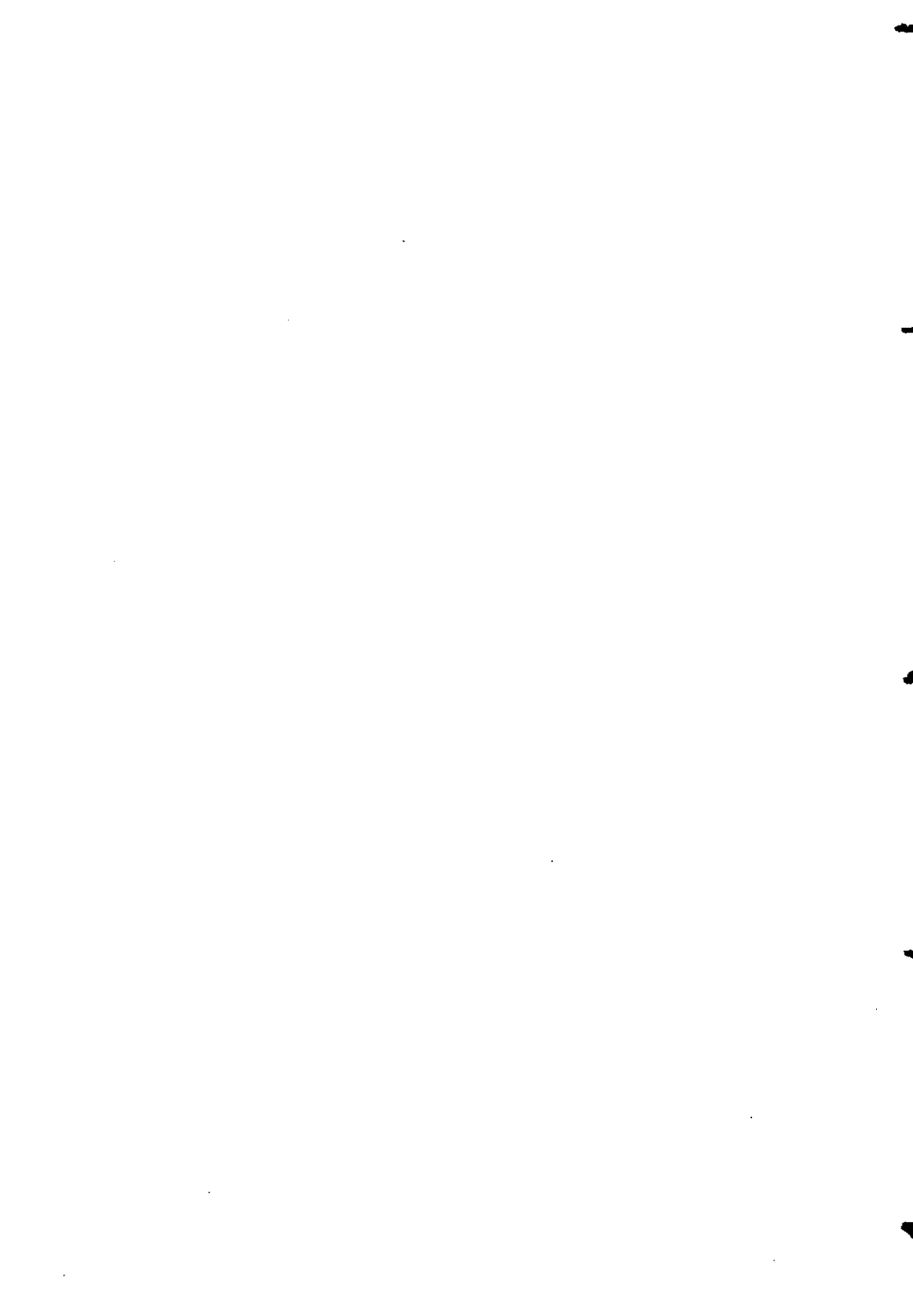
No vamos a extender más nuestro análisis. En el último de los Capítulos de la presente Memoria tendremos ocasión de ocuparnos, con cierto detenimiento, de uno de los modelos que caracterizan a esta etapa de afirmación del principio de supremacía constitucional a través de fórmulas jurisdiccionales, basadas en la recuperación del sentido primigenio de la noción de Constitución en tanto que norma dispuesta por el Pueblo, la obra del soberano.

CAPÍTULO II

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA

HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: LAS

EXPERIENCIAS DE 1812 Y 1869



1.) INTRODUCCIÓN

Uno de los caracteres más sobresalientes de la Historia Constitucional española es el de la sucesión de numerosos Textos Constitucionales en un período de tiempo no excesivamente prolongado. En efecto, desde la promulgación de la Constitución de 19 de marzo de 1812¹

¹ Coincidimos en excluir, como hace la generalidad de la doctrina, el Estatuto de Bayona de 1808. Ya no sólo porque no cumpla las mínimas exigencias predicables de un texto para poder ser considerado Constitución en sentido liberal-burgués -exigencias de las que tendremos ocasión de ocuparnos inmediatamente en el presente estudio-, sino también porque, aun si admitiéramos que el Estatuto es la obra de un poder Constituyente -cuestión harto discutible-, éste sería, en todo caso, extranjero. Cfr., en el mismo sentido y por todos, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, Madrid, 1992, 4.ª ed., 5.ª reimpr., pp. 436-437. Esta idea no contradice, a nuestro juicio, que el Estatuto pueda ser considerado como la primera ocasión en la que determinadas ideas y opciones políticas, que tendrán una enorme trascendencia en el desarrollo posterior de nuestro constitucionalismo, tengan una primera oportunidad de ser discutidas de la mano del Texto patrocinado por Napoleón. No en vano el constitucionalismo, en cuanto que traducción al terreno político-jurídico del movimiento ilustrado, nace, al menos en Europa, en Francia, y es desde ella que penetra en nuestro país. Así, por ejemplo, en opinión de Bartolomé CLAVERO (*Institución histórica del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 102), "la Constitución de Bayona de 1808 plantea la comunicación a España del sistema francés de concepción napoleónica, la codificación y lo que implica (...) la Constitución de Cádiz de 1812 produce una variante original de ese mismo sistema". Puede consultarse, para obtener una idea de las corrientes de opinión de los personajes llamados a Bayona, Carlos SANZ CID, *La Constitución de Bayona. Labor de redacción y elementos que a ella fueron aportados, según los documentos que se guardan en los archives nationales de París y los papeles reservados de la biblioteca del Real Palacio de Madrid*, Editorial Reus, Madrid, 1922, *passim*, pero, en especial, pp. 166-449. Vid., en relación con el

hasta la entrada en vigor del Texto Fundamental de 27 de diciembre de 1978 se han sucedido casi una decena -aunque el número puede variar en función de si se consideran o no los Textos no promulgados- de Constituciones. Tan sólo partiendo de este dato resulta ya posible constatar una anomalía² en el desarrollo del constitucionalismo en España. Dicha circunstancia ha sido, en ocasiones, explicada mediante la conocida teoría de lo que se ha denominado "movimiento pendular del constitucionalismo".

Texto de Bayona, Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor, Barcelona 1976, reedición de la ed. de 1928, pp. 51-54; Miguel ARTOLA, (dir.), *Historia de España*, vol 5. *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza, Madrid, 1990, pp. 24-28.

² Se podría afirmar que en la misma Francia, a la que acabamos de calificar como cuna del constitucionalismo, la sucesión de numerosos Textos Constitucionales también ha sido una constante de su Historia Constitucional. De hecho también en Francia es común hablar de la sucesión de ciclos constitucionales a la hora de exponer la evolución de su constitucionalismo. Cfr., en este sentido y por todos, Marcel MORABITO y Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle...*, cit., pp. 25-26. Podría pensarse que las razones de la inestabilidad constitucional francesa y la española son coincidentes. Desde luego, parece que en ambos países la reacción contrarrevolucionaria se desata en cuanto el Genio -por emplear la terminología de G. Ferrero- del constitucionalismo aparece. Y, sin embargo, si las causas pueden coincidir, no creemos que lo mismo suceda en lo que hace a las consecuencias de dicha inestabilidad. En Francia, al menos desde la III República, el constitucionalismo es una realidad incontestable, con las especificidades propias de aquel país pero sin posibilidad alguna de reversión. España pareció transitar por el mismo camino y, sin embargo, y como habremos de poner de manifiesto posteriormente, lo defectuoso de la cimentación del constitucionalismo español permitió el establecimiento de un régimen dictatorial muy prolongado en el presente siglo. En Francia, en cambio, las experiencias cesaristas de Pétain fracasan tan pronto la situación de postguerra se calma y el gaullismo, por más que recoja elementos propios de las teorías de personalización del poder no podrá ser nunca acusado de régimen no democrático. Cfr., en relación con lo que cambia y lo que permanece en las transformaciones constitucionales francesas, Georg JELLINEK, *Reforma...*, cit., pp. 9-11.

idea conforme a la cual la dilatada sucesión de Textos Constitucionales en España sería el resultado de una alternancia entre opciones políticas progresistas -que iniciarían el proceso en 1812- y conservadoras. Esta tesis, introducida por Adolfo Posada³, ha llegado a cobrar cierta fortuna en la doctrina⁴ y, pese a ello, no parece que con ella se responda de modo satisfactorio a la proverbial inestabilidad de nuestro sistema jurídico-político. Antes bien, por las razones que seguidamente expondremos, más que de movimiento pendular del constitucionalismo, en España parece más propio referirse a la ausencia de tradición constitucional, al menos en sentido estricto⁵.

Decimos esto porque, la presencia de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, a los que nos hemos referido

³ Cfr. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 15-88.

⁴ A esta imagen de la Historia Constitucional española se refirió Enrique TIerno GALVÁN, *Leyes Políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed. reimpr., p. 9. La tesis del movimiento pendular del constitucionalismo español ha sido mantenida, entre otros, por Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, 2.ª ed., p. 575; Juan FERRANDO BADÍA, *La Primera República española. (Historia político-parlamentaria de la República de 1873)*, Edicusa, Madrid, 1973, pp. 18 y ss. y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas. (Un análisis histórico-jurídico)*, Civitas, Madrid, 1986, 4.ª ed., p. 55.

⁵ Cfr., para esto, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 254 y ss.

repetidas veces a lo largo de la presente Memoria, en los Textos del constitucionalismo español es, sin lugar a dudas y como tendremos oportunidad de comprobar, excepcional. Resulta, por tanto, plenamente justificada la visión de la Historia Constitucional española como la lucha del régimen constitucional por imponerse⁶, tarea que no queda, en absoluto, zanjada con la experiencia gaditana, sino que deberá reemprenderse hasta lograr el afianzamiento del Estado Constitucional. Esta última afirmación resulta tan palmaria como fácilmente constatable. En efecto, en vía de principio, tan sólo podemos afirmar la presencia de los principios que conforman el constitucionalismo moderno, por lo que a la Historia del constitucionalismo español se refiere, en los Textos de 1812,

⁶ No se trata del enfrentamiento entre liberalismo y conservadurismo, sino entre constitucionalismo y absolutismo, aunque, como es evidente, la forma de la reacción ante el movimiento constitucional no pueda revestir los mismos modos con Fernando VII -época en la que resulta posible referirse abiertamente a la destrucción de la Constitución- y, por ejemplo, en la etapa de la Restauración. Para todo lo relacionado con la visión de la Historia Constitucional española que aquí se acoge, cfr. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., pp. 82-84. Cfr., también y en el mismo sentido, Enrique TIERNO GALVÁN, *Leyes Políticas...*, cit., pp. 9-12. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La Constitución de 1978 y la Historia del constitucionalismo español", *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo L (1980), pp. 721-751 (recogido hoy en el vol. *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 125-151); Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985, 13.^a ed., pp. 131-132; Antonio TORRES DEL MORAL, *Constitucionalismo histórico español*, Atomo, Madrid, 1990, 3.^a ed., p. 25. Vid., así mismo, Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 19-21.

1869, el Proyecto de 1873 y la Constitución de 1931⁷. El resto de las Constituciones históricas españolas, cuya vigencia comprende un período de tiempo considerablemente mayor, incumplen sistemáticamente alguno o incluso todos los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, no siendo susceptibles, por tanto, de ser denominadas, *stricto sensu*, Constitución.

Esta ausencia de tradición constitucional provoca que no sea posible la existencia de medios jurídicos de defensa del Texto Constitucional y, en concreto, la lógica inviabilidad de un modelo de jurisdicción constitucional bajo la vigencia del Estatuto Real de 1834⁸ y las

⁷ Cfr. Pedro DE VEGA, "Constitución y Democracia", cit., pp. 82-83. Consideración aparte merece la Constitución no promulgada de 1856, que, si bien contiene en su art. 1º la proclamación del principio democrático y cuenta con un procedimiento de reforma (arts. 87 y ss.) que satisfaría, aunque sólo parcialmente, las exigencias de la supremacía, quiebra en lo tocante al principio liberal en su vertiente de separación de poderes, por cuanto hace coincidir en manos del monarca el poder ejecutivo (art. 49) y el legislativo conjuntamente con las Cortes (así, arts. 37 y 41, participando no sólo mediante la sanción, sino también a través de la iniciativa.

⁸ La verdadera naturaleza jurídica de este Texto es la de una Carta otorgada, esto es, el producto de la exclusiva voluntad del monarca en su concesión. Cfr., en tal sentido, Bartolomé CLAVERO, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 48; *Manual de Historia constitucional de España*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 49-50. Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones...*, cit., p. 30. En relación la categoría de Constituciones otorgadas, en general y sobre la adecuación de este concepto al Estatuto, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 287-288. Cuando, en el curso del presente Capítulo, nos detengamos brevemente en la consideración de lo que sucede en el período que se abre al concluir la etapa presidida

Constituciones de 1837, 1845 y 1876. Piénsese que estos documentos de gobierno -por tanto, como venimos manteniendo a lo largo del presente trabajo, no auténticas Constituciones- responden a la lógica de la negación del principio democrático del Poder Constituyente del Pueblo. Desde esta perspectiva se comprenderá que, como ha señalado el Prof. P. De Vega, "No ha existido control de constitucionalidad en España por la sencillísima razón de que no podía haberlo. La historia del constitucionalismo del siglo XIX representa el más espectacular y escandaloso ejemplo de lo que Loewenstein llama constituciones nominales. Solamente cuando la constitución es entendida en toda su pureza, en 1873, fecha de la primera República, y en 1931, momento de la segunda República, es cuando los mecanismos del control de constitucionalidad hacen su aparición"⁹.

Ocurre, además, que se trata, en todos estos casos, de Textos flexibles, en los que, en la medida en que no es posible que se opere la distinción, propia del constitucionalismo rígido, entre Poder Constituyente y poderes constituidos y, consecuentemente, entre Ley Constitucional y ley ordinaria, no puede extrañar la ausencia de cualquier medio de control de

por el Texto de Cádiz, tendremos ocasión de volver sobre este particular. Quede, en cualquier caso, puesta ya de manifiesto esta circunstancia.

⁹ Pedro DE VEGA, "Jurisdicción constitucional...", cit., p. 288.

la regularidad constitucional de los actos de los poderes constituidos¹⁰, toda vez que éstos, en puridad, son indistinguibles del, teóricamente superior, Poder Constituyente que estableció el Texto Constitucional¹¹.

Frente a la pobre perspectiva que, en este sentido, ofrecen los Textos a que acabamos de hacer referencia, se contraponen, como adelantamos, los de 1812, 1869 y nuestras dos Repúblicas. Efectivamente, en estos cuatro Textos Constitucionales se afirma categóricamente el principio democrático que afirma el Poder Constituyente del Pueblo¹². Del mismo modo, en ellos, se reconoce el principio liberal en la doble significación que, como ya se puso de manifiesto aquí, éste tiene, de existencia de derechos fundamentales garantizados y división de poderes

¹⁰ El paralelismo entre lo que sucede con estos Textos de nuestro constitucionalismo histórico y lo que, según vimos, acontecía con las Cartas francesas de 1814 y 1830 es total. Recuérdese, en este sentido, que en éstas, también por su carácter flexible, la ausencia de mecanismo de control de constitucionalidad era plenamente lógica. Cfr., al respecto, Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "La constitucionalidad de las leyes...", cit., pp. 53-54.

¹¹ Cfr., por todos, Pedro DE VEGA, "Jurisdicción...", cit., p. 283.

¹² Así los arts. 3 de la Constitución gaditana, 32 de la de 1869, 42 del Proyecto federal de 1873 y 1º, párrafo segundo, del Texto de 1931. Ya se trate de soberanía nacional, ya de soberanía popular, y con independencia de las distinciones que al respecto pudieran establecerse, lo cierto es que en todos estos casos se viene a dar cumplimiento de la recepción del principio democrático.

determinada¹³. Por último, en cuanto al tercero de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, el de supremacía constitucional, el paralelismo entre las cuatro Constituciones que estamos analizando ya no es total.

¹³ En este sentido, y por lo que a la Tabla de Derechos se refiere, no fue por motivos de voluntad sino más bien de oportunidad política, en un deseo de no despertar recelos por la similitud con el precedente francés, que se desestimó la idea de incluir una tal declaración en la Constitución de 1812; en todo caso, los derechos aparecen asistemáticamente diseminados a lo largo del Texto. Vid., al respecto, José Luis CASCAJO CASTRO, "Acerca de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2 (primavera-verano, 1990), pp. 110-111. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., pp. 439-440; "Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", en *Códigos y Constituciones. (1808-1978)*, cit., pp. 153-166. Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 6.ª ed., pp. 17-18. Rogelia CALZADA CONDE, "El principio configurador y garantista en la Constitución de Cádiz", en J. Cano Bueso (ed.) y otros, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1989, pp. 150-155. La "necesidad" de presentar el Texto gaditano como una restauración de los usos tradicionales de la monarquía española -tarea ciertamente complicada cuando se intentaban hallar gérmenes liberales en las costumbres del absolutismo borbónico- ha sido puesta de manifiesto por Javier TAJADURA TEJADA ["Los preámbulos constitucionales en el Derecho histórico español", *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho*, n.º 2 (1995), pp. 218-232], quien resalta la condición de verdadero "disfraz" de que gozaron muchos de los preámbulos de nuestras Constituciones históricas y, de modo especial, el Discurso preliminar de la Constitución de 1812. Por lo que a la separación de poderes se refiere, se afirma tajantemente, arts. 15 a 17. Constitución de 1869, Títulos primero y segundo. En el Proyecto de 1873, Título Preliminar y Título primero, por lo que hace a la declaración de derechos y Título tercero en lo tocante a la división de poderes. En la Constitución de la II República, Título III y Títulos IV, VI y VII; como de todos es sabido, estos últimos Textos estatuyen, además, un reparto "vertical" de poderes.

Ciertamente, todas ellas consagran un procedimiento de reforma, diferenciado, con mayores o menores agravaciones, del que establecen para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria. El primer mecanismo de defensa de la Constitución, la nota de la rigidez, presupuesto inexcusable del principio de supremacía constitucional, tiene, por tanto, su traducción en estos Textos. En efecto, en estas cuatro Constituciones españolas, mediante la introducción de un procedimiento diferenciado de reforma se está operando la recepción de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos (y entre Ley Constitucional y ley ordinaria) que, como señalamos repetidamente en el Capítulo I de la presente Memoria, resulta presupuesto inexcusable de los mecanismos de defensa de la Constitución que conocemos como control de constitucionalidad¹⁴.

Sin embargo, ya se ha señalado cómo, si la rigidez es punto de partida para la garantía de la superioridad de la Constitución, no es menos cierto que, por sí sola, resulta insuficiente para asegurarla. La condición de *Lex Superior* de la Constitución, que se asienta primariamente

¹⁴ Cfr., ahora por todos, Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 406.

sobre el principio de rigidez, reclama, además, el establecimiento de algún medio de control de constitucionalidad.

2.) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN BAJO LA VIGENCIA DEL TEXTO DE CÁDIZ

Esa circunstancia a que acabamos de referirnos es, precisamente, la que concurre en la primera experiencia constitucional española y del mismo modo, como veremos más adelante, en la obra constitucional subsiguiente a nuestra Revolución Gloriosa. La Constitución española de 19 de marzo de 1812 se adscribió a la corriente que, como señalábamos en el Capítulo anterior, reclamaba el carácter escrito pero, sobre todo, rígido de los primeros Textos del constitucionalismo moderno. Se estableció en Cádiz un procedimiento específico¹⁵, en el que luego nos detendremos, para modificar la Constitución. Se creaba así, como una característica predicable de nuestra primera experiencia constitucional, una nueva categoría de normas jurídicas¹⁶, superior a la ley ordinaria, desconocida hasta el momento en nuestro Derecho histórico.

¹⁵ En el Título X del Texto gaditano, arts. 372 a 384.

¹⁶ Esa "clase supérieure parmi des actes législatifs" de que hablaban J. BARTHÉLEMY y P. DUEZ en su *Traité...*, cit., p. 187.

Esta garantía en que se concreta la rigidez quedaba, sin embargo y como veremos, fuera dado que no se arbitran medios eficaces de control de la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos y, en concreto, de los actos del legislador. La función de control como mecanismo de garantía de la imposibilidad de "invadere la competencia del grado superiore"¹⁷ no fue dispuesta por los Constituyentes gaditanos. Y, sin embargo, no puede mantenerse que los Fundadores del régimen constitucional en España fuesen ajenos a la necesidad de articular medios de defensa de la Constitución. Antes al contrario, como a continuación veremos, los protagonistas de la Revolución burguesa española¹⁸ son

¹⁷ Costantino MORTATI, *Istituzioni...*, cit., Tomo II, p. 1.225.

¹⁸ No vamos a detenernos aquí en la discusión en torno a si el cambio operado en Cádiz constituyó o no una verdadera revolución. Desde el concepto de tal que desde la óptica del Derecho se mantiene, ésta se identifica, como señalamos en el Capítulo anterior, como la ruptura de la lógica de los antecedentes jurídicos, circunstancia que parece innegable que se produce en Cádiz. Existe, además, una componente sociológica del término. Como señaló G. Ferrero, "<<Revolución>> es un término de doble sentido. Unas veces traduce una nueva orientación del espíritu humano, otras veces nos servimos de él para referir la destrucción total o parcial de una legalidad preexistente, a la subversión más o menos completa de las reglas que establecen el derecho de mando y el deber de obediencia, empezando por el principio de legitimidad que justifica la propia forma de legalidad". Vid. Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 275. En cualquier caso, parece que Cádiz inicia un rumbo nuevo en esa orientación del espíritu de que hablaba el historiador italiano, otra cosa es que, desde luego, la orientación se imponga de una vez para siempre. Por su parte, el Prof. F. Tomás y Valiente identificaba el movimiento gaditano con una clara ruptura que databa de modo preciso, "El momento [escribe] en que se declaró entonces de manera formal la ruptura con el régimen anterior y el propósito de elaborar una nueva Constitución fue el 24 de septiembre de 1810. En el primero y más solemne de sus Decretos, las Cortes se declaran Generales y Extraordinarias, lo que quieren decir constituyentes,

plenamente conscientes de los peligros a los que el Texto Constitucional estará expuesto. Lo que sucede es que nuestros primeros Constituyentes adoptaron la fórmula que juzgaron más apropiada para las necesidades de defensa del Texto Constitucional que elaboraron¹⁹. Circunstancia que se pone claramente de manifiesto en el estudio del procedimiento de reforma que introduce el Texto gaditano.

Importa, en cualquier caso, señalar cómo las tres etapas en que, según hemos tendido ocasión de reflejar en el Capítulo precedente, se periodifica la evolución de la problemática de la defensa de la Constitución

asumen la soberanía nacional, en cuanto representantes de la nación española, establecen el principio de división de poderes, exigen al Consejo de Regencia el juramento de obedecer << los decretos, leyes y *la Constitución que se establezca* >>, y al día siguiente, en su segundo Decreto y como consecuencia del anterior, las mismas Cortes se autoconceden el tratamiento de Majestad en un gesto de gran significación simbólica. La ruptura con el orden anterior es patente y al mismo tiempo se proclaman los principios del nuevo orden y se anuncia el establecimiento de una Constitución. El proceso constituyente se inicia, la ruptura se certifica". Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, "Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *Anuario de Historia del Derecho Español* Tomo LXV (1995), p. 57.

¹⁹ De acuerdo con la Profª. R. Calzada "La falta de una previsión de este calibre no parece que pueda considerarse, sin embargo y como podría parecer en un principio, un lamentable olvido de los diputados gaditanos. No cabe ignorar que, por encontrarse en los albores del constitucionalismo, tal cuestión no entraba, presumiblemente, en su horizonte ideológico". Vid. ROGELIA CALZADA CONDE, "El principio configurador y garantista...", cit., p. 160.

en Francia resultan plenamente trasladables al supuesto español²⁰. A medida en que vayamos avanzando en la exposición, en este y los sucesivos Capítulos del presente trabajo, comprobaremos cómo, en efecto, los problemas a los que se tiene que enfrentar la Constitución en la experiencia francesa se reproducen, más allá de cuestiones de detalle, en el devenir de nuestro constitucionalismo histórico y a la coincidencia en los problemas acaba correspondiendo la coincidencia en las soluciones que se proponen para solventarlos. Esto es así, al menos, hasta el momento en que España acoge la fórmula de defensa constitucional basada en el control jurisdiccional de que nos ocuparemos en el Capítulo IV.

En los dos epígrafes siguientes comprobaremos, en primer lugar, que el enemigo de la Constitución en el nacimiento del Estado Constitucional en España es el mismo que, pocos años antes, había tenido

²⁰ Aunque desde un punto de vista más general, no exclusivamente referido a los problemas que se suscitan con ocasión de la defensa de la Constitución, en ocasiones se ha intentado atemperar la influencia del Texto Constitucional francés de 1791 sobre nuestra Constitución de 1812, vid., en tal sentido, por todos, Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Valencia, 1978, pp. 365-392. En cualquier caso, en nuestra opinión, la influencia francesa en la orinetación de los problemas de defensa de la Constitución resulta, como tendremos ocasión de comprobar en los epígrafes sucesivos, evidente, bien que ello no implique negar que hubiesen existido otras experiencias que influyeron en el pensamiento de los fundadores del régimen constitucional español.

en Francia. La primera medida que, en tal sentido, se adoptará será, como en Francia, la protección de la Constitución mediante un complejo procedimiento de reforma en el que el rey no interviene. Además, se arbitrarán algunas otras fórmulas que remarcan la necesaria naturaleza política de la función de defensa de la Constitución y, en todo caso, la vinculación de la función de defensa de la Constitución con la institución parlamentaria. Analizaremos cada uno de estas circunstancias separadamente.

a) El procedimiento de reforma de la Constitución de 1812

El Título X de la Constitución de Cádiz ("De la observancia de la Constitución y del modo proceder para hacer variaciones en ella") es un excelente reflejo de la preocupación de los protagonistas de la obra gaditana por la necesidad de defender el Texto Constitucional de sus enemigos potenciales. Una circunstancia en relación con el concepto de Constitución que se maneja en Cádiz y las soluciones que se proponen para su defensa debe destacarse. Si, como vimos en el Capítulo precedente, las dos grandes tradiciones constitucionales, aun divergiendo en su desarrollo posterior, partían de principios idénticos, otro tanto sucede con la primera

experiencia constitucional española. Desde un punto de vista constitucional, España sigue, como no podía ser de otra manera, el paradigma francés. Y, sin embargo, del mismo modo que en éste se podían constatar notables coincidencias con el precedente americano, también en la obra de Cádiz se manejan los conceptos que constituyeron lugares comunes de la revolución americana. No hay, como demuestran las intervenciones de los diputados en las Cortes de Cádiz a que nos referiremos a continuación, una tajante y radical separación entre el constitucionalismo español y las experiencias que le preceden en América y, especialmente, en Francia. Por más que, como resulta obvio, cada Estado hubiese de hacer frente, además, a los específicos problemas que, al tiempo de imponerse el Estado Constitucional, le aquejasen, lo cierto es que en todos ellos se emprende un mismo movimiento de transformación política fundado sobre las mismas bases²¹.

²¹ En España la situación resultaba ciertamente paradójica. Los redactores del Texto de Cádiz serán los importadores de los postulados de la Revolución francesa y, sin embargo, la peculiar situación que atraviesa España -con el ejército francés asentado en la Península y la familia real retenida en suelo extranjero- obligaban a abjurar de las evidentes influencias galas. Esta circunstancia, entre otras, moverá a acoger la idea de una falsa restauración para sustentar el proceso de cambio que se desea acometer. Como indica A. Nieto, las clases cultas españolas "afrancesadas", "al ponerse en contra de Francia (...) estaban renegando de su matriz cultural, es decir, negándose a sí mismos. O algo peor: porque estaban constituyendo y legislando en Cádiz conforme a los principios que habían implantado los hombres a los que estaban combatiendo con las armas en el resto de la península". Vid. Alejandro NIETO, *Los primeros pasos del Estado Constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.

Es, en buena medida, por las circunstancias antedichas por las que, en la mente de los redactores de la Constitución de 1812, la función que se atribuye a la introducción de un específico procedimiento de reforma constitucional es la misma que, según vimos, se predicaba de la misma opción en los primeros Textos Constitucionales americano y francés. La rigidez es, en nuestra primera Constitución, un mecanismo de defensa del orden constitucional, esto es, funciona como institución básica de garantía. La adopción de la Constitución suponía, por más que se insistiera en otra cosa²², el triunfo de la revolución liberal y, en este

p. 24, en cursiva en el original. Vid., en relación con las circunstancias que rodean al proceso Constituyente gaditano, así como sobre el significado y repercusiones de nuestra primera Constitución, Luis SÁNCHEZ AGESTA, "Sobre la Constitución de Cádiz", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 30 (septiembre-diciembre, 1990), pp. 9-26.

²² Como indicamos más arriba, no parece poder dudarse de la consideración de los acontecimientos de Cádiz como un auténtico proceso de cambios revolucionarios. Por más que, en ocasiones, los doceañistas trataran de disfrazar las profundas transformaciones de que eran artífices, intentando emparentar concepciones absolutamente nuevas con instituciones que decían pertenecer a la más pura tradición política española, lo cierto es que esta actitud respondía a motivos de oportunidad política, que aconsejaban aparentar que lo que estaba sucediendo en Cádiz era más una restauración que una revolución. No creemos que sea necesario insistir excesivamente en este particular. Recuérdese, en todo caso, la exposición que realiza el Presidente de las Cortes Constituyentes gaditanas el día en que comienza a discutirse el Proyecto de Constitución, conforme al cual, "Hoy se empieza á (sic) discutir el proyecto formado para el arreglo y mejora de la Constitución política de la Nación española". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias Dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813* (en lo sucesivo, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*), Imprenta de J. A. García, Madrid, 1870, vol. III, n.º 337 (25 de agosto de 1811), p. 1.683, la cursiva es nuestra. En todo caso, la realidad de las cosas no escapó tampoco a las intervenciones parlamentarias. Ya en el marco de la

sentido, como indica J. Varela, "el introducir la técnica de la rigidez es el requisito necesario para defender y grantizar la estabilidad de aquellas

discusión del procedimiento de reforma constitucional, el diputado López de la Plata dejó sentada la evidente novedad que representaba el Texto Constitucional, y, lo que es más, las razones de táctica política que se escondían tras esta actitud, al afirmar que "en todas las discusiones he notado un particular empeño de hallar en la antigüedad un pequeño bosquejo de cada uno de los artículos. Con este intento he oído repetidas veces sacudir el polvo a los viejos fueros de Castilla, de León, de Navarra, etc. A mi tampoco me sería difícil manifestar en los Digestos los rasgos de cualquiera Constitución [y, sin embargo] Señor, si la Nación tenía Constitución propia ¿á (sic) qué propósito se nos ha presentado ordinariamente la de la Inglaterra como gran modelo? ¿porqué pedimos socorro á (sic) la casa del vecino cuando lo tenemos en la nuestra?". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit., vol. IV, n.º 476 (20 de enero de 1812), p. 2.665. Importa señalar que, entre las fuentes de inspiración de nuestro primer constitucionalismo, ocupa un lugar destacado la experiencia inglesa. No es de extrañar que se publicara en nuestro país una temprana traducción de la obra de J. L. De Lolme sobre la Constitución inglesa (cfr. Jean Louis De LOLME, *Constitución de Inglaterra, o descripción del Gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras monarquías de Europa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992), que contribuye a extender el conocimiento popular de las instituciones políticas de aquel país. En todo caso, el diputado López de la Plata -a quien no se puede reputar partidario de la Constitución- apoyaba, acertadamente su razonamiento, al aludir a las manifestaciones de la Junta Central en el sentido de que los males de España se debían a la carencia de Constitución o a una Circular del Consejo de Regencia en la que se establece como finalidad de las Cortes la de dar una Constitución. López de la Plata concluye, "Seguramente no se da lo que ya se tiene". Cfr., en relación con el cambio de rumbo, esto es el abandono de la búsqueda de las leyes fundamentales del reino, por parte de la Junta de Legislación, que se produce el 8 de diciembre de 1809, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Génesis de la Constitución de 1812...", cit., pp. 98 y ss. y 101-102. Cfr., aludiendo a la naturaleza revolucionaria del proceso Constituyente gaditano, Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 164-165, que hace referencia la novedad de la institución parlamentaria frente al tradicional modo de articulación de las Cortes en España. Adolfo Posada, *La nouvelle...*, cit., pp. 8-15. Bartolomé CLAVERO, *Evolución...*, cit., pp. 25-29 y 35-36; *Manual...*, cit., pp. 24-25. Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 4.ª ed., revisada y ampliada, pp. 56 y ss. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., pp. 439-440. Javier TAJADURA TEJADA, "Los preámbulos constitucionales...", cit., pp. 218-232.

Constituciones que históricamente se presentan como el triunfo -radical y súbito- de las fuerzas liberales sobre las anteriormente dominantes, ante el temor de que éstas últimas acometiesen una pronta alteración constitucional"²³.

Que la rigidez era el medio para conservar la obra transformadora de Cádiz es una circunstancia que resulta evidente cuando se consultan las discusiones del Título X del Proyecto de Constitución en las Cortes²⁴. En este sentido, expresaba el diputado Aner que "el nuevo orden de cosas que se establece por la Constitución tiene muchos enemigos; todos sus tiros se dirigen à (*sic*) destruirla, y el mejor modo para que lo lograsen era dejarles expedito el campo para hacer en ella las variaciones

²³ Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 401. Un indicio de la finalidad garantista de la reforma constitucional en el Texto de Cádiz vendría dado por la propia ubicación sistemática del procedimiento de reforma. En un mismo Título se recogen todas las garantías de la Constitución, del mismo modo que, mucho tiempo después hará el Constituyente de la Segunda República española o el italiano de 1947, vid., en este sentido *loc. ult. cit.*, p. 408.

²⁴ El debate plenario en torno al Título X de la Constitución -que originariamente contenía los arts. 370 y ss. y que, finalmente, ocupó los arts. 372 a 384- comenzó el 17 de enero de 1812, cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit., vol. IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), pp. 2.643 y ss. Importa señalar, en cualquier caso, que los primeros arts. del Título, relativos a los mecanismos de defensa de la Constitución distintos de la reforma constitucional a que nos referiremos más adelante en el curso del presente trabajo, fueron aprobados sin discusión.

que quisiesen"²⁵. Lógico resulta, desde esa consideración, que los mayores opositores del procedimiento de reforma constitucional fuesen, al mismo tiempo, quienes se mostrasen menos conformes con la Constitución misma²⁶. La relación entre las instituciones de garantía y el Texto garantizado se hacen, de este modo, nuevamente patentes. De ahí la insistencia de los diputados liberales gaditanos en dar al procedimiento de reforma constitucional la importancia que éste tiene. Así, por ejemplo, el diputado Caneja proclama que "Nada habrían adelantado las Córtes (*sic*) discutiendo con el más prolijo exámen (*sic*) la Constitución política del Estado, y sancionándola despues (*sic*) de la más séria (*sic*) reflexión, si por

²⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IX, n.º 472 (18 de enero de 1812), p. 2.653. En idéntica línea, continuaba el diputado, "Seamos cautos, Señor; no edifiquemos sobre arena. Nunca está más expuesta la Constitución que en los primeros años de su publicación. Su mérito y utilidad no están todavía bien conocidos; se precisa que una experiencia larga haya hecho conocer su bondad" (*ibidem*).

²⁶ Como señala M. Martínez Sospedra, "todos aquellos que discrepaban a fondo con la Constitución, realistas y aquellos otros que no veían suficientemente satisfechos sus intereses, americanos, desencadenaron un ataque frontal destinado a procurar la pronta reforma del texto aprobado". Vid. Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La Constitución española de 1812*, cit., p. 285. Evidente resulta que tal propósito resultaba de más sencilla realización -al menos si se pensaba acometer desde el terreno del Derecho y no por la vía de hecho como finalmente sucedió- si el procedimiento disminuía sus cautelas garantistas, en concreto la temporal o si, como propusieron algunos diputados, la Constitución, una vez aprobada, quedaba en suspenso hasta su ratificación por las Cortes subsiguientes. Cfr., en este último sentido, por ejemplo, la intervención del diputado Sr. Leiva en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.645.

conclusion (*sic*) de esta grande obra no se tratase de asegurar su estabilidad"²⁷.

Un procedimiento con tal finalidad garantista habría de ser, necesariamente, complejo y, en efecto, el que estableció el Constituyente gaditano lo era, pero, además, debería contener alguna cautela temporal, que impidiese reformas inmediatas y, finalmente, debería observarse el suficiente cuidado para evitar que los enemigos de la Constitución dirgiesen el proceso de su modificación y, por esta vía, subvertiesen el orden constitucional inaugurado. En este último sentido, los hombres de Cádiz fueron, desde el primer momento, plenamente conscientes de contra quién se establecía el orden constitucional y, por tanto, quién tenía más que perder con el establecimiento de la Constitución. Más adelante volveremos

²⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.645. Parece claro, entonces que, en la inteligencia de los primeros Constituyentes españoles, la Constitución y su reforma forman un todo inescindible. "Yo tengo [dirá el diputado Pérez] la reunión de estas Córtes (*sic*) por un prodigio, y su conservacion (*sic*) por otro mayor, y si no sancionásemos este artículo, nada habríamos hecho y sería inútil toda la Constitución (*sic*)". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 472 (18 de enero de 1812), p. 2.654. Argüelles, el diputado que más actividad despliega en defensa del procedimiento de reforma del que él -como miembro de la comisión redactora del proyecto de Constitución- había sido principal factor, sentencia: "considero este artículo la piedra angular de la Constitución (*sic*), y (...) estoy persuadido que sin él no se habría hecho nada, ni habría adelantado un paso el Congreso en su penosa carrera". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 474 (20 de enero de 1812), p. 2.666.

sobre este particular, quede, en todo caso, sentado ya en este momento que, al igual que sus predecesores franceses, los liberales españoles sabían que el monarca constituiría el primer enemigo de la Constitución y, por tanto, ésta debía estar a salvo de su intervención, razón por la cual se le excluirá de participación en el procedimiento de reforma²⁸.

Por lo que al concreto *iter* procedimental de la reforma hace, debemos comenzar señalando que su complejidad venía dada por diversos factores. En primer lugar por la circunstancia de que se exigiese, como hemos adelantado ya, una cláusula de prohibición temporal absoluta de reformar la Constitución durante un tiempo²⁹, cuya duración quedó fijada, en virtud del artículo 375³⁰, en ocho años "después de hallarse puesta en

²⁸ Complejidad, restricción temporal y exclusión del monarca son, así pues, las tres características más sobresalientes del primer mecanismo de defensa jurídica de la Constitución que se establece en el constitucionalismo histórico español. Cfr., sobre este particular, Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado...*, cit., pp. 405-406.

²⁹ Cfr., al respecto, Javier RUIPÉREZ, "*Una cuestión nuclear...*", cit., pp. 20-22, donde se ponen de manifiesto las razones que indujeron a los Constituyentes gaditanos y, antes, a los franceses que elaboran el Texto dde 1791 a introducir este tipo de cláusulas.

³⁰ Por testimonio del diputado americano Sr. Pérez, que formaba parte de la comisión que aprobó el proyecto de Constitución que se presenta a la Cámara, sabemos que este artículo demoró su aprobación en la citada comisión "cinco o seis noches". Tiempo considerable en relación a la duración que solían tener las discusiones de los preceptos. Vid., al respecto, la intervención del citado parlamentario en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*,

práctica la Constitución en todas sus partes"³¹. No se trataba, entonces, tan sólo de considerar que, transcurridos 8 años desde 1812, quedaba expedita la iniciación de un procedimiento de reforma, en la medida en que ese lapso temporal a que se refiere el precepto comenzaría a contar sólo a partir del momento en que se hubiesen puesto en marcha la totalidad de las previsiones de la Constitución³². Clara es la finalidad de esta cautela temporal. Como ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba, se trata de impedir una rápida modificación de las normas constitucionales, probablemente en la esperanza de que el transcurso del tiempo haga calar,

vol IV, n.º 472 (18 de enero de 1812), p. 2.654.

³¹ El art. guardaba conexión directa con la limitación establecida por el primer Constituyente francés a la facultad de revisión constitucional en el art. 3 del Título VII de la Constitución de 1791, a cuyo tenor "La prochaine législature et la suivante ne pourront proposer la réforme d'aucun article constitutionnel". Cfr., remarcando el paralelismo entre la reforma constitucional en Cádiz y el primer Texto Constitucional francés, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, "Estudio Preliminar" a Agustín de Argüelles, *Discursos*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1995, p. LXV, quien sostiene que este precepto de la Constitución de Cádiz es "fiel trasunto, en versión sintética, del Título VII, *De la révision des décrets constitutionels*, de la Constitución francesa de 1791". La inspiración fue, en todo caso, confesada. Así lo atestigua, por ejemplo, la intervención del Conde de Toreno en defensa de la cláusula de reforma, donde se afirma que "Los legisladores modernos igualmente han procurado poner trabas á (*sic*) estas alteraciones radicales, como se puede notar hasta en las mismas Constituciones de nuestros días". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.645, la cursiva es nuestra.

³² En cualquier caso, hubo también en la Constituyente quien consideró insuficiente la limitación de ocho años, proponiendo que se aumentase a veinte. Vid., en este sentido, la intervención del diputado Sr. Aner en *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 472 (18 de enero de 1812), p. 2.653.

en los espíritus menos proclives al movimiento constitucional, las importantes innovaciones que el Texto incorpora.

Una esperanza que incluía a aquél que, a su regreso del cautiverio, habría de acomodarse a lo sucedido en su ausencia. Es, en efecto, al Rey a quien el diputado Caneja cree más necesario convencer de las bondades de la Constitución y la necesidad de observarla. En este sentido se expresa cuando, al defender la cláusula de limitación temporal, afirma, "Los agentes del Poder ejecutivo, ó (*sic*) bien sea el Rey, ó (*sic*) los Reyes, no tendrán jamas repugnancia mayor á (*sic*) la Constitución que en los primeros años de su establecimiento. Acostumbrados, por decirlo así, á (*sic*) vivir sin ella, y á (*sic*) medir su poderío por su arbitrio y voluntad, no verán en este libro [obviamente, la Constitución] sino una odiosa restricción de su poder. Ejemplos podrían citarse de Reyes que, arrebatados de este prestigio, y mal aconsejados, dieron al traste con su existencia y la de su Monarquía, por no haber querido tolerar la disminución de sus injustas aunque antiguas (*sic*) facultades. Evitemos, pues, la tentación de dar en tierra con nuestra leyes fundamentales, quitándoles la ocasión de toda reforma en un cierto número de años. Procuremos que ellos mismos se acostumbren y aun aficionen á (*sic*) la

Constitución: hagamos que el tiempo y la experiencia les obliguen á (*sic*) conocer que en su puntual observancia se hallan cifrados sus más ciertos intereses, su verdadera autoridad, que entonces será menos temible su influjo en cualquier ocasión de reforma"³³.

Esta finalidad de la prohibición temporal no puede extrañar. Como tendremos oportunidad de comprobar más adelante, el Constituyente gaditano confió su obra, en buena medida, al Pueblo. De lo que, con fórmulas como la cláusula temporal -y alguna otra a la que, en su momento, haremos alusión-, se trata es de conseguir que "el Código Fundamental pudiera llegar a ser conocido, comprendido y asumido por el Pueblo, creándose, en virtud de esa antigüedad artificialmente adquirida, un verdadero sentimiento constitucional que, a la postre, le permitiría prevalecer frente a los ataques provinientes de un revisionismo empeñado en volver a los esquemas, jurídicos y políticos, del Antiguo Régimen"³⁴.

³³ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), pp. 2.646-2.647. Nótese, amén de lo ya dicho, cómo es posible hallar en las palabras de Caneja el conocimiento de la experiencia constitucional francesa. A nuestro juicio al menos, ese monarca que perdió el trono y aun la monarquía no es otro que Luis XVI.

³⁴ Javier RUIPÉREZ, "*Una cuestión nuclear...*", cit., p. 21. En relación a qué deba entenderse por sentimiento constitucional, cfr. ahora por todos, Pablo LUCAS VERDÚ, *El sentimiento constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1985.

Además de esa cautela previa, el Texto gaditano es exigente también en las formalidades procedimentales propiamente dichas³⁵. En primer lugar, asegurándose que tan sólo se dará tramitación a proposiciones de reforma que tengan una cierta posibilidad de prosperar³⁶, el artículo 377 exige que cualquier proposición que se presente venga avalada por un mínimo de veinte diputados firmantes de la misma³⁷. He aquí la primera de las especificidades, en lo propiamente procedimental, del *iter reformador*, que, agravando los requisitos con respecto a lo que sucede con la legislación ordinaria, establece ya la primera distinción garantista³⁸.

³⁵ Cfr., para todos estos extremos y sus finalidades, por todos, Rogelia CALZADA CONDE, "El principio configurador y garantista...", cit., pp. 156-157.

³⁶ "La comisión [dirá Argüelles] quiso que por proposiciones frívolas no estuviese expuesta la Constitución á (*sic*) sufrir alteraciones (...) La comisión solo (*sic*) ha querido que se mire con mucha circunspección (*sic*) al permitir que se hagan alteraciones en la Constitución". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 476 (22 de enero de 1812), p. 2.676. Vid., sin embargo, la opinión contraria, argumentando en favor de la libertad del diputado, de los Srs. Aner y Dou, *ibidem*. Con idéntico sentido, se expresa Muñoz Torrero en la sesión del día siguiente, en el *Diario* n.º 477, p. 2.680.

³⁷ Se trataba, en definitiva, de obligar al parlamentario que juzgara conveniente la modificación de la Constitución a conseguir, antes de proponerla formalmente, un cierto número de opiniones favorables a la misma. Una suerte, en definitiva, de anticipación del elevado grado de consenso que la reforma requiere para llegar a término. Esta especie "principio de prueba" de la agravación mayoritaria que suele caracterizar a los procedimientos de reforma es común en la fase de iniciativa y, en todo caso, es susceptible de producirse por esta u otra vía. Cfr., comentando otra posible fórmula, también en la fase de iniciativa de un procedimiento de revisión, Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 75-76.

³⁸ Recuérdese, en tal sentido, que la finalidad que se persigue con el establecimiento en el *amending process* de requisitos cuyo cumplimiento entraña

Si, para la proposición de leyes ordinarias, cualquier diputado individualmente estaba capacitado para su presentación (art. 132)³⁹, ahora, cuando de lo que se trata es de proponer que se varíe la norma fundamental del Estado, tal facultad no se deposita en un único individuo.

La especialidad del procedimiento de reforma constitucional con respecto al procedimiento legislativo ordinario queda patente, entonces, desde la regulación de los actos de primera impulsión de la reforma. El siguiente escollo que una propuesta de revisión constitucional, firmada ya por veinte diputados, ha de salvar es el de la toma en consideración de la propuesta por el resto de la Cámara. En aras de lograr el que las variaciones en la Constitución vengán impuestas por la reflexión, el artículo 378 ordena reiterar hasta tres veces la lectura de la propuesta,

mayor dificultad no es otra que la de disponer mecanismos que garanticen la conservación de los contenidos constitucionales y que, en todo caso, los protejan frente a variaciones meramente conyunturales. Cfr., en relación con ello y por todos, Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 31-34. Las agravaciones y diferencias con respecto a lo establecido para el procedimiento legislativo ordinario tienen, en todo caso y como venimos sosteniendo, una intencionalidad garantista y así "La differenza è sorta proprio come rafforzamento dell'elemento garantista". Vid Giuseppe CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Giuffrè, Milán 1984, reimpr. inalterada, p. 17.

³⁹ Cfr., para lo que hace a la iniciativa en sentido estricto, esto es, entendida como la facultad de propuesta, de las leyes ordinarias en la Constitución de Cádiz, José CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 137-140.

observando un intervalo de seis días entre cada lectura. Se excepciona así, nuevamente, la tramitación ordinaria de las leyes que requería, únicamente y conforme al artículo 133 de la Constitución, que la proposición legislativa se leyese dos veces, con un intervalo mínimo de dos días, antes de admitirse a discusión. En todo caso, parece evidente, también aquí, la intención de dificultar la tramitación con misma finalidad garantista. No parece poder dudarse que, si a los solos efectos de conseguir que se incie la tramitación de la reforma, se exige una reiteración tan acusada de la lectura de la propuesta, lo que se está persiguiendo es que a la Cámara conste, desde el primer momento, la gravedad de la operación cuyos actos de primera impulsión se están desarrollando. Hay que evitar, en definitiva, que la proposición de reforma pueda inadvertirse o, en todo caso, tomarse en consideración sin una seria evaluación previa de su contenido.

Tomada en consideración por la Cámara la propuesta⁴⁰, la tramitación continúa como si se tratase de una proposición de ley⁴¹ y, tras las discusiones, se requiere que se pronuncien en favor de la continuación del proceso reformador "las dos terceras partes de los votos".

Es en ese momento cuando el procedimiento ordenado por el Título X comienza a asegurarse el que las modificaciones constitucionales que se acometan vengan avaladas por un consentimiento generalizado en su adopción. El Constituyente de Cádiz quiso que, después de la primera votación, con un reforzamiento de la regla de la mayoría muy importante, en favor de la propuesta, se pronunciaran conformes con la misma dos, o incluso tres⁴², Cámaras sucesivas⁴³. El procedimiento de la Constitución

⁴⁰ No establece la Constitución qué mayoría se requiere para esta toma en consideración. El silencio debería entenderse, en nuestra opinión, como la aceptación tácita de la simple mayoría, toda vez la Cámara tiene ocasión más adelante, cuando conoce más a fondo la propuesta, de pronunciarse nuevamente sobre su oportunidad, exigiéndose ya entonces de modo expreso una mayoría reforzada.

⁴¹ No es de extrañar esta ordenación del trabajo parlamentario en relación con la reforma. La solución es, por otro lado, idéntica a la que estableció el Constituyente francés de 1789-91 en el art. 4 del Título dedicado a la revisión constitucional, donde se establece que las deliberaciones de las legislaturas que acuerdan proceder a la reforma "seront soumises aux mêmes formes que les actes législatifs".

⁴² El hecho de que fuesen dos o tres las Cortes que habrían de convocarse para reafirmar la iniciativa de la reforma dependía del tiempo en que se hubiese producido, por segunda vez, un voto afirmativo para la continuación del

de 1812 sigue aquí, de nuevo, el precedente de la Constitución francesa de 1791, que exigía la reiteración de la iniciativa de reforma en tres legislaturas ordinarias sucesivas⁴⁴. La cautela ante la reforma y la

procedimiento. De este modo, el art. 381 abría la posibilidad de que mediase la celebración hasta tres elecciones entre la primera votación conforme con iniciar la reforma y la constitución definitiva de la Cámara que habría de deliberar finalmente sobre la misma.

⁴³ La técnica de disponer que sean distintos Legislativos quienes deban reiterar la iniciativa de reforma constitucional satisface diversas finalidades. En primer lugar, como ya se ha dicho, asegura que la reforma será el fruto de una madura reflexión. Pero, al propio tiempo, dificulta considerablemente el cumplimiento de los trámites de la reforma, en la medida en que exige que se consiga reiteradas veces una amplia mayoría (dos tercios). Finalmente, la necesidad de que medien diversos períodos electorales entre que se adopta el primer acuerdo de iniciativa y se delibera finalmente sobre la reforma permite al Pueblo controlar todo el procedimiento. No creemos que deba desdeñarse esta circunstancia, en especial si consideramos que el momento en que se formula es el mismo que favorecerá la formación de la teoría de la soberanía del Parlamento. Nuestro primer constitucionalismo, como veremos más adelante en el curso del trabajo, no es ajeno tampoco a esa corriente que domina el nacimiento del Estado liberal en Europa y, sin embargo, aunque coloque al Parlamento como protagonista del procedimiento de reforma, no por ello desvincula al órgano de la representación nacional del Pueblo mismo. Cfr., para lo que hace a los distintos procedimientos de reforma en Derecho comparado, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 94-99; Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al Derecho Constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones modernas y 1988-1990: Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del Este europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 549.

⁴⁴ En este sentido el art. 2 del Título VII de la primera Constitución francesa. El procedimiento en este Título regulado y el que se establece en la Constitución de Cádiz difieren en la formación del órgano que ha de aprobar la reforma, pues, si en Cádiz se trata de unas Cortes cuyos diputados ostentan, como veremos, poderes ordinarios y especiales para reformar la Constitución (arts. 380 y cc.), el Constituyente francés de 1789-91 dispuso la formación de un cuerpo específico, la *Asemblée de Révision*, formado por representantes elegidos en la forma ordinaria prescrita para la formación del Cuerpo legislativo y, además, por 249 miembros elegidos específicamente para acometer la reforma.

correlativa garantía de estabilidad para el Texto Constitucional son llevadas aquí casi hasta el extremo. Como, en relación con la reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia, ha puesto de manifiesto el Prof. J. Ruipérez⁴⁵, no es inusual que, para la adopción de una iniciativa de revisión, se exijan determinados requisitos mayoritarios, relativamente agravados. Pero, lo realmente peculiar del supuesto de reforma del Texto de Cádiz es que exigen hasta tres acuerdos de adopción de la iniciativa y, en todos ellos, habrán de computarse los votos favorables con la iniciativa de la reforma de los dos tercios de la Cámara, la misma mayoría que, conforme al artículo 383, ha de concurrir para la aprobación final de la reforma. No parece poder negarse, a la vista de lo anterior, que los Fundadores del régimen constitucional en España construyeron un procedimiento de reforma tan especialmente complejo que permite asegurar que, en este aspecto al menos, más que de facilitar la variabilidad del Texto Constitucional cuando la modificación de las circunstancias lo requieran, lo que se estaba persiguiendo era preservar, de unas potenciales Cortes futuras poco respetuosas con el espíritu de la Revolución de Cádiz, aquel conjunto de aspiraciones políticas elementales que la Constitución de 1812 recogía.

⁴⁵ Cfr. Javier RUIPÉREZ, *La reforma...* cit., pp. 73-76.

Sólo a partir del momento en que, en dos o tres reuniones sucesivas de Cortes, hubiesen concurrido los dos tercios de los votos conformes con el ejercicio de la facultad de iniciativa podía entenderse que ésta había sido válidamente adoptada. Las segundas o terceras Cortes, según el caso, que votasen afirmativamente la iniciativa de reforma acuerdan, de este modo, "que ha lugar al otorgamiento de poderes especiales para hacer la reforma" (art. 380). Esta formalidad no carece de importancia porque está dando ya idea de los límites que las Cortes que definitivamente deliberen sobre la modificación de la Constitución han de observar. Ese es el sentido que, a nuestro juicio, debe darse a la exigencia del artículo 382 de que las juntas electorales de provincia, junto con los poderes ordinarios que confiere a los diputados, haya de otorgarles también poder especial para reformar la Constitución. Este poder habría de contener, porque así lo exige el precepto, el tenor literal del Decreto de las Cortes ya disueltas que han acordado, de modo definitivo tras dos -o tres- reiteraciones, adoptar una iniciativa de reforma constitucional perfeccionada en todos sus extremos. Desde este entendimiento, nos inclinamos por creer que las Cortes que finalmente votarían la adopción del proyecto de reforma se veían constreñidas por los términos de la iniciativa. Decimos esto porque, a nuestro juicio, parece poder inferirse que lo que,

con esta complicada regulación, se está haciendo no es sino repartir los distintos ámbitos de actuación permitidos entre diferentes titulares y, cuando se reúnen las Cortes que votan definitivamente la modificación constitucional, la iniciativa viene ya completamente perfilada⁴⁶. Las Cortes con los poderes especiales discutirán la propuesta, que requiere para su aprobación el voto afirmativo de las dos terceras partes de diputados. Conseguida esta mayoría, señala el artículo 383, la reforma "pasará a ser ley constitucional".

Conocida ya la tramitación que habrían de recibir las modificaciones de la Constitución gaditana, cumple ahora detenerse en el que quizá sea el aspecto más sobresaliente de todos cuantos suscita el comentario del procedimiento de reforma del Texto de 1812⁴⁷. Esto es,

⁴⁶ Esta técnica que introduce el Constituyente gaditano, repartiendo los poderes de actuación de las distintas fases del *iter* reformador entre titulares también distintos, se convertirá, como tendremos ocasión de ver, en una fórmula usual en los procedimientos de reforma constitucional de nuestro constitucionalismo histórico, de donde pasará a la regulación que contiene el art. 168 de la vigente Constitución española.

⁴⁷ La trascendencia de la exclusión no condujo a una correlativa intensificación del debate en Cortes sobre este punto. Aunque, como veremos, alguna intervención realista llegará a reclamar para el monarca -no sabemos si por ignorancia o con mala fe- el título de defensor de la Constitución, lo cierto es que no se oyeron grandes discrepancias ni agudas polémicas en la Cámara en relación a este punto. Cfr., en idéntico sentido, resaltando únicamente la posición que sostuvo A. de Argüelles, Joaquín VARELA SUANZES, "Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva

a "una medida revolucionaria, quizá la más radical de toda la Constitución"⁴⁸. Nos estamos refiriendo a la ya anunciada exclusión del monarca de cualquier posibilidad de intervención en el *iter* reformador.

Ya hemos visto cómo en los diputados liberales de Cádiz existía la plena conciencia de que la Constitución contrariaría a Fernando VII. En España, como antes en Francia, el Estado Constitucional nace porque es el Pueblo quien impone al monarca el ejercicio del Poder Constituyente. Si el "juramento del juego de pelota" representaba, como comentamos en el Capítulo precedente, la asunción, por parte de los representantes del Pueblo francés, de la soberanía⁴⁹, lo propio sucede con

época), n.º 55 (enero-marzo, 1987), p. 139.

⁴⁸ Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado...*, cit., pp. 420-421.

⁴⁹ El recelo que los doceañistas sentían hacia el monarca era, por otra parte, el mismo que la monarquía sentía hacia las ideas que los liberales españoles profesaban. Buena prueba de ello, y de que los agentes del absolutismo se comportaban con menos ingenuidad y optimismo que los del liberalismo, la constituyen las medidas que, ante los primeros acontecimientos revolucionarios en Francia, adoptan las autoridades españolas, convirtiendo la frontera pirenaica en el bastión sur del absolutismo y controlando en lo posible al incipiente "enemigo interior". Vid., en relación con estas medidas dispuestas para evitar el "contagio" revolucionario, Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Orígenes...*, cit., pp. 35-37. Un ejemplo de esta actitud defensiva del Estado Absoluto en España lo ofrecen los procesos abiertos, desde poco tiempo después de estallada la Revolución francesa, contra el Profesor liberal salmantino R. Salas y Cortés -autor a cuya obra más adelante aludiremos-. La Inquisición y el Consejo de Su Majestad perseguirán en él, como en otros, las ideas que habían propiciado los acontecimientos revolucionarios. Vid., en este sentido, José Luis BERMEJO, "Estudio Preliminar" a Ramón Salas y Cortes, *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, cit., pp. X y ss.

la formación de las Cortes Generales y Extraordinarias en Cádiz⁵⁰. Francia había edificado su primer Estado Constitucional conservando la monarquía y otorgando al rey un papel determinado en el equilibrio de poderes constitucionales. En España el proceso es idéntico, con la circunstancia particular de que, mientras el proceso constituyente se desarrolla, el rey español está ausente. De lo que se trata entonces es de construir un nuevo régimen político que, como el francés, conserve la forma de gobierno monárquica, pero transformando al rey de monarca absoluto en monarca constitucional. Como indicó M. Fernández Almagro, "Los legisladores de Cádiz no pensaron ni por un momento en romper con

⁵⁰ El paralelismo se acentúa aun más si tomamos en consideración que en España, como antes en Francia, se varió el modo tradicional de componerse las Cortes -dividiéndolas en brazos o estamentos- de forma consciente y altamente significativa. La rebeldía del Tercer estado en Francia y la contravención de similar principio de la representación estamental en Cádiz reflejan, con enorme plasticidad, esa forma de actuar libre de ataduras formales y materiales que caracteriza al Poder Constituyente. El Conde de Toreno no alberga dudas sobre este particular y, en tal sentido, afirma que "las Córtes (*sic*) actuales han tenido facultad para obrar del modo que lo han hecho y formar una Constitución (*sic*). La Junta Central fue un Gobierno legítimo reconocido en todas las provincias de la Monarquía. En virtud del poder de que estaba revestida determinó convocar Córtes (*sic*) extraordinarias variando el modo antiguo de la representación (*sic*), y previniendo que se otorgasen poderes ilimitados para hacer todo lo que creyesen conveniente al pro comunal y bien del reino". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.644.

Fernando VII. Pero ni por un momento tampoco pensaron que éste volviese como se fue"⁵¹.

La conciencia de estar transformando radicalmente los principios en que se basaba el régimen político anterior, de estar imponiendo, en suma, un nuevo principio de legitimidad en los gobernantes⁵², unida a la obviedad de que con ello se estaba violentando la voluntad del monarca, provoca, como no podía ser de otra manera, la conciencia de que será éste, el principal enemigo del régimen. Lo que, de manera necesaria, ha de traducirse en que las instituciones fundamentales del nuevo régimen hayan de ser defendidas frente al rey⁵³.

⁵¹ Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Orígenes...*, cit., p. 105, vid., además, en relación con el intento de convertir a Fernando VII en el monarca de un Estado Constitucional, pp. 105-109.

⁵² Como indica la Prof. R. Calzada, "A través de la defensa de la Reforma constitucional, como institución tutelar de la Constitución, no hacían más que asegurar el respeto por la nueva legalidad que ellos mismos habían impuesto, y que respondía al principio de legitimidad liberal frente al del Antiguo Régimen". Vid. Rogelia CALZADA CONDE, "El principio configurador y grantista...", cit., p. 159.

⁵³ Vid., además de las intervenciones a que se ha hecho referencia anteriormente, la de Argüelles en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 474 (20 de enero de 1812), p. 2.669, en donde destaca que uno de los mayores aciertos es haber consignado en la Constitución extremos que devienen así absolutamente indisponibles para el rey, como la forma de elección de los diputados.

Claro resulta, en este contexto, que la reforma es el primer baluarte frente al rey y que, por tanto, hay que evitar que el monarca pueda participar en ella. Por esto no se le concede iniciativa para proponer reformas a la Constitución y tampoco es preciso que dé su sanción a las nuevas leyes constitucionales⁵⁴. En este último sentido, ya no se trataba sólo de evitar que el monarca pudiese acometer reformas constitucionales de signo involucionista, sino de evitar también que, por la vía de negar su sanción a una reforma constitucional ya aprobada, se impidiese la reforma progresista del Texto⁵⁵. Esta orientación del procedimiento de reforma marcaba el paralelismo entre el proceso constituyente y el de reforma de la Constitución. Era, en ambos casos, el Pueblo, a través de sus

⁵⁴ Cfr. Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado...*, cit., pp. 411-412. Como indica este autor, el vehículo normativo de las reformas de la Constitución será el Decreto de Cortes, que no precisa de sanción regia. Cfr. Joaquín VARELA SUANZES, "Rey, Corona y Monarquía...", cit., p. 136. A esta consideración no obsta el que el art. 384 hable de leyes constitucionales para referirse a las reformas que acaban de aprobar las Cortes. Con esta expresión lo que se está queriendo remarcar, a nuestro juicio, es únicamente el rango constitucional que se predica de las sucesivas modificaciones a la Constitución. Para todo lo que hace a la categoría "Decreto de Cortes" -con y sin valor de ley- en nuestra primera Constitución, cfr. José CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normartiva...*, cit. pp. 65 y ss.

⁵⁵ Cfr. Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado...*, cit., p. 413; "Rey, Corona y Monarquía...", cit., p. 140; Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La Constitución española de 1812...*, cit., p. 298.

representantes en Cortes, el único titular de la facultad de darse, y de modificar, la Constitución⁵⁶.

Esta es, en última instancia, la razón del absoluto protagonismo de la representación popular en el procedimiento de revisión de la Constitución gaditana. No cabe ignorar que las Cortes gaditanas se habían reclamado depositarias de la soberanía y, ahora, cuando de lo que se trata es de decidir quién intervendrá en la modificación de la norma en la que se ha concretado el ejercicio de facultades soberanas, la exclusión del monarca -que es el titular de un poder constituido más- resulta una exigencia lógica. Como señaló el Prof. F. Tomás y Valiente, en Cádiz, "El Rey no comparte ni la soberanía, ni el poder constituyente, ni el poder de reforma constitucional que en el constitucionalismo clásico es también manifestación del poder constituyente (...) Al rey Fernando VII se le dio hecha también la Constitución (...) se le dejó constitucionalmente al margen de la posible reforma constitucional excluyendo su intervención en toda ley fundamental o constitucional. La Constitución, la comisión que redactó el proyecto, las Cortes que la aprobaron (...) apostaron por una

⁵⁶ La magnitud de la importancia de la exclusión de la intervención del monarca en el procedimiento de reforma equivaldría, en términos de identificación del régimen político gaditano, a su conversión en una República. Vid., en tal sentido, Joaquín VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado...*, cit., pp. 415-421.

monarquía moderada que en este punto significaba la atribución del poder constituyente originario o por vía de reforma a la Nación representada en Cortes Constituyentes, último titular de la soberanía"⁵⁷.

En el Capítulo precedente tuvimos ocasión de comentar cómo la afirmación monárquica de la primera Constitución francesa significaba, desde el terreno de los principios al menos, la elección libérrima de esta forma de gobierno por parte de una Asamblea soberana. En Cádiz el planteamiento teórico es exactamente el mismo. De ahí que sea lícito afirmar que "para los diputados liberales, si Fernando VII seguía siendo Rey, lo era por haberlo proclamado *de nuevo* la nación, haciendo uso de su originaria e inalienable soberanía"⁵⁸.

Los Constituyentes gaditanos mostraron en este terreno una extraordinaria claridad conceptual, distinguiendo, con un rigor técnico intachable, entre la soberanía, concretada en el ejercicio del Poder Constituyente, y las facultades ordinarias de las Cortes futuras. El Conde de Toreno es, a nuestro juicio, uno de los oradores, junto con Caneja, que

⁵⁷ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Estudio Preliminar", cit., pp. LXI y LXV.

⁵⁸ Joaquín VARELA SUANZES, "Rey, Corona y Monarquía...", cit., p. 133.

con mayor brillantez alecciona a la Cámara sobre estos extremos. El día en que comienza la discusión del Título X, contesta al diputado Gómez Fernández -que postulaba la flexibilidad de la Constitución, su consideración como mera ley- que "Ha confundido en su discurso la Nación (*sic*) con las Córtes (*sic*) ordinarias (...) [éstas] siendo una potestad delegada tienen que sujetarse á (*sic*) lo que prevengan sus poderes. La Nación (*sic*), como soberana, es árbitro de hacer todas las mudanzas que crea conveniente para su prosperidad; pero las Córtes (*sic*) ordinarias deben circunscribirse á (*sic*) las facultades que les señale la Constitución (*sic*)"⁵⁹.

La distinción entre facultades soberanas y facultades limitadas, entre Poder Constituyente y poderes constituidos, es, también para los hombres de Cádiz, el efecto de haber consignado un procedimiento de

⁵⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 471 (17 de enero de 1812). p. 2.644. En el mismo lugar, continúa "Las Córtes (*sic*) ordinarias gozan de una autoridad delegada, que se deriva de la Nación (*sic*), y el traspasar los límites que se le prescriben es una rebeldía contra sus poderdantes. (...) no habiendo la Nación (*sic*), origen de todas las tres potestades, otorgado otros poderes que los que ordena la Constitución (*sic*) (...) las Córtes (*sic*) ordinarias ni sus individuos no pueden ampliar sus facultades más allá de lo que aquellos prescriben". En nuestra opinión, párrafos como el transcrito -y algunos otros, como la intervención del diputado Aner del día siguiente a ésta- merecen ser destacados por la claridad que refleja la terminología que se emplea. No se pierda de vista que fue usando unos términos similares como se construyó el razonamiento, universalmente reconocido, del n.º LXXVIII de *El Federalista*. Si, para Publio, debe prevalecer la opinión del Pueblo a la opinión de sus mandatarios, para los primeros Constituyentes españoles debía prevalecer la opinión de la Nación frente a la de sus Cortes ordinarias.

reforma. Ahora bien, si esto es así no puede tampoco desconocerse que no faltaron en las Cortes interpretaciones diametralmente contrarias a esta idea, que fueron sostenidas por los diputados que se mostraban reacios a aprobar los artículos que conferirían estabilidad a la Constitución. Un ejemplo de esta actitud es el discurso de Guridi y Alcocer, en él están presentes los razonamientos que, según se señaló en el Capítulo anterior, dieron lugar a la fijación del dogma de la soberanía parlamentaria en Francia. En opinión de este diputado, "Decir que ellas [las Cortes futuras, ordinarias] no tendrán más facultades sino las que les diere la Constitución (*sic*), se puede entender de dos maneras; ó (*sic*) porque se las dan las presentes Cortes (*sic*) ó (*sic*) porque se las dé la Nación (*sic*). Lo primero, es un error; pues unas Cortes (*sic*) no representan a otras sino a la Nación (*sic*), por lo que es preciso quedar en lo segundo, esto es, que la Nación (*sic*) será quien se las dé. Si las tendrán, pues, por representar a la Nación (*sic*), residirá en ellas la soberanía nacional, y de consiguiente tendrán una facultad absoluta, porque soberanía y poder limitado son cosas incompatibles"⁶⁰.

⁶⁰ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 472 (18 de enero de 1812), p. 2.655.

Sin embargo, la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos aparece meridiana en los discursos de los diputados que intervienen en favor del procedimiento agravado. Tal es el caso de Caneja, quien dirá que "La Nación (*sic*) en sí tendrá siempre el derecho de hacer lo que le acomode; pero las Córtes (*sic*) ordinarias, hijas de la Constitución (*sic*), ni serán lo mismo que la Nación (*sic*) en abstracto, ni deberán confundirse con las extraordinarias o Constituyentes, autorizadas con poderes ilimitados, ni podrán abrogarse más facultades que las que la misma Constitución (*sic*) les señale. Si fuese posible que la Nación (*sic*) estuviera siempre reunida o representada por su Cuerpo Constituyente, entonces sería inútil el artículo que se discute"⁶¹.

Es éste un dato que merece ser destacado. En Cádiz, los defensores del procedimiento de reforma -que son los defensores de la Constitución-, extraen la supremacía de constitucional de la idea de soberanía, es decir, de la circunstancia de que existe una autoridad superior a todas las demás, cuya titularidad corresponde al Pueblo, que dicta una norma a la que se dota de garantías para su estabilidad. En definitiva, parece poder concluirse que, en la idea de los fundadores del régimen

⁶¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.646.

constitucional en España. la supremacía constitucional es un presupuesto derivado del principio democrático del Poder Constituyente del Pueblo y que cobra auténtica realidad y eficacia con el establecimiento de un mecanismo específico que salvaguarde la voluntad del soberano frente a la de los poderes constituidos. Este es, al menos, el sentido que cabe atribuir a las palabras de Caneja cuando se dirige a las Cortes argumentando que "La Nación (*sic*) Señor, soberana por sí, é (*sic*) independiente, tiene sin duda el derecho de establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de Gobierno que más le convenga (...) dejaría por el contrario de ser soberana si no pudiese dar estabilidad á (*sic*) sus leyes, fijar el término de su duración, y determinar las formalidades con que deban ser abolidas ó (*sic*) reformadas"⁶². Idéntico razonamiento maneja Muñoz Torrero cuando, negando que la rigidez constitucional contradiga la soberanía, afirma que "tampoco pueden ser contrarias á (*sic*) la misma soberanía aquellas precauciones que han parecido más convenientes para que la Constiucion (*sic*) tenga la estabilidad y firmeza necesaria, *puesto que esta es la mayor prueba de la autoridad soberana de la Nacion* (*sic*); *así como*

⁶² *Diario de Sesiones de las Cortes Genrales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), pp. 2.645-2.646.

ninguno puede dar prueba más calificada de que es dueño de una cosa que cuando establece en ella el régimen que quiere"⁶³.

Las razones que movieron a la introducción del procedimiento de reforma de la Constitución de 1812 y la interpretación que de él se hace, inducen a considerar que la defensa del Texto Constitucional, la garantía de su respeto futuro, era una preocupación de primer orden para los revolucionarios gaditanos. Ya anunciamos, sin embargo, que estas consideraciones no bastaron para introducir un mecanismo de control de constitucionalidad que viniera a completar el cuadro de instituciones de defensa jurídica de la norma constitucional. No quiere decirse con ésto, sin embargo, que cualquier otra fórmula de defensa de la Constitución distinta de la rigidez estuviese ausente de la Constitución de Cádiz. Lo que sucede es que, como comprobaremos en el siguiente epígrafe, los primeros Constituyentes españoles no pueden escapar, por más que atesoren un bagaje conceptual equiparable al que acompañó a la Revolución americana, a las circunstancias que determinan que en Europa continental surja una tradición constitucional con perfiles propios. Esto es, a la postre, lo que

⁶³ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol IV, n.º 471 (17 de enero de 1812), p. 2.649, la cursiva es nuestra.

explica la configuración de los medios de defensa política que acoge el Texto gaditano.

b) Los mecanismos de defensa política de la Constitución de 1812

Será, en efecto, con la creación de medios políticos de defensa de la Constitución como las Cortes de Cádiz colmen sus inquietudes en torno a la conservación de su obra. Dos razones pueden, a nuestro juicio, aducirse como explicación de este fenómeno. En primer lugar, la circunstancia de que, al igual que sucediera con su predecesora francesa, la Constitución de 1812 venía a transformar las bases legitimadoras del poder propias del Antiguo Régimen. Esta significación política de la Constitución es el aspecto de mayor importancia del Texto y este hecho no era, como vimos, desconocido ni por sus redactores ni por los partidarios del absolutismo. En tal tesitura, cuando los ataques previsibles son los de naturaleza política, no puede extrañar que se provea a la defensa de la Constitución con medios de esta misma naturaleza. Allí donde la Constitución francesa de 1791 llamó a las madres y a los padres de familia a la defensa de la Constitución, el Texto gaditano llamará a todos los

ciudadanos⁶⁴. El enemigo, perfectamente identificado, como vimos, en los debates de las Cortes Constituyentes encontrará, en el ideal que se marcan los doceañistas, un defensor de la Constitución en cada ciudadano. La apelación al Pueblo surge en Cádiz por las mismas razones y con parecidos perfiles que antes lo había hecho en la Revolución francesa. Los doceañistas sostienen la idea de que promover el conocimiento de la Constitución redundará en la adhesión a sus principios y, por eso, ordenan, en el art. 366, que en las escuelas "de primeras letras" "se enseñará a los niños a leer, escribir contar y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles". Los preceptos religiosos y los deberes del individuo frente al Estado se ponen al mismo nivel, para formar parte de la formación básica de los ciudadanos. Por su parte, el art. 368 establece la obligatoriedad de la enseñanza de la Constitución "en todas las Universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas". En definitiva, de lo que se trata es de organizar un verdadero proselitismo

⁶⁴ De acuerdo con el art. 373 de la Constitución de 1812 "Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución". La causa de la inclusión del monarca en el precepto, a falta de discusiones parlamentarias que arrojen luz sobre el mismo, habrá que imputarla al ingenuo deseo de los doceañistas, que, como hemos dicho, no anhelaban una República, sino una monarquía limitada.

constitucional, preparando a los ciudadanos para que contribuyan a la tarea de defender la Constitución⁶⁵.

El deseo por que se conozca la Constitución, extendiendo su enseñanza, debe ponerse en relación con la ya comentada cláusula de prohibición temporal de acometer la reforma constitucional. Ya dijimos que de lo que, con aquélla, se trataba era de lograr, incluso con un artificio como ese, que el Texto Constitucional tuviese el tiempo suficiente, sin sufrir variaciones, para ser conocido y, de ahí, valorado por el Pueblo. Con la educación en la Constitución lo que se está logrando es reforzar esa adhesión a la Constitución que, sólo con la prohibición temporal, derivaría únicamente del paso del tiempo. El afianzamiento del sentimiento constitucional, provocaría, sin duda, el nacimiento de una auténtica

⁶⁵ Como indicó S. Romano, "si speró che esse potessero servire a diffondere fra i cittadini la conoscenza e l'amore dei loro diritti e doveri, costituendo una specie di catechismo civile, da porsi nelle mani di tutti". Vid. Santi ROMANO, "Le prime Carte costituzionali", en el vol. *Scritti Minori*, Giuffrè, Milán, 1990, reimpr. de la ed. de 1950, Tomo I, p. 323. Comentando los preceptos de la Constitución relativos a la instrucción pública, vid. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 303-312, pero particularmente, p. 310, donde se pronuncia en favor de la creación de una Cátedra de Derecho Público, en donde se explique la Constitución, en cada Universidad. Ya en el presente siglo, C. Schmitt aducirá la defensa de la Constitución arraigada en el Pueblo como contraposición a la misma labor ejercida por los Tribunales. Al hacerlo recuerda el Porf. berlinés la apelación al Pueblo que, con similares caracteres a los que se contienen en el Texto de Cádiz, realizaron los primeros Constiuyentes franceses. Cfr. Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 55 y, en particular, nota 21.

voluntad constitucional (*Wille zur Verfassung*) como deseo de cumplir y hacer cumplir la Constitución⁶⁶. Por esta vía se posibilita la generación de la fuerza normativa de la Constitución, en sus dos sentidos, esto es, tanto por lo que hace a su aplicación directa y consciente por los gobernantes, como en lo que se refiere a la eficacia indirecta de la norma constitucional⁶⁷

La segunda de las razones de la articulación de medios de defensa política estriba en la especial posición que adopta el Parlamento en los orígenes del constitucionalismo. Esta circunstancia podría extrañar si se toma en consideración que, como hemos tenido ocasión de reflejar aquí, los liberales gaditanos conocían el significado de la consagración del principio de supremacía constitucional como derivación del principio democrático. Debe repararse, sin embargo, que a idéntica contradicción se enfrentaron los revolucionarios franceses, y particularmente Sieyès, y con

⁶⁶ Como es evidente, la Constitución no debe ignorar la realidad histórica que pretende regular, pero esto no quiere decir que se deba hacer completa dejación de la posibilidad conformadora de las normas, en particular de las normas constitucionales, propia del espíritu racionalista. Cfr., en tal sentido, Konrad HESSE, "La fuerza normativa de la Constitución", en el vol. *Escritos de Derechos Constitucional (Selección)*, cit., pp. 70-72. A los distintos fundamentos de la fuerza normativa de la Constitución se ha referido el Prof. Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 261 y ss, nota 67.

⁶⁷ Cfr., Hans-Peter SCHNEIDER, "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales", en el vol. *Democracia y Constitución*, cit., pp. 71-115.

idéntico resultado. Lo que sucede es que, por más que se conozca -y hasta se comparta- la idea de que los representantes ordinarios de la Nación están investidos de facultades limitadas, puede más en el razonamiento de los revolucionarios, tanto españoles como franceses, la constatación de que la Constitución, en lo que tiene de obra transformadora, en su credo político, corre peligro⁶⁸. Por ello, acuciados por la necesidad indiferible de salvar la revolución política, anteponen esta necesidad al interés de extraer todas las consecuencias de un principio de supremacía correctamente entendido desde un punto de vista teórico.

Pero, además, los doceañistas saben que no habrá individuo o corporación más interesada en el mantenimiento de la Constitución que aquél en cuyo beneficio se ha edificado el nuevo régimen político. Siendo conscientes de que es el rey quien mayores reticencias mostrará a adaptarse a la transformación, lo son también de que las Cortes han venido a ocupar las posiciones de poder que la Constitución ha arrebatado al monarca.

⁶⁸ Cfr., en relación con el tipo de ataques a que se ve expuesto el constitucionalismo como movimiento de transformación política en Europa, lo que acabará por determinar su distinta evolución con respecto a lo acontecido en Estados Unidos, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 251 y ss.

Desde tales premisas, ¿a quién mejor que al Parlamento se le puede confiar la tarea de velar por el respeto a la Constitución?⁶⁹. Por eso se intenta asegurar la permanente presencia de la institución parlamentaria. De ahí que, fijando un período obligatorio de reunión de las Cortes, se establezca, además, una institución que vele por los intereses del Parlamento cuando éste no se encuentre reunido. Éste es, a nuestro entender, el origen de la Diputación Permanente de Cortes⁷⁰, a quien, como enseguida veremos, también se le confían determinadas tareas en este terreno⁷¹.

⁶⁹ Cfr. Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 412.

⁷⁰ Esta ya tradicional institución española se introdujo en el Capítulo X del Título III, dedicado a las Cortes. Cfr., en relación con la misma y su evolución, Nicolás PÉREZ SERRANO, "La Diputación Permanente de Cortes en nuestro Derecho Constitucional histórico" (1933), en el vol. *Escritos de Derecho Político*, cit., vol I, pp. 167-192; Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *La Diputación permanente de Cortes en la historia constitucional española*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

⁷¹ No puede, por tanto, extrañar que las Cortes desprecien la propuesta realizada por el clérigo extremeño Agustín Jarillo, en cuya opinión debería establecerse un Tribunal defensor de la Constitución. Este "tribunal con el nombre de Constitucional cuyo destino y cuya ocupación sea sola y únicamente velar sobre la más exacta observancia de la Constitución y leyes establecidas en las Cortes Generales". Puede verse la intervención a que aludimos en Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *La Diputación permanente...*, cit., p. 159, nota 145 (que remite a la p. 99). Añádase a ello que, los Constituyentes gaditanos habían proclamado la independencia del Poder Judicial en el Título V ("De los Tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal"), excluyendo las funciones jurisdiccionales tanto del Legislativo como del monarca (arts. 243 y 244) y, correlativamente, limitando la labor jurisdiccional a las funciones de "juuzgar y hacer que se ejecute lo juzgado" (art. 245). Ello no obstante, esta opción, lejos de implicar una dación de confianza a la judicatura, lo que realmente trasluce no es sino el deseo por contener la acción

Argüelles explicita este modo de razonar cuando afirma en la Constituyente que "La comisión de Constitución (*sic*) (...) ha procurado establecer el único medio de conservar en vigor las leyes fundamentales, de que tanto han hablado los que más las hollaron en todos tiempos. Este medio es la reunión anual de Cortes (*sic*), que debe mirarse como el ángel custodio de nuestra libertad"⁷². Tal empeño en vincular el respeto de la Constitución con la vigilancia de las Cortes no es casual y, a la postre, determina que sea también en éstas en quien se depositan los instrumentos que el Texto Constitucional recoge para verificar su cumplimiento⁷³.

La Constitución cifraba, en lo que aquí interesa, las funciones de la Diputación Permanente de Cortes en el artículo 160 primera. De

de los jueces a un ámbito restringido. Como en Francia, la apelación al juez del ideal montesquieuano obedece al intento de contención de los jueces y no a su potenciación. Buena prueba de esto es el art. 246 de la Constitución de 1812, conforme al cual "Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia". Parece claro, por tanto, que, al menos en los orígenes del Estado liberal en España, constitucionalismo y antijudicialismo son nociones que caminan unidas.

⁷² *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. IV, n.º 474 (20 de enero de 1812), p. 2.668.

⁷³ Existía entonces una "necesidad circunstancial de convertir a las Cortes en el motor único y centralizado del cambio revolucionario, indispensable para vencer las resistencias de la desquiciada, pero todavía poderosa, maquinaria institucional de la Monarquía tradicional". Vid. Juan Ignacio MARCUELLO y Manuel PÉREZ LEDESMA, "Parlamento y Poder Ejecutivo en la España contemporánea (1810-1936)", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 93 (julio-septiembre, 1996), pp. 18-19.

acuerdo con este precepto, la Diputación debía "Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado". Es, por tanto, una fracción del cuerpo legislativo quien vigila y son las mismas Cortes, en cuanto se reúnen, las que proveen a la reparación de las infracciones denunciadas⁷⁴. Identificado el Legislativo con el sujeto garante de la Constitución, obvio resulta que el examen de la constitucionalidad de la ley se muestra incócilable con este sistema.

Por eso, cuando la Diputación ejerce sus funciones de vigilancia del respeto a la Constitución lo hace frente a la actuación del resto de autoridades. Y así, la práctica de estos procedimientos demostró, además de su marcado acento político, incluso en los expedientes sustanciados con una mayor pretensión de juridicidad, que su destino era la defensa de la Constitución, no frente a los agravios que pudieran provenir de la ley, sino más bien frente a las infracciones que supusiesen, ora violación de los derechos de los ciudadanos, ora conflictos entre los

⁷⁴ En conexión con ello, el art. 372 -que formaba parte de los preceptos que encabezan el Título X y que, según dijimos más arriba, aprueban las Constituyentes sin discusión- establecía que "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiere hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella".

poderes públicos⁷⁵. Recuerda, en este sentido, N. Pérez Serrano, que "se limitó la Diputación a tramitar (...) reclamaciones de forma un tanto pasiva y burocrática, pues su misión consistió en recabar informe del Gobierno cuando faltaba y se creyó necesario, y en *reservar* (ésta era la expresión consagrada) el asunto a las Cortes, previa la formación del correspondiente extracto para facilitar su labor"⁷⁶.

c) La propuesta del *Poder conservador* de Ramón Salas

En el marco de la influencia del Texto gaditano -en concreto en uno de los momentos en que se recupera su vigencia- se inscribe una propuesta teórica sobre la creación de un organismo controlador del respeto a la Constitución. Se trata del Poder conservador que teorizó el liberal salmantino Ramón Salas y Cortés, cuyas *Lecciones de Derecho Público Constitucional* pueden ver la luz en el ambiente de temporal libertad que

⁷⁵ Cfr. Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 190.

⁷⁶ Nicolás PÉREZ SERRANO, "La Diputación Permanente...", cit., p. 183. En el mismo sentido se ha pronunciado Marta LORENTE SARIÑENA (*Las infracciones...*, cit., p. 186), para quien la misión de la Permanente gaditana "fue sobre todo la recogida y documentación de los expedientes por infracciones a la Constitución". Cfr., también, Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *La Diputación permanente...*, cit., pp. 59-170, pero especialmente, pp. 72-73 y 99.

genera el trienio 1820-23. Creemos oportuno detenernos en la teorización de R. Salas por diversas razones. En primer lugar porque, en lo que a nosotros se nos alcanza, no ha sido objeto de excesiva atención por parte de la doctrina. En segundo término, porque, por más que la propuesta contenga enunciados divergentes de los que son propios de las instituciones de defensa jurídica de la Constitución y algunos indefendibles, no es menos cierto que, al tiempo, constituye un valioso ejemplo de la necesidad, sentida al menos por unos pocos⁷⁷, de proveer a la Constitución de medios de garantía. Y, en definitiva, porque a la luz de la propuesta de R. Salas es posible entrever la influencia de las experiencias, vividas y aprendidas⁷⁸, de los primeros liberales españoles, quienes se enfrentaron,

⁷⁷ Junto a Ramón Salas, y a otros nombres, merece ser destacado J. F. Pacheco. El jurista y político de Écija se encuentra entre aquellos que consideraron a la Constitución como la norma que debía disciplinar de manera efectiva el acontecer político. Como ha puesto de manifiesto el Prof. F. Tomás y Valiente, para Pacheco, "La Constitución es una ley, y no otra cosa; una ley con arreglo a cuyas normas hay que resolver las "cuestiones políticas" (...) Las cuestiones políticas son también jurídicas y la ley para resolverlas es la Constitución". Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, "Estudio Preliminar" a la obra de Joaquín Francisco PACHECO, *Lecciones de Derecho Político* (1845), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. XX. En cualquier caso, no conviene perder de vista que, como el propio F. Tomás pone de relieve, cuando Pacheco forma Gobierno olvida sistemáticamente todas sus anteriores posicionamientos y, en particular, desaparece de su discurso y de su actuación la posición de preponderancia de la Constitución (*loc. ult. cit.*, p. XXIV).

⁷⁸ Una de esas experiencias, cuya influencia es palpable en la propuesta de R. Salas, la constituye el *Sénat conservateur* del año VIII al que nos referimos en el Capítulo precedente. De hecho, el mismo autor al presentar su institución declara que "la llamaría de mejor gana *senado conservador*, si el senado de Tiberio y el de

sin éxito y sin un respaldo popular sólido, a la enconada resistencia del Antiguo Régimen.

R. Salas propondrá, como medio para asegurar el respeto a la Constitución, la creación, junto a los poderes clásicos, de un "Poder conservador"⁷⁹, entendido como una "rueda esencial" de la máquina del buen gobierno. La existencia de tal poder, la justifica el autor en la natural tendencia que observan el resto de poderes de inclinarse a la invasión de esferas que no le corresponden, violando, al hacerlo, la Constitución. Así pues, la institución nace, en realidad, como consecuencia de la necesidad de solucionar los conflictos de atribuciones entre los clásicos poderes del Estado, toda vez que esperar que se comporten sin violentar la división de poderes, actuando en perfecto equilibrio "es una quimera muy funesta á (*sic*) la sociedad"⁸⁰.

Bonaparte no hubieran hecho odioso ese nombre". Vid. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit. p. 119

⁷⁹ Cfr. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 119-125.

⁸⁰ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 119. Teniendo presente las consideraciones que hemos realizado en el Capítulo I de la Memoria, el origen del Poder conservador adolecería de la nota que nos ha servido para diferenciar las propuestas verdaderamente modernas en torno a la defensa de la Constitución, que tendrían su origen en el principio democrático. Tal vez sea este el motivo de alguna de las imperfecciones que muestra la teoría de R. Salas, a que seguidamente nos referiremos.

El Poder conservador sería una institución compuesta por personas con una cierta experiencia en los asuntos públicos y de una edad -"por ejemplo (*sic*), de cincuenta años"⁸¹- en la que predomine un espíritu reflexivo capaz de desempeñar la importante tarea moderadora que está llamado a ejercer. A sus miembros, en número proporcional a la población, propone R. Salas garantizarles un cierto *status* "que haga su suerte independiente y agradable"⁸², por medio de un sueldo público. Como contrapartida se habrían de establecer un importante listado de actividades incompatibles con el desempeño del puesto.

Las atribuciones con que el autor salmantino inviste al cuerpo que propone resultan tan numerosas como diversas⁸³ y van mucho más allá de lo que, siguiendo la intencionalidad inicial, cabría esperar. Decimos

⁸¹ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 121.

⁸² Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 121. Esa configuración general de la que acabamos de dar cuenta conoce una especificación, para el caso español, en un pasaje más adelantado de las *Lecciones* de R. Salas, en el que, además de fijar el número de miembros, reitera su idea ya conocida sobre las cualidades que habrían de concurrir en ellos. Así nos dice que "Este cuerpo conservador podría (*sic*) componerse en España de cuarenta individuos respetables, por sus conocimientos, su virtud, su edad y los servicios que hubiesen hecho al estado" (*loc. ult. cit.*, p. 181).

⁸³ De acuerdo con J. L. Bermejo, R. Salas toma directamente de Destut de Tracy las funciones del Poder conservador. Cfr. José Luis BERMEJO. "Estudio Preliminar", cit., p. XXXIII, nota 44.

esto porque las atribuciones que el Profesor liberal salmantino confiere a su Poder conservador hacen que resulte impreciso configurarlo, al menos exclusivamente, como organismo de resolución de conflictos de atribuciones. El Poder conservador interviene, controlando la limpieza del proceso electoral, en la formación del Poder Legislativo, con capacidad para anular la elección que entienda viciada. Participa en la elección del Ejecutivo⁸⁴ y de las altas instancias judiciales, pronuncia, a instancias del Legislativo, si ha lugar a la destitución de los miembros del Ejecutivo electivo o, también a instancias del Legislativo, si procede formular una acusación "contra miembros del cuerpo ejecutivo ó (*sic*) del ministerio"⁸⁵.

Finalmente y con mucha mayor trascendencia a los efectos que a nosotros interesan, correspondía a este poder "Declarar la

⁸⁴ Esta atribución, según aclara el propio autor, no resulta operativa en regímenes monárquicos, porque en éstos el rey "debe poder elegir sus ministros sin perjuicio de la responsabilidad de éstos". Vid. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 122.

⁸⁵ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 122. La acusación, a nuestro entender, habría de ser penal y, en tal sentido, esta función de la institución vendría a corresponderse con la del actual "suplicatorio" (art. 71.2 de la Constitución, arts. 13 y 14 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 22 del Reglamento del Senado) -bien que, como decimos, la prerrogativa afecte en el diseño de R. Salas al Ejecutivo y la Administración- que deben conceder las Cámaras antes de que se proceda penalmente contra un miembro de las mismas. Cfr., en relación con nuestro actual suplicatorio, Ángel Manuel ABELLÁN, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 65-79.

inconstitucionalidad, y por consiguiente la nulidad de los actos del cuerpo legislativo, ó (*sic*) del cuerpo ejecutivo, sobre la reclamación de uno de los dos, ó (*sic*) sobre otras provocaciones que la constitucion (*sic*) tenga por válidas [y] Declarar por la misma reclamación, ó (*sic*) por la de la masa de los ciudadanos, hecha en forma y con las dilaciones determinadas por la ley, cuando ha lugar á (*sic*) la revisión de la constitucion (*sic*), y en consecuencia convocar una asamblea *ad hoc*, permaneciendo entretanto todas las cosas en el mismo estado"⁸⁶. De este modo, el Poder conservador estaba llamado a actuar en la puesta en práctica de las dos garantías principales de la Constitución. Nos referimos, claro está, a la reforma y al control de constitucionalidad.

Por lo que a éste último se refiere, es de destacar que R. Salas, como antes hiciera Sieyès, anuda a la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un acto del Ejecutivo su nulidad. Cabe, asimismo, interpretar que el Profesor salmantino, en el inciso "ó (*sic*) sobre otras provocaciones que la constitucion (*sic*) tenga por válidas", está admitiendo la *actio popularis* como medio para provocar la actuación del Poder conservador. Esta interpretación, por otra parte, se conciliaría

⁸⁶ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 122.

perfectamente con la circunstancia de que se reconozca a los ciudadanos - además de a Legislativo y Ejecutivo- el derecho de solicitar del Poder conservador la convocatoria de la Asamblea de revisión de la Constitución. De ser ello así, R. Salas estaría apelando a los mismos sujetos -ciudadanos, representantes y gobierno- para poner en marcha los mecanismos de garantía de la Constitución.

Así las cosas, la institución que diseñó R. Salas y Cortés se configura como un auténtico superpoder⁸⁷, que, por la índole de las funciones que estaba llamado a desempeñar, con repercusión, en uno u otro aspecto, en todos y cada uno de los Poderes de la clásica división tripartita, tiene difícil emparentamiento con ninguna otra institución, al menos propia de un régimen constitucional. Su posición de "clave de bóveda, sin la cual el edificio social no puede tener solidez alguna"⁸⁸ parece hacer descansar

⁸⁷ El propio R. Salas es consciente de que la más importante objeción que tal vez pueda hacerse a su propuesta se concreta, precisamente, en la impresionante acumulación de facultades, tan diversas como de extraordinaria importancia. Para calmar los temores de aquellos que aprecien la posibilidad de que el poder conservador adquiera "en breve un poder prodigioso muy temible para la libertad", el Profesor de Salamanca esgrime el argumento de la composición y el fin último de su actividad. Así, argüirá que "este cuerpo será compuesto de hombres contentos de su suerte, que tengan mucho que perder y nada que ganar en una revolución (...) y que no hacen otra cosa realmente con sus decisiones que apelar á (*sic*) la nación, dandola (*sic*) tiempo y medios para manifestar su voluntad". Vid. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 123.

⁸⁸ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 123.

sobre él competencias de tal envergadura que bien podría pensarse que se está erigiendo al Poder conservador en el auténtico soberano.

No podemos, lógicamente, saber si estas objeciones habrían acabado por invalidar la propuesta del Poder conservador de Ramón Salas. No obstante, no sería, a nuestro entender, hacer justicia a la propuesta obviar la esencia de su finalidad. En efecto, el fin último que persigue R. Salas con la institución del Poder conservador, la razón en la que justifica su existencia, no es otra que proceder a la defensa de la Constitución democrática que, aunque reconoce que no es perfecta, considera un logro digno de salvaguardia. Las palabras del autor en este sentido no dejan lugar a dudas cuando afirma que "lo que importa es que nuestro código fundamental, tal cual es, mientras se perfecciona con el tiempo, la experiencia y el estudio, sea amado y respetado por los españoles con una especie de culto: no permitir que se viole jamás (...) *La Constitución, toda la Constitución sin excepción*, debe ser la voz de guerra de los ciudadanos de España siempre que se ataque su ley fundamental"⁸⁹.

⁸⁹ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 23-24.

Este deseo por dejar patente la necesidad de defender el Texto Constitucional no es gratuito. Antes al contrario, si R. Salas incide, con la insistencia y la vehemencia con que lo hace, en garantizar la observancia de la Constitución es porque le consta que es, ha sido y seguirá siendo atacada. Particularmente destacable resulta, en este sentido, la posición del liberal salmantino en relación con la figura del monarca. El autor, que conoce la actitud que cabe esperar de un monarca en relación con la Constitución que le ha arrebatado el poder absoluto, intentará, por todos los medios, poner coto a los ataques contra la Constitución que provengan del rey. Por ello, si, como apuntábamos anteriormente, R. Salas⁹⁰ no negaba la posibilidad de un Ejecutivo a cuya cabeza esté el rey, lo cierto es que más adelante acabará por rechazar la pertinencia de residenciar en el monarca este Poder. Su idea será entonces la de configurar un monarca irresponsable, pero sin poder. Y así, so pretexto de apartar al rey de las luchas políticas -porque "su persona debe ser sagrada é (*sic*) inviolable"-, R. Salas⁹¹ acaba proponiendo que no se obedezca acto alguno del rey que no venga apoyado en el refrendo de algún ministro.

⁹⁰ "Un monarca hereditario [dirá] no puede dejar de formarse intereses distintos a los de la nación (*sic*) (...) y establece una guerra eterna entre los gobernantes y los gobernados". Vid. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 111.

⁹¹ Cfr. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 112.

Sus posiciones parten de la desmitificación del principio hereditario, a lo que procede desmontando, de antemano, los argumentos que en su favor pudieran esgrimirse⁹². En cualquier caso, R. Salas intentará poner freno a las acciones que se desaten contra la Constitución a través de su institución conservadora y así establecerá que "El cuerpo conservador (...) cuidará de evitar las usurpaciones del poder ejecutivo, como las del poder legislativo"⁹³. Lo que, en definitiva, está haciendo es poner ante el rey, de quien provienen los ataques político existenciales a

⁹² Cfr. Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 109-110, donde, nuevamente de la mano de Destut de Tracy -bien que, ahora, citándolo expresamente- denuncia la ingenuidad de la creencia en las bondades de la sucesión hereditaria en el gobierno. Cuando, en la Lección XIX, trate del Poder real, volverá a incidir, con enorme contundencia, en la idea de desmitificación de la figura regia. "Si los reyes [dirá] fueran de una naturaleza superior á (*sic*) las de los demás hombres: si fueran dioses y sus ministros ángeles (...) pero como sabemos que los reyes son hombres como los otros (...) y ya nadie cree que un rey, sea un teniente de Dios que á (*sic*) nadie responde de sus acciones sino á (*sic*) Dios (...) se ha visto la necesidad de que la constitución política señale á (*sic*) estos magistrados, siempre peligrosos, atribuciones y límites que no les sea permitido traspasar" (*loc. ult. cit.*, pp. 126-127). El argumento desmitificador no es nuevo, toda vez que coincide, incluso en la terminología empleada, con el que expuso Publio para justificar la existencia del gobierno en una República y la necesidad de un equilibrio entre todos los poderes que lo forman. "Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la primera dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo". Vid. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, cit., n.º LI, p. 220. La diferencia con respecto a R. Salas estriba en que éste ha de dar respuesta a la posición del monarca, un problema que, como es obvio, los liberales de América nunca tuvieron que resolver.

⁹³ Ramón SALAS Y CORTÉS, *Lecciones...*, cit. p. 113.

la Constitución, al Poder conservador, que, de este modo, se erige en el baluarte político de la Norma Fundamental.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la institución que propuso R. Salas nunca tuvo acogida en la Constitución y, por otro lado, la suerte que corre el Texto gaditano es de todos conocida. Como escribe A. Nieto, "El Estado Constitucional español nació mal, ya torcido y no consiguió restablecerse a lo largo de todo el siglo"⁹⁴. Los Constituyentes gaditanos confiaron la obra revolucionaria a un Pueblo al que, al menos en su mayor parte, le era ajena. La Constitución de 1812 es el fruto de la acción, decidida y bien fundamentada, de unos pocos⁹⁵, a alguno de los

⁹⁴ Alejandro NIETO, *Los primeros pasos...*, cit., p. 55, cursiva en el original.

⁹⁵ Cfr. Alejandro NIETO, *Los primeros pasos...*, cit., pp. 64-65. Importa señalar que la circunstancia de que los acontecimientos que desembocan en la promulgación de la primera Constitución española fuesen conducidos por un grupo altamente minoritario, por unas ciertas élites intelectuales, provoca, en opinión de este ilustre administrativista, el fracaso del movimiento liberal por un aceleramiento impetuoso completamente desconectado del sentimiento popular. Nada hay que objetar a este razonamiento. La claridad de ideas de los doceañistas más significados, a que nos hemos referido en páginas precedentes, es el producto de un conocimiento del que carece la inmensa mayoría de los ciudadanos del reino que hereda Fernando VII que, ya sea por ignorancia, ya por convicción, se sitúan en las antípodas ideológicas del naciente liberalismo. Ello no obstante, este razonamiento no conduce, en nuestra opinión, a considerar que las fórmulas constitucionales más reales -en su doble significación, esto es, más cercanas a la realidad y más condescendientes con la monarquía- que sucederán al Texto gaditano deban reputarse por ello mejores. En éste último sentido, en concreto, A. Nieto se refiere al Texto de 1837 como "sensata y generosa transacción entre progresistas y moderados" (*loc ult. cit.*, p. 140), visión con la que no podemos sino discrepar. A nuestro entender, el que la revolución

cuales hemos tenido ocasión de referirnos en las páginas que anteceden. Lo grave de esta circunstancia es que, como habremos de ver, la revolución de Cádiz no fue la única acción de progreso emprendida en España por un grupo intelectual -y hasta económicamente- privilegiado con escaso sustrato popular.

3) LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1869: LA OCASIÓN DESPERDICIADA

a) La resurrección del espíritu de Cádiz

Al intento malogrado de los primeros liberales españoles por perpetuar el Estado Constitucional le suceden fórmulas constitucionales que vienen a coincidir con la segunda de las fases por las que, según señalamos en el Capítulo anterior, había atravesado la problemática de la defensa de la Constitución en Francia. Esa segunda etapa se extiende, en el caso español, desde el ocaso del régimen constitucional gaditano, en el que

liberal en España fracase por ausencia de base social no implica nada más que eso, que España estará ausente mucho tiempo de los movimientos políticos más avanzados y que, cuando los alcance, sea por la acción de personajes tan excepcionales como escasos. Esta circunstancia determinará la ausencia de tradición constitucional en nuestro país, a que nos referíamos al comienzo del presente Capítulo. No se trata, por tanto, como dijimos entonces, de un péndulo, ni del producto de la sensatez, es, puramente, historia.

podemos incluir el trenio liberal, hasta bien entrado el presente siglo. Con, desde luego, innumerables matices en los que no nos es dado entrar ahora, la Constitución, en sentido estricto, desaparece en este período. En su sustitución vienen a ponerse una serie de documentos de gobierno, en los que, como no podía ser de otra manera, se encuentra el sello del constitucionalismo, pero que, al propio tiempo, vienen a pervertir la esencia del movimiento constitucional tal y como había sido diseñado en Cádiz.

La muerte de Fernando VII supone, tal vez, el inicio de una etapa en la que, eso sí, se constata la imposibilidad de una marcha atrás completa, de un regreso a la situación previa a la intervención francesa en España⁹⁶ y a los esquemas del absolutismo tradicional. Esto determina la asunción de un pseudoconstitucionalismo, entendido como el régimen político que, adoptando formas que son propias del Estado Constitucional, modula en tal grado sus principios que acaba por construir una ficción, a

⁹⁶ El rey era, en cierto modo, consciente de ello. A él se atribuye una frase ("España es una botella de cerveza y yo soy el tapón; en el momento en que éste salte todo el líquido contenido se derramará, sabe Dios con qué derrotero"), que bien podría servir para reflejar gráficamente que con Fernando VII muere el absolutismo. Vid. Andrés SÁNCHEZ MARÍN, *Constitucionalismo español 1808-1978*, Zaquizami, Madrid, 1994, p. 35.

caballo entre los usos políticos del Antiguo Régimen y los que, verdaderamente, caracterizan al Estado Constitucional.

Es propio de esta etapa la participación activa del monarca en la toma de decisiones políticas. El rey participa de la soberanía y, alternativamente concede -como en 1834⁹⁷- o pacta -como en 1845- el Texto Constitucional. Estos documentos de gobierno no recogen los principios del constitucionalismo, dando entrada a fórmulas de reparto del poder que satisfacen plenamente al monarca. Se produce, entonces, la total confusión entre poderes constituidos y Poder Constituyente, a la que ya se ha hecho referencia en el Capítulo I de la Memoria, o, por mejor decir, se hace desaparecer la noción de Poder Constituyente, convirtiendo, *de facto*, y en ocasiones también *de iure*, al monarca y a las oligarquías burguesas

⁹⁷ Vid., en relación con la auténtica naturaleza jurídica del Estatuto Real de 1834, la nota 8 de este mismo Capítulo. En todo caso, conviene añadir a lo ya dicho que el Estatuto, que ya no respondía al concepto de Constitución como resultado del ejercicio del Poder Constituyente conforme al principio democrático, tampoco cumple las elementales finalidades que, con carácter general, vienen a cumplir los Textos Constitucionales. En la medida en que su verdadera esencia es la de una mera convocatoria de Cortes, falta en el Estatuto cualquier referencia a derechos individuales o a división de poderes. En definitiva, se trataba de una mera convocatoria de Cortes que, al tiempo de convocarlas, procedía a su organización. Cfr., en este último sentido y por todos, Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado...*, cit., p. 577; Javier RUIPÉREZ, " *Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 287-288, nota 89.

en poderes sin limitación alguna⁹⁸. Por esto es por lo que, mientras dure este periodo de falseamiento del constitucionalismo, la Constitución, que ha perdido su esencia, pierde también a su principal enemigo. El monarca no prodigará sus ataques contra una Constitución que no le niega una posición de preponderancia en el reparto del poder político. En suma, no habiendo Constitución, lógico resulta que no se presenten tampoco problemas que conciernan a su defensa y, en consecuencia, instituciones que procuren su conservación⁹⁹.

En cualquier caso, además de falsear los presupuestos teóricos del constitucionalismo, estas fórmulas, en su aplicación a España, colocan a la regencia primero y a la reina posteriormente en una posición de

⁹⁸ Sobre la disolución del concepto de soberanía y Poder Constituyente en este período y sobre los beneficiarios de tal circunstancia, cfr. Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 290 y ss.

⁹⁹ Se produce, como ya hemos tenido ocasión de comentar, una situación de ausencia de conflictos en el plano constitucional. La vida política se disuelve en el compromiso entre el monarca y una facción de la burguesía, a la que sirve el nada despreciable mecanismo de la restricción, escandalosa incluso en aquel tiempo, del derecho de sufragio. Cfr., en relación con ello, Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia...*, cit., pp. 568-571; Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 291 y ss. A la "precariedad de las experiencias liberales del siglo XIX" en materia electoral, se han referido Montserrat BARAS y Juan BOTELLA, *El sistema electoral...*, cit., pp. 17-20.

permanente enfrentamiento con los sectores no favorecidos de las Cortes¹⁰⁰. No es nuestro cometido profundizar en las transformaciones que se suceden en las décadas que separan la primera experiencia constitucional española y la Constitución del sexenio¹⁰¹. Baste, por tanto, para nosotros, con señalar que las sucesivas reformas de signo autoritario de la Constitución de 1837, la sucesión de gobiernos dirigidos por claros intereses personales, unido a ciertos reveses económicos en momentos clave, acabará desencadenando una situación de insatisfacción generalizada que motiva sucesivos levantamientos, reprimidos generalmente con torpe dureza¹⁰², hasta que se produce la acción que precipita la caída de la ya entonces fuertemente desprestigiada monarquía de Isabel II. En este proceso se advierte "la conjunción de una amplia oposición que iba desde

¹⁰⁰ La inestabilidad en el gobierno es la condición característica de los gobiernos de esta etapa, que ejemplifican a la perfección las consecuencias de haber optado por un régimen político que se fundamenta en la noción de la soberanía compartida entre el Monarca y el Parlamento. El gobierno depende, sino de *iure* sí en la práctica, de la doble confianza de la reina y del Parlamento, situación que provoca innumerables tensiones y enfrentamientos abiertos con la Jefatura del Estado. Vid., en tal sentido, Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pp. 287-367.

¹⁰¹ Vid. en relación a ese dilatado período dominado por las pseudoconstituciones liberal doctrinarias, por todos, Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia...*, cit., pp. 103-253; Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria...*, cit., *passim*.

¹⁰² La torpeza como característica de la acción de gobierno de Isabel II ha sido resaltada, entre otros, por Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia...*, cit., pp. 259-260.

el movimiento obrero hasta la propia burguesía"¹⁰³. El levantamiento es, en este sentido, popular. Tal vez en mayor medida de lo que lo había sido la revuelta de 1808 o, al menos, con un matiz distinto, toda vez que entonces el movimiento constitucional se escuda en una insurrección popular dirigida contra un invasor extranjero que, obviamente, ahora no existe. No conviene, sin embargo, exagerar las consecuencias de esta circunstancia. Evidente resulta, en nuestra opinión, que existe en tiempos de la Revolución gloriosa una conciencia generalizada de descontento por la situación política que atraviesa España. Pero esto no implica, como no implicará en situaciones futuras, que la coincidencia se extienda también a las soluciones que se aventuran.

Los Constituyentes de 1869, tal vez sabedores de la causa del fracaso de anteriores intentos, se esforzarán en insistir en la base popular de sus acciones y en procurar, al mismo tiempo, mecanismos que impidiesen la bien conocida regresión. En este sentido puede traerse a colación la alocución del general Serrano, Presidente del Gobierno provisional, a las Cortes Constituyentes en su sesión de apertura. En ella se pronunciaba en los esclarecedores siguientes términos: "La tarea del

¹⁰³ Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones...*, cit., p. 56.

Gobierno provisional habría sido fácilmente gloriosa, si al mismo tiempo que se ocupaba en regularizar y consolidar la situación creada (...) no hubiera tenido que preservar el nuevo orden de cosas de los ataques y asechanzas que, pasadas las primeras horas del regocijo en unos, y del asombro en otros, le asaltaron con obstinado empeño"¹⁰⁴.

El recuerdo del espíritu de Cádiz está también presente en los protagonistas del sexenio¹⁰⁵, que, si bien consideran que su revolución "es la más grande y la más maravillosa de las revoluciones"¹⁰⁶, son conscientes también del peligro que, como les sucedió a sus

¹⁰⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo I, n.º 1 (11 de febrero de 1869), p. 2, vid., además, para lo que hace a los designios revolucionarios, pp. 2-3.

¹⁰⁵ De hecho, quizá por haber sido la primera, con una vigencia de apenas 5 años, la Constitución de 1812 constituyó durante todo el siglo XIX español la enseña bajo la que se acogieron los diversos movimientos de signo progresista. "¿Cómo olvidar, señores, que nosotros somos los hijos y los herederos de aquella egregia estirpe de gigantes (*sic*) que hace sesenta años se levantaron contra el conquistador de los siglos (...) é (*sic*) hicieron en medio de los horrores de un sitio una Constitución (*sic*) verdaderamente inmortal, porque vive eternamente en la historia para inmarcesible gloria de los legisladores de Cádiz!". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo I, n.º 10 (22 de febrero de 1869), p. 84. Vid., en relación con esto, Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones...*, cit., p. 20.

¹⁰⁶ Esta, ciertamente poco original, impresión era, al menos, la que tenía D. Nicolás María Rivero. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo I, n.º 10 (22 de febrero de 1869), p. 84

"causahabientes" ideológicos, corre la Constitución¹⁰⁷. Con esta resolución, las Cortes elaboraron un Texto Constitucional ciertamente moderno, en el que se intentan recoger las aspiraciones del liberalismo, incapaz hasta el momento de dirigir con un mínimo de estabilidad y seguridad los destinos del país.

Exiliado el obstáculo mayor, los diputados de la primera Constituyente del sexenio se afanan por construir una monarquía limitada de similares caracteres a la que pretendió incorporar el Texto de 1812. La ventaja indudable con respecto a los doceañistas estribaba en la ausencia de un monarca abiertamente obstruccionista, que se empeñase desde el principio en destruir la Constitución. Son las Cortes en esta ocasión las que hacen uso del derecho de darse un monarca. Si, como vimos, desde el terreno de los principios este razonamiento era también aplicable al Texto de Cádiz, ahora la elección es, en verdad, libre. No hay lugar a que las Cortes se vean forzadas a aceptar la imposición de un monarca ya reinante,

¹⁰⁷ En el discurso de Nicolás María Rivero, como Presidente de las Cortes, además de las alusiones a la relación con la Revolución gaditana, se encuentran reflejadas las inclinaciones del movimiento del sexenio, entre ellas el sufragio universal, la exigibilidad de los derechos fundamentales, y la preocupación por conjurar los males del pasado. Entre éstos, cita expresamente a los Borbones, dinastía en la que se personifica la involución absolutista. Vid., para todo ello, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo I, n.º 10 (22 de febrero de 1869), pp. 83-85.

la elección de Amadeo de Saboya para ocupar el trono -acceda el 16 de noviembre de 1870- muestra con toda plasticidad esta circunstancia. Que esto sea así no deja de tener repercusión en el diseño que la Constitución previene para la figura regia. El rey es el titular del Ejecutivo, irresponsable, que actúa a través del refrendo de los ministros, a quienes nombra y separa con entera libertad (arts. 35, 67 y 68). En el Poder Legislativo se le reconoce facultad para presentar iniciativas legislativas (art. 54) y, además, le corresponde sancionar y promulgar las leyes, sin que deba por ello entenderse conferido veto alguno sobre éstas¹⁰⁸.

En definitiva, el rey tiene una esfera de actuación propia reconocida constitucionalmente, el Poder Ejecutivo, y sus relaciones con las Cortes -su capacidad para suspender las sesiones, por ejemplo- están sometidas a limitaciones¹⁰⁹ que muestran el deseo por evitar que el monarca imposibilite el desarrollo normal de la acción del Legislativo. Excluida esta cautela, la Constitución parece confiar en un monarca consciente de su posición constitucional y, como veremos, a diferencia de

¹⁰⁸ Cfr., en el mismo sentido, Juan Ignacio MARCUELLO y Manuel PÉREZ LEDESMA, "Parlamento y Poder Ejecutivo...", cit., p. 28.

¹⁰⁹ En concreto, a la obligatoriedad de la reunión anual de Cortes, que debía convocar el monarca, pero obligatoriamente antes del 1 de febrero, que habría de durar un mínimo de cuatro meses (arts. 42 y 43).

lo sucedido en Cádiz, las Cortes le otorgan una suerte de voto de confianza cuando le reconocen capacidad para intervenir en la reforma constitucional. En éste último aspecto de la Constitución de 1869 vamos a detenernos en el epígrafe siguiente.

b) El procedimiento de reforma de la Constitución de 1869

Un Código Constitucional de los caracteres presentes en el de 5 de junio de 1869, estaba llamado a retomar la tradición del primer constitucionalismo español también en lo que hace a la articulación de un mecanismo especial para su modificación. Los Textos de 1834, 1837 y 1845 habían consagrado su flexibilidad, disolviendo la fuerza de obligar de una Constitución concebida como mero pacto entre detentadores del poder, sujeto a la libre disponibilidad de éstos. La rigidez, por contra, reaparecía en 1869, nuevamente con aquel carácter eminentemente garantista¹¹⁰ con

¹¹⁰ Si es cierto que la rigidez extiende su protección jurídica sobre todos los contenidos constitucionales, no lo es menos que, en ocasiones, los redactores de los Textos Constitucionales encuentran escasa esta protección y adoptan, en relación con la reforma de determinados extremos de la Constitución que consideran de especial trascendencia, una medida de defensa adicional. Un ejemplo de ello, bien que afectando a toda la Constitución, es el representado por la cautela temporal que imponía la Constitución de Cádiz. En la Constitución de 1869 ese sentimiento conducirá a la discusión sobre la pertinencia de incluir cláusulas de intangibilidad. Uno de los contenidos más sobresalientes del Texto, su amplia y minuciosa tabla de derechos, era juzgada por los liberales que la animaron como un valor digno de

el que, según señalamos en relación al Texto de Cádiz, había hecho entrada en la Historia Constitucional española¹¹¹.

El Título XI de la Constitución ("De la reforma de la Constitución") introdujo un procedimiento de reforma que guarda relación,

especial consideración. Una circunstancia que, por otro lado y teniendo en cuenta la tradición de inoponibilidad de los derechos fundamentales frente a sus vulneraciones por los Poderes públicos, no puede extrañar. Así pues, con la finalidad de preservar una de las raíces liberales de la Constitución, fueron presentadas dos enmiendas al procedimiento de reforma que solicitaban la adición de un artículo que prohibiese, en un caso la modificación de determinados preceptos de la Constitución que recogían derechos individuales y, en el otro, la modificación de todo el Título I. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), pp. 2.346-2.347 y 2.349-2.350, respectivamente. Importa señalar, en cualquier caso, que la primera de las enmiendas presentadas -la segunda no llegó a votarse- fue derrotada por el muy escaso margen de 3 votos -68 noes frente a 65 síes-, lo cual da una idea de lo extendido de la creencia en las Constituyentes en la necesidad de articular técnicas, más allá incluso del mero procedimiento de reforma, que garantizaran la estabilidad de las conquistas revolucionarias. De la discusión en torno a este punto destaca extraordinariamente la claridad conceptual de la que, una vez más, hace gala alguno de los diputados. Vid., en este sentido, la intervención del diputado proponente Sr. Martínez Pérez en *loc. ult. cit.*, p. 2.347, donde se establece la distinción entre límites formales y límites materiales al poder de reforma constitucional, bien que, en opinión del orador estos últimos provengan no tanto de la superioridad de las Cortes Constituyentes con respecto a las futuras -que también- como de la naturaleza superior al Estado que poseen, en su opinión, los derechos del individuo.

¹¹¹ Una prueba de que los diputados de la Constituyente tenían presente el discurrir de las Constituciones españolas es la intervención del Sr. Gil Sanz, quien remarca la mutabilidad a que habían estado expuestos los Textos Constitucionales españoles en contraposición con la tradición de estabilidad de países como Bélgica, Holanda o Portugal. Al lado de éstos sitúa el diputado a la Constitución gaditana, de la que, en su opinión, debe tomarse ejemplo. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), pp. 2.351-2.352.

en alguno de sus extremos, con el ya estudiado de la Constitución de 1812¹¹². En la Constitución del sexenio se mantiene la disolución del Parlamento tras la toma en consideración de la iniciativa de la reforma constitucional, bien que ahora sólo sea preciso una disolución. No vamos a profundizar en exceso en este extremo del procedimiento de reforma de la Constitución de 1869. De ello nos exime la circunstancia de que, con las escasas divergencias que en su momento señalaremos, tal procedimiento fue trasladado al Título XVII del Proyecto de Constitución Federal de 1873, en el que nos detendremos en el Capítulo siguiente. Lo que, en cualquier caso, sí nos interesa destacar ahora es la significación que, en tanto que institución de defensa jurídica de la Constitución, tenía la rigidez para los redactores de la Constitución del sexenio. Y, en conexión con ello, de qué modo cabe interpretar la intervención del monarca en la reforma constitucional.

Es ésta, como anunciamos más arriba, una de las diferencias que observa el procedimiento ideado por los Constituyentes de 1869 en

¹¹² Se observa, además, un notable paralelismo entre el procedimiento que comentaremos a continuación y el que contenía la Constitución no promulgada de 1856, si bien, en 1869 se silencian algunos preceptos que acogía aquel Texto relativos al *quorum* mínimo en las Cámaras y a las mayorías requeridas para llevar a cabo la modificación de la Ley Fundamental.

relación al que habían dispuesto los "Fundadores" gaditanos. En la Constitución de 1869 se concede al monarca la iniciativa para los actos de primera impulsión del procedimiento de reforma. Debe, no obstante, advertirse, que no se trata, en puridad, de dejar en manos del monarca la posibilidad de perfeccionar la iniciativa de la reforma constitucional. La confianza en el monarca no significa que las Cortes hagan dejación de una de las facultades de mayor trascendencia y responsabilidad. Lo que el artículo 109 de la Constitución concede al rey es la posibilidad de plantear a las Cortes la adopción de la iniciativa de la reforma, pero son éstas las que, en última instancia están capacitadas para adoptar la iniciativa. La intervención regia no es, además, estrictamente necesaria para toda modificación constitucional, pues el precepto citado indica que las Cortes pueden adoptar la iniciativa "por sí o a propuesta del Rey"¹¹³.

¹¹³ Precisamente en la circunstancia de que las Cortes pudiesen acordar, sin el concurso del monarca, la reforma constitucional encontraba F. Pi una de las más notables contradicciones que contenía la Constitución de 1869. En tal sentido, señala que "Se consignaba por una parte la soberanía de la nación; se establecía, por otra, la monarquía hereditaria, y se terminaba con que por un simple acuerdo de las Cortes cabía reformar la ley fundamental en todos sus artículos, sin exceptuar los relativos a la forma de gobierno (...) ¿Qué fundador de dinastía ha de poder gobernar tranquilo, sobre todo en los primeros días de su reinado, teniendo pendiente esta espada sobre su cabeza?". Vid. FRANCISCO PI Y MARGALL, "El reinado de Amadeo de Saboya", en el vol. *El reinado de Amadeo de Saboya y la República de 1873*, Seminarios y Ediciones S.A., Madrid, 1970, pp. 55-56.

Por si esto no resultase suficientemente esclarecedor al respecto, se cuenta en favor de esta interpretación con la discusión del texto en la Constituyente. Allí, ante la inquietud mostrada por el diputado García López¹¹⁴, Silvela, después de haber hecho notar la escasa confianza que se podría tener en una Constitución cuya estabilidad dependiese solamente de conceder o no al rey intervención en la reforma¹¹⁵, aclara que "Se ha dejado en manos del Rey la facultad que

¹¹⁴ El conocimiento de lo sucedido con el Texto Constitucional de 1812 pesa sobre este diputado, que retóricamente se pregunta si era necesario "estropear" más la Constitución, que ya había declarado la inviolabilidad del monarca, concediéndole ahora la posibilidad de intervenir en la reforma. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.357. La queja se fundamenta en la constatación de que "la propuesta del rey para reformar la Constitución (*sic*) siempre adolecerá de tendencias marcadamente reaccionarias, siempre tendrá el propósito de anular el Título I de esta Constitución (*sic*), en la que, con más ó (*sic*) menos habilidad, con más ó (*sic*) menos fortuna, se han consignado los derechos individuales" (*loc. ult. cit.*, p. 2.358). El orador expone, además, la contradicción que, a su juicio, implica la circunstancia de permitir la entrada del monarca en la reforma constitucional y no conceder a los ciudadanos la facultad de presentación de enmiendas a la Constitución, que García López propone, a título de ejemplo, le sea reconocida a cien pueblos.

¹¹⁵ El razonamiento, que, a nuestro juicio, acierta en lo que incide, es el siguiente: "Sr. García López, si la libertad no tiene en España más sólido fundamento, y por el único hecho de proponerse al rey por siete Diputados que sean Ministros responsables la reforma constitucional han de sobrevenirnos todas esas desgracias y calamidades que ha dicho S. S., es evidente que España no está preparada, no ya para la república, pero ni aun para la monarquía constitucional". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.361. Interesa advertir que la referencia al n.º de Ministros Diputados se extrae de lo que establecía el Reglamento de las Cortes Constituyentes de 1 de diciembre de 1854, cuyo art. 53 establecía en siete el número máximo de diputados que podían firmar una proposición de ley. Importa, en todo caso, señalar que las Cortes Constituyentes de 1869 habían decidido acoger el citado Reglamento, a propuesta del Presidente de la Cámara. Vid., en tal sentido, *Diario de Sesiones de*

puede tener cualquier Diputado, la de llamar la atención de las Cortes sobre la necesidad de una reforma en la Constitución (*sic*) del Estado. ¿Ha de ser el monarca de España menos que cualquier Diputado?"¹¹⁶.

Con ello lo que se está haciendo es depositar en manos del Legislativo¹¹⁷ la decisión de tomar en consideración la propuesta del monarca que, de no ser aceptada, carece de facultades para acometer el *amending process* sin el concurso de las Cortes. En este sentido, la

las Cortes Constituyentes, Tomo I, n.º 10 (22 de febrero de 1869), p. 84. La misma opción tomará el primer Senado que se constituya de acuerdo con la Constitución de 1869 -hasta que redacte uno propio en 1871-, circunstancia que debe achacarse a la superior inclinación democrática del Reglamento de Cortes de 1854. De cualquier modo, la solución, en este concreto extremo, hubiera resultado la misma de continuar rigiendo interinamente el Reglamento del Congreso de los Diputados de 25 de junio de 1867, toda vez que su art. 78 trasponía el correspondiente del Reglamento de 1854. Una recopilación de los sucesivos *interna corporis* de la Cámara Baja puede verse, por ejemplo, en el vol. *Reglamentos (Del Congreso de los Diputados y de las Cortes)*, Secretaría de las Cortes, Madrid, 1977. Para los Reglamentos de la Cámara Alta, *Reglamentos del Senado*, Secretaría General del Senado, Madrid, 1993.

¹¹⁶ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.361.

¹¹⁷ Además de las implicaciones políticas que supone el reconocimiento de la capacidad del Legislativo para decidir sobre la iniciativa de reforma, lo cierto es que, también se han aducido, como explicación de esta circunstancia, motivaciones puramente técnicas. Así, desde una perspectiva formal, se ha podido decir que son los Parlamentos, por su peculiar posición en el esquema de los Poderes del Estado, quienes se encontrarán en mejores condiciones para emitir un juicio sobre la conveniencia o impertinencia de una propuesta de reforma. Cfr., en relación con ello, Rogelia CALZADA CONDE, "*La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional*" (Tesis Doctoral, inédita), Salamanca, 1985, 2 vols., vol II, pp. 624-625.

Constitución del sexenio se adscribe a la línea trazada por los Textos Constitucionales de marcado acento democrático, que, como tuvimos ocasión de señalar en el Capítulo precedente¹¹⁸, se caracterizan por hacer descansar las decisiones en torno a la variación de la Ley Fundamental directamente en el Pueblo, o bien en sus representantes. Así lo reconoce, de manera expresa, el diputado Silvela cuando, elogiando la labor de la comisión que había redactado el Proyecto de Constitución, afirma que ésta "ha procurado poner la reforma donde debe estar, en manos del pueblo español"¹¹⁹.

Sucede, además, que todos los actos del rey, y esto incluye también a su actividad en el procedimiento de reforma, han de aparecer, por expreso mandato constitucional, refrendados por la firma de un Ministro. Cabe, entonces, interpretar que la intervención del rey en el procedimiento obedece al deseo de contar, para actos de la trascendencia de la reforma constitucional, con la posibilidad de que el Ejecutivo exprese su opinión al respecto, solicitando de las Cortes que adopten los acuerdos de iniciativa del procedimiento. No puede olvidarse que la Constitución del

¹¹⁸ Vid. Capítulo I, nota 98 y texto a que se refiere.

¹¹⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.361.

sexenio residencia en el rey la titularidad del Poder Ejecutivo y que, por la propia dinámica del refrendo, resultaría posible -como preveía Silvela en su intervención- que fuesen los propios Ministros quienes excitasen al monarca la presentación ante las Cortes de la solicitud de iniciativa. En cualquier caso, no se deja en exclusiva en manos del monarca ninguna facultad que, por sí sola, sea capaz de poner en marcha el procedimiento.

Debe excluirse, entonces, la posibilidad de interpretar la mínima intervención regia en el procedimiento de reforma como una reminiscencia de la antigua condición de soberano que de éste se predicaba. Los Constituyentes de 1869 son plenamente conscientes de la distinta posición que a las Cortes y al rey corresponden en el marco de una monarquía limitada y, por tanto, la apelación a la figura regia debe entenderse como la entrada en el procedimiento, con nula capacidad decisoria además, del titular de uno de los Poderes del Estado, y no de otra forma.

La iniciativa adoptada por las Cortes -proveniente del monarca o de las mismas Cámaras- suponía la emanación de un Decreto de disolución y la convocatoria automática -en el plazo máximo de tres meses-

de nuevas Cortes. Importa señalar que la Constitución ordenaba la publicación, junto con el acuerdo de adopción de la iniciativa, del artículo o artículos que pretendiesen reformarse, fijando con ello, los extremos que abarcaba la iniciativa adoptada y, por consiguiente, limitando la capacidad de decisión de las Cortes que se eligiesen para votar la reforma a los preceptos cuya posible modificación se había hecho pública. En cualquier caso, tendremos oportunidad de comentar en profundidad la significación de este requisito procedimental cuando, en el Capítulo siguiente, reflexionemos en torno al procedimiento de reforma en el Proyecto constitucional de 1873.

Debemos, por último, hacer referencia a la ausencia de previsión sobre la mayoría requerida para adoptar válidamente la reforma constitucional. Del estudio de los debates en torno al procedimiento de reforma en las Cortes Constituyentes debe concluirse que el silencio del Texto Constitucional comporta la asunción por la Cámara de la necesidad de la mera mayoría simple.

Pudiera, en principio, sorprender esta solución y sin embargo, los Constituyentes excluyeron expresamente la posibilidad de agravación

de la fórmula mayoritaria en este punto. Fue el diputado Gil Sanz quien solicitó de la comisión la adopción de una fórmula de agravación del acuerdo en favor de reformar la Constitución, que exigiese el voto afirmativo de los dos tercios de las Cámaras¹²⁰. Perseguía esta agravación, en la idea del diputado, la finalidad de garantizar que las modificaciones del Texto Constitucional fuesen el fruto de una opinión reflexiva, suficientemente madurada. El Presidente de la comisión redactora del proyecto constitucional, Salustiano Olózaga, contesta al orador argumentando lo innecesario que resulta, en el caso de la Constitución que está a punto de aprobarse, una técnica de agravación mayoritaria como la solicitada. Aduce, en favor de esta idea, la existencia de un Parlamento bicameral¹²¹ que, en tanto se le provea de una Ley de relaciones entre ambos cuerpos colegisladores, representa garantía sobrada de la serena

¹²⁰ Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.352.

¹²¹ La comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1869 no había recogido el Senado en el mismo. Su introducción se debió a la labor personal en las Cortes Constituyentes de Cánovas del Castillo, Gallego Díaz y Moret que traen a colación los ejemplos de la Gran Bretaña y los Estados Unidos e, incluso, apelan a Montesquieu para defender la institución. Cfr., en tal sentido, Javier María DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUM, "Los años revolucionarios", en Manuel Pérez Ledesma (coord.), *El Senado en la Historia*, Senado, Madrid, 1995, pp. 149-160.

reflexión de las propuestas de revisión constitucional¹²². Con independencia de lo exacto o inexacto de este modo de razonar, lo cierto es que la oratoria de Olózaga convence al diputado preopinante¹²³, que acepta la ausencia de agravación expresa en el Texto Constitucional, confiando en el bicameralismo como remedio alternativo para conseguir que la adopción de revisiones constitucionales requiera una prolongada deliberación previa.

c) La ausencia del control de constitucionalidad en la Constitución de 1869

En el caso de 1869, la Constitución no acogió, junto con la rigidez, ningún otro mecanismo de defensa del Texto Constitucional. La cuestión había sido objeto de debate en las Cortes Constituyentes. En ellas se denunció, en efecto, que la ausencia de algún mecanismo de control

¹²² Olózaga contrapone, en este punto, la Constitución del sexenio con el precedente gaditano, destacando que, frente al bicameralismo del Texto que se está discutiendo, el de 1812 acogía unas Cortes unicamerales, precisando, entonces, de una técnica de agravación como la que propone Gil Sanz. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.353.

¹²³ "Las explicaciones que ha dado el señor presidente de la comisión creo que dejarán satisfechos á (sic) los Sres. Diputados, puesto que lo que pido puede conseguirse de otra manera: eso es lo que queremos todos". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Tomo IV, n.º 83 (26 de mayo de 1869), p. 2.353.

habría de conducir a la anomalía de que los jueces, sujetos al imperio de la ley, tuviesen que aplicar una norma inconstitucional. Pese a las acertadas intervenciones de algunos diputados denunciando el hecho, finalmente sus propuestas no fueron atendidas¹²⁴. La Constitución se promulgará sin referencia alguna a la posibilidad de proceder al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, incluyendo, tan sólo, el control de legalidad de las disposiciones reglamentarias¹²⁵.

Es por ello por lo que, a nuestro modo de ver, puede hablarse, en relación con la Constitución de 1869, de una ocasión desperdiciada. En efecto, piénsese que el Texto contiene, como se apuntó, las opciones políticas fundamentales que sirven para elevarlo a la condición de auténtica Constitución¹²⁶. El Constituyente de 1869 recoge esos principios y los

¹²⁴ Sobre el significado de las intervenciones a que estamos haciendo referencia, vid., por todos, Pablo PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 69-71. Para este autor, "es a partir de la vigencia de la Constitución de 1869 cuando comienza a plantearse ante los tribunales el problema de la eficacia jurídica de la norma fundamental" (p. 72), aunque habrá de esperarse hasta 1873 para encontrar un precepto en la Constitución que le otorgue a ésta, de forma incuestionable, la condición de verdadera norma jurídica que contiene una vinculación positiva.

¹²⁵ Constitución de 1869, Art. 92. "Los tribunales no aplicarán los reglamentos generales provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes." Vid., al respecto, Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 302-303.

¹²⁶ De esta factura liberal y democrática que caracterizaba a la Constitución del sexenio da idea su propio Preámbulo que, como indica Javier TAJADURA TEJADA

eleva a rango constitucional, sin olvidarse, además, de establecer un mecanismo de reforma que, al convertir la Constitución en rígida lo que viene a suponer es la protección de esas opciones políticas básicas a que nos estamos refiriendo. La reforma se configura así en institución básica de garantía, de modo tal que, además de hacer posible el cambio, sometido a Derecho y reflexivo, con ella "se pretende perpetuar y eternizar el contenido de la Ley Fundamental o, si se prefiere, preservar la voluntad del constituyente frente a la actuación del legislador ordinario"¹²⁷.

No puede extrañar entonces que sea, precisamente, a partir de la vigencia de la Constitución de 1869 que se comienzan a invocar los preceptos constitucionales para solucionar conflictos jurídicos de carácter ordinario¹²⁸. No parece que esta circunstancia pueda resultar desdeñable. En efecto, como se ha dicho, las condiciones objetivas necesarias para que se produjese la definitiva asunción del valor normativo de la Constitución

("Los preámbulos constitucionales...", cit., p. 238), "podría ser el de una Constitución de nuestros días".

¹²⁷ Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., p. 235; vid, también, pp. 238-239. Del mismo autor, cfr. "Funciones...", cit., pp. 8-22 y 38-47.

¹²⁸ Vid., en este sentido, Pablo PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder...*, cit., p. 72; José Manuel ROMERO MORENO, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 426-428.

estaban dadas. Los pilares sobre los que se asienta la jurisdicción constitucional habían sido edificados y, como un resultado que a nadie puede extrañar, la consecuencia lógica estaba a punto de producirse. La interrupción en la vigencia del Texto de 1869 no permite que ahora podamos constatar esta circunstancia como un dato histórico¹²⁹. Parece incuestionable que toda la problemática de la defensa de la Constitución en España hubiera variado, y muy considerablemente, si tal interrupción no se hubiera producido.

Una consideración adicional viene a apoyar esta idea. Sucede que, sólo cuatro años más tarde que la Constitución de 1869, unas Cortes Constituyentes elaboran un Proyecto de Constitución, del que vamos a tener ocasión de tratar cumplidamente en el Capítulo III, en el que la previsión del control de constitucionalidad es una realidad. Luego no parece que la pertinencia de un tal control fuera absolutamente ajena a aquel momento. Si la Constitución de 1869 expresaba, como hemos visto, las aspiraciones y los principios del Estado Constitucional Democrático, tal vez la práctica constitucional hubiera podido introducir, bajo la vigencia de

¹²⁹ Cfr., en relación con los acontecimientos de este período, el relato, con las ventajas e inconvenientes de la cercanía a los mismos de quien lo suscribe, de Francisco PI Y MARGALL, "El reinado...", cit., pp. 51-110.

esta Constitución, un mecanismo de control de constitucionalidad a imitación del que, por la fuerza de los hechos, se fue imponiendo en los Estados Unidos.

No podemos afirmar categóricamente que este proceso hubiese discurrido de modo paralelo si la Constitución de 1869 hubiese continuado en vigor. Tal vez el peso de una judicatura firmemente asentada al servicio de valores y principios bien distintos de los que presiden el constitucionalismo moderno, entre otras muchas razones, hubieran impedido tal evolución¹³⁰. Ocurre además que, detrás de la configuración del sistema norteamericano se encuentra una rica problemática, a la que ya nos hemos referido aquí, que, aunque su solución final por medio de la sentencia dictada en el caso *Marbury v. Madison* sea el extremo más conocido, esconde formulaciones, entre ellas la de la existencia de un poder federal fuerte, que muy probablemente no resulten del todo trasladables a la realidad española de 1869.

¹³⁰ Al respecto de la relación entre la judicatura y la Constitución, cfr. Pablo PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional...*, cit. *passim*. Cfr., igualmente, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, n.º especial XI (1986), pp. 13-30, recogido hoy en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 63-84, por el que, en lo sucesivo, cito. El hecho, denunciado por este último autor, de que varíen las normas, pero no los usos de sus aplicadores, se podría haber convertido en el más serio obstáculo para la consideración de la Constitución como norma jurídica.

Sin embargo, existía un obsáculo considerable con el que chocaba nuestra Constitución del sexenio, al igual que tantas otras, para afirmar su valor como verdadera norma jurídica y, además, como norma jurídica suprema. En efecto, como ha señalado el Profesor P. De Vega¹³¹, el segundo de los caracteres que deben poder predicarse de un Texto Constitucional para que sea posible la articulación de un mecanismo jurisdiccional de defensa del mismo no es otro que el de su eficacia. Así, junto a la rigidez, el hecho de que la Constitución sea eficaz se erige en uno de los presupuestos de la introducción de un sistema de Justicia Constitucional y, en este punto, la Constitución de 1869, que nació con vocación de ser Constitución normativa, no corrió mejor suerte que otros Textos.

Que esto fuese así obedece al hecho de que, "si nos atenemos a la práctica política y parlamentaria desarrollada durante la breve vigencia de la Constitución de 1869, podemos observar cómo las previsiones del texto constitucional continuaron interpretándose de acuerdo con los mismos usos y convenciones del período isabelino, lo que desnaturalizó el carácter

¹³¹ Cfr. Pedro DE VEGA, "Jurisdicción constitucional...", cit, p. 285.

sinceramente parlamentario que la Constitución pretendía poseer"¹³². Esto es, la circunstancia de que los condicionantes políticos externos no hubiesen variado, o al menos no tan substancialmente como en principio pudiera pensarse, así como el singular y proverbial rechazo de los operadores jurídicos, y, en particular de la judicatura¹³³, a considerar a la Constitución como una auténtica norma jurídica se convertía en la mayor dificultad que será necesario vencer para lograr la recepción definitiva del carácter normativo del Texto Fundamental.

¹³² José María PORRAS RAMÍREZ, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 133.

¹³³ Téngase presente que, incluso tras la entrada en vigor de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, la consideración del carácter normativo del Texto Fundamental fue puesta en cuestión por alguna sentencia de la judicatura ordinaria. En concreto es frecuentemente citada la S.T.S. (Sala primera) de 8 de abril de 1982 (que confirma, además, una en el mismo sentido de 31 de enero de 1980 de la Audiencia Territorial de Sevilla. Vid., al respecto, Javier PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., pp. 29-30; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Poder Judicial...", cit., pp. 75-76. Cfr., en relación con este problema en general, Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 255-258.

4.) *REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LA AUSENCIA DE MEDIOS DE CONTROL DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA ESPAÑOLA: LOS TEXTOS DE 1873 Y 1931 COMO ÚNICA POSIBILIDAD PARA SU EXISTENCIA*

Llegado a este punto nuestro razonamiento, es posible comprobar que, de los cuatro documentos de gobierno que en nuestra Historia merecen denominarse Constituciones, sólo en dos de ellos, los de las dos Repúblicas que nuestra Historia ha conocido, se ha introducido un sistema de control de constitucionalidad de la ley. Lógico parece, en tales circunstancias, preguntarse cuál sea la causa de esta anomalía.

En cierto sentido ya se ha apuntado la razón de ser de esta circunstancia. En efecto, decíamos más arriba, al hilo del estudio de la Constitución de Cádiz, que las previsiones que los Constituyentes, concedores de su entorno político y social, habían hecho sobre los ataques de que podía ser objeto les habían aconsejado arbitrar medios políticos de defensa del Texto Fundamental. Porque lo que estaba en juego, más que un concreto precepto de la Constitución, era el edificio constitucional mismo, su defensa no podría articularse como la de un cuerpo legal, sino como la defensa de un modo nuevo de entender el Estado. Los Fundadores

gaditanos fueron conscientes del giro copernicano que su obra operaba en la Historia y, lo que es más, de la mala acogida que podía recibir el Estado Constitucional. Circunstancia ésta que, por otro lado, la sucesión posterior de los hechos confirmó. No es por ello de extrañar que los baluartes que erigen para defenderlo no se concreten en una instancia jurídica.

Resueltos a defender la obra de las Cortes frente a acometidas de naturaleza tan grave, la lógica, como vimos, les lleva a importar la teoría jacobina de la Nación en armas¹³⁴. Ciertamente, tal solución se articulará aquí de un modo más modesto, como lo demuestran las declaraciones contenidas en el artículo 7, o lo relativo a la obligación de la enseñanza de la Constitución en los niveles académicos superiores, así como la retórica, pero no por ello menos importante a estos efectos, declaración contenida en el artículo 373. Siguiendo este modo de razonar, no puede resultar en modo alguno extraño que, además del Pueblo, sea a las propias Cortes a quienes el Constituyente gaditano encarga la tarea de velar por el cumplimiento de la Constitución.

¹³⁴ Vid., al respecto, François CHÂTELET, Olivier DUHAMEL y Evelyne PISSER-KOUCHNER, *Historia del pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 87-88; Philippe BRAUD y François BURDEAU, *Histoire...*, cit., pp. 62-66; Salvador GINER, *Historia...*, cit., pp. 360-362.

Las difíciles circunstancias en que nace nuestro Estado Constitucional acabarán por disolver el constitucionalismo español en una ficción, salvada sólomente por contadas excepciones, tan dignas como fugaces. Sólo cuando la Constitución sea realmente considerada como auténtica norma jurídica suprema, cuando se conceda a sus postulados, más allá de un valor programático, la facultad de vincular a todos los poderes públicos y, señaladamente, al Legislador ordinario, es cuando se hará posible, y hasta necesario, un sistema de control de constitucionalidad deferido a una instancia de naturaleza jurisdiccional. Con abstracción de las causas que pudieron motivarlo, que serán objeto de tratamiento más adelante, ese momento llegó, en España, en 1873 y, tras quedar sólomente apuntado, habrá que esperar hasta 1931 para encontrar un segundo intento al respecto en el Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra II República.

De este modo, las Constituciones de nuestras dos Repúblicas, como únicos Textos de la Historia del constitucionalismo español en que se establece un sistema de control de constitucionalidad de la ley¹³⁵, se

¹³⁵ No se nos oculta la existencia de dos hitos más en nuestra historia constitucional en los que se ha intentado arbitrar alguna suerte de organismo de control, con alguna similitud con el de constitucionalidad. Esas dos experiencias son las constituidas, en primer lugar, por el "Consejo del Reino" del Anteproyecto de

elevan a la condición de precedentes de nuestro actual modelo de garantía de la Constitución. Con razón podrá afirmarse entonces que, si el proceso para la recepción de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno en España comienza con las Constituciones de 1812 y 1869, éste no tendrá su culminación hasta que la consecuencia lógica del principio de rigidez, la existencia de la función de control de constitucionalidad, haga su aparición y con ello pueda ser realmente predicable el carácter de *Lex Superior* de la Constitución.

Constitución de la dictadura de Primo de Rivera, en 1929 y en segundo lugar, por el "recurso de contrafuero", introducido por la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967. Toda vez que, sin necesidad de entrar en mayores precisiones de detalle, en ambos casos se trata de burdos intentos de vestir con ropajes nobles a simples dictaduras, huelga aquí cualquier tratamiento profundo de lo que, en rigor, no resiste el más benévolo de los enjuiciamientos desde el punto de vista del Derecho Constitucional. Tanto el Anteproyecto de 1929 como la legislación "fundamental" franquista se presentan, en rigor, como documentos de gobierno cuya única virtualidad reside en la pretensión de legitimación de situaciones fácticas de reparto de poder preestablecidas, que se adscriben a la categoría de las que K. Loewenstein denominó "Constituciones semánticas", no resultando ser más que "el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político" (p. 219). Cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 218-219. De no ser por los tintes dramáticos con los que, en esas ocasiones, se dibujó nuestro pasado, estas instituciones sólo serían susceptibles de provocarnos hilaridad. Una postura contraria a la aquí mantenida sostuvo Jose Luis MEILÁN GIL ("El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española", en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, ENAP, Madrid, 1971, p. 595), quien, comparando el recurso de contrafuero del régimen franquista con el órgano de jurisdicción constitucional de la II República, afirma: "La regulación del recurso de contrafuero (...) arranca de un punto de partida diferente y mucho más evolucionado que el Tribunal de Garantías Constitucionales".

Pero, si sólo las Constituciones de las dos Repúblicas, han podido plantear fórmulas acabadas de defensa de la Constitución, lícito es preguntarse cuál es la causa que ha motivado esta circunstancia. Tal vez resulte de ayuda, para dar respuesta a este interrogante, el realizar una comparación, siquiera sea somera, entre los Textos Constitucionales de 1873 y 1931.

Fácilmente se perciben, al hacerlo, los notables puntos de coincidencia entre ambos. En primer lugar en lo tocante a la forma de gobierno. Como de todos es sabido, son éstas las dos únicas ocasiones en la Historia española en que se opera, con un elevado nivel de consenso además¹³⁶, la elección por la República. Una circunstancia con la que se

¹³⁶ Para confirmar este aserto pueden consultarse la composición de las Cortes Constituyentes de 1873 y los resultados de las elecciones municipales de 12 de abril de 1931. Sobre la correlación de esos datos con la realidad político-sociológica de España en estos "dos momentos cumbres del democratismo español", cfr. Gumersindo TRUJILLO, *Introducción al federalismo español (Ideología y fórmulas constitucionales)*, Edicusa, Madrid, 1967, especialmente pp. 7-11 y 82-87; Antoni JUTGLAR, *Pi y Margall y el federalismo español*, Taurus, Barcelona, 1975, 2 vols., *passim*, pero especialmente vol I, pp. 413-534. Véase también la opinión, al respecto, de los protagonistas de estos acontecimientos. Así, como muestra de lo que decimos, pueden citarse las palabras del Diputado Sr. Becerra en torno a la repercusión de la opción republicana en la España de 1873. En su intervención en la Constituyente de aquel año afirmaba: "Recordad que en general la prensa de todos los matices aplaudió la proclamación de la República, recordad que la Bolsa, ese barómetro de la opinión pública, saludó el advenimiento de la nueva forma de gobierno con una subida, con un alza", cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo II, nº 65, (13 de agosto de 1873), p. 1429. Por lo que a la segunda experiencia republicana se refiere, Nicolás PÉREZ

viene a sumar un factor más en el carácter democrático avanzado de estas Constituciones, que intentan llevar el principio democrático a sus últimas consecuencias, lo cual incluye a la más alta magistratura, cuanto menos a nivel simbólico, de la Nación, la Jefatura del Estado.

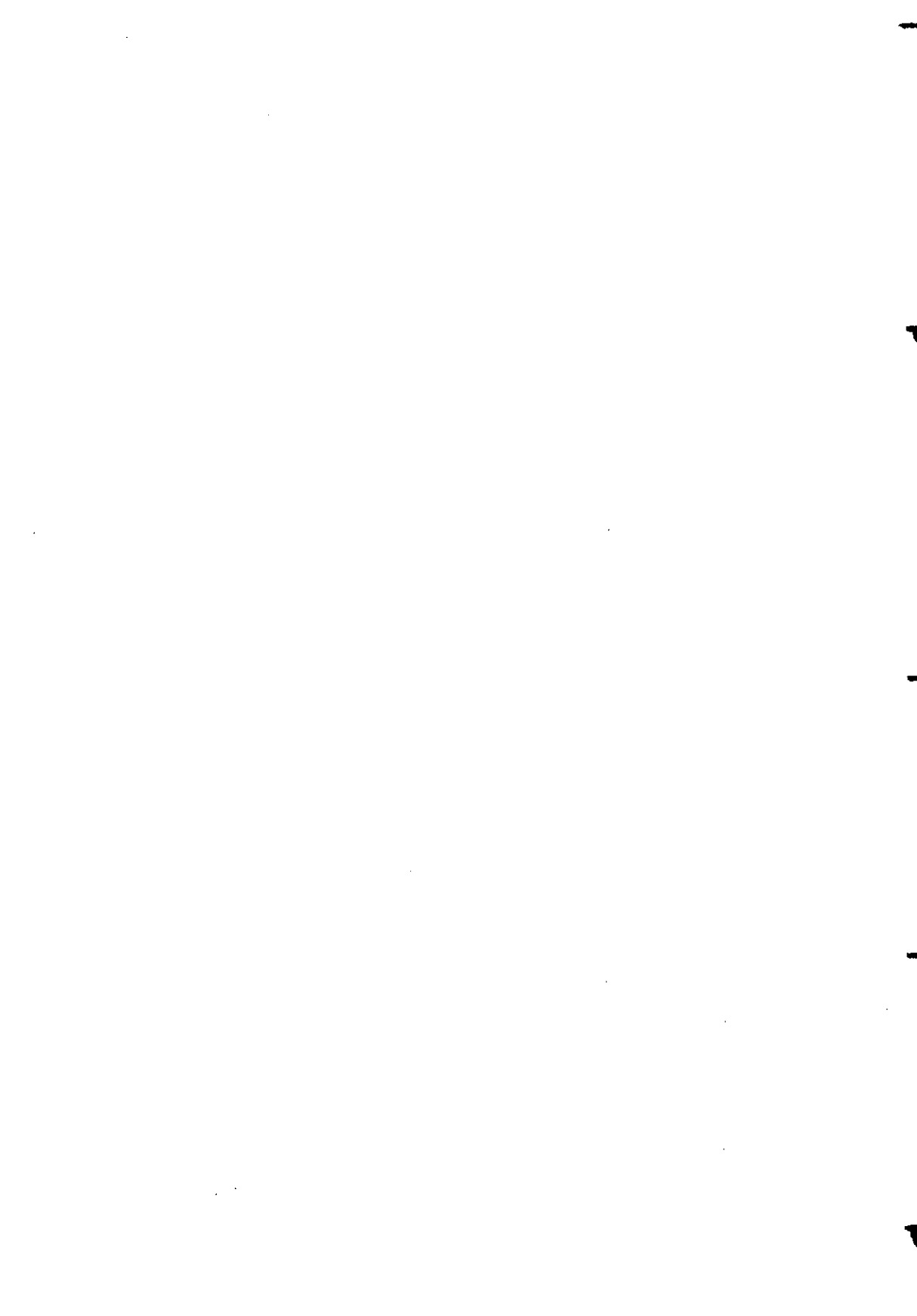
En segundo término, las Constituciones republicanas son las primeras que acometen la tarea de dividir verticalmente el poder político en España. Ya se ha hecho referencia aquí, y volveremos sobre ello más adelante, a la estrecha vinculación que existe entre el Estado Federal o políticamente descentralizado y la aparición de los mecanismos más acabados de garantía jurídica de la Constitución. Así, según vimos, sucedió en los Estados Unidos y así también sucederá en España.

Esas circunstancias y la formación, siquiera sea en los niveles intelectual y políticamente más formados, de un incipiente sentimiento o voluntad constitucional, acabarán por determinar la aparición en nuestro constitucionalismo de los mecanismos de defensa jurídica de la

SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre 1931)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 1-31. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 86-93; Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931. Con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta castellana, Valladolid, 1934, pp. 7-8.

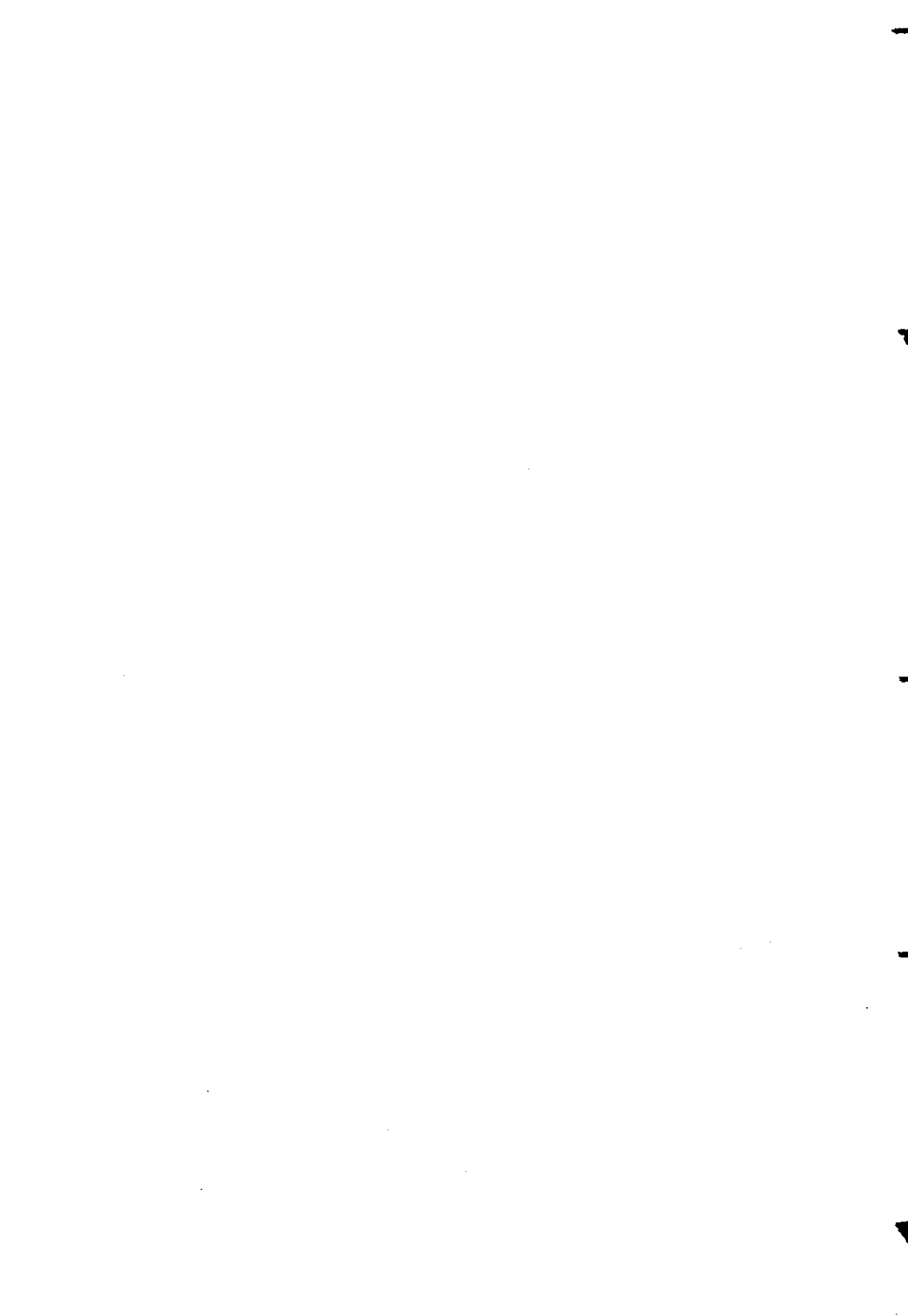
Las Constituciones republicanas como única posibilidad para la garantía jurídica de la Constitución

Constitución, que hoy día entendemos consustanciales al Estado
Constitucional Democrático.



CAPÍTULO III

**LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA I
REPÚBLICA: RIGIDEZ Y CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROYECTO DE
CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1873**



1) LOS PLANTEAMIENTOS REPUBLICANOS Y FEDERALES DE 1873

La I República española se inscribe, desde la óptica de las etapas que, según se ha señalado en Capítulos precedentes, se divide la evolución histórica de la problemática de la defensa e la Constitución, en el paréntesis en el que tiene asimismo acogida el Texto Constitucional de 1869¹. Si, como vimos en el Capítulo precedente, éste suponía una notable excepción a la sucesión de textos constitucionales semánticos², el Proyecto de 1873 tomará el testigo de la Constitución surgida de la Revolución Gloriosa para afirmar, con mayor contundencia si cabe, los principios liberales que aquélla había introducido.

¹ Es la que, con M. Artola, podríamos denominar "la experiencia democrática", que comprendería desde la Revolución de 1868 hasta el advenimiento de la Restauración borbónica. Cfr. Miguel ARTOLA, *La burguesía revolucionaria*, cit., pp. 331-401.

² Adoptando la terminología que, en su celeberrima clasificación ontológica de la Constituciones, propusiera Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 218-219. Terminología que, permítasenos anotar de pasada, trae causa de la clasificación de los gobiernos en legítimos, cuasi-legítimos y revolucionarios que realizara el historiador italiano G. Ferrero. Vid, al respecto la nota del traductor al español, el Prof. Dr. E. García López, en Guglielmo FERRERO, *El Poder...*, cit., p. 141, nota 3.

El advenimiento de la I República³ exigía la adopción de un nuevo Texto Constitucional que diese el soporte jurídico-político

³ La proclamación de la República se produjo en sesión conjunta de las Cortes, que adoptaron la denominación -no exenta de significado- de Asamblea Nacional. La concentración de los dos cuerpos colegisladores estaba prohibida por el art. 47 de la Constitución de 1869, vigente en aquel momento. Vid., en relación con las pretensiones de ilegalidad -inconstitucionalidad, más propiamente- de aquel proceso (asunto en el que acabaron coincidiendo personajes tan dispares como Pi y Margall o Figueras y Álvarez Bugallal), Juan FERRANDO BADÍA, *La Primera República española*, cit., pp. 140-141. Sin embargo, los perfiles de la situación permitían entonces y permiten ahora hablar de la puesta en marcha de un verdadero proceso revolucionario, calificación que no se contradice con la circunstancia de que fuese -al menos por lo relativo a la proclamación de la República- incruento. No podemos detenernos ahora en las implicaciones constitucionales del tránsito de la monarquía constitucional a la República. Desde esta perspectiva, si se está de acuerdo en que el 11 de febrero de 1873 se produce en España un cambio revolucionario, que comienza en ese momento el período constituyente -más extenso que el de mera redacción del Proyecto de Constitución-, entonces habremos salvado cualquier duda en torno a supuestos vicios de forma en el advenimiento de la República. Téngase presente que, como indica el Prof. P. De Vega, "El poder constituyente, como poder soberano (...) podrá (...) modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional (...) operando como *res facti, non juris* (...), no se le puede encuadrar ni definir como poder jurídico y limitado". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 65. Quede señalado, no obstante, que dicho proceso se produce con un cierto formalismo, mediando una carta de renuncia al trono por parte de Amadeo -de fecha 11 de febrero- y la correspondiente contestación de las Cortes (el encabezamiento de este último documento, además de insistir en la denominación de Asamblea Nacional, a que ya hemos hecho referencia, habla de "las Cortes soberanas de la nación española") aceptando la abdicación, nota que fue redactada por Castelar el mismo día. Esta aceptación del Poder Legislativo hizo las veces de la ley especial que, de acuerdo con el n.º 7.º del art. 74 de la Constitución de 1869, era quien debía autorizar al rey para abdicar la Corona. Ambos documentos pueden consultarse en Modesto LAFUENTE y Juan VALERA, *Historia General de España*, Montaner y Simón, Barcelona, 1890, tomo vigésimo cuarto, pp. 179-180 y 180-181 (en nota), respectivamente. Vid., por lo que se refiere a la contravención del art. 47, de la que se queja J. Valera, p. 189. En general, sobre este período pp. 189-285, donde se recogen -aunque rodeados de juicios de valor más propios del cronista que del historiador- todos los acontecimientos que se sucedieron durante los escasos once meses de República, con una especial insistencia en el problema carlista.

indispensable al nuevo régimen. El empeño cristaliza en el nombramiento de una comisión que habría de redactar un Proyecto para ser presentado a las Cortes. Esto último acontece el 17 de julio de 1873, fecha en la que se inician los debates de totalidad sobre el Proyecto⁴, aunque los acontecimientos acabarán frustrando una discusión pormenorizada del mismo⁵.

⁴ Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, tomo I, apéndice 2.º al n.º 43. Firman el Proyecto de la comisión 17 personalidades: Emilio Castelar, Eduardo Palanca, Santiago Soler, Eduardo Chao, Joaquín Gil Berges, Manuel Pedregal, José Antonio Guerrero, Rafael Labra, Tomás Andrés de Andrés Montalvo, Eleuterio Maisonave, Benigno Rebullida, Luis del Río y Ramos, Juan Manuel Paz Novoa, Rafael Cervera, Joaquín María de Olías, Pedro J. Moreno Rodríguez y Francisco de Paula Canalejas. Merece destacarse, sin embargo, que, en opinión de C. A. M. Hennessy, el Proyecto Federal es obra de un único autor -quien presidía la comisión- y de veinticuatro horas de trabajo. Vid., en tal sentido, C. A. M. HENNESSY, *La República Federal en España. Pi y Margall y el movimiento republicano federal 1868-1874*, Aguilar, Madrid, 1967, p. 220. Aun ignorando los datos en que funda el autor británico esta conclusión y sin querer desmerecer con ello la capacidad de trabajo de D. Emilio Castelar, no parece aventurado concluir, aunque sólo fuese a juzgar por el resultado, que, interviniesen o no todos los hombres de la comisión en la redacción del Proyecto, éste trasluce un bagaje conceptual, una intencionalidad en la configuración de determinadas instituciones que en él se contienen y en los procesos que regula, que forman un patrimonio que, si fuese posible redactar en unas horas, desde luego ocupa mucho más tiempo adquirir. En todo caso, si, con la alusión a la celeridad en la presentación del Proyecto se ha querido concluir su falta de rigor técnico o su escasa maduración, es esta desde luego una idea en la que -errores evidentes y posicionamientos controvertidos, a parte- no podemos concordar.

⁵ Las circunstancias en que se desarrolla el proceso constituyente de la I República no son las más adecuadas para que los trabajos de elaboración del Texto Constitucional lleguen a buen fin. Las Cortes no dedicarán todo su tiempo al Proyecto, que llega a discutirse exclusivamente en las sesiones de tarde hasta desaparecer completamente la discusión. De esta circunstancia se dolía, entre otros, el diputado Fernández Latorre. Vid *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, Tomo III, n.º 70 (19 de agosto de 1873), p. 1.649. A

El Texto de 1873 se caracteriza por elevar las dosis de democracia y liberalismo que ya estaban presentes en la Constitución del sexenio⁶. Ahora, además, se opta por la forma de gobierno republicana -máximo exponente del principio democrático en la Jefatura del Estado⁷-.

esta intervención contesta el vicepresidente de las Cortes, Sr. Cervera, aludiendo a la ausencia en la Cámara de diputados que tienen pedida la palabra. Al día siguiente, el diputado Insa pregunta a la Presidencia de las Cortes por los rumores de estar esperando la discusión del Proyecto para tiempos más bonancibles. En opinión del diputado esta circunstancia resulta altamente desalentadora y exhorta a la continuidad de los debates para poder ofrecer a las tropas -que están blandiendo las armas contra los carlistas- y al Pueblo en general, la aprobación del Código Fundamental. Nuevamente la Mesa de las Cortes vadea su respuesta, apelando a que la inacción no es consecuencia de su actitud, sino de la de la Cámara en general. [*loc. ult. cit.*, n.º 71 (20 de agosto de 1873) pp. 1.656 y 1.657]. Con tales precedentes, el fracaso de la obra constitucional de la I República no podía sorprender.

⁶ No en vano se ha podido afirmar que "Con la proclamación de la República se coronaba el proceso revolucionario liberal español. Otra era revolucionaria, esta vez ya de carácter social y proletario, abierta con la revolución del 68, cobrará su carta de naturaleza en este período republicano". Vid. Juan FERRANDO BADÍA, *La Primera República española*, cit., p. 134, vid., para todo lo relativo a las vicisitudes políticas por las que atraviesa la proclamación del régimen republicano de 1873, pp. 131-141.

⁷ Se debe a Nicolás de Maquiavelo la primera separación moderna de las formas de gobierno en monárquica o republicana, "Cuantos Estados, [dirá] cuantas denominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son Repúblicas o principados". Vid. Nicolás de MAQUIAVELO, *El Príncipe...*, cit., p. 12. Cfr., en relación con ello, Paolo BARILE, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1990, 5.ª ed, p. 20; Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado...*, cit., pp. 293 y ss. Para lo que hace a la relación de la forma de gobierno republicana con determinadas implicaciones ideológicas de los regímenes que la establecen y la relativización de dicha relación con el discurrir de la historia, cfr. Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, II., cit., pp. 228-235; Maurice DUVERGER, "Les monarchies républicaines", *Pouvoirs* n.º 78 (1996), pp. 107-120, donde se pone de manifiesto que, con el transcurso del tiempo, los términos monarquía y república han perdido gran parte de su profundo significado originario en orden a la determinación de la orientación democrática de un determinado régimen político. En el constitucionalismo de la actualidad se encuentran numerosas

Esta circunstancia, que pudiera parecer superflua, no parece serlo tanto, al menos desde la consideración de la perspectiva que ofrece nuestra Historia Constitucional. Piénsese que, al menos en lo que hace a la experiencia española antes de 1978, en nuestro país las fórmulas constitucionales de mayor rigor técnico vienen a coincidir, y de ello es en buena medida tributario el presente trabajo, con las ocasiones en que la forma republicana de gobierno fue intentada. La Historia de nuestro constitucionalismo -hasta 1873 y también posteriormente- ha sido el resultado de la confrontación -no siempre con métodos civilizados- entre los intentos por imponer el Estado Constitucional, por una parte y la reacción antidemocrática, por otra. Y, en esta confrontación, hasta la entrada en vigor del Texto Constitucional del presente, los distintos monarcas españoles, tal vez con la excepción de Amadeo I^º, se han situado siempre del lado de la involución, ora siendo

monarquías -la española del presente o la del Reino Unido, por ejemplo- donde el contenido antidemocrático de la forma de gobierno ha desaparecido completamente y, a su lado, democracias -como los Estados Unidos, Francia o Israel, tras la modificación constitucional de 1994 que se aplicó por vez primera en mayo de 1996- en las que la afirmación de la posición del Jefe del Estado invita a aplicarles el calificativo de "monarquías republicanas".

⁸ Amadeo de Saboya es, probablemente, el monarca español que ha concitado mayores respetos incluso entre quienes se situaron en frente de su reinado conspirando para el advenimiento republicano. Un ejemplo de ello es el juicio benévolo que sobre su figura pronunciara F. Pi y Margall. Para nuestro más célebre federalista, "Amadeo de Saboya era joven, si de algún corazón, de corto entendimiento. Desconocía de España la historia, la lengua, las instituciones, las costumbres, los partidos, los hombres; y no podía por sus talentos suplir tan grave falta. Era de no muy firme carácter. No tenía grandes vicios, pero tampoco grandes

sus principales agentes, ora participando, en unión de otros, en las múltiples conjuras que se levantaron contra la democracia en España.

La República de 1873 parece ser, en este sentido, la claudicación de los liberales no republicanos ante el agotamiento de las fórmulas basadas en la monarquía constitucional⁹, completamente incapaz, hasta entonces, de sostenerse en el poder sin violentarlo, de mantenerse fiel a los postulados constitucionales¹⁰.

virtudes (...) Una calidad buena manifestó, y fue la de no ser ni parecer ambicioso. Mostró escaso afán por conservar su puesto: dijo desde un principio que no se impondría a la nación por la fuerza, y lo cumplió, prefiriendo perder la corona a quebrantar sus juramentos. Esta lealtad puede asegurarse que fue su principal virtud y la única norma de su conducta". Vid. FRANCISCO PI Y MARGALL, "El reinado...", cit., pp. 54-55.

⁹ Por lo que a la proclamación de la República hace, C.A.M. HENNESSY afirma que "En 1873, como en 1868, la petición de una República Federal era un reflejo espontáneo después del derrumbamiento de la autoridad central y, en gran medida, era una piedra de toque independiente de la teorización de los intelectuales". Vid. C.A.M. HENNESSY, *La República Federal...*, cit., p. 176.

¹⁰ Cfr. CARLOS DE CABO MARTÍN, *La República y el Estado liberal*, Túcar, Madrid, 1977, pp. 98-99, quien incide, además, en la importancia del factor económico en el advenimiento de la I República española, que, entonces, sería al mismo tiempo el fruto del impacto de la revolución industrial, que da como resultado un cambio de estructura económica a partir de 1850. En general, para lo que hace a la relación forma de gobierno republicana-capitalismo, *loc. ult. cit.* pp. 15-84. En relación con los acontecimientos que rodean la instauración y evolución de la primera república, particularmente en lo que hace a la actividad de los movimientos obreros, vid. FRIEDRICH ENGELS, "Los bakunistas en acción. Informe sobre la sublevación española del verano de 1873", en el vol. K. Marx y F. Engels, *Revolución en España*, Ariel, Barcelona, 1973, 4.^a ed., pp. 191-214.

Se acomete, también en este momento, la nada sencilla empresa de ensayar la primera solución constitucional al problema de la división territorial del poder político¹¹. Federalismo y democracia¹² son las notas más sobresalientes del Proyecto y las que, a nuestro entender,

¹¹ En las ideas republicanas iba implícita la forma federal de Estado, y así "el principio fundamental del republicanismo español, con la excepción de un grupo muy pequeño de unitarios (...), era que monarquía era sinónimo de centralización política y administrativa y estaban convencidos, como de una verdad histórica, evidente por sí misma, de que había sido la responsable de todos los infortunios españoles desde el advenimiento de Carlos I". Vid. C.A.M. HENNESSY, *La República Federal...*, cit., p. 80.

¹² Quisiéramos dejar apuntado, siquiera sea de pasada, que, aunque los dos citados no sean términos coextensos, sí es cierto que mantienen una estrecha relación. Decimos esto en el sentido de que el concepto de democracia no implica ninguna determinación en el terreno de la existencia o inexistencia de divisiones territoriales del poder político, siendo posible Estados democráticos y políticamente descentralizados y Estados democráticos unitarios. Más aún, el que se tiene como ejemplo de Estado más democrático de la Historia -la Francia del jacobinismo radical- es, al propio tiempo, el paradigma de Estado, no sólo unitario, sino también centralizado y centralista. Sin embargo, si el régimen democrático no implica el Estado Federal, el aserto deja de ser cierto si se invierten los términos, toda vez que el federalismo, para poder desarrollarse, necesita del régimen democrático, que se configura así como un *prius* inexcusable para la existencia del Estado Federal. Cfr., en relación con todo ello, Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 19-20. Sucede además, como el propio autor citado indica, que la multiplicación de centros de decisión política que el Estado descentralizado conlleva, también implica, al menos desde un punto de vista teórico, la profundización en la democracia en la medida en que se multiplican igualmente las instancias en las que resulta posible ejercer los derechos de participación política y, del mismo modo, la posibilidad del partido/s de oposición de hacer oír su voz, con la consecuente promoción de la alternancia en el poder.

explican la introducción de las instituciones que van a ser objeto de tratamiento en las páginas que siguen¹³.

Ya se ha hecho referencia, en el curso de la presente Memoria, a la íntima relación que liga al fenómeno de la división territorial del poder político con la plasmación en las Constituciones Federales de mecanismos para su defensa jurídica. En el Capítulo presente tendremos oportunidad de comprobar cómo las reflexiones que, al hilo del comentario de la Constitución norteamericana, se realizaron, tienen también traducción en el primer intento, con rango constitucional, por establecer el federalismo en España¹⁴. Si el primero de los medios de defensa jurídica de la

¹³ Las bases de la ideología republicano-federal no eran excesivamente complejas. "Los conceptos básicos eran sencillos: consistían en la creencia de que la <<república>> era la antítesis de la monarquía, de que era inseparable de la descentralización y de que era totalmente secular". Vid. C.A.M. HENNESSY, *La República Federal...*, cit., p. 79, en general sobre la ideología republicano-federal, vid. pp. 79-107. Importa señalar, además, la insistencia del autor en poner de manifiesto la estrecha vinculación del partido republicano-federal y sus líderes, y así anota que "Al igual que la historia de otros muchos partidos políticos españoles, la del federalismo republicano es la historia de su personalidad dominante. El partido estaba tan estrechamente unido a Pi y Margall y al grupo que le rodeaba, el cual incluía a Castelar y a Salmerón, que el estudio de los dirigentes y el del partido se confunden" (*loc. ult. cit.*, p. 4).

¹⁴ Como tendremos ocasión de comprobar repetidas veces, el ascendiente norteamericano sobre el Proyecto es más que evidente. Baste, por el momento, con recordar las palabras que sirven de introducción al Proyecto, en ellas la comisión redactora no tiene reparo en afirmar que "hemos querido imitar la conducta de los grandes fundadores de la Federación en el mundo moderno, que con establecerla sobre una tierra virgen y en contra de una Metrópoli aristocrática, guardaron

Constitución, la rigidez, había tenido ya acogida en los Textos Constitucionales de 1812 y 1869, el mecanismo que viene a hacer operativa la rigidez sólo aparecerá cuando, a las notas de democracia y liberalismo, presentes en estas Constituciones, se añada la instauración del Estado Federal, que se convierte así en el elemento decisivo en orden a determinar el surgimiento de instituciones de control en la I República¹⁵.

El Proyecto Constitucional de 1873 es, en este aspecto, el crisol en el que se vierten las tradiciones del constitucionalismo democrático español, con las experiencias de articulación del Estado Federal con que, en aquel momento, se contaba. El resultado será, por un lado, la potenciación de la finalidad garantista de la reforma constitucional, que ahora habrá de atender, además, a la protección de los intereses de los distintos centros de decisión política, democrática y legítima que el Proyecto establece. Por otro, la sucesión de instancias de control de constitucionalidad pone de manifiesto el deseo por controlar eficazmente

religioso culto á (*sic*) todo aquello que, además de ser progresivo, estaba unguado por la autoridad incontestable del tiempo". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo I, apéndice segundo al n.º 43 (17 de julio de 1873), p. 1.

¹⁵ Cfr., en el mismo sentido, Pablo PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder...*, cit., p. 73.

el ejercicio del poder democráticamente legitimado, que, hasta entonces, había demostrado escasa inclinación a mantenerse dentro de los límites constitucionales. Comenzaremos por estudiar el procedimiento de reforma que prevenía el Proyecto Federal para adentrarnos luego en el comentario sobre las distintas fórmulas de control que el mismo recoge.

2.) *EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA EN EL PROYECTO FEDERAL DE 1873*

El último de los Títulos en que aparecía dividido el Proyecto de Constitución de la I República consagraba su carácter rígido¹⁶, mediante la introducción de un procedimiento de reforma constitucional que, como ya se ha señalado, traía causa, directamente, del establecido por la Constitución de 1869. La única diferencia relevante entre lo establecido en el Título XI de esta Constitución y lo que se recoge ahora en el Proyecto Federal es la inevitable exclusión del monarca en el *iter*

¹⁶ Es decir, adoptaba "aquel sistema formal, propio de las Constituciones escritas, que establece, reflexivamente, un modo distinto del seguido por la legislación ordinaria para producir, modificar y derogar las normas constitucionales, lo cual se traduce, precisamente, en la existencia de determinados obstáculos técnicos que evitan que los preceptos constitucionales se reformen fácilmente consiguiendo, de este modo, su continuidad". Vid. Pablo LUCAS VERDÚ, "Naturaleza, contenido y consecuencias...", cit. pp. 108-109.

reformador. Esta circunstancia no puede, desde luego extrañar, y sin embargo sí produce una consecuencia digna de comentario. A la inevitable salida del monarca del procedimiento de reforma no se correspondió la correlativa introducción de la figura del Presidente de la República en la fase de la iniciativa de la reforma.

Esta decisión del Constituyente de 1873 llama la atención si se repara en la circunstancia de que, como tendremos oportunidad de comprobar a lo largo del presente Capítulo, a la Presidencia de la República se le asigna en el Proyecto Federal una función, cuanto menos, tan importante como la que podría corresponder al Rey en la Constitución de 1869. Su vocación de instancia movilizadora y garantista del régimen político republicano inspira toda la regulación a ella relativa, de lo que ya da noticia el propio tratamiento que se le confiere como "Poder de relación, o sea presidencial". Sucede, además, que el Proyecto concedía al Presidente de la República (art. 60) la facultad de proponer iniciativas legislativas de carácter, entonces, exclusivamente ordinario. Tal vez sea posible aventurar como causa de esta omisión el deseo de los redactores del Proyecto por establecer un procedimiento de reforma constitucional en el que se viese reflejada la impronta democrática del régimen, que, como se

ha visto en los Capítulos precedentes, se trasluce cuando se hace intervenir, de forma exclusiva, a los representantes del Pueblo -o al propio Pueblo-, y ello aun cuando la Presidencia de la República fuese una instancia legitimada democráticamente por su forma de elección. La opción, en cualquier caso, no está exenta, como tendremos oportunidad de señalar de inmediato, de connotaciones políticas de trascendencia.

El procedimiento de revisión se articulaba en dos fases nítidamente diferenciadas: la fase de iniciativa y la fase de discusión y aprobación final de la modificación constitucional. De acuerdo con el artículo 115 del Proyecto correspondía a las Cortes "acordar la reforma de la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de alterarse". Eran, por tanto, las Cortes la únicas titulares de la iniciativa de reforma constitucional, no reconociéndose a ningún otro Poder la capacidad para solicitar de las mismas la iniciación del procedimiento. La comisión redactora del Proyecto se reafirmaba así en la misma posición, claramente democrática, que ya había adoptado el legislador constitucional de 1812 y, aunque matizadamente, también el Constituyente de 1869. La circunstancia de que sea al Legislativo a quien se confíe la facultad de proponer reformas a la Constitución viene a trasladar al terreno de la reforma constitucional

el tono democrático que impregna todo el Proyecto. Ya hemos tenido ocasión de señalar aquí cómo es una característica propia de los regímenes democráticos la dación de facultades en esta terreno a los órganos de la representación popular¹⁷, el procedimiento de reforma del Proyecto de 1873 no es una excepción a esta regla.

Así pues, titulares del derecho de iniciativa de reforma constitucional, tanto de actos de primera impulsión, cuanto de los de iniciativa estricta¹⁸ son, en el diseño del Proyecto de 1873, las Cortes. Y, sin embargo, existe una importante diferencia por lo que se refiere a la significación de esta circunstancia con respecto a lo sucedido con la Constitución de 1869. En ésta, la designación de las Cortes como titulares de la iniciativa no tenía mayor implicación que la ya comentada.

¹⁷ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 89-91 y 128-130.

¹⁸ Cfr., para lo que hace a la distinción, entre estas dos subfases de la fase de iniciativa del procedimiento de reforma constitucional, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 129; Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., p. 68. Nótese, en cualquier caso, que si esta distinción podía llegar a implicar, en el caso de la Constitución de 1869, un cambio en la procedencia de los actos de primera impulsión -alternativamente del rey o de las Cortes-, en el caso del Texto que comentamos son siempre miembros de las Cortes quienes están capacitados tanto para la primera impulsión cuanto para la toma en consideración de la iniciativa.

Cualquiera de los dos Cuerpos colegisladores¹⁹ que establecía la Constitución del sexenio podría iniciar los trámites para la modificación de ésta. Sin embargo, la apelación al Senado para intervenir en el procedimiento de reforma del Proyecto Federal adquiere una significación distinta, que deriva de la peculiar configuración que la Cámara Alta tenía en el Proyecto.

El Senado que configura el Proyecto de Constitución Federal de 1873 no es una Cámara legislativa, sino una Cámara de control. Más adelante tendremos ocasión de detenernos en la consideración de este particular. Pero, lo que interesa poner de manifiesto ahora es que si, con carácter general "El Senado no tiene la iniciativa de las leyes" (art. 70), no sucede lo mismo con la reforma constitucional, en la que la alusión a las Cortes, comporta la extensión a la Cámara Alta de la facultad de proponer

¹⁹ La opción bicameral de 1869, en lo que hace al Senado, conservaba una cierta nota de elitismo en la condición de elegible (y así la cuarta de las condiciones que el art. 61 exigía para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo al Senado), ello no obstante, en lo tocante a la condición de elector del Senado también se extendía a ella (art. 60) el sufragio universal -bien que articulando una elección de segundo grado-, lo cual contribuía a configurar una segunda Cámara de tono más democrático del que, hasta entonces -tal vez con la excepción de la Constitución no promulgada de 1856-, habían tenido los Senados españoles. Sobre la forma final que adoptó el Senado en la Constitución del sexenio y el desarrollo de su actividad, vid. Javier María DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUM, "Los años revolucionarios", cit., pp. 147-177.

enmiendas a la Constitución. La trascendencia de esta variación con respecto a lo sucedido en el *iter* legislativo ordinario adquiere un significado evidente cuando se repara en el modelo de segunda Cámara que acoge el Proyecto.

En efecto, si atendemos a la composición del Senado²⁰, comprobaremos que responde, dentro de la tipología de Cámaras de representación territorial²¹, al modelo "Senado". Esto es, aquella segunda

²⁰ Art. 52." Los senadores serán elegidos por las Cortes de sus respectivos Estados, que enviarán cuatro por cada Estado, sea cualquiera su importancia y el número de sus habitantes". Los Estados, en el momento en que debió entrar en vigor el Proyecto, eran un total de diecisiete, que el propio Texto (art. 1^o) enumeraba, esto es, sesenta y ocho escaños en el Senado. A éstos se les podrían haber añadido "a medida de sus progresos" los territorios asiáticos y africanos, según el art. 2^o. Se adscribía así nuestro Proyecto Federal a la técnica de determinación de los miembros por el Poder Constituyente Federal que señala, directamente, cuántos y cuáles son los Estados que componen la Federación. Cfr., en relación con este modo de determinación de los miembros, con especial referencia al supuesto español que comentamos, Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 103-106 y 134-137. Importa señalar, en cualquier caso, que la decisión no fue totalmente pacífica, en dos sentidos. En primer lugar porque, entre la escasa información que suministran los *Diarios* de las Cortes Constituyentes republicanas, es posible encontrar diversas presentaciones de enmiendas que proponen la sustitución de este método por aquel otro en que se procede a la determinación de los miembros en aplicación del principio dispositivo [así, enmiendas de los Sres. Jerónimo Fuillerat, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, Tomo II, apéndice 4.º al n.º 63 (11 de agosto de 1873), p. 1 y Francisco Sicilia, en Tomo III, apéndice 5.º al n.º 67 (15 de agosto de 1873). En segundo lugar, porque fue considerablemente contestada la no inclusión de León como Estado Regional, y así, entre otras, la intervención del Sr. Miguel Morán, en el mismo *Diario*, Tomo III n.º 65 (15 de agosto de 1873), p. 1.524.

²¹ Sobre los modelos de "Cámara de los Estados", cfr., por todos, Charles DURAND, *Les États...*, cit., pp. 194-205; Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp.

Cámara que contribuye a la formación de la voluntad unitaria de la Federación y en la que están representados, con el mismo número de escaños, todos los Estados miembros de la misma. Se trata, en expresión de R. Carré de Malberg, de una "segunda Cámara (...) donde se manifiestan los lazos federativos que ligan a los Estados confederados entre sí y con el Estado federal"²². En definitiva, el Senado como Cámara de representación territorial es un órgano federal con especial vinculación con los miembros.

La elección de los miembros de estas segundas Cámaras varía de un Estado Federal a otro. En el modelo que configura nuestro Proyecto Federal, los senadores son designados por las Asambleas legislativas de los Estados, correspondiendo -lo que, por lo demás, no es sino expresión de su propia capacidad de autogobierno²³- a las Constituciones regionales y a los correspondientes *interna corporis* de sus Parlamentos la fijación de

38-42.

²² Raymond CARRÉ DE MALBERG. *Teoría...*, cit., p. 117. Peculiaridad, sin embargo, y como el mismo autor indica, no priva al Senado de su condición de órgano federal. "la segunda Cámara, en el Estado federal, está (...) instituida por la Constitución federal como un órgano propio de este Estado" (*ibidem*).

²³ Vid., al respecto y por analogía, la S.T.C. 40/1981 de 18 de diciembre. F. J. 1.º, en relación con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional sobre los párrafos 2 y 5 del art. 69 de la vigente Constitución española.

los requisitos y condiciones para llevar a cabo dicha designación. Una vez más nos encontramos, de esta suerte, con la notable influencia que ejerció el modelo americano sobre los redactores del Proyecto constitucional de la I República española. Téngase en cuenta, al respecto, que hasta la aprobación de la XVII enmienda a la Constitución de 1787²⁴ y, por tanto, en el momento en que se redactó el Proyecto de 1873, la designación de senadores era competencia de las Legislaturas estatales, supuesto que, como ha señalado A. La Pergola²⁵, se presenta como un auténtico residuo contractual de la anterior Confederación.

Poco es, en verdad, lo que dice el Proyecto Federal en relación con la forma de designación de los senadores. Un silencio que, huelga decirlo, la práctica no ayuda a solventar. Dos, en todo caso, hubieran sido las opciones que se presentaban a los legisladores estatales en esta materia. Podría haberse acogido, por una parte, la fórmula

²⁴ Aprobada el 15 de mayo de 1912 y ratificada el 31 de mayo del año siguiente, la citada enmienda dispone la elección directa por el Pueblo de cada Estado de los senadores que a éste correspondan. La elección directa por el Pueblo es, en opinión de R. Carré, el método de formación de la Cámara de representación territorial que caracteriza a las Federaciones de mayor inclinación democrática. Cfr., en tal sentido, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 116-117.

²⁵ Cfr. Antonio LA PERGOLA, *Residui...*, cit, pp. 161 y ss., especialmente p. 163, 165-166 y ss. y 169 y ss.

mayoritaria, de suerte tal que la fuerza política que mayor número de escaños mantuviese en el Parlamento regional sería la que procediese a nombrar a los representantes del Estado Regional en el Senado. Por contra, de aceptarse el sistema opuesto, los senadores vendrían a reflejar la composición plural de la Cámara regional²⁶.

²⁶ Es evidente, en este supuesto, la analogía que mantiene el sistema español del presente para la designación de senadores por parte de las Comunidades Autónomas. Cfr., en relación con éste por todos, José Antonio PORTERO MOLINA, "Contribución al debate sobre la reforma del Senado", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 87 (enero-marzo, 1995), pp. 82-84; Rogelia CALZADA CONDE y Javier RUIPÉREZ, "El Senado español: ¿auténtica Cámara de representación territorial?", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6, vol I (julio-diciembre, 1988), pp. 123-131, pero especialmente, pp. 125-127; Piedad GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*, Cortes Generales/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, particularmente pp. 69 y ss. En cualquier caso, la intensidad del paralelismo entre una designación conforme a este sistema en la actualidad y lo que hubiera podido suceder en el marco del Proyecto Federal de 1873 debe modularse en atención al diferente estadio de evolución del fenómeno de la reunión de parlamentarios en el grupo conformado por la formación política a la que pertenecen. La mutación que, en el concepto de representación política, se produce por efecto de la articulación del sistema democrático en torno a los partidos, proceso que, sin duda, ya estaba en marcha en tiempos del Proyecto Federal, ha cobrado hoy, en todo caso, una dimensión más amplia. Sobre este último extremo, cfr. Manuel GARCÍA-PELAYO, *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986, en especial pp. 80 y ss. y 86-87. Pedro DE VEGA, "Significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 44 (marzo-abril, 1985), p. 39. José Antonio PORTERO MOLINA, "Sobre la representación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 10 (septiembre-diciembre, 1991), pp. 89-119; "Elecciones, partidos y representación política", en J. J. González Encinar (coord.) y otros, *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 133-148, pero señaladamente pp. 137-143; "Algunos problemas de la representación política", *Sistema*, n.º 118-119 (marzo, 1994), pp. 247-257. Roberto L. BLANCO VALDÉS, *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990, especialmente pp. 71-103.

Pero, si lo anterior es una pura especulación, no sucede lo mismo en cuanto a la relación representativa del senador con el Estado. Ciertamente no se contiene ninguna mención específica al respecto en el Texto del Proyecto. Sin embargo, múltiples son las razones que nos conducen a sostener el carácter representativo del mandato de los senadores que configura el Proyecto. En primer lugar el hecho de que el mandato imperativo es, a la altura del tiempo en que se discute el Proyecto Federal, un anacronismo, toda vez que con el triunfo de las Revoluciones liberal-burguesas se generaliza, en el el Estado Constitucional democrático, la imposición del mandato representativo²⁷. Es por ello que se prefiere esta interpretación, a pesar de que no exista mención alguna a lo largo del articulado del Proyecto al tipo de mandato que ostentan los representantes en las Cámaras. Es más, como escribe el Prof. P. De Vega, "La prohibición del mandato imperativo (en cuanto principio que forma parte integrante de la concepción de la democracia representativa derivada de los procesos revolucionarios burgueses) suele estar consagrada, expresa o tácitamente, en la mayoría de los textos constitucionales"²⁸. Parece, por ello, indudable que lo que recoge el Texto republicano no es sino la

²⁷ Cfr. José Antonio PORTERO MOLINA, "Sobre la representación...", cit., pp. 89-107.

²⁸ Pedro DE VEGA, "Significado...", cit., p. 25.

asunción, aún de modo tácito, de una práctica que se había convertido ya en la regla general. Así las cosas, el hecho de que el mandato libre se hubiese convertido en el uso generalizado, obliga a entender que su ausencia equivale a un entendimiento tácito de su consagración.

Una razón adicional invita a que nos inclinemos en favor del mandato de tipo representativo. Se trata de la circunstancia de que el modelo Senado de Cámara de representación territorial se caracteriza, precisamente, por que la relación de representación que se establece entre senador y colectividad representada se articula con base en el mandato representativo. Circunstancia que, como observó Ch. Durand²⁹, se traduce en que los miembros de la Cámara territorial no están sujetos a órdenes de los territorios que representan, careciendo, además, las colectividades federadas de la posibilidad de revocar su mandato.

En tales circunstancias, evidente resulta que, aunque elegidos por un órgano político regional y no directamente por el Pueblo, la vinculación que los senadores del Proyecto de 1873 tendrían con su respectivo Estado miembro, y con el órgano que les designó, era, a la

²⁹ Cfr. Charles DURAND, *Les États...*, cit., p. 196.

postre, la misma que la que ostentan los miembros del Congreso³⁰. Así las cosas, lo que el Proyecto Federal hace es introducir en su articulado un órgano de la Federación donde las voluntades políticas que en ésta tienen cobijo puedan, ya no yuxtaponerse, sino converger en "una unidad en la que éstas no serían simplemente dos partes, sino dos elementos, cuya unión constituiría no un yugo ajeno a ellas y al que deben someterse, sino el principio esencial común a ambas"³¹.

No puede dudarse, desde la perspectiva del diseño del Senado español de 1873, que su introducción en el procedimiento de reforma constitucional está estrechamente vinculada a la naturaleza federal del Proyecto del que tratamos. Su aparición, en condiciones de paridad con el Congreso, en la iniciativa de la revisión de la Constitución viene a cumplir la exigencia, común en los Estados Federales desde el modelo americano, de participación de los miembros en los actos de trascendencia política

³⁰ Lo que sucedía, como desde una perspectiva general afirmara R. Carré, era que "los diputados a esta Cámara [de los Estados] representan realmente, en un sentido, a los diversos Estados, pero propiamente hablando esa representación es tan relativa como la del diputado en el régimen instituido por la Constitución francesa de 1791, donde dicho representante habría de encontrarse libre de toda subordinación con respecto a su colegio electoral". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 118-119.

³¹ Rudolf SMEND, "Constitución y Derecho Constitucional", cit., p. 178. Vid., también, pp. 236-237.

fundamental para la vida del Estado, como es el caso de la revisión de la Constitución Federal³². De esta suerte, a través de su presencia en el Senado, los Estados coadyuvan a la formación de la voluntad unitaria de la Federación por medio, en este caso, de su potestad para proponer reformas del Texto Fundamental y, en última instancia, de aprobarlas.

Este trascendente papel que, según decimos, venía a cumplir la aparición del Senado en el procedimiento de reforma no ha sido, sin embargo, unánimemente admitido en la doctrina. Así, por ejemplo, en opinión de M. Fraile³³, el Senado del Proyecto no reflejaba la división territorial de la Federación, circunstancia que, razonando hasta el extremo, conduce a este autor a negar el carácter federal del Proyecto de 17 de julio de 1873. No parece, sin embargo, que esta opinión sea de recibo. Piénsese, en este

³² Sobre esta característica propia de los Estados Federales. cfr., por todos. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 121-122 y 131-133. Charles DURAND, *Les États...*, cit., pp. 282-293; "El Estado Federal en el Derecho positivo", en G. Berger y J.J. Chevalier, *Federalismo y federalismo europeo*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 204-207. Michel MOUSKHELI, *Teoría jurídica del Estado Federal*, Aguilar, Madrid, 1931, pp. 279-319. William S. LIVINGSTON, *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford, 1956, pp. 10-15 y 129. Antonio LA PERGOLA, "El federalismo como proceso", cit., pp. 40-47. Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., p. 240. Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., por ejemplo, pp. 54-65; "La reforma...", cit., pp. 71-78; *La protección...*, cit., pp. 75-117, y por lo que se refiere al tema en relación con el supuesto español actual. pp. 225-335.

³³ Cfr. Manuel FRAILE CLIVILLÉS, *Introducción al Derecho Constitucional español*. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1975, p. 295.

sentido, que no es, precisamente, la uniformidad la nota característica de los procedimientos de reforma constitucional de las Federaciones. En este tipo de Estados, el nexo común que agrupa a los distintos *amending process* es la protección de la subsistencia política de las distintas colectividades territoriales que en él conviven y, sin embargo, a esta finalidad se llega a través de la articulación de muy diversas técnicas³⁴.

En este sentido, el procedimiento de reforma que introduce el frustrado Constituyente de la I República tendría cabida en el tercero de los grupos en que Ch. Durand clasificara los distintos procedimientos de reforma en los Estados Federales³⁵. Bien es verdad que en este sistema la garantía se debilita en relación a aquellos otros que exigen una manifestación directa de la voluntad de los Estados, además de la indirecta que tiene su conducto en la Cámara Alta³⁶. Sin embargo, esto no puede conducirnos a pensar que tal garantía deje, por ello, de existir. Decimos

³⁴ Cfr., en relación con los diversos sistemas de reforma de la Constitución Federal, Charles DURAND, "El Estado Federal...", cit., pp. 204-205; Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 104-117.

³⁵ Cfr. Charles DURAND, *Les États...*, cit., pp. 282-293; "El Estado Federal...", cit., p. 205.

³⁶ En el mismo sentido, de persistencia de la garantía, si bien que debilitada, cfr. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 99-117, especialmente pp. 113-117.

esto por cuanto que, por insignificante que parezca la intervención de los miembros en la reforma de la Constitución federal, lo cierto es que, aún cuando tal presencia desapareciera, la garantía seguiría subsistiendo. Es esto así dado que lo que verdaderamente representa una garantía, para la pervivencia política de los miembros, en el procedimiento de reforma de la Constitución es su misma existencia. En efecto, todo cambio en el "pacto federal", lejos de quedar al albur de las variaciones de opinión caprichosas de una de sus partes, debe observar a un procedimiento, es decir, está sujeto a Derecho y es ahí donde, en última instancia, reside la garantía³⁷.

Nada hay, desde nuestra perspectiva, en el procedimiento de reforma que recogía el Título XVII del Proyecto de Constitución de 1873, que permita minusvalorar las potencialidades garantistas de su establecimiento en orden al mantenimiento de la existencia política de los Estados Regionales que el propio Texto reconoce. Antes al contrario, de lo que el Proyecto dice parece desprenderse un patente deseo por articular un procedimiento para la modificación de la Constitución Federal que atienda, en particular, al fenómeno de la división territorial del poder

³⁷ Cfr., por todos, Javier RUIPÉREZ, *La Protección...*, cit., pp. 236-237.

político. Desde el punto de vista del procedimiento de reforma en lo que este tiene de mecanismo de transformación³⁸, el Proyecto parece garantizar que, a instancias de la Federación o de los Estados Regionales, pueda haber lugar a la discusión sobre la oportunidad de llevar a efecto el cambio reclamado. Pero, al propio tiempo, desde la perspectiva de la reforma como institución básica de garantía, se cumple la finalidad de dar un cauce de adecuada protección frente a las variaciones arbitrarias del contenido de la Constitución Federal. A través del procedimiento de reforma que establece el Proyecto, las reglas de distribución de competencias entre las distintas esferas de poder en que el Estado Federal se divide quedan protegidas de la actuación unilateral y caprichosa de cualquiera de ellas, pero esto no empece que, cuando se considere

³⁸ En el marco de un Estado políticamente descentralizado la posibilidad de la transformación que la rigidez comporta resulta especialmente trascendente. Esto es así en la medida en que los Estados Federales añaden a la normal necesidad de adaptación de cualquier Estado Constitucional, la circunstancia de que su propia articulación se entiende como un proceso esencialmente dinámico, en el que las tendencias centralizadoras y descentralizadoras se suceden en el tiempo. Cfr., en este sentido, Carl Joachim FRIEDRICH, *Gobierno...*, cit., pp. 385-388; *El hombre...*, cit., pp. 635-637. Antonio LA PERGOLA, "El federalismo como proceso", cit., *passim*, pero especialmente, p. 22. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 236-237. Esta circunstancia vendría a demostrar la ya aludida potenciación de las utilidades que rinden los mecanismos de garantía del Texto Constitucional en el marco de los Estados Federales. Si esto es así, no puede extrañar que haya sido desde este tipo de Estados donde por vez primera se plantean las instituciones de garantía de la Constitución y que, desde ellos, se hayan "exportado" al resto de Estados Constitucionales.

políticamente conveniente, resulte jurídicamente posible su modificación³⁹, en uno u otro sentido⁴⁰.

En definitiva, mostrándonos plenamente conformes con el Prof. J. Ruipérez cuando afirma que "la esencia del federalismo radica en que, si bien es cierto que la modificación de la Constitución federal no puede depender del asenso de todos y cada uno de los miembros, es, sin embargo, necesario que se reconozca la posibilidad de que estos últimos puedan oponerse a los proyectos de revisión propuestos por el poder central"⁴¹, debemos llegar a la conclusión de que el Proyecto de

³⁹ Recuérdese, en este sentido, que "la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 92. Otro planteamiento obligaría a vivir conforme a una norma que ya no se asume o, por el contrario, disolvería la fuerza de obligar de la Constitución, que se distanciaría de la realidad hasta perder totalmente su valor normativo.

⁴⁰ El Texto que comentamos es aquí tributario, como la generalidad de las Constituciones Federales, de la gran intuición que acompañó la labor de los *Founding Fathers* norteamericanos. Recuérdese, en tal sentido que, como ha señalado A. La Pergola, la introducción del art. V en la Carta de Filadelfia, "avrebbe risolto uno dei fondamentali problemi dell'organizzazione dello Stato federale: garantire la ripartizione, territoriale e funzionale, delle competenze tra più livelli o ordini di autorità, e consentire, al tempo stesso, che l'assetto delle competenze previsto nella Costituzione potesse all'occorrenza essere modificato". Vid. Antonio LA PERGOLA, *Residui...*, cit., p. 208.

⁴¹ Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 99.

Constitución Federal de la I República española cumplía, por uno de los variados cauces conocidos, con tal premisa.

Sentada, de este modo, la intención que, a nuestro juicio, tiene la llamada a la participación del Senado en los actos de primera impulsión del procedimiento de reforma, cumple continuar ahora el examen del resto del procedimiento. Conforme al artículo 115 del Proyecto Federal, las Cortes, al adoptar una iniciativa de reforma han de "señalar el artículo o artículos que hayan de alterarse". El precepto procede, directamente, del artículo 110 de la Constitución de 1869 y motiva una reflexión que resulta aplicable también a éste e, incluso, al procedimiento de reforma que incluyó la Constitución de 1812⁴².

⁴² Aunque habremos de hacer referencia a ello en el Capítulo siguiente, debemos dejar ya señalado que el razonamiento que a continuación se expondrá, resulta aplicable también, en buena medida, a la regulación que contiene el Texto Constitucional de 1931. Lo que, de este modo, se pone de manifiesto no es sino la estrecha relación que une a todas las Constituciones, en sentido estricto, de nuestro pasado. La finalidad más importante que en ellas hay que satisfacer, por lo que al problema de la reforma importa, no es otra que la de garantizar la permanencia de un Texto que, en cada momento, recoge las aspiraciones que, según las circunstancias, se entiende deben ser incorporadas a la norma suprema del ordenamiento. Y, porque esas circunstancias varían, lo hacen también algunas concretas regulaciones de la reforma. Sin embargo, como estamos viendo, existe un cierto hilo conductor común a todas ellas.

Ya hemos tenido oportunidad de anticipar, en cierta medida, con ocasión del comentario del *amending process* en esos Textos de nuestra Historia Constitucional, la reflexión a que nos estamos refiriendo, que gira en torno a la vinculación del sujeto que procede a aprobar la reforma constitucional a la iniciativa que ha adoptado un sujeto distinto.

Con preceptos como el que contiene el inciso final del artículo 115 del Proyecto Federal se está circunscribiendo los extremos abarcados por la iniciativa de la reforma, al fijar sobre qué concretos artículos podrá girar la revisión. Los titulares de la iniciativa de la reforma intervienen en el procedimiento no sólo para ponerlo en marcha sino que, su actividad -la iniciativa- regirá en la fase de aprobación. Este extremo resulta particularmente trascendente en procedimientos, como los que conocieron los Textos Constitucionales de nuestra Historia, que diferencian nítidamente entre los sujetos titulares del derecho a plantear la iniciativa de la reforma constitucional y aquéllos a quien se comisiona para deducir de modo definitivo sobre la misma. El Proyecto de 1873 -y sus precedentes- adoptan así el sistema de poderes limitados del órgano de revisión⁴³. Conforme a éste, quien decide en última instancia la aprobación de la reforma se

⁴³ Cfr., al respecto y en general, Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 234.

encuentra constreñido por el principio de revisión previamente adoptado por otro sujeto, gozando de libertad para aceptar o rechazar la reforma propuesta, pero careciendo de facultades para reformar extremos no abarcados por la iniciativa⁴⁴. En el supuesto que comentamos, al requerirse que la iniciativa señale el artículo o artículos que podrán modificarse, la vinculación al principio de reforma adquiere una dimensión especial. No se trata sólo de que la iniciativa de la reforma deba concretar la materia contenida en el texto Constitucional que se desea sea objeto de modificación, sino que, en aras de dotar al procedimiento de mayores dosis de certeza, se exige una concreción muy estrecha de la iniciativa.

Nada establece el Proyecto Federal -como no lo hacía la Constitución de 1869- en torno a la mayoría requerida para entender aprobada por el Congreso y el Senado la adopción de la iniciativa, sin que, además, aclaren este extremo los Reglamentos de que se dispone⁴⁵. Todo

⁴⁴ La cuestión cobra importancia en la reforma de las Normas institucionales básicas de nuestras Comunidades Autónomas, donde se da entrada a sujetos distintos para la fijación del principio de revisión y la aprobación de la misma y, además, de centros de decisión política diferentes, como son las Cortes Generales y las Asambleas legislativas regionales. Cfr., en relación con ello, Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit. pp. 76-78 y 91-93.

⁴⁵ En concreto, para lo que hace al Congreso, ni el Reglamento de 1854, del que, dado su carácter interino quizá no se pudiera esperar otra cosa, ni tampoco el Reglamento de 1867, en relación con el cual, la ausencia de previsión tampoco extraña si se toma en consideración que fue aprobado estando en vigor un Texto

parece indicar entonces que, a diferencia de lo que había establecido el Constituyente gaditano -quien, como se recordará, preceptuaba la concurrencia de los dos tercios de los diputados-, se está optando por considerar válidamente adoptada la iniciativa aprobada por mayoría simple.

El artículo 116 del Proyecto establece la inmediata disolución de las Cortes que hubiesen adoptado el acuerdo de iniciativa y la convocatoria, por parte de la Presidencia de la República, de nuevas Cortes dentro de los tres meses siguientes. Seguidamente nos detendremos en el

flexible. Por lo que respecta al Senado, el Reglamento de 1871 es el único de los Reglamentos de la Cámara Alta en toda nuestra Historia Constitucional que contenía referencias al modo de proceder con la reforma constitucional. El Título XIII del citado Reglamento contenía únicamente dos excepciones relativas a la reforma constitucional. La exigencia (art. 124) de que antes de dar lectura a una propuesta de reforma lo hubiesen aprobado la mayoría de las secciones y la formación de una comisión de nueve senadores encargada de dar dictamen sobre la propuesta de reforma (art. 88). El Reglamento, en todo caso, volvía a referirse al modo de proceder en relación con la reforma constitucional en el art. 173 -donde se impedía la interrupción de las discusiones relativas a este asunto, salvo en lunes-, bien que, en este caso, dicha disposición fuese igualmente aplicable a la tramitación de cualquier ley ordinaria. Sea de ello lo que sea, lo cierto es que las anteriores reflexiones, de plena validez en relación con la Constitución de 1869 en la que se inspiran, no parece que fuesen de aplicación, sin más, al Senado que se hubiese constituido conforme a las previsiones del Proyecto de 1873. Piénsese que en el Proyecto Federal la configuración del Senado está orientada por la necesidad de articular una Cámara de representación territorial, de caracteres, por tanto, completamente disímiles a los que conformaron el Senado de la Constitución de 1869, motivo por el cual nos inclinamos a creer que, de haber llegado el Proyecto a promulgarse como Constitución, se hubiese requerido una pronta elaboración de un Reglamento pensado para el nuevo tipo de bicameralismo que la República Federal exigía.

significado de esta formación de nuevas Cortes, pero, lo que ahora nos interesa poner de manifiesto es que, en la convocatoria, según exige el mismo precepto, "se insertará la resolución de las Cortes, de que habla el artículo anterior". Con ello se está poniendo de manifiesto la vinculación, a que antes nos referíamos, del órgano decisor de la reforma a aquél otro que tomó la iniciativa. Se sigue la línea marcada por los procedimientos de reforma desde Cádiz que, como se recordará, exigía también la publicación del Decreto de las Cortes que, votando por segunda o tercera vez la propuesta de iniciativa, fijaba definitivamente la extensión de ésta.

La convocatoria de nuevas Cortes supone la incorporación de una garantía más al procedimiento, en la medida en que, aunque la facultad de decidir en relación con la revisión no se haya desviado a un poder distinto del Legislativo, protagonista exclusivo de la reforma, no es menos cierto que se trata de unas Cámaras de nueva formación, resultado, al menos en el supuesto del Congreso⁴⁶, de una convocatoria electoral que, forzosamente, la práctica política vincularía a la decisión de aprobar o no la reforma iniciada. Ahora, como en Cádiz, la decisión, que formalmente

⁴⁶ La Cámara Baja, conforme al art. 51 del Proyecto, se compondría de un diputado "por cada 50.000 almas, y siendo todos ellos elegidos por sufragio universal directo".

no abandona el cuerpo legislativo, se deposita en manos del Pueblo que es quien, a través de la inclinación que imprima al voto, acabará por determinar la aprobación o el rechazo de la modificación constitucional. Pero, si esto es así en relación al Congreso, no puede decirse lo mismo con referencia a lo que acontece con el Senado.

No queremos decir con ello que la disolución de las Cortes pierda, con relación a Senado, el carácter de mecanismo de garantía que le estamos confiriendo, sino únicamente que en 1873 la garantía se pone al servicio de un interés distinto al respeto del principio democrático. Si, como vimos en relación con la concesión de facultades de iniciativa al Senado, existía un interés particular en la intervención de éste, ahora, cuando de lo que se trata es de aprobar o rechazar la reforma propuesta, esa significación sigue existiendo y, si cabe, potenciada. En efecto, conocida la configuración como Cámara de los Estados que el Proyecto confirió al Senado, su intervención en el *iter* reformador de la Constitución Federal cobra sentido cuando se vincula al fenómeno de la descentralización política. La disolución del Congreso permitía a los ciudadanos ejercer un eficaz control sobre el destino de la reforma a través del sentido de su voto. La disolución del Senado permite a los Estados

Regionales velar por el respeto de sus intereses plasmados en el Texto de la Constitución Federal. No se pierda de vista que, como ya se ha indicado, el reparto de poderes entre las organizaciones políticas regionales y central, el pacto federal, constituye el objeto principal de toda Constitución Federal⁴⁷.

Disuelta, tras formularse la iniciativa de la reforma constitucional, la Cámara Alta, los Legislativos de los Estados deberían proceder nuevamente al nombramiento de sus cuatro senadores. En ese momento, conocidos ya los perfiles de la iniciativa de reforma de la Constitución Federal, los Parlamentos regionales conferirían la representación a aquellos individuos que fuesen a emitir su voto en el Senado en el sentido aconsejado por los intereses de su Estado. Sin que esto suponga, en absoluto, desmentir nuestra anterior afirmación sobre el carácter representativo del mandato senatorial, sí esconde un medio adicional para la protección de los intereses de los miembros en un momento fundamental para el desarrollo de la vida del Estado como lo es éste.

⁴⁷ Cfr., por todos, Javier RUIPÉREZ, "La reforma...", cit., p. 63.

Es ésta por tanto, una garantía puesta al servicio de las formaciones político-estatales que integran la Federación. Se evita así el que la decisión sobre la modificación formal del Código Constitucional Federal, que afecta a la organización política central como a las regionales, no quede a disposición, exclusivamente, de ninguna de éstas⁴⁸.

Constituidas, de acuerdo con lo dicho, las nuevas Cortes, a éstas compete la decisión sobre la definitiva aprobación de la modificación constitucional propuesta. No establece el Proyecto cuál será la mayoría requerida para entender aprobada la reforma propuesta. El silencio del precepto habría de ser cubierto en la práctica, aun usando una técnica altamente imperfecta⁴⁹, por los Reglamentos parlamentarios⁵⁰. En

⁴⁸ Como, a nuestro entender con evidente acierto, indica el Prof. J. Ruipérez, "De lo que se trata en definitiva es de evitar que la Constitución federal sea modificada unilateralmente, de suerte que resulte imposible a cada una de las organizaciones políticas que integran el Estado federal alterar por sí sola la división de competencias prevista en el Texto Constitucional, y, de este modo, vaciar el ámbito de poder de la otra". Vid. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 99.

⁴⁹ No se nos oculta la necesidad, sentida, si cabe, con más fuerza en la actualidad que en el momento en que se presentó el Proyecto, de que las regulaciones contenidas en la Constitución aparezca, en cierto sentido, abiertas o indeterminadas. Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, Rudolf SMEND ("Constitución y Derecho Constitucional", cit., pp. 129 y ss.), Konrad HESSE ("Concepto...", cit., pp. 15 y ss.) o Hans-Peter SCHNEIDER ("La Constitución. Función y estructura", cit., pp. 40-52). Ello no obstante, no parece que la indeterminación que estos autores postulan como necesaria se corresponda con la desregulación que, en este punto, observa el Proyecto. En efecto, no creemos que pueda identificarse la necesidad de no prefijar decisiones de política ordinaria, e

ausencia de especificación alguna en éstos⁵¹, debemos inclinarnos a pensar que lo requerido sería simple mayoría, por aplicación de la regla general de adopción de acuerdos en democracia⁵².

incluso de naturaleza importante, dejando su determinación concreta a la libre opción del legislador del futuro con la omisión de la mayoría requerida para llevar a cabo la modificación formal de la Constitución. Ciertamente es, desde luego, que, en el decir de K. Hesse, "la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica" (*loc. ult. cit.*, p. 18), no obstante, como el mismo autor indica, "Esta amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto (...) el procedimiento mediante el cual han de decidirse las cuestiones dejadas abiertas" (*ibidem*, p. 19). Es por ello que la ausencia de un precepto que explicita la mayoría necesaria para la aprobación de la revisión constitucional resulta técnicamente criticable.

⁵⁰ Que sean los *interna corporis* de los Legislativos quienes vengan a colmar este laguna en la regulación constitucional es algo que no puede extrañar. No en vano los Reglamentos Parlamentarios vienen a cumplir una misión de mucha mayor trascendencia que la mera ordenación de la vida interna de la Cámara. Si bien es cierto que sus regulaciones vienen a afectar, de modo especial, a la actividad legislativa, no lo es menos que su incidencia suele ir más allá de la que tendría una simple norma de ordenación del trabajo del Parlamento. Sobre este particular, cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, "Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario" (1960), en *Escritos de Derecho Político*, cit., vol. II, pp. 987-1060; Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., p. 74.

⁵¹ Por lo que hace al Reglamento del Senado de 1871, ya hemos tenido oportunidad de señalar la inadecuación que, a nuestro entender, éste observa con respecto a la Cámara Alta establecida en el Proyecto. En todo caso, si, como en su momento pusimos de manifiesto, los Constituyentes de 1869 se pronunciaron en los debates en favor de la regla de la mayoría simple, no otra cosa cabía esperar de un texto reglamentario pensado para completar la regulación constitucional del sexenio. La ausencia es igualmente evidente en los Reglamentos del Congreso de 1854 - porque su objeto es la organización de unas Cortes Constituyentes- y 1867 -aprobado estando en vigor un Texto flexible-.

⁵² Sobre la necesidad de proceder a la adopción de acuerdos trascendentales para la vida de la comunidad por medio de mayorías reforzadas, cfr., por todos, Carl

Esta solución, que se extrae de la teoría general, podría conducir a la conclusión de que la agravación del procedimiento resulta ciertamente escasa. No obstante, en nuestra opinión, la agravación que debe existir en todo procedimiento de reforma en relación con el procedimiento legislativo ordinario, se produce igualmente si tenemos en cuenta que, entre otras cosas, ha mediado una disolución de Cortes. Decimos esto porque lo que, a la postre, singulariza y define a la rigidez, aquello que le otorga el extraordinario valor, dentro de los mecanismos de defensa de la Constitución, que aquí le estamos otorgando, no es otra cosa que su virtualidad para que se opere la distinción, consustancial al Estado Constitucional Democrático, entre Poder Constituyente y poderes constituidos y, al menos a nivel formal, entre Ley Constitucional y ley

Joachim FRIEDRICH, *La Democracia...*, cit., pp. 81-92. Recogiendo la misma idea, aunque con un resultado distinto al que aquí se mantiene, cfr. Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 149-153. Es de resaltar que este resultado distinto al que aludimos se justifica, en buena medida, por dos tipos de razones. En primer lugar por la aplicación de la teoría de la protección de las decisiones políticas trascendentales para la comunidad política, formulada por Friedrich, y que viene a incidir en el, tantas veces afirmado, carácter garantista que reviste todo procedimiento de revisión. Sucede, en segundo término, que el Texto que estudia el Prof. J. Ruipérez contiene dos procedimientos de reforma distintos, en razón de la materia objeto del cambio. El procedimiento materialmente más importante -la variación de aspectos que trascienden de la vida interna de la Comunidad Autónoma- exige la concurrencia de una mayoría reforzada -en concreto, 2/3-, guardando, el procedimiento de entidad menor, silencio al respecto. Sin embargo, aún afectando a materias menos importantes, el segundo de los procedimientos protege también aspectos de trascendencia para la vida interna de la Comunidad, conduciendo la lógica, entonces, a interpretar la omisión en el sentido de que es necesaria, también aquí, la mayoría reforzada.

ordinaria. Más allá de las concretas mayorías que se exijan para llevar a cabo revisiones constitucionales, lo realmente importante de un procedimiento de reforma es que permita, con la mecánica que se quiera, operar la distinción apuntada. Lo que, en último término, se logrará con el establecimiento de un procedimiento distinto, especial y más agravado para llevar a cabo la modificación del Texto Fundamental que el requerido para aprobar, modificar o derogar la legislación ordinaria. La Constitución estará a salvo de incursiones ilegítimas de los poderes constituidos allí donde resulte a todos nítida la distinción entre Poder Constituyente, poderes constituidos y poder constituyente-constituido o poder de reforma.

Una última observación cumple hacer en relación al papel que corresponda al Senado en este momento del *amending process*. Como comprobaremos en el epígrafe siguiente, el Senado tiene, de ordinario, atribuida la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes que aprueba el Congreso. La duda que ahora se plantea estriba en considerar si, también para las modificaciones formales del Texto Constitucional, ejerce el Senado esta función o si, por el contrario, desde que se le concede iniciativa para la reforma de la Constitución, se está haciendo excepción del papel que a este órgano corresponde en situaciones de

normalidad. La respuesta a este interrogante vendría dada, en buena medida, por la admisión de límites al poder de reforma, en cuyo supuesto podría aparecer el Senado como órgano encargado de, al proceder al control de la propuesta de ley de reforma aprobada por el Congreso, ir concretando en cada momento las fronteras de la actuación de éste.

De esta manera, el Senado estaría capacitado para descubrir la vulneración de límites expresos formales al poder reforma, y así, por ejemplo, la no concreción de la revisión al principio de reforma contenido en la iniciativa. Al propio tiempo, y en la medida en que se admitiese la existencia de límites materiales implícitos en el Texto Constitucional, que perfilarían las posibilidades de actuación del legislador que reforma, nada obstaría para que entre aquéllos considerase especialmente, por ejemplo, la forma federal de Estado e interpusiese su veto (suspensivo) a revisiones dirigidas a quebrantarla. Sin embargo, carecemos de puntos de apoyo bastantes para llevar tan lejos nuestro razonamiento.

Finaliza el Título dedicado a la reforma, y con él el Proyecto mismo, con un precepto que presenta, a nuestro entender, un marcado carácter admonitorio. En efecto, el artículo 117 delimita, por decirlo de

alguna manera, las funciones que habrán de desarrollar las Cortes que deben decidir sobre la viabilidad de la reforma, dotándolas, al efecto, del carácter de "Constituyentes" para ese concreto supuesto y especificando que, tomada, en el sentido que fuere, la decisión sobre la revisión, habrán de continuar con el de "ordinarias". En tales circunstancias, quisiéramos, al menos, situar el precepto en el contexto al que, creemos, corresponde.

En un tiempo en que la fidelidad de los gobernantes en general a las reglas de la democracia no podía darse por supuesta, sino, antes bien, precaverse contra su muy probable contravención, parece que lo que el Constituyente de 1873 quiso reflejar en este punto no fue otra cosa que las limitaciones que el titular del poder de reforma debería respetar. Dado que los diputados y senadores que aprobasen la reforma habrían de continuar, tras ello, ocupando sus escaños, en el ejercicio del poder legislativo ordinario, la especificación de los poderes con que los representantes actúan parece obedecer al intento de evitar que esos mismos representantes, alegando la legitimación que al efecto les confiere la votación popular, extendiesen subrepticamente una facultad que viene constreñida por la fijación, por otro sujeto -las Cortes anteriores, titulares de la iniciativa-, de los preceptos que pueden ser objeto de revisión, actuando así en una esfera

que, como poder constituyente-constituido que son, les está vedada. Quizá sea este un ejemplo más de la clara distinción que preside el razonamiento de los redactores del Proyecto entre las facultades ordinarias y extraordinarias de decisión política y, lo que es más importante, entre sus distintos titulares.

Téngase en cuenta que tan pernicioso resulta, para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional, que los poderes constituidos actúen en el ejercicio de potestades que sólo al Constituyente incumben como que sea éste el que se extralimite en función.

En efecto, como ha señalado el Profesor P. De Vega, "Forma parte de la lógica del Estado constitucional (...) que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, cediendo su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes del Estado pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como ley suprema"⁵³. Entender de otro modo las relaciones entre Legislador Constituyente y legislador ordinario, permitiendo así una contaminación de sus funciones, conllevaría el peligro de estar abriendo la puerta "para que el régimen

⁵³ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 34-35.

constitucional parlamentario se transforme en régimen convencional o de Asamblea"⁵⁴.

Son estas las razones que nos conducen a enjuiciar positivamente la inclusión en el Proyecto de un precepto del tenor de su artículo 117. Porque, siempre que se procediese a una reforma del Texto Fundamental, habría de planear, sobre las Cortes que la aprobasen en última instancia, la tentación de ampliar los poderes con los que fueron investidas, lógico resulta que se desee dejar claramente fijado de antemano la naturaleza antijurídica de esta actuación.

Piénsese, además, que las Cámaras que proceden a la aprobación de la revisión constitucional están actuando, como tuvimos ocasión de comentar en el Capítulo I, en el ejercicio de un auténtico *pouvoir constituant-constitué*, limitándose, por tanto, su actuación. En primer lugar por razón del objeto, sólo tendrán facultades para aprobar un proyecto de reforma prefigurado. En segundo término, su misión prioritaria, y entendemos que la primera cronológicamente, habrá de ser proceder a la sanción o al rechazo de la modificación propuesta, verificado

⁵⁴ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 36.

lo cual, las facultades extraordinarias de Legislación Constitucional habrán de desaparecer, forzosamente y por expreso deseo del Poder Constituyente originario.

3.) EL CONTROL POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROYECTO FEDERAL DE 1873

Frente a la ausencia de métodos de control anejos a la condición de Texto rígido que caracterizó, según se ha tenido ocasión de señalar, a las Constituciones de 1812 y 1869, el frustrado Constituyente de la I República española optó por añadir a la condición de norma suprema que a nivel teórico aportaba la rigidez, mecanismos de control de constitucionalidad. Por vez primera en la Historia Constitucional española se afrontaba, sin ambages, la consecuencia que la lógica del principio de supremacía impone. Si, como se ha señalado aquí repetidas veces, la rigidez precisa de algún mecanismo que la complemente para poder rendir todas sus potencialidades garantistas en el terreno práctico, el Proyecto de Constitución Federal de 17 de julio de 1873 da ese paso al investir a tres sujetos distintos con facultades para controlar que el ejercicio de la función

legislativa -la tradicional ausente de todo control- se verificase respetando los límites que a la misma había señalado el Código Constitucional.

No fue parco, por tanto, el Proyecto de 1873 en lo que hace a la disposición de fórmulas de control de constitucionalidad⁵⁵. El articulado del frustrado Texto Federal español constituye un verdadero crisol en el que tienen cabida los más variadas puntos de vista en el modo de concebir el control del respeto a la Constitución. Ya hemos puesto de manifiesto, en el último epígrafe del Capítulo II, cómo la forma federal de Estado que introduce el Proyecto actuó como reactivo en lo que hace al surgimiento de la función de control. En la exposición que a continuación iniciamos, comprobaremos como el elemento federal informa todos los institutos que el Proyecto dispuso para articular los mecanismos de garantía de la condición de norma jurídica suprema del Texto Constitucional republicano.

⁵⁵ A ellas he tenido oportunidad de dedicar sendos trabajos "El control político de constitucionalidad en el Proyecto federal de 1873", *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales*. Derecho. n.º 2 (1995), pp. 151-183 y "El control jurisdiccional de constitucionalidad en el Proyecto Federal de 1873", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 86 (Anuario, 1996), pp. 457-505, donde, de algún modo, se anticipan algunas de las reflexiones que se vierten en esta parte de la Memoria.

A los efectos de la exposición, hemos estructurado el estudio de las fórmulas de control que establece el Proyecto de acuerdo con la naturaleza -política o jurisdiccional- de los órganos que, en cada momento, estaban llamados a ejercer el control de constitucionalidad. Así las cosas, comenzaremos por exponer las fórmulas que agrupamos bajo la denominación "control político", para continuar luego con el tratamiento del mecanismo de control que se deposita en manos de los jueces.

a) El Senado como Cámara de control

Como se anticipó en el comentario al procedimiento de reforma, el Senado que estableció el Proyecto de 1873 no era, en puridad, un órgano legislativo. Pese a que, como vimos sucedía en relación con los Senados franceses de 1799 y 1852, su ubicación a efectos sistemáticos invite a situarlos en el Poder Legislativo y, siguiendo esta línea, el propio Texto Federal se refiera al conjunto de Congreso y Senado como "Cuerpos

colegisladores"⁵⁶, su intervención en la función legislativa está centrada exclusivamente en el ejercicio del control de constitucionalidad.

El Senado ejercía el control, de acuerdo con el extenso artículo 70 del Proyecto (único del Título VIII, "Facultades especiales al Senado"), se desarrollaba como sigue: Aprobada una ley por el Congreso, el texto de la misma se remitiría al Senado. Éste debía examinar si la norma "desconoce(n) los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos o las facultades de la Federación, o el Código fundamental".

Este, aparentemente amplio, parámetro de la validez de las normas jurídicas con el que debía operar el Senado su control, va a aparecer también en algún otro precepto del Proyecto y con la misma significación. Tal es el caso, como se verá más adelante, del artículo 102.

⁵⁶ Es posible, en todo caso, que esta denominación estuviese justificada por la inercia con respecto a lo establecido en la Constitución de 1869. No se pierda de vista que, para los Constituyentes españoles de 1873, protagonistas también del primer proceso constituyente del sexenio, la Constitución surgida de la Revolución Gloriosa es manifiestamente mejorable únicamente en dos aspectos: la forma de gobierno y la forma de Estado. De monarquía unitaria a República federal es el tránsito que se ha operado, y, aunque estas transformaciones resultan de indudable trascendencia, ello no empece para que existiese una gran coincidencia en el resto de los postulados que presidían el Texto de 1869, en especial su acento liberal y democrático.

Pero, de lo que nos interesa ahora dejar constancia es del significado que deba atribuirse a la expresión, o, por decirlo de otra manera, qué es lo que ha de tener en cuenta el Senado para interponer su veto a una ley del Congreso. Analizando una por una las diferentes materias a que se está haciendo referencia, la conclusión a la que debemos llegar es la de que los redactores del Proyecto están empleando una fórmula repetitiva, reconducible, en todos sus puntos, a un único parámetro: la conformidad de la ley con la Constitución⁵⁷.

Esta es, al menos, la conclusión a la que, a nuestro entender, debe llegarse si se pone en relación el parámetro que explicita el artículo 70 con el resto del articulado del Proyecto Federal. En efecto, "los derechos de la personalidad humana", primero de los aspectos que debía considerar el Senado en el ejercicio de su control, están recogidos en el Título Preliminar del Proyecto y, en cuanto que derechos de los españoles, en el Título II. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones a examinar, que se respeten "los poderes de los organismos políticos o las

⁵⁷ Debe señalarse que no se muestra conforme con este razonamiento el Prof. F. Fernández Segado, en cuya opinión la función del Senado era la de "ejercer un cierto control de legalidad, distinto por supuesto del control de constitucionalidad que preveía el art. 77 y que correspondía al Tribunal Supremo". Vid., FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 349.

facultades de la Federación", constituyen materias que, de igual modo, tienen cabida a lo largo del articulado del Proyecto y, así, aparecen diseminados en los Títulos III ("De los poderes públicos"), IV (sin una advocación especial, pero dedicado a regular aspectos generales de los cuatro poderes que constitucionaliza el Proyecto), V ("De las facultades correspondientes a los poderes públicos de la Federación"), VI ("Del Poder legislativo"), VII ("De la celebración y facultades de las Cortes"), IX ("Del Poder ejecutivo"), X ("Del Poder judicial"), XI ("Del Poder de relación, o sea, presidencial"), XIII ("De los Estados") y XIV ("De los municipios"). Es por ello que debe concluirse que, a pesar de que la expresión completa se cierre con la fórmula "...o el Código fundamental", a lo que todos esos, aparentemente diferentes, parámetros están haciendo referencia no es sino al control de la constitucionalidad de las leyes, puesto que todos son reconducibles a algún concreto artículo del Proyecto de Constitución.

No importa demasiado ahora el determinar cuáles fueron las motivaciones que pudieron esconderse tras el empleo de una expresión tan reiterativa. La causa, tal vez, fuese el deseo de hacer hincapié en algún aspecto particularmente resaltable. O quizá esta circunstancia, como sucede

en otros párrafos y tendremos ocasión de ver, sea el fruto de una técnica normativa poco depurada. Sea de ello lo que fuere, lo realmente trascendente, a los efectos que aquí interesan, es que, con una fórmula más o menos precisa, se está erigiendo realmente al Senado en el primero de los órganos habilitados para ejercer un control de la regularidad constitucional de la actividad del Poder Legislativo⁵⁸.

Es esta, sin duda, una circunstancia altamente destacable. Tanto es así, que la misma ha permitido a algún autor calificar al Senado del Proyecto como un organismo que ejerce "un control previo de constitucionalidad, sin precedentes en nuestro Derecho Público histórico" y denominar al uso de su derecho de veto suspensivo en el ejercicio de la función de control -que es en lo que, como veremos, luego, se concreta la intervención del Senado- "declaración de inconstitucionalidad"⁵⁹.

⁵⁸ En este mismo sentido, pero matizando la intención de los redactores del Proyecto, cfr., Bartolomé CLAVERO, *Manual...*, cit., p. 123. Para este autor el Senado "viene a cumplir una función de control constitucional del Congreso con el objetivo primario de garantizarse la primacía de los derechos". Vid, también, p. 130.

⁵⁹ Cfr. José Fernando MERINO MERCHÁN, *Regímenes históricos españoles*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 146.

Como anunciábamos más arriba, el circunloquio que describe el Proyecto en el artículo 70 para hacer referencia la parámetro con el que debía operar el Senado su función de control aparece de nuevo en el artículo 102 del Proyecto. Recoge este precepto el examen de constitucionalidad, esto es, de adecuación a la Constitución Federal, a que estaban sujetas las Constituciones de los Estados Regionales antes de su promulgación. El precepto llama ahora a la intervención de las Cortes Generales para el ejercicio del control⁶⁰. Las Cortes deberían examinar "si están respetados o no en ellas [las Constituciones estatales] los derechos de la personalidad humana, los límites de cada Poder y los preceptos de la Constitución federal". Se trata, por tanto, de la obligación, común, por lo demás, a todos los Estados Federales, de adecuación de las Constituciones

⁶⁰ No puede extrañar esta circunstancia. Piénsese que la aprobación de la Constitución del Estado miembro habría de ser anterior a la constitución de la Asamblea legislativa regional y, por tanto, de la posibilidad de que ésta designase a los cuatro senadores que, de acuerdo con el art. 52 del Proyecto Federal, debían representar al Estado en la Cámara Alta. En todo caso, aunque el sistema se hubiese puesto en marcha con órganos provisionales en los miembros, la apelación a la Cámara Baja, y no exclusivamente al Senado, para el cumplimiento de este trámite tiene pleno sentido si se toma en consideración la orientación del control que se ejerce. Téngase presente, aunque más adelante abundaremos en ello, que el control del respeto a la Constitución Federal ha de ejercerse por un órgano de la Federación. Ni que decir tiene que el Senado lo es y, sin embargo, al tratarse de una institución especialmente vinculada a los miembros, no parece el órgano idóneo para llevar a efecto este trámite.

particulares a la Constitución Federal⁶¹, que se traduce en un límite al Poder Constituyente de los miembros.

No es este el lugar oportuno para detenernos en la consideración pormenorizada del verdadero significado de este trámite. Sin embargo, si bien entendemos que pueden darse por reproducidas aquí nuestras anteriores consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del parámetro que deba aplicarse en el ejercicio del control a que nos estamos refiriendo, no deben soslayarse las consecuencias que, en el terreno de la política práctica, hubiera podido tener el hecho de deferir el control de constitucionalidad de las Constituciones de los Estados al momento en que deben recibir su sanción.

En efecto, la circunstancia de que el juicio de constitucionalidad ejercido por las Cortes sobre las Constituciones de los miembros se realice de modo previo a su sanción por parte del mismo órgano no habría ayudado nada en orden al entendimiento del juicio de adecuación como control jurídico.

⁶¹ Cfr., al respecto y por todos, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 42-53.

A pesar de todo ello, el sentido con que hasta aquí hemos ido interpretando el parámetro que se contiene en artículos como el 102, obliga a que nos pronunciemos ahora en favor del entendimiento de la actuación de las Cortes Generales como mero control de constitucionalidad. Hacerlo así supone colegir que la única facultad de que gozaban las Cámaras del Legislativo central en este momento se concretaba en la admisión o rechazo en bloque, y sólo por motivos de concordancia o disconformidad con la Constitución Federal, de los Textos estatales sujetos a su examen. De este modo, nuestro Proyecto Federal se acogería al modelo de control que surge como manifestación de las relaciones de supra y subordinación, propias de los Estados políticamente descentralizados⁶².

No puede, en todo caso, y volviendo al ejercicio regular del control, desdeñarse la importancia de que se erija al Senado en órgano de

⁶² Tal fue el caso, en un pasado mucho más reciente, de los controles previos a la aprobación de los Estatutos ordinarios italianos, y que se contraponen, además, con las amplias posibilidades de actuación que tuvieron las Cortes españolas en nuestros últimos procesos estatuyentes, dado que éstas se encontraban habilitadas para presentar enmiendas al Texto del que conocían. Cfr., para lo que hace al supuesto italiano, Gustavo ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale...*, cit., pp. 243-244. Importa, en cualquier caso, señalar, que el peligro, a que antes nos referíamos, de convertir un trámite de control de regularidad constitucional en una ocasión para la negociación política sobre la substancia de los Textos regionales queda patente con la experiencia italiana. Cfr., igualmente, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 42 y ss, quien relaciona el supuesto italiano con la tramitación como Leyes Orgánicas de nuestros Estatutos de Autonomía.

control de la constitucionalidad de la ley. La aparición de la Cámara Alta como instancia controladora representa, de un lado, la apreciación de la necesidad, por parte de los Constituyentes españoles de la I República de establecer un primer control sobre la constitucionalidad de la ley. Por otro, se vincula ese primer examen de la constitucionalidad con un órgano que, según hemos analizado, responde a la categoría de Cámara de representación de las colectividades territoriales.

Piénsese, por lo que hace al primer aspecto, que, estableciendo un control de naturaleza jurídica, un verdadero control de constitucionalidad, pero residenciándolo en un órgano de naturaleza representativa, el Proyecto Federal se está haciendo eco, por una parte, de la conciencia de la necesidad de afirmación práctica de la condición de norma jurídica suprema de la Constitución. Pero, por otra, no escapa el Texto de 1873 a esa tendencia acusada en los regímenes constitucionales del continente europeo, contruidos a partir del paradigma de la Revolución francesa, de depositar la función de control de constitucionalidad en órganos legislativos⁶³ o, cuanto menos, vinculados a la institución

⁶³ Buen ejemplo de ello lo constituyen las instituciones que, ya en el presente siglo, ha establecido el Derecho Constitucional francés para controlar el respeto de la Constitución por parte del Legislativo. De esa tradición común hereda el Proyecto

parlamentaria. Experiencias como la de *Sénat Conservateur*, de la que nos hicimos eco en el Capítulo I de esta Memoria, impulsan, a nuestro modo de ver, la acción de los Constituyente españoles de la República decimonónica. Desde esta perspectiva, el Senado de 1873 vendría a representar un momento de tránsito desde un sistema de mero control político, o de ausencia de control, a un modelo de defensa jurisdiccional de la Constitución.

El Senado de 1873 se situaría en ese momento, en el proceso de asunción por la Constitución del valor normativo que le corresponde, en que ya se ha operado la desacralización del Poder Legislativo, y con ella la de su producto fundamental, la Ley, de la que ya se afirma su carácter fiscalizable. Ya se ha tenido ocasión de comentar las consecuencias que, para el desarrollo del principio de supremacía de la Constitución en la Teoría Constitucional del constitucionalismo europeo anterior al primer

Federal la técnica del control preventivo de constitucionalidad, entendido como el control que se verifica sobre las leyes antes de la entrada en vigor de éstas. Cfr., en relación con la delimitación conceptual entre control preventivo y control represivo, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia Constitucional...*, cit., pp. 81 y ss. y, para lo que hace a los antecedentes, evolución y situación actual del sistema francés de control de constitucionalidad como control previo, la amplia exposición de las pp. 169-216. Vid., igualmente, José Luis CASCAJO CASTRO, "El Consejo Constitucional francés", en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. I, pp. 643-662.

tercio del presente siglo, tuvieron las formulaciones sobre la soberanía del Parlamento y la consiguiente supremacía de la ley, originalmente formuladas por el abate revolucionario E. Sieyès⁶⁴. Desde éstas, como afirmara R. Carré, "l'insertion dans la Constitution de textes limitant la puissance des Législatures soit inconciliables avec la conception qui rapporte à la volonté générale et à la souveraineté du peuple les lois émanées de ces assemblées représentatives"⁶⁵.

El Proyecto de 1873 da este paso en dos sentidos. En primer lugar porque, como se ha dicho, el órgano de control, aún formando parte de las Cortes Generales, carece de facultades de producción normativa y, por ello, aunque formalmente coadyuve a la formación de la voluntad unitaria del Poder Legislativo federal, no legisla. En segundo término, el proceso llega a su plenitud en el seno del propio Proyecto, con la afirmación de la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad, en la que nos detendremos más adelante.

⁶⁴ Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., pp. 110-111.

⁶⁵ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi...*, cit., p. 125.

El segundo de los aspectos que antes destacábamos de la intervención del Senado como órgano de control, la circunstancia de que, al propio tiempo, sea la institución en la que están representados los distintos Estados Regionales en que se dividía la Federación, viene a traslucir una de las constantes del Texto de 1873. En efecto, aunque lo veremos con más detalle cuando analicemos el control jurisdiccional, el Proyecto se preocupa considerablemente -incluso en exceso- por establecer mecanismos para que los Estados Regionales tengan cauces en la Federación donde expresar su criterio y, en particular, donde defenderse frente a la eventual proliferación de tendencias centralizadoras. Comisionando al Senado para que ejerza una primera acción de control de la labor legislativa de la Federación se está depositando en manos de los Estados, bien que de modo indirecto pues la Cámara Alta no pierde su condición de órgano federal, un importante instrumento para velar por el respeto al reparto de poderes entre la Federación y los miembros.

En cualquier caso, volviendo a la regulación del proceso de control ejercido por el Senado, hemos de preguntarnos por las consecuencias del pronunciamiento de éste. Si el Senado no apreciaba

motivo de inconstitucionalidad en la ley del Congreso, se procedía, sin más, a su promulgación.

Por el contrario, si del examen de constitucionalidad se concluía que la ley contenía algún aspecto en el que se violaba la Norma Fundamental, se habría de formar una comisión mixta (el Texto no lo dice, pero, entedemos, Congreso-Senado) con el objeto de que sometiese su parecer al Congreso. Aunque el artículo 70 no lo explicita, de él parece inferirse que, tras este dictamen, debería pronunciarse nuevamente el Congreso, modificando, si hiciese al caso, la ley en el punto controvertido. Entonces, y volvemos ya a la literalidad del precepto, el Senado reexaminaría el proyecto de ley y, en caso de insistir en su inconstitucionalidad, provocaba la suspensión de la promulgación "por aquel año". Esta expresión debe entenderse en el sentido de que la suspensión de la promulgación de la ley operaba por el tiempo que restase hasta el 15 de marzo siguiente, fecha constitucionalizada, en el artículo 55, como de comienzo de lo que, en terminología actual, denominaríamos "período de sesiones" y que el Texto federal denominó "legislaturas".

A la declaración de inconstitucionalidad por parte del Senado no se anuda, entonces, la consecuencia de la nulidad. La Cámara, si aprecia alguna contravención del Texto Constitucional en la ley, puede interponer contra ésta únicamente un veto que suspensivo. La solución resultaría insatisfactoria si no fuese porque el Proyecto, lejos de confiar el control de constitucionalidad en un órgano del Poder Legislativo, establece más mecanismos para asegurar la primacía jurídica de la Constitución.

En cualquier caso si "al año siguiente" el Congreso tomase la decisión de reproducir la ley, ya no pasaría el trámite del Senado, sino que debería remitirse al *Poder Ejecutivo* para su promulgación. Lo cual nos sitúa en la transferencia de facultades en el terreno del control de constitucionalidad de la ley a un órgano distinto, aunque también de naturaleza política, de cuya función pasaremos a ocuparnos a continuación.

b) El Presidente de la República y la defensa de la Constitución

El *iter* por el que atraviesa el control político de constitucionalidad en el momento en el que el Congreso reproduce en un

segundo año la ley que el Senado declaró inconstitucional, transfiere la capacidad de control sobre la norma al Presidente de la República Federal. Pese a que la literalidad del artículo 70 se refiera al Poder Ejecutivo, no otra cosa parece poder desprenderse de una interpretación sistemática de los preceptos del Proyecto Federal que se refieren a esta circunstancia.

En efecto, todo parece indicar que la mención al Ejecutivo constituye una de las imperfecciones técnicas que acusa el Proyecto a que ya nos hemos referido con anterioridad⁶⁶. Que esto sea así lo pone de manifiesto, entre otras cosas, el hecho de que es el Presidente de la República el constitucionalmente competente para la promulgación de las leyes (art. 82.1.º) y que el Consejo de Ministros, en quien reside el artículo 71 el Poder Ejecutivo, carece de facultades en ese terreno. Por otro lado, a la misma conclusión parece que debe llegarse si se pone en relación el precepto que comentamos con el artículo 82.2.º, que incluye,

⁶⁶ Tal vez una manera de salvar la corrección terminológica de los redactores del Proyecto fuese atribuir a la expresión "Poder Ejecutivo" un significado más amplio que el de "Consejo de Ministros". Y ello en la inteligencia de que a lo que se está haciendo referencia es a la existencia de un Ejecutivo dualista, sistema conforme al cual el Ejecutivo *stricto sensu* queda residenciado en el Gobierno de la República y, junto a éste, se sitúa la Jefatura del Estado, con un mayor o menor peso político activo según los casos. Sea de ello lo que fuere, este razonamiento vendría, en todo caso, a confirmar nuestra anterior afirmación sobre la intervención del Presidente de la República en el proceso de control.

en el haz de competencias del Jefe del Estado "Hacer, en el caso de una disidencia sobre la promulgación de las leyes entre el Senado y el Congreso, a este último las observaciones que juzgue necesarias". El Texto despeja, a nuestro entender, cualquier duda que al respecto pudiera plantearse.

En las páginas sucesivas nos detendremos en la consideración pormenorizada del significado de esta atribución de funciones de control al Presidente de la República. Parece conveniente, en todo caso, adelantar que, si el Presidente formulaba objeciones a la ley, que ya había sufrido una primera suspensión, remitiría el texto nuevamente al Senado que, en caso de persistir en su acuerdo, provocaba una segunda suspensión de la promulgación de la ley. Así pues, la actividad de control reconocida al Presidente de la República podía llegar a originar el mismo efecto que, según vimos, tenía la primera intervención del Senado. No se establece, entonces, ningún efecto anulatorio en esta segunda actuación del Senado por la mediación de la Presidencia de la República, sino que se persiste en los efectos meramente suspensivos⁶⁷. De hecho, el mismo artículo 70

⁶⁷ Póngase en relación esta facultad con la que confería, también al Presidente de la República, el párrafo tercero del art. 83 de la Constitución de 1931, en cuya virtud podía aquél, cuando el Congreso aprobaba una ley que no hubiese sido

dispone que "si al tercer año se reproduce la ley" deberá promulgarse inmediatamente⁶⁸.

La intervención de la Presidencia de la República en este proceso de control de la constitucionalidad de la ley viene a plasmar ese carácter de crisol de mecanismos de defensa de la Constitución que, según señalamos más arriba, se despende del Texto de 1873. Con la apelación a esta Magistratura, el Proyecto Federal acoge la idea de defensa de la Constitución a través de un órgano de naturaleza política, situado, al menos simbólicamente, por encima del resto de poderes del Estado, y al que el propio Texto denominó "Poder de relación". Examinaremos, a continuación,

declarada urgente, devolverla, acompañada de un "mensaje razonado", a las Cortes para que deliberasen de nuevo. En tal tesitura el Congreso podía levantar el veto presidencial volviendo a aprobar la ley, pero por una mayoría de dos tercios.

⁶⁸ Las dos sucesivas suspensiones de la promulgación de la ley habrían supuesto, como hemos visto, el transcurso de dos años o, si se quiere, de dos períodos de sesiones. Toda vez que las legislaturas, en virtud del artículo 53, tendrían precisamente esa duración bianual, nos encontramos con que, cuando se abriese al tercer año el período de sesiones, momento en que se podría volver a proponer la ley, las Cortes ya se habrían renovado. Esto hacía posible que la posición que ahora mantuviesen las Cámaras fuese distinta a la que había dado lugar al conflicto, pero, en todo caso, si el Congreso volvía a aprobar la ley, ya sólo cabía su promulgación inmediata -"en el acto", reza el 5º párrafo del artículo 70-, por el Presidente de la República. Debe entenderse, además, que éste carecía ya de la posibilidad de formular objeción alguna.

las implicaciones que esta decisión tiene en el marco de la defensa de la Constitución⁶⁹.

Excedería, con mucho, los límites objetivos del presente trabajo, emprender un tratamiento pormenorizado de la figura del Presidente de la República en el Proyecto Federal⁷⁰. Sí quisiéramos, sin embargo, dejar constancia de la transcendencia que su actuación, como verdadero poder de relación, hubiera podido tener en aspectos tales como el de la salvaguardia de la Ley Fundamental y, señaladamente, del "pacto federal", en ésta consagrado.

La posición que, en el marco de la división de poderes que introduce el Texto Federal, ocupaba el Poder relacional, nos presenta a éste como claro paradigma de la asunción de la teoría, formulada por B.

⁶⁹ Cfr., en relación con la fórmula de defensa de la Constitución que basa en la atribución de facultades en ese orden a aquel que desempeña la Jefatura del Estado, Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., pp. 213-251, especialmente, pp. 213-225.

⁷⁰ Cfr., con carácter general sobre la Jefatura del Estado, Carlo ESPOSITO, "Capo dello Stato", en la *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1960, vol. VI, pp. 224-246, recogido posteriormente en el vol. *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 3-56 y, actualmente, en el vol. *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altre saggi*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 1-64, por el que, en lo sucesivo, cito. Para lo que hace a la función atribuida a la Jefatura del Estado para solucionar momentos de crisis, *loc. ult. cit.*, pp. 38-49.

Constant⁷¹, del "*pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*". Bien es verdad que la construcción que desarrolla B. Constant está pensada para que tal posición sea ocupada por el monarca. No es menos cierto, además, que, en buena medida, su argumentación se realiza en contraposición a la forma de gobierno republicana⁷² y al principio democrático⁷³. Pero, en

⁷¹ Cfr. Benjamín CONSTANT, "Principios de Política", en el vol. *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 20-35. Cfr., también, Javier PÉREZ ROYO, "Jefatura del Estado y democracia parlamentaria", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 39 (mayo-junio, 1984), pp. 7-27, donde, al hilo de la explicación sobre la "anomalía histórica" que la figura del Jefe del Estado supone en el Estado Constitucional, conecta, de manera explícita, las formulaciones de B. Constant con las reflexiones de Carl Schmitt en torno al *Reichspräsident* como guardián de la Constitución, *passim*, pero, en este último aspecto, especialmente pp. 19-25. En relación con las construcciones teóricas de Benjamín Constant en torno a la figura del monarca, cfr. Joaquín VARELA SUANZES, "La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant. (Inglaterra como modelo)", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10 (septiembre-diciembre, 1991), pp. 121-138. En relación con el Poder moderador como defensor de la Constitución y, en particular, con la difusión de esta teoría en los Textos Constitucionales sudamericanos, especialmente en la *Constituição Política do Império do Brasil* de 1824, así como en la III y V República francesa, cfr. Jorge Reinaldo A. VANOSSI, *Teoría Constitucional*. Vol. II. *Supremacía y control de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 51-59.

⁷² En este sentido, cfr. Benjamín CONSTANT, "Principios...", cit., pp. 26 y 28-31. El problema de la invalidez de la forma republicana radica, para este autor, en que, como todos los Poderes del Estado Constitucional, el Presidente de la República es responsable, en que "al renovarse periódicamente, no es un ser aparte" (p. 28).

⁷³ Entiéndase esta afirmación en el sentido de que, con la teoría del poder neutro del monarca se está dando el sustrato conceptual necesario a las fórmulas de falsificación del principio democrático que, como ya se ha tenido oportunidad de señalar aquí, se tradujeron en el reconocimiento del monarca como partícipe, cuando no monopolizador, del Poder Constituyente. Con estas premisas el liberalismo doctrinario acabaría por disolver el Estado Constitucional de gran parte del siglo XIX en una ficción sustentada por la confusión permanente entre Poder

todo caso, en nada empece su correcto entendimiento que tan alta magistratura la encarne el Jefe del Estado en una forma de gobierno republicana, en sistemas de Ejecutivo dualista, como el que recoge el Proyecto. En éstos la duplicidad de cabezas del Ejecutivo, Jefatura del Estado y Jefatura del Gobierno, consigue el mismo efecto -o, cuanto menos, un efecto similar, en tanto que sí se trata de un poder responsable- al deseado por B. Constant, que no es otro que evitar que esas funciones moderadoras, que cree necesarias, no se concentren en el mismo órgano⁷⁴. De lo que se trata, según C. Schmitt, es de "crear una institución neutral que como tal sea protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas (...)"⁷⁵.

Constituyente y poderes constituidos, ficción a la que sirvió de manera notable la teoría del *pouvoir neutre* que formulara B. Constant. Cfr., en relación con ello y por todos, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 289-299, en especial 298-299.

⁷⁴ En el mismo sentido, cfr., Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., para quien las funciones atribuidas por Benjamín Constant a su *pouvoir neutre* y que igualmente ostenta nuestro Poder relacional, constituyen "el catálogo típico de prerrogativas y atribuciones del Jefe del Estado (Monarca o Presidente del Estado)..." (p. 215). Remarcando la misma idea, afirma, más adelante, que la figura del Poder moderador "Descansa sobre una acepción política, que reconoce claramente la posición del rey o del presidente del Estado en el Estado constitucional" (p. 216).

⁷⁵ Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 249.

Esta traslación de la teoría del poder neutro del monarca a la Presidencia de la República encuentra, además, un fundamento en la propia experiencia personal de B. Constant. En efecto, ya P. Bastid⁷⁶ puso de manifiesto cómo las construcciones de B. Constant adquirirían pleno sentido, igualmente, en regímenes políticos con formas de gobierno republicanas. La razón de ello estribaría en el origen del credo monárquico de B. Constant. De acuerdo con P. Bastid, el autor de los *Principios de Política* había sido, en su juventud, un republicano⁷⁷, que había llegado a rechazar abiertamente la institución monárquica por juzgar que la sucesión hereditaria está fundamentada en un principio contrario a la igualdad. La unánimemente comentada adscripción monárquica de B. Constant sería así el resultado de una suerte de claudicación ante las experiencias republicanas poco satisfactorias que había conocido. Y así, como señala P. Bastid, "Su monarquismo es verdadero, aunque esto no significa que reniegue de su pasado; es simplemente que cree que todas las tentativas republicanas, en el ambiente del tiempo en que vive, le parecen ser una quimera"⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. Paul BASTID, "Dos manuscritos de Benjamín Constant", *Revista de Estudios Políticos* n.º 143 (septiembre-octubre, 1965), pp. 5-31.

⁷⁷ Paul BASTID, "Dos manuscritos...", cit., pp. 19-20.

⁷⁸ Paul BASTID, "Dos manuscritos...", cit., p. 28.

En todo caso, el propio B. Constant se mostraba reticente a contraponer, sin más, Monarquía y República. La diferencia estaría, antes bien, en la presencia o ausencia, con la forma de gobierno que fuere, de la Constitución. Por eso pudo afirmar que "Entre la Monarquía constitucional y la República la diferencia sólo es de forma. Entre la Monarquía constitucional y la absoluta la diferencia es de fondo (...) Prefiero la más tormentosa de las Repúblicas a una Monarquía absoluta"⁷⁹.

Creemos, por tanto, que las formulaciones sobre el poder neutro resultan igualmente trasladables a una República semipresidencialista como la que intentaba establecer el Proyecto de 1873. En este mismo orden de consideraciones, esto es, en la necesidad de articular un órgano con funciones moderadoras y procurar que ese órgano quede fuera del Ejecutivo en sentido estricto, se desarrollan las ideas plasmadas por los redactores del Proyecto en conexión con la figura del Presidente de la República. Permítasenos traer a colación, en apoyo de esta idea, las palabras que sirven de introducción al Texto del Proyecto presentado en las

⁷⁹ Paul BASTID, "Dos manuscritos...", cit., p. 28, quien recoge las afirmaciones de B. Constant.

Constituyentes el 17 de julio de 1873 y así, al tratar de la introducción del "Poder presidencial", se dice: "nosotros hemos querido, sin quitarle nunca el carácter de responsable que todos los poderes deben tener en una Constitución republicana, alzarla á (*sic*) esfera tan alta que pueda ser como un *mediador entre todos los poderes y como un moderador de toda la complicada máquina de la Constitución federal*"⁸⁰.

Fácilmente se percibe, a nuestro entender, la impronta de las teorías de B. Constant en el Poder relacional introducido por el Proyecto Federal. En efecto, lo que sus redactores intentan configurar no es otra cosa que un monarca constitucional, una monarquía limitada, sin corona. Y, como no podía ser de otra manera en un contexto de tan elevadas dosis de democratismo, electiva y responsable.

Añádase a esto un dato más que viene a confirmar lo ya dicho.

La influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la labor de la

⁸⁰ *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo I, apéndice segundo al n.º 43, p. 2 (la cursiva es nuestra). No puede dejar de recordarse, en este mismo sentido, el n.º 4.º del artículo 82 del Proyecto que, dentro del Título dedicado al "Poder de relación, o sea, presidencial", fija las facultades de actuación del Presidente de la República. Y así, dentro de éstas, incluye "Dirigir mensajes a los poderes públicos recordándoles el cumplimiento de sus deberes legales".

comisión redactora es un hecho que se viene afirmando desde el mismo momento de la presentación del Proyecto a Cortes⁸¹. En la Unión norteamericana, como es sabido, a la Presidencia de la República se le reconoce capacidad para interponer un veto suspensivo frente a las leyes que el Congreso de los Estados Unidos le remite para su promulgación⁸², operación en la que parece se pudieron inspirar los redactores del Proyecto de 1873 a la hora de habilitar al Presidente de la República en su función de control. No debe, en todo caso, exagerarse el peso del precedente norteamericano en este aspecto. Y ello no tanto porque su influencia no fuese notable, circunstancia que se nos antoja evidente, sino porque dicho ascendiente ha de coonestarse con otras influencias de las que nuestros Constituyentes de la I República también son deudores.

En este sentido, parece que la influencia del precedente norteamericano es palpable en lo que hace a la forma de elección, a través

⁸¹ Cfr., al respecto, *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo I, apéndice 2.º al n.º 43, p. 1. Por lo que a la doctrina se refiere, cfr., por todos, Gumersindo TRUJILLO, *Introducción...*, cit., p. 202.

⁸² Cfr., en relación con esta competencia del Presidente norteamericano y su posible inserción entre los mecanismos de control preventivo de la constitucionalidad de la ley, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia Constitucional...*, cit., pp. 87-88.

de Juntas formadas en cada Estado⁸³. Y, sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, los Constituyentes de 1873 no desean reunir en esta figura la alta función relacional y la Jefatura del Poder Ejecutivo, al que, en efecto, nombra y separa (art. 82.5.º), pero con cuya acción diaria no se le vincula⁸⁴. Así pues, del articulado del Proyecto de 1873 parece desprenderse que sobre la Presidencia de la República

⁸³ El sistema de nombramiento del Presidente de la República Federal aparecía regulado en el Título XII (arts 83 a 91), por lo que hace al Presidente de los Estados Unidos, art. II secc. 1.ª de la Constitución de 1787 y, en el momento de presentarse nuestro Proyecto Federal, enmienda XII -ratificada el 25 de septiembre de 1804- y hoy día parcialmente derogada por una modificación constitucional posterior. En todo caso, sin que nos sea dado descender a cuestiones de detalle, sobresale de esta similitud la celebración de la elección de compromisarios en sede estatal, el escrutinio de los votos ante el Legislativo Federal, o el hecho de que en ambos casos se deposite la decisión final, para los supuestos de empate en la elección, en las Cortes, en nuestro caso, y en la Cámara de Representantes, en el norteamericano.

⁸⁴ La causa de que esta opción tal vez se encuentre en dos de los más importantes artífices del Texto que comentamos, Francisco Pi y Margall y Emilio Castelar. En ambos políticos se da una circunstancia que, a la postre, tiene su reflejo en la articulación del Poder de relación. De esta suerte, unidos el profundo afán pimargalliano de debilitar el poder que, por definición, es potencialmente atentatorio a la libertad del individuo, y "la repudiación del presidencialismo norteamericano hecha por Castelar" el resultado no podía ser otro que el que muestra el Título XI de la Constitución Federal. Cfr., en relación con ambos extremos, Gumersindo TRUJILLO, *Introducción...*, cit., pp. 96-121 y 202. Por lo que se refiere al pensamiento pimargalliano en relación a la figura del Presidente y a sus atribuciones, en especial a su controvertido derecho de veto, cfr. FRANCISCO PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades* (1877), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 165-166. El ascendiente pimargalliano sobre el Proyecto de 1873 ha sido aceptado por la generalidad de la doctrina, cfr., por todos, ANTONI JUTGLAR, *Pi y Margall...*, cit., *passim*. Afirma este autor al respecto que el Proyecto "está inspirado en su mayor parte por el pensamiento de Pi y Margall (...) refleja una gran parte del programa institucional de Pi y Margall..." (vol. I, pp. 338-339). Por lo que se refiere a la influencia de Emilio Castelar, baste recordar que presidió la comisión que presenta el Proyecto a las Cortes.

gravitaron distintas formulaciones, que abarcarían desde las teorías de B. Constant en torno al poder mediador del monarca, a la posición del Presidente americano, y quizá, incluso, diversas construcciones europeas en relación con la figura del caudillaje. Teniendo presentes dichas elaboraciones nos detendremos brevemente a considerar qué perfiles podía haber revestido la actuación del Poder relacional en defensa de la Constitución de la I República.

De lo que se trata, entonces, es de averiguar la actitud que, en el supuesto que establece el artículo 70, debería adoptar el Poder de relación. O, por decirlo con mayor contundencia, cuál es el sentido de las "objeciones" que estaba facultado para hacer al Congreso y si sus atribuciones comprendían la promulgación de la ley reproducida por el Congreso cuando coincidiera con su parecer, con independencia de los posibles vicios de inconstitucionalidad que la norma contuviese. En definitiva, lo que debemos indagar no es otra cosa que la naturaleza, jurídica o política, del papel que, como defensor de la Constitución, tiene asignado el Presidente de la República.

De este modo, en primer lugar, realizando un acercamiento a los preceptos del Proyecto que se ocupan de las atribuciones del Presidente de la República Federal, poniendo en conexión los ya citados números 2.º y 4.º del artículo 82, la duda, antes que aclararse, se vuelve a plantear. Y así, en el n.º 2.º, en relación con el artículo 70, el Presidente realiza "objecciones" y, en el n.º 4.º, con respecto a los poderes públicos, dirige "mensajes". No existe norma alguna, a lo largo del Proyecto, de donde pueda inferirse, de modo directo, ni la equivalencia ni la disimilitud de ambas expresiones.

Ahora bien, considerando la figura del Presidente en su globalidad, poniéndola en relación con las teorías, a que antes aludíamos, sobre el *pouvoir intermédiaire* y en unión de las tesis que a continuación consideraremos, tal vez sea posible arrojar algo de luz sobre el tema. En este orden de consideraciones. Por lo que a la influencia de B. Constant se refiere, su impronta, que se había reflejado ya en algunos textos constitucionales franceses, tiene también una cierta repercusión, por estas mismas fechas, en la Teoría Constitucional en España⁸⁵, circunstancia que

⁸⁵ Cfr., por todos, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político...*, cit., pp. 172 y 353-365. Donde, siguiendo la idea de la necesidad de mediación, recoge la teoría del poder neutro para colocarlo al lado del resto de

nos invita a considerar la extensión del conocimiento de la figura entre los redactores del Proyecto.

De este modo, si se admite que nuestro poder de relación es es traducción de la doctrina del teórico francés, y se pone el acento en el aspecto que resulta de particular interés a los efectos del presente trabajo, esto es, en la defensa de la Constitución, no puede por menos que recordarse que fue el insigne jurista y politólogo alemán Carl Schmitt quien formuló el más acabado estudio sobre la aplicación de las teorías de B. Constant al campo de la defensa de la Constitución⁸⁶. En efecto, en su tantas veces citado aquí *Hüter der Verfassung*, como versión más acabada de diversos trabajos, C. Schmitt elabora su propuesta en torno a la defensa de la Constitución, concibiendo esta función como una tarea esencialmente

poderes de la clásica tríade. De las ideas del Profesor valenciano nos interesa destacar ahora su afirmación de que la necesidad de que el Estado "se halle representado en su unidad y de que siempre haya una institución encargada de mantener la armonía en la acción de los poderes particulares (...) es lo que justifica la existencia del llamado *Poder armónico o regulador* que ejerce el *Jefe del Estado*, y que corresponde al *Rey* en las monarquías y al *Presidente* en las repúblicas" (*loc. ult. cit.*, p. 172). Parece, así pues, sobradamente justificada la aplicación a la forma de gobierno republicana de las ideas en torno al poder moderador.

⁸⁶ Sobre la elaboración schmittiana cfr., ahora por todos, Pedro DE VEGA, "Prólogo" a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, cit. pp. 11-24.

política que debe confiarse a la figura que mejor representa la unidad política del Pueblo.

Ocioso parece recordar la completa imposibilidad de la influencia schmittiana sobre la comisión que redactara nuestro Proyecto de 1873 y, sin embargo, no creemos que ello invalide radicalmente la aplicabilidad de las nociones empleadas por C. Schmitt cuando en el primer tercio de este siglo, formula su doctrina sobre el Presidente de Reich como defensor de la Constitución. Que esto sea así obedece, a nuestro entender, a dos órdenes de consideraciones. En primer lugar a la circunstancia de que, tomando una teoría de la misma fuente (B. Constant) y aplicándola a un mismo problema (la defensa de la Constitución), no parece que los resultados deban ser, forzosamente, dispares, sino antes al contrario. En segundo término, porque España había sido el origen, décadas antes de instaurarse la I República, de formulaciones, no sólo teóricas, en torno a la actuación de un Magistrado único en momentos de crisis constitucional. Nos estamos refiriendo a las elaboraciones de J. Donoso Cortés sobre la dictadura⁸⁷. Unas elaboraciones que resultaron

⁸⁷ Cfr. Juan DONOSO CORTÉS, *Lecciones...*, cit., pp. 70-71. Las construcciones de J. Donoso tuvieron una aplicación práctica, de primera mano, en la encendida defensa que el autor, como diputado, realizó en las Cortes en favor de la posición,

particularmente caras, y útiles, al insigne Profesor berlinés⁸⁸ y que giran,

como comisionado plenipotenciario del Parlamento, del General Narváez, para combatir las revueltas de 1848. Cfr., en tal sentido, José María BENEYTO, *Apocalipsis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés*, Gedisa, Barcelona, 1993, p. 81.

⁸⁸ El ascendiente donosiano sobre C. Schmitt es una circunstancia confesada por éste, quien deja entrever grandes similitudes entre el pensamiento de ambos. cfr. Carl SCHMITT, *Interpretación europea de Donoso Cortés*, Rialp, Madrid, 1963, 2.ª ed. El jurista alemán consideraba a J. Donoso un hombre de una talla muy superior a la media de los políticos de su tiempo, equiparándolo, por lo que a nivel intelectual se refiere, a A. de Tocqueville (pp. 44-48). En ambos, a juicio de C. Schmitt se aprecia la indudable virtud de descender a la esencia de las situaciones políticas sobre las que reflexionan. A ello se une una espléndida clarividencia en lo político. Como reuerda C. Schmitt, J. Donoso vislumbró, en 1847, que el futuro de la política mundial habría de pasar por la confrontación entre los Estados Unidos y Rusia (p. 48) y que habría de ser en este país, y no en Inglaterra como por entonces se afirmaba, donde mayor eco alcanzarían las tesis del socialismo marxista (p. 131).

como las de éste, en torno a la búsqueda de la solución -la decisión⁸⁹- en los momentos de crisis⁹⁰.

⁸⁹ La decisión es, como decimos, el objeto de estudio de ambos autores, pero importa, en todo caso, señalar cómo el origen de la preocupación de J. Donoso por ésta se encuentra en su frontal oposición al parlamentarismo burgués. J. Donoso denominaba a la burguesía "clase discutidora" y personificaba en el Parlamento la instancia inoperativa, de cuya obsesión por la confrontación dialéctica era imposible obtener una solución, una decisión. Cfr., en relación con estos aspectos del pensamiento de J. Donoso, Carl SCHMITT, *Interpretación europea...*, cit., pp. 81-87; José María BENEYTO, *Apocalipsis...*, cit., pp. 132-146. La conocida posición crítica de C. Schmitt en relación con el Parlamento vuelve a llamar la atención sobre el evidente paralelismo entre nuestro autor y el jurista germano. Valga, en todo caso, para confirmar esta idea, una afirmación de éste último, parafraseando al primero, cuya paternidad, en nuestra opinión, podría atribuirse a cualquiera de los dos. Así, en relación con la burguesía "discutidora" afirma/n "Una clase que traslada toda actividad política al plano de la discusión, en la prensa y en el Parlamento, no es capaz de hacer frente a una época de luchas sociales". Vid. Carl SCHMITT, *loc. ult. cit.*, pp. 81-82. Vid., para una exposición completa del pensamiento schmittiano sobre el Parlamento, su *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁹⁰ No podemos extendernos excesivamente en la consideración pormenorizada de esta faceta de la construcción teórica schmittiana. Sí debemos dejar constancia, en todo caso, que la búsqueda de la instancia decisora en momentos de crisis para el sistema es el auténtico motor de los razonamientos de C. Schmitt. Esa instancia, la que decide sin norma para resolver el conflicto es, para C. Schmitt, el soberano. Cfr., al respecto, Germán GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, por ejemplo, pp. 29 y 53. De hecho, como recuerda el último autor citado, las situaciones excepcionales son un lugar común en la obra de C. Schmitt, que las considera de mucho mayor interés que las normales (*loc. ult. cit.*, p. 29). Parece, en todo caso, oportuno recordar ahora que, como ya se ha señalado en varios momentos del presente trabajo, C. Schmitt decidió comenzar su estudio sobre las posibilidades de articular un mecanismo de defensa de la Constitución afirmando que ésta búsqueda de la instancia defensora era indicio de situaciones de crisis. Cfr. Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 24.

En todo caso, antes de encauzar nuestra investigación en la dirección apuntada, quizá convenga poner de manifiesto un presupuesto de partida que no por conocido conviene obviar. Nos estamos refiriendo a la circunstancia, denunciada ya en su momento por H. Kelsen⁹¹, de que las teorías de C. Schmitt en torno al Presidente del Reich "*als Hüter der Verfassung*" encuentran perfecto acomodo en el seno de regímenes políticos de signo conservador, cuando no puramente autoritario. Que esto sea así no empece, a nuestro entender, que sus escritos puedan resultar altamente esclarecedores para obtener una comprensión cabal y ponderada de una institución, como es la figura del Presidente de la República en el Proyecto español de 1873, que encuentra acomodo en un régimen político democrático, como el que pretendió inaugurar este Texto Constitucional. La razón de que esto sea así estriba en la "desusada sagacidad" en el "resultado espléndido"⁹² de los trabajos del Carl Schmitt jurista. En efecto, como ha señalado el Profesor P. De Vega⁹³, la razón última de que sigan resultando de utilidad las formulaciones schmittianas se encuentra

⁹¹ Cfr. Hans Kelsen, "Chi dev'essere...", cit., pp. 261-291.

⁹² Los calificativos forman parte del juicio que Francisco AYALA ("Presentación" a la obra de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 13) realizó, desde un punto de vista general, de la labor científica de Carl Schmitt que, en esos momentos de ebullición constitucional en España, se presentaba en nuestro país.

⁹³ Cfr. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., p. 13.

en que, mientras se mantienen en el terreno de la crítica immanente, alcanzan una seriedad y un rigor difícilmente igualables. Por este motivo "Desde una lógica immanente al propio proceso de conceptualización liberal, la crítica schmittiana hubiera resultado perfectamente válida y convincente"⁹⁴. El problema se produce cuando, abandonando el terreno de la crítica immanente a su objeto de estudio, que tan fructíferos resultados había dado, C. Schmitt procede a "condenar el modelo [el Estado liberal] y sus bases legitimadoras (lo que entra dentro de la crítica trascendente)"⁹⁵.

La crítica al pensamiento de C. Schmitt, en todo caso, derivaría de la pérdida del rigor científico que acusa en el momento en que decide conducir sus razonamientos hacia un terreno fijado de antemano. Así C. Schmitt encauza los resultados "hacia la solución doctrinal y práctica prevista -o, mejor, querida- por una ideología"⁹⁶, fundada en la firme creencia en el principio monárquico-autoritario. Es por ello que, aunque, como recuerda P. De Vega, "la conversión del Jefe del Estado en

⁹⁴ Pedro DE VEGA, "Prólogo" a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., p. 13.

⁹⁵ Pedro DE VEGA, "Prólogo" a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., p. 13.

⁹⁶ Francisco AYALA, "Presentación", cit., p. 16.

Defensor de la Constitución, lo que en realidad comporta es una opción ideológica muy clara que, lejos de colaborar al mantenimiento y defensa del sistema de valores del constitucionalismo, para lo que efectivamente sirve es para precipitar su destrucción"⁹⁷.

No podemos, como es lógico, detenernos en un análisis minucioso sobre las consideraciones vertidas en sus trabajos en torno al Presidente del Reich como defensor de la Constitución⁹⁸. Sí quisiéramos, no obstante, dejar constancia aquí de algunas de sus reflexiones. La argumentación schmittiana se construye en torno a la idea de la necesidad

⁹⁷ Pedro DE VEGA, "Prólogo" a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., p. 20. En todo caso, la altura intelectual -que, al menos con el paso del tiempo, ha sido unánimemente admitida- del C. Schmitt científico es lo que, a la postre, explica y justifica ya no sólo que hagamos uso aquí de sus reflexiones en torno a la defensa de la Constitución, sino también el que todo su aparato bibliográfico continúe siendo, hoy día, el punto de referencia inexcusable para avanzar en el estudio de una multiplicidad de problemas que aquejan al Estado de Derecho y que con magistral agudeza supo descubrir y denunciar. Es éste el motivo que anima nuestro proceder, en el entendimiento de que, por encima de su conocida afiliación ideológica, el Profesor berlinés ha podido sobrevivir a su tiempo. En todo caso, la afirmación del Prof. De Vega, constable en la práctica de la destrucción de la Constitución de Weimar, no puede extrañar. No en vano, la concentración de facultades en el Magistrado único era, en opinión del Barón de la Brède, sólo posible en el marco de un régimen despótico. Vid. MONTESQUIEU, *Espíritu...*, cit., Lib. VI, Cap. VII, p. 106.

⁹⁸ Para situar las formulaciones schmittianas en el contexto político de la República de Weimar, del que el Profesor, ya en Berlín, contaba con información de primera mano y notables influencias, vid. Joseph W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teórico del Reich*, Il Mulino, Bolonia, 1989, pp. 139-159.

de arbitrar un órgano, con funciones moderadoras y situado en una posición neutral, que, en situaciones de normalidad en el funcionamiento da la vida del Estado Constitucional, permanezca en una suerte de letargo, sin desarrollar "una actividad continua, imperante y reglamentadora"⁹⁹.

Por más que se pudieran encontrar diferencias entre el ideal del caudillo-presidente schmittiano y el Primer Magistrado del Proyecto de 1873, no puede por ello desconocerse que las funciones a que C. Schmitt hace referencia en sus escritos sí se corresponden con las atribuciones constitucionales del Poder de relación de la República Federal. Todo parece indicar, además, que las citadas facultades responden a esas "ciertas posibilidades de intervención", no exclusivas de momentos de crisis¹⁰⁰, que el propio C. Schmitt¹⁰¹ reconoce.

⁹⁹ Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 220.

¹⁰⁰ Aunque, al menos desde una construcción democrática de la figura del Jefe del Estado en los regímenes parlamentarios, sea en los momentos de crisis cuando aquélla pueda rendir sus mayores potencialidades, permaneciendo, entre tanto, en una posición más apartada, no necesariamente inactiva, de la vida política diaria. Cfr., Carlo ESPOSITO, "Capo...", cit., pp. 42-43, pasando a convertirse "da capo formale in capo sostantivo".

¹⁰¹ Cfr. Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 213. Téngase en cuenta que las facultades, ordinarias y extraordinarias, con que el jurista alemán configura a la Jefatura del Estado son las que, a la postre, posibilitan que siga teniendo sentido su existencia en el marco de un Estado Constitucional, ya sea en la forma monárquica, ya en la republicana. Vid., en este sentido, *loc. ult. cit.* p. 217.

Sea de ello lo que fuere, lo que realmente constituye nuestro punto principal de atención, las facultades de defensa del orden constitucional, son atribuciones de carácter extraordinario, para cuya cabal comprensión resultarán de gran utilidad las reflexiones schmittianas.

En este orden de consideraciones, lo primero que deberemos tener en cuenta es esa naturaleza extraordinaria de los poderes de que hace uso el *Hüter der Verfassung* schmittiano o el dictador de J. Donoso. En efecto, cuando el Jefe del Estado actúa como defensor de la Constitución lo hace en situaciones críticas para el sistema¹⁰². La correlación normal

¹⁰² No prejuzgamos ahora, por razones que luego veremos, la perfecta aplicabilidad de las soluciones que ante esta inacción de los poderes formulan los teóricos de los estados de crisis cuyas elaboraciones estamos empleando en nuestra aproximación al Proyecto de 1873, pero, en todo caso, sí conviene poner de manifiesto que la circunstancia que motiva la actuación del Presidente de la República Federal en la coyuntura del art. 70 del Proyecto y la situación que preocupa, por ejemplo, a J. Donoso, es la misma, o cuanto menos, muy similar. En este sentido, preocupan a Donoso dos situaciones de inestabilidad y desorden por las que atraviesa España en el siglo XIX: las sucesivas revueltas carlistas y la acción de los movimientos obreros que comienzan a organizarse. Cfr., en tal sentido, José María BENEYTO, *Apocalipsis...*, cit., pp. 63-64 y 96. J. Donoso pretende solucionar con la irrupción del dictador la incapacidad de acción que muestran los poderes divididos. Y, de este modo, "la incapacidad del parlamentarismo para asegurar (...) la libertad del individuo, así como su incapacidad de crear un gobierno capaz de acción partiendo de un Poder dividido en varios, no hacen sino ahondar el abismo que se abre entre la teoría utópica y la práctica política (...) De esta manera se produce una especie de vacío de poder en el seno de la sociedad que sólo puede ser llenado, en definitiva, por "la dictadura del puñal" o por la "dictadura del sable". (*loc. ult. cit.*, p. 121).

entre los poderes ha hecho quiebra porque sus fuerzas, en lugar de converger, se enfrentan, de tal modo que la máquina estatal es incapaz de continuar en correcto funcionamiento.

Esto es, precisamente, lo que sucede en el supuesto que venimos estudiando: El producto normal de la acción de las Cortes Generales de la República federal, la formación de la voluntad unitaria de la Federación en materia legislativa, no llega a producirse, en la coyuntura del artículo 70, por segundo año consecutivo. En ese momento crítico, es, en concreto, cuando el Presidente Federal está llamado a actuar. Como vimos, su actitud, según decida o no formular "objeciones" al Congreso, decantará la solución del conflicto haciendo primar el punto de vista de uno de los dos "Cuerpos Colegisladores".

Así pues, parece, por lo hasta ahora visto, que son trasladables los presupuestos de la formulación schmittiana a los presupuestos de la actuación del Poder de relación, en el supuesto del artículo 70 del Proyecto federal, en conexión con el número 2.º del artículo 82. Por lo que a la naturaleza de los "mensajes" que le compete emitir, según el número 4º del mismo precepto, bástenos con dejar constancia de que, a nuestro juicio

responde a la misma necesidad, con la matización de que parece estar haciendo referencia a situaciones de crisis que, por su inferior entidad, tal vez pudieran calificarse de "menores".

Resta, por tanto, dar solución al interrogante sobre la naturaleza del parámetro que habría de seguir el Presidente de la República en su intervención. Conviene, en este punto, añadir una consideración a las que nos han servido hasta el momento para avanzar en nuestro análisis. Y es que, si hasta aquí se han mostrado la correspondencia entre las situaciones que, para un J. Donoso o un C. Schmitt, provocaban la actuación del dictador y el presupuesto de hecho que motiva la actuación del Presidente de la República en la coyuntura del artículo 70 del Proyecto Federal, cumple, antes de aventurar una solución detenerse en una consideración de relevancia. Nos estamos refiriendo a la distinción, importante, en lo que hace al haz de facultades del "dictador", entre dictadura comisoría y dictadura soberana¹⁰³.

¹⁰³ Cfr., al respecto, Nicolás DE MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década...*, cit., Lib. I, n.º 34, pp. 114-117.

La primera se caracteriza por estar prevista en una norma anterior a la situación de crisis que constituye su presupuesto de hecho y, al menos para N. Maquiavelo, a ello debe añadirse la limitación, la medida en la actuación del dictador. Lo que, en las circunstancias del Proyecto de 1873 -y también en las de la Constitución de Weimar que inspiran a C. Schmitt-, equivale a decir que el dictador, para solucionar el conflicto, lo que no está autorizado a hacer es destruir la Constitución. El pensamiento del florentino es meridiano en este aspecto, "pues si se instituye el uso de romper la legalidad para bien, bajo esa apariencia podrá romperse para mal"¹⁰⁴. En el pensamiento de N. Maquiavelo se defiende la institución de la dictadura en lo que tiene de eficaz instrumento de solución de conflictos, de salida a situaciones de crisis, pero bajo esa figura no cabe residenciar poderes para destruir el orden constitucional mismo.

Frente a este modo de razonar se encuentra el pensamiento de J. Donoso y el propio C. Schmitt. Para éstos, la dictadura es esencialmente soberana, porque se identifica con la voluntad del Pueblo y recoge de éste, directamente, el Poder Constituyente. Así, el Marqués de Valdegamas

¹⁰⁴ Nicolás DE MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década...*, cit., Lib. I, n.º 34, p. 116.

escribe, "cuando suena para los pueblos la hora fatal de las revoluciones sociales y políticas (...) cuando el poder constituido desaparece de la sociedad cual leve arista que arrebató la tormenta (...) ¿no será necesaria la omnipotencia para que se salve la sociedad entera conmovida en sus cimientos?¹⁰⁵. Y, en opinión del Profesor alemán, la dictadura soberana "se deriva solamente *quoad exercitum* y de una manera inmediata del *pouvoir constituant* informe"¹⁰⁶. Por eso, C. Schmitt considera que "Este acontecimiento [el caso *a Deo excitatus*, el supuesto excepcional] no puede aprehenderse con categorías jurídicas"¹⁰⁷.

El interrogante que, a la vista de lo anterior, se nos plantea es claro. ¿A cuál de estos modos de entender el ejercicio de poderes excepcionales por un Magistrado único se adscribiría nuestro Proyecto Federal? No resulta posible, por razones evidentes, encontrar una solución definitiva a esta cuestión y, sin embargo, sí parece que pudieran

¹⁰⁵ Juan DONOSO CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 71.

¹⁰⁶ Carl SCHMITT, *La dictadura. Desde los orígenes del pensamiento moderno hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 192-193. La diferencia, para este autor, radica entonces en que "El dictador comisarial es el comisario de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant* (*loc. ult. cit.*, p. 193).

¹⁰⁷ Carl SCHMITT, *La dictadura...*, cit., p. 184.

aventurarse las líneas por las que, al menos como hipótesis, podrían haber discurrido los poderes del Presidente en el diseño del Proyecto Constitucional de 1873. En este sentido, cabe recordar la adscripción ideológica del régimen político republicano en favor de la consideración de las facultades de actuación del Presidente como las propias de una dictadura comisoría. Piénsese que, desde luego, el presupuesto de hecho de su actuación viene determinado por una norma, el artículo 70 del Proyecto, que fija el momento en que está llamado a actuar. Por otra parte, la puesta en marcha de este mecanismo de defensa de la Constitución no es el último resorte con que contaba el Proyecto Federal para procurar su salvaguardia, toda vez que, como ya se ha adelantado y analizaremos en el epígrafe siguiente, el Texto preveía un ulterior mecanismo de control potencial sobre las leyes.

Nada habría que objetar, en principio, a la imagen de un Presidente de la República Federal actuando, como poder relacional, como poder de mediación ante la falta de coordinación entre Congreso y Senado. Y, sin embargo, si esto es cierto, no lo es menos que la aplicación de determinadas construcciones, que intentan aunar los conceptos de dictadura soberana y dictadura comisoría, muy bien pudieran haber guiado por muy

diferente camino la interpretación de la posición en que se encontraba el Presidente de la República Federal como defensor de la Constitución.

En efecto, fue el propio C. Schmitt¹⁰⁸ quien, intentando dar cobertura a una actuación libérrima del Presidente del Reich en el supuesto del artículo 48.2 de la Constitución alemana de 1919, realizó la construcción más acabada de la confusión entre actuación comisionada y actuación soberana de un dictador. Toma C. Schmitt, de la dictadura comisoría, el elemento de la juridificación del presupuesto de hecho habilitante de su puesta en marcha, y de la soberana, la libertad de acción que se desencadena cuando se produce el presupuesto de hecho contenido en la norma¹⁰⁹. Particular interés demuestra C Schmitt en reparar en la

¹⁰⁸ Cr. Carl SCHMITT, *La dictadura...*, cit., pp., en general, 185 y 228.

¹⁰⁹ Importa, en cualquier caso, señalar que en el supuesto del art. 48.2 de la Constitución de Weimar la falta de mecanismos de limitación del Presidente era más que evidente si se repara en la circunstancia de que, aun consignándose un presupuesto de hecho habilitante -alteración del orden o grave peligro para la seguridad del Reich alemán-, era el mismo *Reichpräsident* quien resultaba competente para determinar si se había cumplido tal presupuesto. Cfr., en relación con ello, Carl SCHMITT, *La dictadura...*, cit., pp. 257 y ss. Conviene, en todo caso, tener presente la diferencia entre este tipo de regulación y la contenida, por ejemplo, en el art. 16 de la vigente Constitución francesa, que se ha venido en denominar, tal vez para evitar interpretaciones excesivas, "dictadura constitucional". En este tipo de figura, ante la consciencia en la imposibilidad de prever normativamente todas las posibles situaciones excepcionales por las que puede atravesar el Estado, se renuncia a tipificar, estableciendo una concentración en la magistratura única. Cfr., en relación con ello, Pedro CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de*

diferencia que se produce cuando el comitente del dictador es Pueblo. Son las dictaduras cuasi-soberanas en las que "La construcción según la cual [quien las ejerce] representa a otro y hace lo que haría el representado -*vice gerit-* sigue todavía en pie, pero en su relación con el pueblo, en cuanto representado, recibe un contenido completamente nuevo (...) es muy distinto el que lo determinante para el comisario sea la voluntad de un príncipe o la de un pueblo, la de un individuo o de muchos miles de hombres"¹¹⁰.

No se puede olvidar, en este orden de consideraciones, que esa vinculación con el Pueblo de la que trata el jurista y politólogo alemán era una característica que también estaba presente en la configuración constitucional del Presidente Federal. Por otra parte, el Proyecto depositaba su confianza en la Presidencia de la República no sólo como defensor del Texto Federal, sino también como guardián de las Constituciones particulares de los Estados. Esta tarea, consignada como n.º 10 del artículo

garantías, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 31-34. Vid, además, comentando un modelo propuesto por E. Böckenförde en el que se hace intervenir al Parlamento y se garantiza un núcleo intocable en la Constitución, pp. 34-35.

¹¹⁰ Carl SCHMITT, *La dictadura...*, cit., p. 185. Para la misma idea en relación con la interpretación de la *martial law*, vid. p. 228

82, consistía en "cuidar de que sean garantizadas las Constituciones particulares de los Estados". Circunstancias que invitan a creer que las funciones del Presidente de la República no eran, ni mucho menos simbólicas, sino todo lo contrario. Parece, en definitiva, que el Proyecto deseaba asegurarse que, para distintas finalidades, la Presidencia de la República ejerciera una labor activa de mediación entre los poderes de la Federación y de vigilancia del respeto de la Constitución Federal y de las Constituciones de los respectivos Estados Regionales. Se trataba, en suma, de instituir a una instancia política que, como verdadero *pouvoir neutre*, coadyuvase al mantenimiento del orden constitucional.

Desde esta perspectiva, debe, en nuestra opinión, concluirse que la substancia del mecanismo de defensa de la Constitución en manos del Presidente de la República, de acuerdo con las previsiones del artículo 70 del Proyecto Federal de 1873, sitúan a éste como representante de la fórmula de defensa política en todos sus extremos. Quiere con esto decirse que se trataba de un medio de defensa del orden constitucional político, por el tipo de órgano encargado de llevarlo a efecto, y político ahora también por los fundamentos que integrarían el parámetro con el que guiar su actuación. El Presidente Federal estaría encargado de la defensa de la

Constitución -y de las Constituciones estatales- en la inteligencia de ésta como conjunto de decisiones políticas fundamentales del Pueblo¹¹¹, esto es, su misión se concretaría en "la protección de la Constitución (a diferencia de los simples preceptos constitucionales)"¹¹². Una manera de entender la Constitución, indudablemente muy diferente a su mera consideración como Texto normativo y aun como norma suprema.

Sea de ello lo que sea, la ausencia de práctica constitucional en relación con el Texto Federal de 1873 no permite, una vez más, despejar dudas de modo definitivo¹¹³. Sirva, en cualquier caso, la anterior

¹¹¹ Que es, en definitiva, en lo que se acaba concretando el concepto schmittiano de Constitución. Cfr., en relación con éste, Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 29-62, pero especialmente pp. 45-57.

¹¹² Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 221. Téngase presente que la posición de este autor se fundamentaba en la, a su juicio, trascendental diferenciación entre Constitución -conjunto de decisiones políticas fundamentales de un Pueblo- y leyes constitucionales -regulaciones importantes para la vida del Estado, pero de naturaleza contingente-. Por eso "sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales y ver en cada una de las prescripciones legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto". Vid. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 50.

¹¹³ Piénsese que sólo contamos para nuestra labor con el Texto Constitucional y las elaboraciones que, en nuestra opinión, más significativamente arrojan luz sobre el problema y esto, como recordaba C. Esposito, no suele ser bastante, porque "i testi costituzionali sul Capo dello Stato sono oscuri e perciò possibili di molte interpretazioni, e più spesso ancora essi, in sede di interpretazione o attuazione, hanno acquisito un particolare significato contrastante o comunque diverso da quello che potrebbe risultare dalla loro lettera". Vid. Carlo ESPOSITO, "Capo...", cit., p.

exposición, para poner de manifiesto la presencia en el Proyecto de Constitución de la República española de un mecanismo más de los que históricamente se han propuesto para proveer a la defensa de la Constitución. Una buena muestra, desde luego, de que la preocupación por la observancia del Texto Fundamental constituía una preocupación de primer orden para los redactores del Proyecto que comentamos, una circunstancia que podrá corroborarse en el siguiente epígrafe.

4.) EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROYECTO FEDERAL DE 1873

Como adelantamos al tratar del control ejercido por el Senado, ya el artículo 70 del Texto Federal nos ponía en la pista de una norma de cierre del sistema, al afirmar, en su último párrafo, que "al Poder judicial, representado por el Tribunal Supremo de la Federación, le queda la facultad siempre de declarar en su aplicación si la ley es o no constitucional". El Proyecto Federal de 1873 recoge, por esta vía, un elemento más de control de la regularidad constitucional de la legislación, confiando, finalmente, la garantía de la Constitución en manos de un

órgano jurisdiccional, que cerraba así el elenco de fórmulas de control que acoge el Proyecto. En relación con éste, estamos ya en condiciones de afirmar que constituye el supuesto más sobresaliente de toda nuestra Historia Constitucional en lo que hace a la preocupación por el aseguramiento del respeto al principio de supremacía constitucional.

Sobre este último mecanismo de garantía -que, a nuestro juicio, se presenta como la mayor de las singularidades del Proyecto- discurrirán las reflexiones que a continuación realizaremos. Parece, en todo caso, conveniente, antes de profundizar en nuestro análisis, proceder a realizar un acercamiento a los caracteres de la organización judicial que pretendió constitucionalizar el Proyecto de 1873, en la medida en que de su conocimiento se podrá extraer una más cabal comprensión de la facultad de revisión de la constitucionalidad de las leyes que se reconocía al Tribunal Supremo Federal.

En este sentido, debemos comenzar señalando que el Poder Judicial aparece en el Proyecto de 1873 sometido al mismo doble régimen de división que el resto de Poderes públicos. De este modo, se constituía

en poder independiente del Legislativo y del Ejecutivo¹¹⁴ y, al igual que estos últimos, aparecía dividido también verticalmente, de suerte tal que cada Estado de la Federación contase con un Poder Judicial propio¹¹⁵. En este sentido, uno de los límites positivos a la actividad Constituyente de los Estados consistía en su deber de organizar sus Poderes, aunque "con entera libertad, con analogía al tipo federal" (art. 101, párrafo quinto) y recogiendo, en todo caso, la clásica división tripartita de poderes.

Por otro lado, este modo de proceder se hallaba en total consonancia con el pensamiento pimargalliano, que, como se ha dicho, inspiró, en buena medida, el trabajo de los redactores del Proyecto, y que discurre precisamente en la línea apuntada de existencia de un Poder Judicial en cada uno de los Estados miembros. Así nos lo pone de manifiesto el propio F. Pi en su célebre trabajo -redactado en 1876 y publicado al año siguiente- *Las Nacionalidades*, que, a nuestro juicio,

¹¹⁴ Así el n.º 1.º del Título X del Proyecto, a cuyo tenor: "El Poder judicial no emanará ni del Poder legislativo ni del Poder ejecutivo".

¹¹⁵ Es ésta una circunstancia que se deriva de la afirmación federal del Proyecto, toda vez que, como indica R. Carré, en este tipo de Estados "lo decisivo es que cada uno de esos Estados [miembros de la Federación] posee, para el ejercicio de su respectiva competencia, todos los atributos de la potestad estatal y también todos los órganos, legislativos, gubernamentales o administrativos y judiciales, necesarios para el ejercicio de esa potestad". Vid. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 145.

ilustra perfectamente la filosofía que inspiró la organización judicial republicana.

En efecto, para F. Pi, la existencia de un Poder Judicial propio de los Estados era un postulado derivado de la lógica, puesto que no se concilia muy bien "que haya unidad de tribunales donde no la haya en las leyes"¹¹⁶. Parece claro, así pues, que, para uno de los más importantes inspiradores de los trabajos de la comisión que redactó el Proyecto de 1873, es un corolario incuestionable de la organización federal el hecho de que el Poder Judicial aparezca también verticalmente dividido, toda vez que "No es, por otra parte, íntegra la autonomía del pueblo ni de la provincia donde no existan los tres poderes. Si falta el judicial, es manca y débil; que puede muy bien el Estado por sus jueces irla cercenando. Principalmente en los tribunales hayan tanto los pueblos como los ciudadanos la mejor garantía de su Constitución y sus leyes: toda provincia que tenga su Constitución y sus leyes propias debe tener sus tribunales"¹¹⁷.

¹¹⁶ FRANCISCO PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades*, cit., p. 144.

¹¹⁷ FRANCISCO PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades*, cit., pp. 303-304. El término "provincia" que utiliza el autor en el párrafo transcrito es equivalente al de colectividad miembro. Vid., en este sentido, Jordi SOLÉ TURA, "Introducción" a la obra de Francisco Pi y Margall, *Las Nacionalidades*, cit., p. XX. Nuevamente se confirma, entonces, la importancia del fenómeno de división territorial del poder político como variable determinante de la orientación de una multiplicidad de

En todo caso, el pensamiento de los federalistas españoles está inspirado principalmente por el ordenamiento norteamericano. Para los redactores del Proyecto de Constitución de la I República, los Estados Unidos constituyen el paradigma de Estado Federal¹¹⁸ y se procura, por tanto, aproximar lo más posible las instituciones del Proyecto a las que rigen en el primer Estado Federal de la Historia. En este sentido, al igual que sucediera en el caso norteamericano, en la base del pensamiento de los federalistas españoles se encuentra la necesidad de articular un mecanismo apto para solucionar los potenciales conflictos que inevitablemente surgen cuando se instauran distintas esferas de poder político sobre un mismo territorio. Esta es, como se ha dicho, una de las razones, tal vez la más poderosa, de la introducción de un sistema de justicia constitucional en el Proyecto.

postulados constitucionales. Si, como estamos viendo, la articulación del Poder Judicial sobre la base de la división entre Federación y Estados Regionales era una derivación del principio federal, comprobaremos cómo también el mecanismo de control que estudiamos guarda íntima relación con este mismo fenómeno.

¹¹⁸ El pensamiento de nuestros federalistas no era, en todo caso, una excepción. También desde posicionamientos doctrinales se ha sostenido que es la adecuación a los caracteres de la Constitución norteamericana la variable de mayor importancia para determinar la naturaleza federal de una organización político-estatal descentralizada. Cfr., en tal sentido, Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, Londres-Nueva York-Toronto, 1953, 3.^a ed., p. 1, citado por Javier Ruipérez, *Formación...*, cit., p. 17.

Cuando F. Pi escribe *Las Nacionalidades*, en 1876, cuenta, además, con la experiencia que le aporta la Constitución Federal suiza de 1874¹¹⁹. El modelo suizo es traído a colación por F. Pi en relación con la figura de los Tribunales federales y su importante misión como organismos de solución de conflictos¹²⁰. Sin embargo, a nuestro más insigne federalista se le antoja más acertada la organización judicial de los Estados Unidos, donde encuentra más perfecta plasmación el principio pimargalliano según el cual todo lo que es particular de los Estados sólo a éstos interesa y aquello que a éstos trasciende debe ser resuelto por los Tribunales de la Federación¹²¹. Es por ello que puede afirmar que "dentro del sistema federal, lo repito, no hay organización judicial más lógica"¹²².

¹¹⁹ Sobre ésta, cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación ...*, cit., pp 49-69.

¹²⁰ "Hay en Suiza [nos dice], como en Austria, un tribunal federal, y éste juzga de los litigios entre la Confederación y los cantones (...), entre cantón y cantón". Vid. FRANCISCO PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades*, cit., p. 145.

¹²¹ Principio, por otro lado, fielmente reproducido por el Texto federal español en su art. 40, a cuyo tenor: "En la Nación española todo lo individual es de la pura competencia del individuo; todo lo municipal es del Municipio; todo lo regional es del Estado, y todo lo nacional es de la Federación".

¹²² FRANCISCO PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades*, cit., p. 147.

Así las cosas, pasaremos ahora a analizar la forma en que nuestros, frustrados, Padres Fundadores de 1873 tradujeron las experiencias que les sirvieron de referencia en la institución que configuraron al remodelar el Tribunal Supremo. A estos efectos nuestra exposición abordará, por un lado las funciones y, por otro, la composición del Tribunal Supremo Federal, para concluir con un juicio sobre la operatividad del modelo.

En este sentido, el Tribunal Supremo Federal que introduce el Proyecto de 1873 se presenta como un órgano constitucional¹²³ de la

¹²³ La definición de órgano constitucional la introduce Georg JELLINEK en su *Sistema dei Diritti Pubblici subbietivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, pp. 31 y ss. y su *Teoría General del Estado*, cit., pp. 412 y ss. Con su actividad, los órganos constitucionales vienen a conformar la voluntad unitaria del Estado, y la existencia de una multiplicidad de órganos de este tipo no contradice esta función. Este autor denomina "órganos inmediatos" a aquellos que individualizan de tal modo al Estado que su desaparición supondría una modificación fundamental del mismo. En la definición de órgano constitucional va ínsita la idea de su posición de privilegio en esquema de organización estatal, de suerte tal que un órgano constitucional "*superiorem non recognoscens*" (*loc. ult. cit.*, p. 415). Para una visión particular en la doctrina actual, cfr., por todos, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho...*, cit., pp. 187 y ss.

Federación¹²⁴ -más adelante se verá qué reflejo tiene este carácter en su composición- con tres funciones, o grupos de funciones, diferenciables.

De una parte, se constituye en el más alto Tribunal de justicia de carácter ordinario, resolviendo, en este sentido, las cuestiones más variadas en aplicación del Derecho Federal¹²⁵. Es en el curso del ejercicio de esta función como aplicador del Derecho ordinario en el que tienen acomodo sus facultades revisoras de la constitucionalidad de las leyes y su eventual posibilidad de suspender, en el caso concreto, la aplicación de aquéllas que considere inconstitucionales. De otra parte, el

¹²⁴ Como a nadie se le oculta, la complejidad organizativa que el Estado Federal supone tiene también su traducción en el aspecto orgánico. El Estado Federal ha de tener, como toda organización estatal, sus órganos constitucionales, sin embargo, el conjunto de relaciones que se producen en el Estado políticamente descentralizado y, señaladamente, las relaciones de inordinación, por medio de las cuales los distintos entes territoriales se incardinan en la organización institucional de la Federación como vestigio del poder perdido al establecerse la unión, vienen a añadir dosis de complicación al esquema organizativo. Así, existen dos tipos de órganos constitucionales de la Federación, en atención a si se produce en ellos, o no, el reflejo de la inordinación. En caso de no suceder así, estaremos en presencia de órganos constitucionales federales sin especial vinculación con los miembros, en el supuesto contrario se dirá que se trata de órganos de la Federación con especial vinculación con las colectividades federadas. Paradigma de estas realidades serían, respectivamente, la Cámara federal popular y, como ya hemos tenido ocasión de señalar aquí, la Cámara de los Estados, ya se trate, en ambos casos, de órganos o fracciones de los mismos. Cfr., en relación con todo ello, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 113-121, con particular tratamiento de la Cámaras federales de representación territorial.

¹²⁵ Y así, el art. 79. preceptuaba que "También entenderá de las funciones jurídicas ordinarias que determinen las leyes".

Tribunal Supremo Federal se erige en organismo de solución de conflictos entre las distintas esferas en que territorialmente aparecerá dividido el poder político en la República. Con ello, nuestro Constituyente de 1873 se adscribía a la que es, sin duda, la regla general en el Derecho Constitucional federal de atribuir esta facultad a un órgano de naturaleza jurisdiccional¹²⁶.

Existen, además, un conjunto de materias que constitucionalmente tiene atribuidas -ex artículo 79- y que, si bien podrían incardinarse sin dificultades en el primer grupo de funciones a que hemos hecho referencia, merecen, a nuestro juicio, un tratamiento diferenciado dada su trascendencia en el terreno de la justiciabilidad de cuestiones que, de una u otra suerte, afectan a los más altos organismos de la Nación y a los compromisos de ésta a nivel internacional.

En todo caso, lo realmente trascendente a los efectos del presente trabajo lo constituye la circunstancia de que, en el curso de la

¹²⁶ De hecho, tan sólo la Constitución alemana de 1871 escapa a esta regla, atribuyendo al *Bundesrath*, órgano de naturaleza legislativa, la competencia para resolver los conflictos entre la Federación -el Imperio- y los distintos *Länder*, o de éstos entre sí. Cfr., al respecto y por todos, Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., p. 40; *La protección...*, cit., pp. 28-29.

actuación de todas y cada una de las atribuciones que constitucionalmente tiene reconocidas, al Tribunal Supremo Federal se le faculta, expresamente, para ejercer el control de constitucionalidad de la ley. De esta suerte, nuestro Tribunal Supremo Federal de 1873 se presenta como auténtico precedente de los modernos sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución que tendrán entrada en el constitucionalismo europeo medio siglo más tarde. Su introducción se produce, como seguramente no podría ser de otra forma, de la mano del precedente norteamericano¹²⁷ y supone,

¹²⁷ De hecho, el precedente norteamericano estuvo siempre presente en las primeras formulaciones europeas del control de constitucionalidad, en las obras de H. Kelsen y G. Jellinek. Así, este último autor afirmará que "La Constitución [de Estados Unidos] es hija del poder pleno del pueblo: es la ley suprema del país, y constituye el límite de la actividad de todos los actos de la Unión, así como de los Estados miembros de ésta. Al juez le está encomendada la función de que este límite no se rebase". Vid, Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., p. 393. El mismo autor, con un sentido similar, escribirá que la fórmula para la defensa de los postulados constitucionales "La encontramos en la conocida institución de los americanos, según la cual los tribunales pueden juzgar la constitucionalidad material de de las leyes. En América, el legislativo tiene sólo un poder limitado en la Unión y en sus Estados miembros (...) Al juez se le confía, en América, la protección del pueblo frente a los abusos de las legislaturas de la Unión, contra los abusos de los Estados miembros, y a éstos frente a los de la Unión". Vid, Georg JELLINEK, *Reforma...*, cit., pp. 22 y 23, respectivamene. La admiración de estos autores por los sistemas en los que la garantía de la supremacía de la Constitución había sido afirmada no resultaba, en puridad, novedosa. En efecto, ya en la primera mitad del siglo XIX, al redactar las impresiones que su reciente viaje a los Estados Unidos le habían provocado, A. De Tocqueville anotaba: "los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más bien que sobre las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales (...) Sé que no concediendo a los jueces el derecho de declarar anticonstitucionales las leyes, damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la constitución (...) Pero vale más todavía otorgar el poder de cambiar la constitución del pueblo a hombres que representan, aunque sea imperfectamente esa voluntad popular, que a otros que no representan más que a

además, la completa asunción del carácter de norma jurídica de la Constitución y la garantía jurídica final de su posición de preponderancia en el sistema jerárquico de normas.

Ya se ha visto como el artículo 70 del Proyecto anunciaba la facultad que, en todo caso, tendría el Tribunal Supremo federal de declarar inconstitucional una ley en el curso de su aplicación. Es el artículo 77 el que plasma, de modo directo, esta competencia de rango constitucional que al Tribunal Supremo se atribuye, al señalar que "En el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley". De este modo, la función más notable del Tribunal Supremo hubiese sido la de

ellos mismos (...) En los Estados Unidos, la constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley". Vid. Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia...*, cit. pp. 107-108. Con una nostalgia mayor del modelo americano de garantía de la Constitución se dolía E. Laboulaye de la ausencia en el constitucionalismo europeo de mecanismos análogos a la *judicial review*. Para el jurista parisino, en Europa, "¿qué es la constitución? Una palabra. No se contiene en ella una sola disposición que no pueda violarse por medio de una ley (...) En esto es en lo que América ha hecho dar un gran paso a la cuestión, estableciendo un poder judicial independiente que, colocado entre las leyes del congreso y la constitución, tiene derecho para decir: <<Alto ahí; esa ley es contraria á (*sic*) la constitución y por consiguiente es nula >> (...) Sensible es que en todas nuestras constituciones no se haya tomado aquel ejemplo (...) Examinad todas las constituciones y vereis que no contienen ninguna garantía que les asegure su reinado. Todas arrancan de este principio: los diputados son el pueblo mismo. Este es un error en el cual nunca incurrieron los americanos". Vid. Edouard LABOULAYE, *Estudios...*, cit., tomo II, pp. 201-202 y 205.

ejercer de órgano de justicia constitucional. La traslación al Proyecto del precedente norteamericano es, a todas luces, evidente, aunque existen notables diferencias entre el modo de articulación del *judicial review* originario y el modelo del Proyecto.

Así, el Proyecto Federal reconoce la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes a un órgano jurisdiccional que conoce de litigios de naturaleza ordinaria, si bien, frente a la práctica norteamericana de atribuir a la generalidad de la judicatura facultades en este terreno, en la República Federal española esa capacidad sólo estaba constitucionalmente reconocida al Tribunal Supremo Federal¹²⁸. De esta suerte, lo que resulta es una combinación de lo que actualmente conocemos como modelos norteamericano y europeo de control de constitucionalidad de las leyes. Del primero, toma nuestro Tribunal Supremo de 1873 la vía incidental por la que tiene cabida la declaración de inconstitucionalidad. Del segundo, y aún antes de ser siquiera doctrinalmente formulado, adopta

¹²⁸ No cumplía, entonces, nuestro Proyecto, la condición que serviría a C. Schmitt para calificar al modelo de control de constitucionalidad norteamericano como "difuso", contraponiéndolo al concentrado que acabaría imponiéndose en Europa. Vid., al respecto, Carl SCHMITT, *La defensa...*, cit., p. 52, nota 17.

la técnica del control concentrado en un único órgano¹²⁹. Lo cierto es que tal amalgama de elementos, en cierta medida contrarios, hubiese producido, de haber logrado vigencia el Texto que comentamos, grandes carencias en la verdadera operatividad práctica del sistema.

Por lo que a ésta se refiere, nuestra consideración debe partir del dato adicional, que el propio Texto federal suministra, de las consecuencias que, para la ley viciada, habría de producir la declaración de inconstitucionalidad. Téngase en cuenta, al respecto, que el artículo 77 ciñe la facultad del Tribunal en este terreno a "suspender los efectos" de la ley que declara inconstitucional. Si entendemos, y no hay, en vía de principio, razones para no hacerlo, la dicción del precepto en su sentido, ya no sólo literal¹³⁰, sino incluso lógico, deberemos concluir que, lejos

¹²⁹ El resultado final que recoge el Proyecto es, como decimos, la concentración del control en un único órgano y, aunque esta circunstancia aproxima el resultado al modelo europeo de jurisdicción constitucional, la razón tal vez se halle, una vez más, en la traducción, esta vez incompleta y por ello desafortunada, del precedente norteamericano. Lo que, siguiendo este modo de razonar, habrían hecho los redactores del Proyecto no es sino trasponer al Texto que elaboraban la singular posición que en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos ocupa el Tribunal Supremo, olvidando, al hacerlo, otorgar la facultad de revisión de la constitucionalidad al Poder Judicial en general.

¹³⁰ Acaso resulte oportuno en este punto recordar que, si bien debe ser el punto de partida para la interpretación constitucional y, desde luego, es un límite a la misma, la literalidad de un texto puede llegar a mostrarse altamente insuficiente para llevarnos hasta su total, cabal y ponderado, entendimiento. Cfr., al respecto, Konrad Hesse, "La interpretación...", cit., pp. 35-48; Hans-Peter SCHNEIDER, "Constitución

de suponer la expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento, la declaración de inconstitucionalidad alcanzaría únicamente a producir efectos *inter partes*, de tal suerte que, no siendo aplicada la ley al supuesto concreto del que estuviese conociendo el Tribunal, permanecería, por lo demás, con plena vigencia.

La disfunción que esta solución produce habría de dar como resultado la pervivencia y aplicación práctica, hasta su derogación por el Parlamento, de leyes inconstitucionales y, lo que es más, habiendo recaído ya sobre ellas una declaración en tal sentido del Tribunal Supremo. Y es que, al carecer el resto de los titulares de la jurisdicción ordinaria, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, de facultades de *judicial review*, actuarían sometidos únicamente al imperio de la ley, lo cual incluye también a aquellos textos legales que hubiesen sido suspendidos en su aplicación por el Tribunal Supremo Federal. Esto, unido a la inexistencia de acción directa para impugnar la constitucionalidad de las leyes, da como resultado un mecanismo de control incompleto. Las

y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico", en el vol *Democracia y Constitución*, cit., pp. 53-69; Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 84-116, particularmente, 115-116; Raúl CANOSA USERA, *Interpretación constitucional...*, cit.

bondades del sistema de control en vía incidental, de este modo, se difuminan y se hubiese podido dar entrada, por esta vía, a situaciones materialmente injustas pero inevitables dada la imperfección técnica del sistema.

Añádase a esto, además, que, como a nadie se le oculta, no todos los procesos tendrían, por imperativo de las normas de competencia funcional, posibilidad de llegar a ser resueltos, en última instancia, por el Tribunal Supremo de la Federación, único, como decimos, con facultades de examen de la constitucionalidad de las leyes que aplica.

Teniendo en cuenta lo anterior, la única forma que se nos antoja posible para que el sistema resultase mínimamente operativo vendría dada por la aplicación de la doctrina del precedente jurisprudencial y el principio *stare decisis*¹³¹. En efecto, en la medida en que las resoluciones reiteradas del Tribunal Supremo Federal tuviesen valor como jurisprudencia de aplicación obligatoria para los Tribunales inferiores, éstos podrían, de

¹³¹ Cfr., sobre la incidencia de este principio en la labor de la jurisdicción constitucional, también en el modelo concentrado, Luis LÓPEZ GUERRA, "El Tribunal Constitucional y el principio <<*stare decisis*>>", en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, cit., vol. II, pp. 1.435-1.455.

este modo, librarse de los lazos que, hasta entonces, les mantenían firmemente ligados al imperio de leyes inconstitucionales.

Esto, por otro lado, es lo que sucede en el sistema jurisdiccional norteamericano. En los Estados Unidos las decisiones de los Tribunales superiores vinculan, esto es, se convierten en jurisprudencia de aplicación obligatoria, para los Tribunales inferiores, principio al que, por lo demás, no es tampoco ajeno a nuestra tradición jurídica. Dejando de lado el dato de que en el modelo americano todos los jueces gocen de facultades de *judicial review*, eso provoca que cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declara, en el marco de un proceso, que una determinada norma es inconstitucional esta resolución obliga a todos los Tribunales, de la Federación y de los Estados, que tengan ocasión de aplicarla.

Sucede, además, que la inexistencia de un proceso autónomo de constitucionalidad puede verse suplida por medio del mecanismo procesal conocido como *writ of certiorari*¹³². En virtud de éste la

¹³² Cfr., sobre este particular, María Ángeles AHUMADA RUIZ, "El <<certiorari>>. El ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41 (mayo-agosto, 1994), pp. 89-136. Vid., también, Eduardo

Supreme Court goza de la posibilidad de reclamar el conocimiento de ciertas causas en las que se cuestiona la constitucionalidad de la norma aplicada y a cuya resolución, de indudable trascendencia, puede resultar conveniente otorgar el valor que se reconoce a las sentencias del alto Tribunal norteamericano.

Por lo que al principio *stare decisis* se refiere, éste, como se sabe, consiste, como corolario de los principios de igualdad y de certeza jurídica, en que los Tribunales se encuentran vinculados por las resoluciones recaídas en casos materialmente análogos¹³³, lo cual facilita la fijación de una línea interpretativa jurisprudencial no inamovible, pero sí uniforme.

Si nuestro Tribunal Supremo Federal hubiese merecido, como todo parece dar a entender, ocupar la misma posición que en los Estados Unidos ocupa su *Supreme Court*, la existencia de un Poder Judicial propio de cada uno de los Estados no tendría que haber supuesto óbice alguno

GARCÍA DE ENTERRÍA, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10 (enero-abril, 1984), pp. 46-50.

¹³³ Cfr., sobre estos caracteres del sistema jurídico estadounidense, por todos, Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, cit., pp. 430-434.

para la eficacia, en toda la Nación, de las resoluciones del Tribunal Supremo. De todos modos, el número, en todo caso siempre restringido, de leyes que el Supremo habría de tener que aplicar sí hubiese podido venir a mermar la funcionalidad de este principio.

Ello no obstante, en un momento posterior, cuando fuesen promulgadas la Constituciones particulares de los Estados, se podría haber resuelto este problema. La solución a esta última dificultad con la que se enfrentaba el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley hubiese sido la reproducción, en los Textos Fundamentales de los miembros, del esquema que diseñaba el Proyecto para la organización de los poderes de la Federación. De este modo, introduciendo, para cada uno de los miembros, un Tribunal que desempeñase, a su nivel, una labor análoga a la que estaba llamado a ejercer el Tribunal Supremo Federal, se podrían llegar a paliar, en este punto, las deficiencias del sistema. Esta opción resultaba plenamente conforme con las previsiones del Proyecto sobre el modo en que los Estados habrían de diseñar su esquema de

división de poderes¹³⁴, además de resultar ser la misma que se impuso en el modelo norteamericano.

No podemos entrar ahora a considerar las normas reguladoras de la jurisdicción ordinaria vigentes en el momento¹³⁵, o las reformas que en ellas hubiese sido conveniente introducir de haber llegado el Proyecto

¹³⁴ Así el último párrafo del art. 101, según el cual: "Los Estados constituirán sus poderes con entera libertad, pero con analogía al modelo federal, y dividiéndolos en los tres fundamentales de legislativo, ejecutivo y judicial."

¹³⁵ Baste, para nosotros, con recordar ahora, en la medida en que pueda servir para aclarar el *iter* procedimental que habrían de seguir las impugnaciones de que estamos tratando, que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 había variado la tradicional división en tres Salas del Tribunal Supremo -dos Salas para asuntos peninsulares y una más para los de ultramar- organizando su funcionamiento en cuatro Salas especializadas por razón de la índole de los asuntos que estaban llamadas a resolver. De este modo, fueron instituidas dos Salas del orden jurisdiccional civil, una del criminal y otra más y esto es lo que tal vez podría resultar de trascendencia en nuestro estudio, para la solución de litigios propios del orden contencioso-administrativo. La lógica parece exigir que fuese finalmente esta última Sala la competente para conocer de las violaciones competenciales a que nos estamos refiriendo, a pesar de ser algo que ni el Texto Federal, ni las discusiones en torno a él, explicitan y que, por tanto, escapa a nuestro conocimiento. Tal vez esta fuese la solución más coherente, sin embargo, bien hubiera podido también un legislador ordinario posterior proveer de un mecanismo procedimental distinto. Bástenos, entonces, con dejar apuntada la existencia de esa posibilidad. Sobre la organización y funcionamiento del Tribunal Supremo en aquellos años, cfr. voz << Tribunal Supremo de Justicia >>, en Luis MOUTÓN Y OCAMPO, Lorenzo M^a ALIER Y CASSI, Enrique OLIVER RODRÍGUEZ y Juan TORRE BALLESTÉ, *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, *sine data*, Tomo XXX, pp. 433-445. Cfr., en general, sobre la evolución de la institución, Juan Francisco LASO GAITE, "Aportación a la historia del Tribunal Supremo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 23 (1969), pp. 567-636. Cfr., para todo lo que hace a la concepción de la judicatura en este período, Miguel Ángel APARICIO, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universidad de Barcelona/Ministerio de Justicia e Interior, Barcelona, 1995, pp. 125-131..

a ser Constitución vigente. En circunstancias normales, además, este estudio resultaría ajeno a un trabajo que, como el presente, se centra en los medios de defensa jurídica del orden constitucional. Sin embargo, sin duda, dichas normas, por los defectos del sistema que hemos apuntado, podrían llegar a alcanzar una relevancia mucho mayor, con efectos en el orden constitucional, de la que, en vía de principio, están llamadas a desempeñar.

En todo caso, sí debemos dejar constancia de la forma en que la facultad de control de constitucionalidad del Tribunal Supremo debía ejercerse. Por lo que a ésta se refiere, el propio artículo 77 indica que habrá de ser el Pleno del Tribunal Supremo Federal quien declare la inconstitucionalidad de una ley. De esta suerte, el proceso se abriría cuando una Sala estuviese conociendo de un asunto en el que resultase aplicable una ley cuya constitucionalidad fuese cuestionada. Desde luego, al no ser más explícito el precepto, desconocemos si la que podríamos denominar, por analogía con nuestra jurisdicción constitucional, "autocuestión de inconstitucionalidad"¹³⁶ podía ser promovida por la

¹³⁶ A pesar de que, como de todos es sabido, la autocuestión en el modelo de jurisdicción constitucional español del presente nace de un proceso de amparo de derechos fundamentales en el que la Sala, que va a conceder el amparo, ha constatado que la violación del derecho fundamental trae causa directamente de una disposición legal. Vid., en relación con este peculiar modo de iniciación de un proceso autónomo de inconstitucionalidad, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Algunos

propia Sala de oficio, por las partes del litigio *a quo* o por Sala y partes indistinta, alternativa o cumulativamente. Si los redactores del Proyecto hubiesen tenido, también aquí, intención de trasponer el modelo americano, el Tribunal debería ser excitado por las partes para poder emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una ley aplicable al supuesto que contituyese la *litis*.

Sea de ello lo que fuere, sería el Pleno, al decidir sobre la conformidad con la Constitución de la ley cuestionada, el encargado de decidir si, para ese concreto momento y supuesto, resultaba ésta aplicable o se suspendía su aplicación. Emanada esta resolución, el asunto volvería al conocimiento de la Sala de la que había salido para que ésta dictase su fallo en consonancia con lo acordado por el Pleno.

Conocidos los caracteres y el modo en que se habría de desarrollar la función de control de constitucionalidad ejercida por el Tribunal Supremo Federal, en cuanto que juez del Derecho ordinario, cumple detenerse ahora en una no menos importante misión que debía

problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 21 (septiembre-diciembre, 1987), pp. 229-250.

desarrollar. Nos estamos refiriendo a su papel como Tribunal federal, esto es, como órgano de solución de controversias mantenidas por la Federación y los Estados y por éstos entre sí.

Es ésta también una competencia cargada de significado en el terreno, que aquí nos ocupa, de defensa de la Constitución, puesto que ésta, a la postre, se convertiría en el parámetro de las resoluciones dictadas sobre asuntos que pudiesen enfrentar a los entes político-territoriales. No puede olvidarse, además, que la necesidad de arbitrar un órgano de justicia federal fue, como se adelantó, la variable decisiva en orden a la introducción de un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad yuxtapuesto a un control político preceptivo y otro eventual.

Como se ha dicho, lo que se pretendía obtener era una institución susceptible de dar solución a los conflictos que surgieran entre los entes político-territoriales. De lo que se trataba era de dar aplicación al principio, propio de los Estados Federales, de la conservación de la paz interior en el seno de la Federación. Según este principio, los miembros renuncian, por el pacto federal, al *ius belli* que, a nivel externo, depositan

en manos del Estado Federal que ostenta la titularidad sobre el ejército permanente como atributo del Estado¹³⁷. Interiormente, la renuncia se traduce en la creación de mecanismos de resolución pacífica de los conflictos que puedan surgir entre la Federación y los miembros y de éstos entre sí¹³⁸. Este principio encuentra igualmente acomodo en el Proyecto de 1873, cuyo artículo 101 recoge las dos vertientes del mismo a que hemos hecho referencia. Así, los dos primeros párrafos, al regular el establecimiento de la fuerza pública y la fuerza nacional, hacen patente la naturaleza federal de la función de defensa exterior del Estado. Por lo que se refiere al principio de renuncia al *ius belli* en su faceta interna, que es lo que a nosotros interesa ahora, tiene acomodo en los párrafos tercero y cuarto del citado artículo 101. Resulta, al respecto, palmario el tenor literal del párrafo tercero, según el cual: "Los Estados no podrán apelar jamás a la fuerza de las armas unos contra otros, y tendrán que someter sus diferencias a la jurisdicción del Tribunal Supremo federal".

¹³⁷ Sobre esta característica de los Estados Federales, cfr. Javier RUIPÉREZ, *Constitución y Autodeterminación*, cit., pp. 130-140.

¹³⁸ Cfr., en tal sentido, Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 347, 350-360 y 365-366; Michel MOUSKHELI, *Teoría...*, cit., pp. 341-346; Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., 163 y ss.

El Tribunal Supremo Federal se erige en esa instancia de resolución de conflictos. Pero, además, en la medida en que dichos litigios se concretarán en la distinta inteligencia de las partes sobre algún precepto de la Constitución Federal, en la que se recogen las reglas de reparto de poder, la solución vendrá dada por la aplicación directa del Texto Constitucional. Ya se ha tenido ocasión de ver la importancia que concedían federalistas tan destacados como F. Pi y Margall a aquellas instituciones que habrían de estar llamadas a resolver las controversias derivadas de la división vertical del Estado. Téngase en cuenta que la introducción de la forma federal de Estado constituyó el punto más importante y también el más delicado, de aquellos con los que tuvieron que enfrentarse los Constituyentes de 1873¹³⁹, y que, a su amparo, se introdujeron en el Proyecto Federal los múltiples mecanismos de garantía de la Constitución que, a la postre, justifican el que nos hayamos detenido en su consideración¹⁴⁰.

¹³⁹ En apoyo de esta afirmación quizá resulte oportuno traer a colación el extracto de la intervención del 12 de agosto de 1873 del Diputado Sr. Martín de Olías que, en cuanto que miembro de la comisión redactora del Proyecto, se dispuso a defenderlo. Para éste: "Yo sé, lo sabe la comisión, lo saben todos los señores Diputados, que la cuestión más grave, que la cuestión más peligrosa es la organización territorial". Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, tomo II, n.º 64 (12 de agosto de 1873), p. 1.401.

¹⁴⁰ No es, por ello, de extrañar que, como señala el Prof. G. Trujillo, el Proyecto de Constitución Federal presentado a la Tercera Asamblea federal, que se conoce, en consideración a sus autores, como Proyecto Salmerón-Chao, recoja

El Proyecto Federal de 1873 concede, en este terreno, al Tribunal Supremo de la Federación facultades para solucionar los litigios que enfrentasen, en primer lugar a los Estados entre sí (art. 78, en conexión con el párrafo tercero del art. 101)¹⁴¹, en segundo término, a los poderes públicos de un mismo Estado (art. 79) y, finalmente, a la Federación con los Estados (según el n.º 4.º del Título V del Proyecto de Constitución, que, literalmente, se refiere al "Arreglo de las cuestiones territoriales")¹⁴².

también mecanismos tendentes a la garantía del respeto a la Norma Fundamental. Así, por ejemplo, la base 21 del citado Proyecto reogía una suerte de supervisión, por parte de los miembros, de la legislación federal ya aprobada. Se procedía, en ella, a constatar su respeto a los derechos de los cantones. Con mayor trascendencia aún, la base 36 instauraba la figura de un delegado del Tribunal Supremo en cada cantón, quien debería formular recurso de casación contra aquellas sentencias de Tribunales inferiores que violasen la Constitución o la legislación básica de la Federación. Cfr. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, *Introducción...*, cit., pp. 167 y ss. Del mismo modo, cuando en 1883 se reúne en Zaragoza una Asamblea del Partido Federal, el Proyecto de Constitución que en ella se acuerda recoge la institución del Tribunal Supremo con la mismas facultades que aquel que introdujo el Proyecto de Constitución 10 años antes, tanto en el sentido de control de "federalidad", así el artículo 48, como de puro control de constitucionalidad, en el artículo 50. Puede consultarse el texto de este último Proyecto de la Asamblea del Partido liderado por F. Pi en Francisco PI Y MARGALL, *Lecciones de federalismo. (Recopiladas por Joaquín Pi y Arsuaga)*, Casa Editorial Seguí, Barcelona, *sine data*, pp. 96-117. En relación con este Proyecto cfr., Antoni JUTGLAR, *Pi y Margall...*, cit., vol. II, pp. 668-672.

¹⁴¹ No ofrece dudas la residencia en el Tribunal Supremo Federal de esta competencia, porque es palmario el tenor literal del art. 78, de acuerdo con el cual, "En los litigios entre Estados entenderá y decidirá el Tribunal Supremo de la Federación".

¹⁴² La atribución al Tribunal Supremo Federal de esta competencia se ha hecho derivar, por algún autor, directamente del art. 79 del Proyecto, cuyo inciso final se

Resta sólo por acometer, por lo que a la actividad como Tribunal federal del Tribunal Supremo se refiere, el estudio en torno al objeto concreto de los litigios que habría de resolver el Alto Tribunal en este terreno. En este sentido, la atribución prototípica que al Tribunal correspondía se concretaba en la solución de conflictos de competencia entre los diferentes entes político-territoriales, ya enfrentasen a Federación y Estados o a éstos entre sí. El parámetro de la validez de los actos objeto de impugnación ante el Tribunal habría de estar constituido, como se ha adelantado más arriba, por la Constitución Federal misma. En efecto, es ésta, en cuanto que decisión del Constituyente federal, la que fija, en sus Títulos V y XIII, fundamentalmente, el haz de facultades propias de cada una de las colectividades territoriales en las que aparecería dividida la

refiere literalmente a "los asuntos en que la Nación sea parte". Cfr. Rosa M^a RUIZ LAPENA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 9. En todo caso, ésta es la única solución coherente con la tónica general del Proyecto de 1873, por una parte, y con la técnica más común en este terreno en los Estados Federales. Téngase presente que, salvo el supuesto, que ya hemos referido aquí, del *Bundesrath* de la Constitución alemana de 1871, la generalidad de las Federaciones atribuyen a órganos jurisdiccionales -siempre de la Federación- la solución de este tipo de controversias. Siendo ello así, no parece haber razón alguna para pensar que nuestro Proyecto Federal, que ya había reconocido al Tribunal Supremo capacidad para resolver conflictos de competencia entre Estados, no hiciese lo propio cuando éstos enfrentasen a los miembros con la Federación. Cfr., en relación con la práctica de deferir a instancias jurisdiccionales federales la solución de conflictos entre las distintas organizaciones político-territoriales, por todos, Michel MOUSKHELI, *Teoría...*, cit., pp. 163-166.

República y, por tanto, el parámetro de validez aplicable en este tipo de conflictos.

Sentado lo anterior, lícito es preguntarse qué tipo de procedimiento y de resolución correspondería a la solución de esta clase de controversias. Los actos constituirían el objeto de lo que comúnmente se denomina "conflicto de competencias". A través de éste proceso conflictual lo que se solicita al Tribunal es la declaración de ser contraria a la Constitución de la actuación de un ente territorial que venga a invadir la esfera competencial de otro¹⁴³, o bien, tratándose del conflicto negativo, la declaración de que debe ser ejercida una competencia, atribuida constitucionalmente a la organización política demandada, de la que ésta ha hecho dejación. En orden a la obtención de tal declaración, parece que lo más adecuado con la configuración constitucional del Tribunal Supremo sea entender que las cuestiones conflictuales se residenciarían en una suerte de proceso revisor de la actividad administrativa, que, en aquellas fechas,

¹⁴³ Como -en expresión referida al supuesto español del presente, pero plenamente trasladable al caso que comentamos- indica R. Canosa, "En los conflictos de competencia lo que se pide es la declaración de que hubo invasión en la esfera competencial de quien plantea el conflicto. En sentido amplio, la resolución de un conflicto redundaría en defensa de la supremacía constitucional, pero, *strictu sensu*, reduce la protección de la misma a lo relacionado con la descentralización". Vid. Raúl CANOSA USERA, *Legitimación...*, cit., p. 51.

ya había nacido como proceso jurisdiccional en sentido estricto, independiente del del resto de órdenes jurisdiccionales. La vía procesal para el conflicto de competencias sería, en suma, la del recurso contencioso-administrativo¹⁴⁴. Esto es así en la medida en que se trata de un proceso del Derecho ordinario por el que se somete a revisión la actividad administrativa, a donde deberían llevar su petición la Federación o un Estado Regional cuando desearan plantear un conflicto de esta clase.

Por lo que se refiere a la sanción en este tipo de procesos, la lógica nos lleva a considerar que la constatación en ellos de vicios de incompetencia llevaba aparejada su nulidad. Téngase en cuenta, a este respecto, que no se conciliaría bien con la naturaleza propia de los actos la posibilidad de su suspensión. La ley, en cuanto que expresión de un mandato general y abstracto, es susceptible de ser interpretada con un sesgo diferente en virtud del caso concreto al que deba aplicarse. Por ello,

¹⁴⁴ Téngase presente, en relación con esto, que la Revolución Gloriosa supuso también una modificación en la estructura judicial española, y así, por Decreto de 13 de octubre de 1868 se remitió al Tribunal Supremo la jurisdicción contencioso-administrativa. Se suprimen entonces los Consejos provinciales y la Sección contencioso-administrativa del Consejo de Estado, encargada, hasta esa fecha, de resolver este tipo de asuntos. Estas reformas fueron confirmadas por la Ley Orgánica (provisional) de los Tribunales de 1870 a que antes se ha hecho mención. Vid., en relación con ello, FRANCISCO LASO GAITE, "Aportación...", cit., pp. 577-578.

la teoría de su suspensión en un supuesto particular puede resultar de recibo. Sin embargo, el acto es la expresión más concreta posible de la voluntad. No está formulado con carácter general sino que, por el contrario, su eficacia no trasciende más allá del caso particular para el que se decide su emanación. No resulta, por esta razón, admisible la posibilidad de que la sanción para actos en que concurran vicios de incompetencia, esto es inconstitucionales, sea, como ocurre en el caso de las leyes, su suspensión, toda vez que si el acto pierde validez para el caso concreto pierde su razón de ser, lo que es tanto como admitir que el vicio de inconstitucionalidad por violación de las reglas constitucionales del reparto de competencias constatado en un acto, lleva aparejada, como única sanción lógica posible, la nulidad del mismo. Que esto sea así es algo que, desde la más elemental lógica jurídica, parece incontestable. Por decirlo con palabras de H. Kelsen, "Se si tratta di un atto individuale, la cosa va de sè"¹⁴⁵.

Ello no obstante, también sería posible residenciar una violación del orden competencial en el marco de una ley, ora federal, ora estatal. El problema que se presenta entonces consiste en determinar el

¹⁴⁵ Hans Kelsen, "La garanzia giurisdizionale...", cit., p. 165.

cauce procedimental adecuado para su impugnación, es decir, si nos encontramos frente a un supuesto de conflicto de competencias o bien ante un caso de inconstitucionalidad legislativa, con independencia de que los preceptos constitucionales vulnerados sean los relativos a la distribución de competencias¹⁴⁶.

Recuérdese que, en tanto que ley emanada de las Cortes, al Tribunal Supremo Federal le quedaba siempre, en aplicación del artículo 77 del Proyecto, la posibilidad de declararla inconstitucional en el curso de un proceso al que resultase aplicable. No parece entonces resultar problemática, al menos no más de lo que resulta el sistema en general, la admisión de que la vía adecuada para declarar la inconstitucionalidad de una ley federal que violase las normas de división de competencias fuese la que ya conocemos y que resulta de aplicación para la legislación general de la Federación. En el supuesto de que fuese una ley regional la que violase el reparto de poderes constitucionalizado la solución debería venir por la admisión de la capacidad de enjuiciamiento del Tribunal Supremo Federal también en litigios en los que se viese envuelta la aplicación de las

¹⁴⁶ Cfr., en relación con la solución que a este problema se da en el modelo de jurisdicción constitucional española del presente, Raúl CANOSA USERA, *Legitimación...*, cit., pp. 51-54.

leyes regionales. Las jurisdicciones federal y estatales no se comportarían, entonces, como órdenes estancos¹⁴⁷, sino que, en consideración a la existencia de una comunidad de intereses sobre la que debían operar -el respeto a la Constitución Federal que contenía la distribución competencial- deberían arbitrarse fórmulas de conexión entre ambas jurisdicciones¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Esto es, además, lo que sucede en los Estados Unidos, donde existen una multiplicidad de técnicas procesales, que por razones obvias no es posible entrar a considerar aquí, que, a la postre, determinan un elevado grado de "comunicación" entre los Tribunales federales y las jurisdicciones estatales. La práctica jurisprudencial y la legislación han concretado, con un elevado nivel de casuismo, qué materias caen dentro de la esfera de atribuciones de los órganos jurisdiccionales de cada organización política. En cualquier caso, en un gran número de supuestos la jurisdicción es concurrente, existiendo, por lo demás, otros mecanismos de concreción del sistema tales como la elección del foro por parte del demandante, la facultad -que se reconoce sólo a los Tribunales de la Federación- de examinar su propia competencia, o la importantísima institución del *removal*, especie de advocación, por parte de los Tribunales Federales, de asuntos que estaban bajo el conocimiento de Tribunales de los Estados, si se dan determinados supuestos. En la misma línea de preservar la correcta aplicación del Derecho se inscribe, con relevancia también en materia constitucional, el ya mencionado *writ of certiorari*. Vid, al respecto, 21 *Corpus Juris Secundum Courts*, 208 y 203, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1990, pp. 244-245 y 234; 77 *Corpus Juris Secundum Removal of causes*, 1-219, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1994, pp. 147-304. Por lo que hace al *certiorari*, vid. M^a Ángeles AHUMADA RUIZ, "El <<certiorari>>...", cit., *passim*; 14 *Corpus Juris Secundum Certiorari*, 97, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1991, pp. 127-128. Objeto de este expediente procesal en materia constitucional serían, entre otros, los defectos procedimentales de las instancias inferiores, cuando violan garantías constitucionalizadas o la constitucionalidad de un *statute* que afecte a los derechos de una de las partes.

¹⁴⁸ Cfr., para lo que hace a la incidencia de la división del Poder Judicial en los Estados Unidos sobre la articulación de las relaciones entre la Federación y los Estados, Gregorio RUIZ, *Federalismo judicial. (El modelo americano)*, Civitas-Caixa Advocats, Madrid, 1994, *passim*. Para una exposición más sintética vid., Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, *Justicia y Estado Autonomico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución española de 1978*, Civitas-Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pp. 65-69.

En concreto, habría de asegurarse la posibilidad de que recayese una resolución final emanada por un órgano jurisdiccional de la Federación, sino ante el mismo Tribunal Supremo Federal¹⁴⁹

Se trataría, en definitiva, de admitir la aplicación al supuesto que comentamos de la práctica, tempranamente introducida en los Estados Unidos, de facultar al Tribunal Supremo Federal para conocer de un recurso sobre las sentencias en que se pudiese en cuestión algún precepto de la Constitución Federal¹⁵⁰. Garantizando que sería el Tribunal Supremo de la Federación quien habría de dar solución final a la controversia se estaría introduciendo el elemento de racionalidad que el sistema reclamaba. En todo caso, si los redactores del Proyecto de 1873

¹⁴⁹ En el sistema federal norteamericano todas las cuestiones territoriales, ya enfrenten a Estados entre sí o a éstos con la Federación están sujetas, por imperativo constitucional (n.º 1 de la secc. 2.ª del art. II), a la resolución de los Tribunales de la Unión, toda vez que se trata de asuntos que se hallan *under federal law*. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuenta con mecanismos procesales para filtrar el acceso de este último tipo de asuntos a su conocimiento y, por ello, si el conflicto territorial enfrenta a un Estado con la Federación, aunque la resolución final siempre ha de corresponder a un órgano jurisdiccional federal, a la *Supreme Court* se le permite "aceptar o rechazar iniciativas procesales que caen dentro de su *original jurisdiction* atribuida por la Carta Magna", no estando obligada a pronunciarse siempre. Vid Raúl Canosa Usera, *Legitimación...*, cit., p. 29. Esto no sucede, sin embargo, en el caso de "conflictos entre los Estados que forzosamente han de sustanciarse ante el Tribunal Supremo sin que éste pueda declinar la resolución" (*ibidem*), del mismo modo que establecía el art. 78 del Proyecto español de 1873.

¹⁵⁰ Sobre esta circunstancia, vid. *supra*, Cap. I, pp. 177-178.

habían mostrado sobradamente su inclinación por aceptar la experiencia americana en esta materia, todo parece indicar que el desarrollo legislativo posterior a la promulgación del Texto Constitucional hubiese demandado la trasposición a nuestro Derecho de una norma de similares caracteres a la que contiene la sección 25 de la *Judiciary Act* de 1789.,

No se olvide, en cualquier caso, que si las Constituciones estatales hubiesen optado por establecer, en la cúspide de su organización judicial, órganos a los que se atribuyese competencia para conocer, al menos en primera instancia, de este tipo de controversias, también en ellos resultaría de aplicación el Texto de la Constitución Federal. La razón de que esto sea así resulta fácilmente comprensible. Piénsese que, desde su inseración en el artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos, es un principio consustancial a cualquier Estado Federal que se erija "a la Constitución federal en posición de una verdadera *Lex Superior* que, en cuanto tal, se impone también, y tanto política como jurídicamente, a las colectividades-miembros"¹⁵¹. Así pues, en los Estados Federales, la

¹⁵¹ Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., p. 242, cfr., además, sobre esta misma problemática, pp. 240-242.

Constitución Federal ha de imponerse a todos los poderes constituidos, tanto federales cuanto regionales¹⁵².

El Tribunal Supremo Federal debería conocer además, como anunciamos, de un tercer bloque de procesos que son susceptibles, a nuestro juicio, de ser agrupados, en la medida en que de todos ellos es susceptible de predicarse un marcado cariz político. El hecho que sea al Tribunal Supremo Federal a quien se invista de facultades en este terreno refleja, en todo caso, la alta posición que en el organigrama institucional de la I República estaba llamado a ocupar el supremo órgano jurisdiccional.

El artículo 79 del Proyecto atribuye al Tribunal Supremo el conocimiento de las causas formadas contra el Presidente -el Texto no especifica si se trata del Presidente de la República o del Jefe del Ejecutivo Federal- y los Ministros, que quedan, de este modo, sujetos al foro especial del Tribunal Supremo. El enjuiciamiento de los asuntos que, en ocasiones, se denominan de "justicia política" se ha reservado, de modo

¹⁵² Cfr. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 52. La superioridad de la Constitución federal tiene como objetivo la bûqueda de lo que Carl Schmitt denominó "homogeneidad". Sobre esta característica de los Estados Federales, cfr. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 356-357. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 129. Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 42-55; "Sobre la naturaleza...", cit., pp. 84-92.

tradicional, a los órganos jurisdiccionales situados en lo más alto de la organización judicial. La creación, entrado el siglo XX, de los Tribunales Constitucionales hará que, en algunos casos¹⁵³, la competencia sobre este tipo de asuntos se traslade a éstos, contribuyendo, de este modo, a su configuración definitiva como instancias de solución de conflictos de un elevado tono político.

El matiz que, por virtud de estas competencias, se añade a la caracterización del Tribunal Supremo incide, también aquí, en su posición como garante de la Constitución y, en este punto concreto, en defensa del propio mecanismo de división de poderes. Sin que resulte necesario extenderse demasiado en este particular, recuérdese, tan sólo, que existía un mandato constitucional, recogido en el artículo 41 del Proyecto, que declaraba la responsabilidad a que se encontrarían sometidos todos los poderes públicos¹⁵⁴. En este sentido, aquellos asuntos en que se ventilase

¹⁵³ Esto sucede, en la actualidad y entre otros, con el Tribunal Constitucional austríaco (arts. 142 y 143 de la Constitución austríaca), con el de la República federal alemana (art. 61 de la Ley Fundamental de Bonn) y con el Tribunal Constitucional italiano (art. 134 de la Constitución italiana, modificado por la reforma constitucional que publicó la *Gazeta Ufficiale* el 15 de octubre de 1988, que excluyó del conocimiento del Alto Tribunal italiano los procesos contra los ministros), aunque, estos últimos, sólo en relación al Presidente de la República. De todos modos, la índole de los cargos en que se fundan las acusaciones suelen tener, como en el caso alemán, una muy clara naturaleza política.

¹⁵⁴ Art. 41: "Todos los poderes son electivos, amovibles y responsables".

la responsabilidad de los altos cargos antes mencionados deberían substanciarse ante esa instancia privilegiada que ocupaba el vértice de la organización judicial republicana. El proceso, en todo caso, podría haberse convertido en el último baluarte de defensa, en el plano jurídico, del mecanismo de división de poderes constitucionalizado.

Una última materia cuyo conocimiento tenía constitucionalmente atribuida el Tribunal Supremo Federal venía constituida por aquellos "conflictos que se susciten sobre inteligencia de los tratados" (art. 79, inciso segundo). No podemos saber si con esta expresión se pretendió hacer referencia a todos los supuestos fácticos de conocimiento jurisdiccional en que fuesen de aplicación las normas de Derecho Internacional suscritas por España o si, tan sólo, se quería referir a que con ella se erigía al Tribunal Supremo en instancia garantizadora de los compromisos internacionales. Piénsese que, por virtud de los números 1º y 2º de la parte del Título IV del Proyecto, que lleva por rúbrica "De las facultades correspondientes a los Poderes públicos de la Federación", eran competencia del Estado Federal, en general, las relaciones exteriores y, en particular, los Tratados "de paz y de comercio". Desde esta perspectiva, parece lógico que sea a un órgano de la Federación, su Tribunal Supremo,

a quien se faculte para emitir una última decisión vinculante en materias que podrían llegar a provocar la responsabilidad internacional de la Federación.

Parece, entonces, que lo que el inciso segundo del artículo 79 supone no es otra cosa que el intento por garantizar el acceso al Tribunal Supremo Federal de los asuntos en que resultasen de aplicación normas internacionales suscritas por la Federación, si de otro modo no pudiesen llegar a resultar de conocimiento del alto Tribunal Federal. Así entendido, el precepto se convierte en una norma de atribución de competencia funcional, cuya constitucionalización se justifica teniendo en cuenta el interés del Estado Federal de reservarse la resolución de conflictos que, aún siendo particulares, podrían hacer que se derivasen consecuencias en el plano internacional.

Téngase en cuenta que en un modelo de organización de la Administración de Justicia en el que el Poder Judicial no apareciese verticalmente dividido, tal vez no fuese precisa esta cautela. Sin embargo, el hecho de que cada Estado contase con su propio Poder Judicial provocaba, a nuestro modo de ver, si no la necesidad, sí el deseo por

explicitar determinadas opciones que, de no ser así, hubiesen podido tener acogida en la legislación ordinaria de desarrollo de las bases constitucionalizadas de la Administración de Justicia.

Tratadas las atribuciones del Tribunal Supremo Federal, cumple ahora, como se anunció, emprender el análisis de su composición. Por lo que al modo de formarse que tendrá el Alto Tribunal, sobre él incide, fundamentalmente, un precepto del Proyecto de Constitución, el artículo 73. Según este, "el Tribunal Supremo federal se compondrá de tres magistrados por cada Estado de la Federación".

A falta de mayores precisiones en el Proyecto, en relación aptitudes personales o profesionales de quienes habrían de formar el más importante Tribunal de la República, parece evidente que la nota sobre la que se pone todo el acento es la procedencia territorial. Como a nadie se le oculta, es este un claro reflejo del peso que sobre la configuración final del Tribunal ejerció su papel como órgano de solución de litigios territoriales. Tal vez esta circunstancia venga a poner de manifiesto cuál era, en la intención de los redactores del Proyecto al menos, la función más importante de cuantas tenía encomendadas el Supremo.

El hecho de que, para la composición del Tribunal, se exija la concurrencia de Magistrados de procedencia estatal determinada no redundará, sin embargo y en contra de lo que pudiera pensarse, en beneficio de su consideración como institución de decisión de controversias territoriales, ni, en todo caso, asigna una mayor justicia e independencia a la decisión. Debemos, en este sentido, a E. Lloréns, la observación fundamental de que "Esta participación [de los miembros en el órgano de solución de conflictos] no garantiza en sí la imparcialidad de la decisión (...) Cuanto mayor sea la importancia que se atribuya a la procedencia territorial de los jueces, menor es la confianza en la imparcialidad del tribunal, el cual no posee entonces la calidad moral en que ha de fundarse su competencia"¹⁵⁵.

No es ajena, sin embargo, la postura que adoptan los redactores del Proyecto, a un modo de razonar que, aunque, a nuestro juicio, erróneo¹⁵⁶, gozó de cierta relevancia en la Teoría del Estado

¹⁵⁵ Eduardo L. LLORÉNS, *La autonomía en la integración política*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 283-284.

¹⁵⁶ Piénsese que, lejos de dar solución al problema de la composición del Tribunal de litigios territoriales, lo que se hace es añadir mayores dosis de parcialidad, premeditada, al mismo. Este Tribunal es un órgano federal porque "No se recurre a modalidades arbitrales para zanjar esta clase de conflictos (...) es un órgano federal, ya que es la Constitución federal quien lo instituye". Vid. Michel

Federal incluso muchos años después de la redacción de nuestro Proyecto de 1873. Nos estamos refiriendo a la teoría, mantenida, entre otros, por H. Kelsen¹⁵⁷, que defiende la existencia, en el seno de los Estados Federales, de tres entidades territoriales diferenciadas. Así, en un supuesto de división territorial como el que introducía el Proyecto, se encontraría, de un lado la Federación, de otro los Estados y, finalmente y formado por la unión de estos últimos con la Federación, el Estado global o *Gesamstaat*. Lo relevante de esta teoría, por lo que a nosotros interesa ahora, reside en el hecho de que es en ese *tertium genus* en el que residencian, los partidarios de esta teoría, instituciones tales como el Tribunal Constitucional y en el que, a juzgar por las previsiones en torno a su composición, tal vez pensaron residenciar, anticipándose a las formulaciones del insigne jurista austríaco, el Tribunal Supremo Federal los redactores del Proyecto.

MOUSKHELI, *Teoría...*, cit., pp. 163-164. Para toda la problemática que se deriva de la naturaleza federal de este órgano, las relaciones que mantiene con sus miembros y su significado y, en fin, todo lo relativo a sus caracteres de órgano federal e independiente, cfr. Javier RUIPÉREZ, *Formación...*, cit., pp. 71-77; *La protección...*, cit., pp. 163-168.

¹⁵⁷ La tesis kelseniana, reflejada, precisamente, en el terreno de la pertenencia a uno u otro ente territorial del Tribunal Constitucional puede verse en Hans KELSEN, "Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920", en el vol. *La giustizia costituzionale*, cit., pp 15-16.

El problema fundamental que se deriva de la formulación del "Estado global", además de su escasa fundamentación en el terreno de la realidad¹⁵⁸, es el de sus consecuencias prácticas. Aceptar la existencia de un *Gesamstaat*, que no depende ni del Estado Federal, ni de las colectividades miembros, pero que se impone a ambos, y residenciar en él al órgano que tiene la última palabra en materia de conflictos competenciales, encierra, además un notable peligro. Piénsese que, como ya advirtiera C. Schmitt¹⁵⁹, lo que se logra es convertir a esa instancia suprema en el soberano. De este modo, lo que se está haciendo es desdibujar la verdadera naturaleza de un Tribunal que, paradójicamente, se adjetiva de federal, pero del que desea resaltarse, principalmente, un cierto corte neutral.

En efecto, que se haga hincapié, antes que en ninguna otra circunstancia, en la procedencia territorial de los miembros que habrían de componer el Tribunal Supremo esconde, a nuestro modo de ver, una clara intención de presentar a éste, más que como un auténtico Tribunal federal,

¹⁵⁸ Se trata, en expresión de M. Mouskheli, de un "razonar en el vacío". Cfr. Michel MOUSKHELI, *Teoría...*, cit., p. 164. Cfr., también, Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., pp. 145-149.

¹⁵⁹ Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 353.

como un árbitro de controversias entre los Estados y la Federación. Lo que, en todo caso, se encuentra en total oposición con la propia esencia de este tipo de Estados. A este respecto, importa señalar que fue ya R. Carré de Malberg quien puso de manifiesto que es característico de los Estados Federales el que la competencia para resolver los conflictos entre las distintas colectividades político-territoriales corresponde a la Federación, la cual la ejerce por un órgano propio, y no en virtud de un poder arbitral que proceda de las partes interesadas, como sucedía en las uniones de Estados, "sino en virtud de un poder propio que es el poder justiciero del Estado federal mismo"¹⁶⁰. En cualquier caso, y sea de ello lo que fuere, su consideración como órgano federal no se enerva por el papel que se asigna a las colectividades territoriales en su composición¹⁶¹.

Nótese, sin embargo, que, aún dentro de los postulados que presiden este modo de razonar, tampoco se acomoda, en realidad, la composición del Tribunal al modelo que se tiene en mente, de una suerte de órgano neutral de arbitraje. Decimos esto porque faltan, en la formación

¹⁶⁰ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 129.

¹⁶¹ Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 114.

del Tribunal, Magistrados designados por la Federación, por ese Estado Central del que, según parece, se quería defender a los miembros.

En efecto, el artículo 73 pone el acento en la necesidad de que concurran a la formación del Tribunal Supremo tres Magistrados por cada Estado de la Federación -un total de 51 Magistrados en el momento en que debió entrar en vigor el Proyecto-, pero olvida, sin embargo, que, si lo que se quería lograr era una instancia verdaderamente arbitral, hubiese sido necesario introducir, al lado de los Magistrados de procedencia estatal, un número paritario de Magistrados designados por la Federación.

Proceder del modo en que lo hace el Proyecto significa tanto como invertir, sin solucionar¹⁶², los términos del problema que se pretende resolver. Si la intención que presidió la redacción del artículo 73 fue la de evitar poner en manos de la Federación un mecanismo constrictor de las posibilidades de actuación de los Estados, erigiendo al Tribunal en instancia "neutral", lo que se logra no es, como pudiera parecer, dar solución al problema, sino poner ese mecanismo a disposición de los

¹⁶² Cfr., a este respecto y aunque referido expresamente a las reivindicaciones nacionalistas sobre la composición del actual Tribunal Constitucional español, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 163-178.

miembros. Al menos esta es la conclusión a la que se debe llegar si se aceptan las tesis que conciben las relaciones Federación-Estados miembros en términos de beligerancia, inscribiéndolas dentro de una dialéctica que los presenta en permanente oposición. Ésta es la idea que parece presidir el razonamiento de quienes desorbitan la importancia de la procedencia territorial de los Magistrados que componen los Tribunales dedicados a resolver los litigios que enfrentan a los distintos entes político-territoriales en que se divide el Estado Federal.

Parece, en cualquier caso, que sobre los redactores del Proyecto Federal pesó, una vez más, el modelo norteamericano. Sin embargo, en esta ocasión, los Constituyentes de la I República, antes que poner el acento en la regulación constitucional y legal del Tribunal Supremo de la Unión americana, parece que hubiesen conducido sus intenciones en el sentido de querer evitar la creación de una instancia de corte centralista. Piénsese que, en el momento en que se redacta nuestro Proyecto Federal, el Tribunal Supremo norteamericano había iniciado ya el proceso de transformación de los Estados Unidos en un Estado Federal con un fuerte poder central. La emanación de una serie de resoluciones judiciales del alto Tribunal americano que afirmaban una cierta extensión

interpretativa de los poderes de la Unión en detrimento de los Estados parece que pudo haber pesado en la consideración de los federalistas españoles. En este sentido, con una composición tan escasamente acertada del Tribunal Supremo de la Federación se estaría intentando evitar la reproducción en la República Federal española del proceso a que estamos haciendo referencia.

Sentado lo anterior, deberemos preguntarnos ahora qué otras cualidades, además de su procedencia territorial, deberían poseer los individuos aptos para formar parte del Tribunal Supremo federal. Sin embargo, los datos con los que se puede contar no son, tampoco en este campo, muy abundantes. En efecto, como se acaba de señalar, el Tribunal Supremo Federal iba a estar compuesto por tres Magistrados por cada uno de los Estados miembros de la Federación. Debemos, por ello, entender, dado que en la República Federal cada uno de los Estados contaría con su Poder Judicial propio, que dichos Magistrados habrían de provenir de los cuerpos de Magistrados estatales. Pese a que podría considerarse la posibilidad de que el acceso a la condición de Magistrado del Supremo no requiriese una previa pertenencia a la judicatura, pudiendo, de este modo, designar los Estados a tres personalidades que sólo a partir de su

nombramiento perteneciesen a la judicatura, no parece que, para este caso, dicha alternativa resulte de recibo.

Repárese en que el modelo de Tribunal que estamos estudiando responde a la idea de remodelación de un órgano jurisdiccional ya existente, del que se quiere conservar su tradicional cometido como aplicador del Derecho ordinario, añadiéndole, eso sí, competencias que, aunque inimaginables cuando fue creado, se revelan, en ese momento, imprescindibles. Los Constituyentes de 1873 no quisieron crear un Tribunal Constitucional. De haber sido así, tal vez deberíamos estar reconsiderando la posibilidad de la existencia de Magistrados no necesariamente vinculados a la judicatura ordinaria. Su intención fue rediseñar, en el sentido que estamos analizando, un órgano jurisdiccional formado, conforme a nuestra tradición jurídica, por jueces profesionales y trasponer, en la medida de lo posible, el modelo por el que, explícitamente, declararon mayor admiración, el constituido por el Tribunal Supremo norteamericano. Con esa concepción, un Tribunal formado por miembros que no fuesen peritos en Derecho hubiese resultado, cuanto menos, llamativo.

Sin embargo, no sería posible avanzar más en orden al conocimiento de las características que habrían de concurrir en los Magistrados del Supremo sin conocer qué condiciones se predicen del Poder Judicial de los Estados. En este sentido, aunque no contamos con ningún precepto en el articulado del Proyecto Federal que prevea, de modo expreso, el modo en que ha de configurarse el Poder Judicial de los miembros, sí podría, sin embargo, resultar esclarecedor el conocimiento de las bases, constitucionalizadas, de la organización judicial federal. Ello es así porque, como se vio en su momento, uno de los límites positivos al poder Constituyente de los Estados que se recogió en el articulado del Proyecto constreñía a éstos a realizar, en su Leyes Fundamentales respectivas, una división de poderes "con analogía al tipo federal".

Es por esto que, dada la trascendencia que, a nuestro juicio, alcanza la problemática de la composición del Tribunal Supremo, creemos justificado realizar un acercamiento a la organización judicial que, con el Texto del Proyecto en la mano, nos es dado conocer, esto es, a la organización de los órganos jurisdiccionales de la Federación. En la medida en que las Constituciones estatales que se habrían de aprobar con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución federal estaban

obligadas a configurar un modelo similar de organización judicial, nos será posible obtener una idea, cuanto menos aproximada, del modelo de Magistrado que el malogrado Constituyente de 1873 previó para su más alto organismo jurisdiccional.

Así las cosas, la articulación del Poder Judicial federal tiene acomodo en el Título X del Proyecto. Allí se establece una suerte de organigrama jurisdiccional en cascada. De este modo, la posición inferior dentro de la organización judicial estaría constituida por los Tribunales municipales, que según el número 4.º del Título X¹⁶³ tendrían un carácter electivo -"nombrado directamente por el pueblo", reza el precepto-. Estos Tribunales municipales estarían encargados de dirimir cuestiones de índole menor, debiendo existir en cada Municipio. Parece poder inferirse, además, que podrían estar formados por jueces legos. El escalón subsiguiente lo formarían los Tribunales de distrito, formados ya por jueces de carrera. El Tribunal inmediatamente superior al de distrito es la Audiencia, a la que accederían los jueces de distrito mediante concurso.

¹⁶³ Como se habrá tenido ya ocasión de comprobar, la numeración del Texto del Proyecto federal resulta sumamente defectuosa. Así, el Título X recoge una mezcla de estructuración por números ordinales (hasta un 6º) con la numeración correlativa que retoma, a partir del art. 73, en la mitad de su texto.

En todo caso, no podemos saber si la "analogía" con que, según el Proyecto, deberían los Estados Regionales organizar sus poderes habría alcanzado también a la estructuración de la carrera judicial. Por otro lado, el precedente norteamericano no favorecía la conservación de la unidad de criterio en este asunto, toda vez que Estados Unidos se mezclan, dependiendo del Estado de que se trate, fórmulas de selección de jueces muy variadas. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, tal vez en este concreto punto las posibilidades de trasposición del modelo americano hubiesen resultado escasas. Piénsese que, frente a la consolidación del juez profesional, perito en Derecho de nuestra tradición jurídica¹⁶⁴, que ya era una realidad en 1873, en los Estados Unidos se recogieron los usos propios del orbe jurídico anglosajón -y así, por ejemplo, la existencia de jueces legos al lado de otros *learned in law*¹⁶⁵-, lo que probablemente hubiese provocado la inidoneidad de la fórmula americana para proceder a

¹⁶⁴ Sobre las distintas concepciones del Derecho en las tradiciones jurídicas anglosajona y europeo continental y su corolario en la función judicial, cfr., John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, *passim*, pero señaladamente, para lo concerniente a los jueces y su labor, pp. 66-87.

¹⁶⁵ Para lo relativo a los mecanismos de designación o elección y las condiciones de elegibilidad y cualificación de los jueces, tanto federales como estatales, en Estados Unidos, cfr. 48A *Corpus Juris Secundum* Judges, 12-20. West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1981, pp. 554-568.

organizar el Poder Judicial¹⁶⁶. Tal vez por ello el establecimiento de las condiciones para la pertenencia a la judicatura estatal hubiera estado presidido por una orientación similar a la que el Texto Federal explicitaba en relación a los jueces de la Federación, más acorde con la tradición jurídica romano-canónica o europeo continental. Si lo anterior es cierto, los Magistrados del Tribunal Supremo Federal hubiesen sido jueces de carrera, integrantes del Poder Judicial de los diferentes Estados Regionales de la República y, con toda probabilidad, procedentes de los lugares más altos del escalafón judicial estatal.

Sea de ello lo que fuere, en lo que no cabe albergar dudas, toda vez que aparecen recogidas en el Texto del Proyecto, es en la existencia de una serie condiciones garantizadores que vienen a conformar una suerte de estatuto jurídico de los Magistrados del Tribunal Supremo federal. Así, en primer lugar y del mismo modo que sucede con el resto de jueces y Magistrados de carrera, jueces de distrito y Magistrados de

¹⁶⁶ A este tipo de inconvenientes, derivados de la difícil relación entre tradiciones jurídicas distintas, se ha referido, tanto en relación con el modelo de justicia constitucional que se intenta introducir en 1873, como en cuanto al control difuso en general, Rosa M^a RUIZ LAPEÑA. Para esta autora, en ambos casos se hubiesen hecho patentes "los inconvenientes ofrecidos por el trasvase de un sistema de control adaptado al Derecho anglosajón, a un país como el nuestro de tradición jurídica de derecho continental." Vid. *El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 47.

Audiencias, se establece en el artículo 75, en garantía de su independencia, la prohibición de ser separados, salvo "por sentencia judicial o por acuerdo de Tribunal superior jerárquico". De este modo, la separación del servicio, tal vez la mayor sanción que resultaba posible imponer a un Magistrado en atención a su condición de tal, queda en manos de miembros del propio Poder Judicial, ya tuviese como vehículo una sentencia condenatoria, ya en uso de las facultades disciplinarias de su superior jerárquico.

No es éste, desde luego, el lugar adecuado para enjuiciar la complitud o insuficiencia de esta garantía. Bástenos con señalar que, si bien Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 "vino a confirmar de una forma precisa y coherente aquella ruptura con la justicia del *ancien regime* anticipada en línea de principio por los constituyentes de Cádiz"¹⁶⁷, no es menos cierto que, de manera tradicional, la independencia del Poder Judicial había constituido más un deseo que una realidad, siendo las facultades que en este orden se conferían al Ejecutivo ciertamente extensas¹⁶⁸. Es por ello que la circunstancia de que supuestos como el

¹⁶⁷ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, cit., pp. 44-45.

¹⁶⁸ Los avances en la construcción del constitucionalismo democrático y la independencia judicial habían discurrido siempre paralelos, predominando, sin embargo, las regulaciones que suponían la subordinación del Poder Judicial con

presente quedasen a la sola consideración del Poder Judicial suponía un considerable avance en aras de su independencia, más aún si se tiene en cuenta que tal garantía, lejos de contenerse en una norma de carácter ordinario, quedaba fijada en el propio Texto Constitucional.

Ya como garantía exclusiva de los Magistrados del Tribunal Supremo, prescribe el artículo 76 que únicamente "podrán ser removidos por una Comisión compuesta por iguales partes de representantes del Congreso, del Senado, del Poder Ejecutivo y del mismo Tribunal Supremo". Nótese que, en este caso, con la garantía para la independencia de los Magistrados que supone el precepto, aparece la intervención de representantes de todos los Poderes de la Federación.

Esto supone, en primer término, la introducción de un mecanismo más de balance entre los Poderes en que se halla dividido el

respecto al Ejecutivo, excepción hecha de los Textos Constitucionales de 1812, 1837 y 1869. La Ley Orgánica de 1870 venía a satisfacer, en este sentido, una necesidad largamente sentida. Cfr., en relación con ello, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Poder Judicial...", cit., pp. 63-84, en especial, por lo que se refiere a la situación en el periodo que estamos tratando, pp. 64-65, donde se relata el paso atrás que a estos efectos supondrá la ley adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1882, que dejaba en manos del Gobierno la posibilidad de nombramiento libre de jueces. Vid., también, Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, cit., pp. 124-126.

Estado Federal. En la medida en que se está permitiendo, también al Legislativo y al Ejecutivo, intervenir en la resolución de un conflicto que se suscita en el interior de uno de los órganos constitucionales del Estado, lo que se está haciendo no es sino reconocer, de una parte, la importancia, en abstracto, de la función que dicho Órgano realiza y, de otra, el interés que el resto de los Poderes del Estado tienen en su correcto funcionamiento. Pero, en segundo término, debe advertirse que se trata de la intervención de representantes de los Poderes de la Federación, esto es, no de todos los Poderes en que se halla dividido el Estado Federal en su conjunto, horizontal y verticalmente, sino exclusivamente de los Poderes en que aparece dividida la organización política central. No es ésta una circunstancia desdeñable. Si, como hemos visto, a la formación del Tribunal Supremo federal estaban llamados a concurrir, únicamente, los Estados, lo que sucede ahora es que sólo tendrán intervención, para el supuesto de remoción de Magistrados, órganos federales.

Tal vez pueda explicarse esta circunstancia por dos tipos de razones. En primer lugar, porque, pese a lo atribulado de su composición, el Tribunal Supremo Federal no deja de ser, obvio resulta, un órgano de la Federación y, en este sentido, lógico parece que sean órganos

constitucionales federales, o partes de los mismos, los llamados a intervenir en situaciones como la que se regula en el supuesto del artículo 76 del Proyecto. En segundo lugar, la intervención de los órganos federales en la decisión de remover a Magistrados del Supremo pudiera encontrarse también en el deseo de devolver a aquéllos el protagonismo perdido en la composición del alto Tribunal. Máxime si se tienen en cuenta las importantes resoluciones que el Tribunal Supremo Federal estaba destinado a emitir, ya no sólo en su papel de instancia de resolución de conflictos entre los entes territoriales, sino también como máximo órgano de justicia ordinaria en relación, en principio, con el Derecho federal y como Tribunal de "justicia política".

Debe destacarse, por último, en relación con el estatuto personal de los Magistrados del Supremo, que el Texto Federal omite un dato de indudable relevancia, ya no sólo en el orden de cualidades personales de los más altos jueces del Estado, sino también en el terreno del funcionamiento del Tribunal del que son miembros¹⁶⁹. Nos estamos refiriendo a la duración del cargo que ostentan.

¹⁶⁹ No puede perderse de vista, en este sentido, que, como afirmara H. Kelsen "Il carattere democratico de un tribunale costituzionale (...) può solo dipendere dal modo della sua nomina e dalla sua posizione giuridica". Vid. Hans Kelsen, "Chi dev'essere...", cit., p. 284.

No existe indicación alguna en el Proyecto que se refiera a esta relevante circunstancia. La manera de cubrir el vacío que con esta omisión constitucional se produce podría venir, en principio, de la mano de las Constituciones estatales. En efecto, en la medida en que los Magistrados del Tribunal Supremo Federal habrían de ser designados por cada uno de los Estados miembros de la Federación, bien pudiera suceder que fuesen los Textos Fundamentales estatales los que, al tiempo que establecían las formalidades requeridas para que el nombramiento se produjera, incluyesen la referencia al lapso temporal por el que se entendía conferido el cargo.

La gravedad de esta circunstancia no viene dada exclusivamente por el agravio comparativo que hubiese supuesto, al coexistir Magistrados con *status* diferentes, sino también por la repercusión que habría de tener en lo referente a su independencia. Téngase en cuenta que las condiciones personal-profesionales que conforman el estatuto jurídico individual de los miembros del Tribunal Supremo Federal, al igual que acontece con otras instituciones fundamentales para la vida del Estado, constituye, antes incluso que una garantía en la vertiente personal, una de

las garantías que afectan a su independencia¹⁷⁰). El aseguramiento de remuneraciones, de condiciones de desarrollo de la función, etc, son circunstancias que, afectando primeramente a la esfera personal de los, en este caso, Magistrados, tienen traducción en el funcionamiento del órgano del que forman parte. Bien se puede decir que la independencia personal de los miembros del Tribunal acaba conformando, en unión de otras circunstancias, la independencia del propio órgano.

Sucede, además, que la elección por una duración determinada del cargo de Magistrado puede acabar equivaliendo a la opción por uno u otro modelo de Tribunal, afectando a cuestiones tan fundamentales como la propia durabilidad de la jurisprudencia emanada. En este sentido, las probabilidades de elaboración de una jurisprudencia reiterada y uniforme crecen en la misma dirección que el tiempo de permanencia de los Magistrados en el cargo.

Nuevamente nos hallamos ante un supuesto de silencio normativo al que la práctica, por inexistente, es incapaz de dar respuesta.

¹⁷⁰ Sobre la impotencia de este particular, cfr., por analogía, Wilhelm Karl GECK, "Nombramiento y <<status>> de los Magistrados del Tribunal Constitucional federal de Alemania", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22 (enero-abril, 1988), pp. 175-220.

Y nuevamente parece apropiado traer a colación el ejemplo que, en situaciones como esta, nos ha servido como referente, más o menos válido, para seguir avanzando. Aunque la solución no pueda resultar contundente, resulta obligado recordar que la duración del cargo de Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos era entonces y es ahora, vitalicia, con la única condición de observar "*good behavior*", según estableció el artículo III, sección primera, de la Constitución federal de 1787¹⁷¹.

Si la institución -la *Supreme Court*- y la función -la *judicial review of legislation*- pudieron influir, del modo que hemos visto, en la idea que sobre la justicia constitucional tuvieron nuestros Constituyentes de 1873, bien hubiera podido suceder que esa misma influencia tuviese su reflejo en una legislación posterior que viniese a colmar los vacíos existentes en el diseño constitucional del Tribunal Supremo. Entre ellos, por lo que ahora interesa, lo relativo a la duración del mandato como Magistrado. Baste, para nosotros, con destacar esta posibilidad.

¹⁷¹ Según la sección 1.ª del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, en su inciso segundo, "Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como los inferiores, continuarán en funciones mientras observen buena conducta y recibirán, en períodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su cargo".

En definitiva, el Proyecto Federal de 1873 marca un hito de enorme trascendencia en la Historia Constitucional española y, en concreto, en la evolución de los mecanismos de garantía de la Constitución. La institución que acabamos de analizar, el Tribunal Supremo federal "se convertía así en el primer tribunal constitucional, no sólo de la historia del Derecho público español, sino también del europeo"¹⁷². Si bien, a nuestro entender, más que de "Tribunal Constitucional", término que parece tener mejor acomodo en las instituciones prototípicas del modelo europeo de control de constitucionalidad, resulta más correcta su denominación como Tribunal de justicia constitucional. Esta forma de referirse al Tribunal Supremo de la I República, sin prejuzgar el modelo de control -europeo o americano- al que se adscribe, sí refleja, en cambio, su funcionalidad como garante de la regularidad constitucional de la actividad de los Poderes públicos.

Nuestro Tribunal Supremo Federal se adelantó, efectivamente, varias décadas al momento en que se sitúa, de modo tradicional, la recepción del sistema europeo de control de constitucionalidad, ya se considere que éste se concreta en la República de Weimar, ya se sitúe, con

¹⁷² José Fernando MERINO MERCHÁN, *Regímenes...*, cit., p. 148.

la generalidad de la doctrina, en los Textos Constitucionales checoslovaco y austríaco de 1920. Si bien existen experiencias semejantes, de la mano del fenómeno federal, como en el ya citado caso de Suiza, en las que se pueden reconocer otros precedentes de la formación definitiva del modelo europeo de justicia constitucional, la mayor virtud del Proyecto reside, a nuestro modo de ver, en que constituye la primera tentativa de formular un mecanismo que se concibió como acabado. El constitucionalismo español procedía, de este modo, a sentar un precedente que, aunque imperfecto y confuso en alguno de sus enunciados, merece, a nuestro juicio, la mayor de las consideraciones.

El fenómeno que tiene acogida en el Proyecto Federal representaría así la primera tentativa completa o, al menos, con pretensiones de complitud, de dar forma, en Europa, a una fórmula de control, de naturaleza nítidamente jurídica, para asegurar, de modo efectivo, el principio de supremacía constitucional. Curioso puede resultar, desde luego, que esa primera tentativa europea cumpla mejor las directrices del modelo americano de control de constitucionalidad, control incidental y efectos, en principio, suspensivos de sus sentencias, que de las modelo que, actualmente, se conoce como sistema europeo. Sin embargo, que esta

circunstancia pueda resultar llamativa, no significa que pueda ser calificada de paradójica.

Antes al contrario, como señalamos más arriba, los Constituyentes de 1873 anotaron la experiencia del modelo que consideraron más perfecto de aquello que querían construir. A su disposición se encontraba el precedente de una República que, en total coincidencia con la vocación de la española de aquel tiempo, había edificado su Constitución sobre la base de los principios democrático, liberal, de supremacía y federal y en cuyo desarrollo se había fijado, entre otras, la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de la ley. Bien es cierto que la traducción no fue, tal vez porque no podía serlo, perfecta. Conocido es el dato capital, por ejemplo, de haber hecho coincidir, como elementos del mismo sistema, el control de tipo incidental y la concentración de las facultades revisoras en un único órgano.

Esta última circunstancia, de no haber sido resuelta por alguno de los medios que hemos tenido ocasión de apuntar, hubiera dado entrada, como se advirtió, a una de las mayores imperfecciones técnicas de este particular aspecto del Proyecto. En detrimento de la operatividad práctica

del control hubiera venido, igualmente, la división vertical del Poder Judicial, al menos si ésta hubiese supuesto la ausencia de "comunicación", en el nivel de aplicación judicial, entre los ordenamientos jurídicos estatales y federal.

Por lo que a la consideración del Tribunal Supremo como Tribunal de resolución de controversias territoriales se refiere, bástenos con recordar aquí la incidencia negativa que se hubiera podido derivar de su, técnicamente imperfecta, previsión sobre el modo en que habrían de designarse sus miembros. Lo inadecuado de su composición no hubiese ayudado en nada a que la labor del Alto Tribunal en este terreno pudiese resultar satisfactoria.

Sin embargo, no por esas razones puede desmerecer en nuestra consideración lo que constituyó un noble, y nuevamente malogrado, intento por traer la modernidad, en la práctica totalidad de los órdenes, al régimen político español. No será éste, como sabemos, el único ejemplo de frustración de las expectativas de fundar un verdadero régimen constitucional en España. Si podemos afirmar, con M. Cappelletti, que "Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no

democrático o de una tensión interna importante, puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia constitucional en su forma de gobierno"¹⁷³, bien pudiera decirse que, al menos en lo tocante a los dos momentos de la historia constitucional española en que se intentó defender la Constitución por medio de la jurisdicción constitucional, el que hemos estudiado aquí y la II República, este aserto debe completarse con el fracaso del intento, ahogado a manos de aquellos que, acto seguido, se afanan por restaurar la vigencia de los presupuestos ideológicos con los que, precisamente, el malogrado régimen constitucional, deseaba acabar.

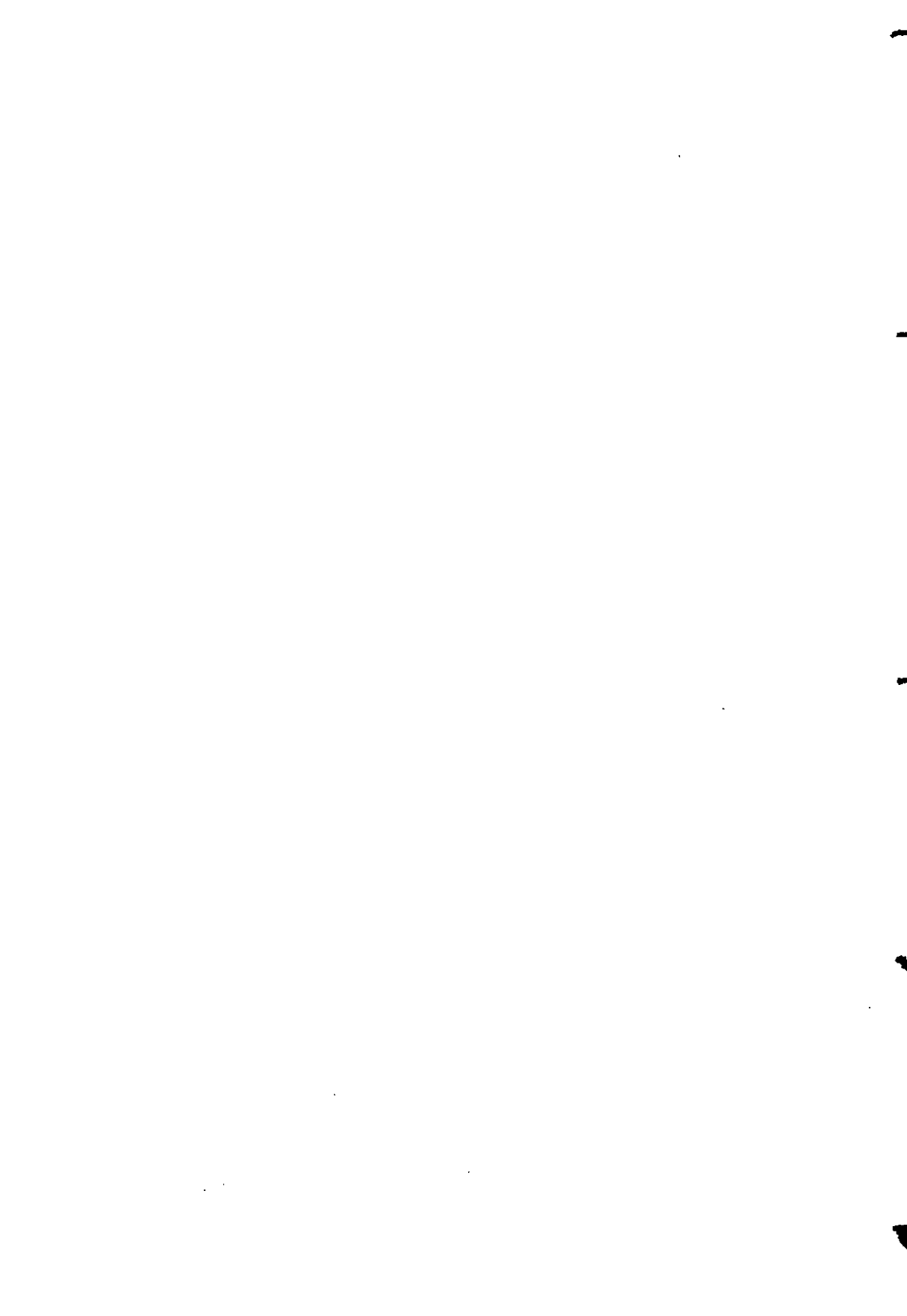
Desde luego no eran ajenos a estos peligros los protagonistas del proceso Constituyente de 1873. En la propia Cámara, en el debate de

¹⁷³ Mauro CAPPELLETTI, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (mayo-agosto 1986), p. 16. Aunque las palabras del Profesor italiano estén pensadas para reflejar acontecimientos de fechas muy posteriores -en concreto del período que siguió a la conclusión de la II Guerra Mundial, de afianzamiento del sistema europeo de control de constitucionalidad- las juzgamos totalmente apropiadas, *salva distantia*, para describir la situación que se produce en la España, tanto de 1873 como de 1931. Recuérdese, por lo que respecta a nuestra I República, que su advenimiento se produce como consecuencia del agotamiento total de los intentos por arbitrar soluciones a los problemas políticos del país con fórmulas basadas en el principio monárquico y la ideología liberal doctrinaria, las cuales reemprenden su actividad tras el primer ocaso republicano y hasta el 14 de abril de 1931.

totalidad del Proyecto, tuvo ocasión de recordarlo en su intervención, en contra, del 11 de agosto, el Diputado Sr. León y Castillo: "La historia dice muy alto y el país lo sabe, que todos los poderes que se han apartado de las ideas, de las tendencias, de los procedimientos y de los principios conservadores, han caído al poco tiempo, hundidos en la ignominia y en el descrédito. Aprovechad la enseñanza"¹⁷⁴.

Sirva su apocalíptica advertencia como descripción del final que la Historia deparó al Proyecto de Constitución Federal de la I República española de 17 de julio de 1873. Y, con él, a la introducción, por vez primera en nuestro país, de un mecanismo jurisdiccional de control de la constitucionalidad de la actuación de los poderes constituidos y, señaladamente, del Legislativo.

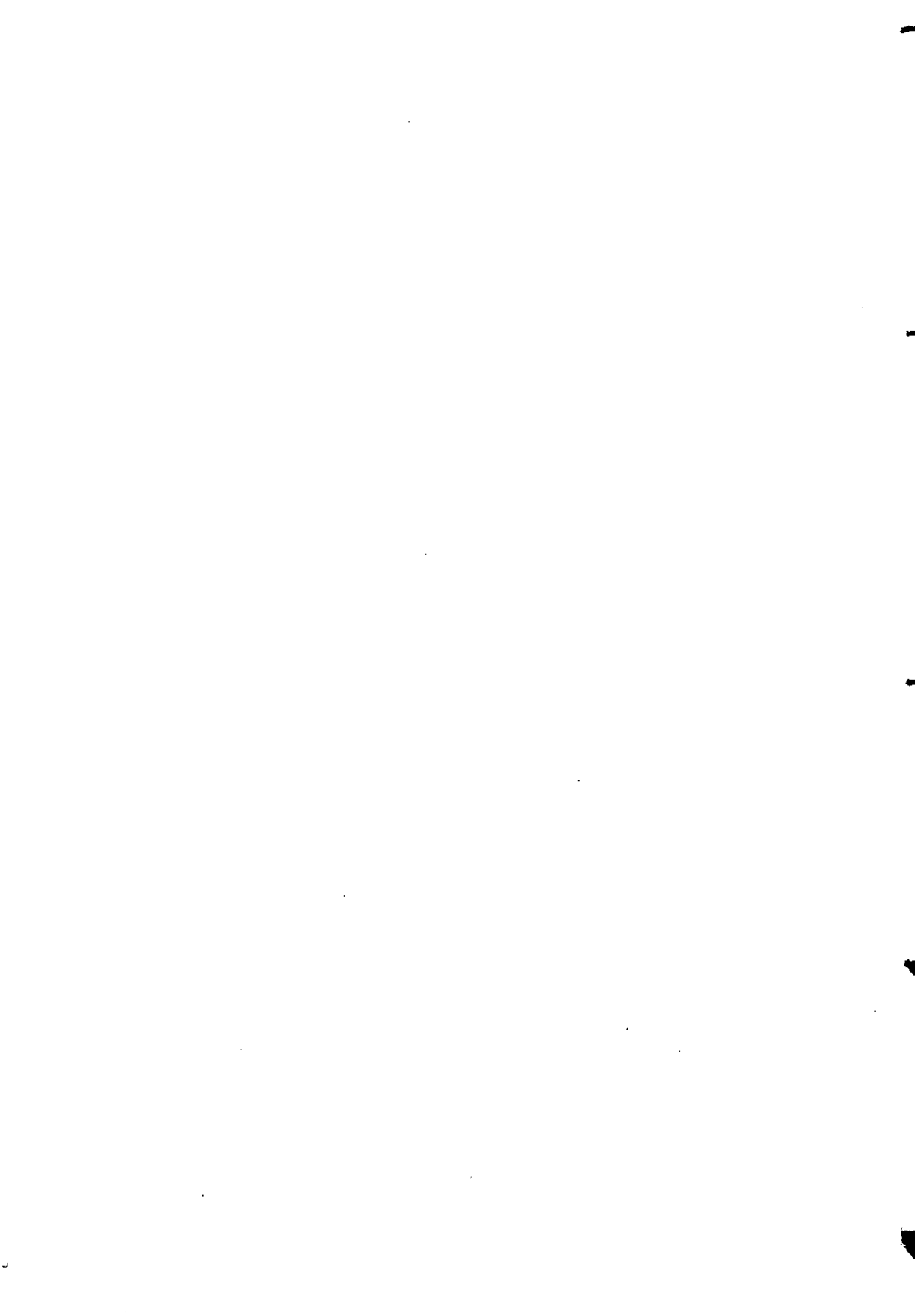
¹⁷⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, Tomo II, n.º 63 (11 de agosto de 1873), p. 1.360. Que la realidad de los acontecimientos posteriores viniese a ratificar el acierto de estas palabras no hace sino poner de manifiesto que, como ha escrito el Prof. Pedro DE VEGA ("Constitución y Democracia", cit., p. 83), "la historia de nuestro constitucionalismo es la historia de una ficción. Ficción que se tolera y se mantiene en la medida que no pasa de ser un juego y que no adquiere la suficiente autonomía para controlar los efectivos resortes del poder. Porque, cuando el constitucionalismo pierde ese carácter ficticio y lúdico (...) las fuerzas conservadoras han de caer sobre él abriendo etapas de dictaduras más o menos encubiertas".



CAPITULO IV

RIGIDEZ Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

EN LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA



1.) LOS CARACTERES GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA II REPÚBLICA

El último de los capítulos en que se divide el presente trabajo, está dedicado al estudio de los medios de defensa de la Constitución arbitrados en el período de nuestra Historia Constitucional que se inaugura con la proclamación de nuestra Segunda República, el 14 de abril de 1931.

En contraposición con lo que sucede con el Proyecto Federal de 1873, la atención que, tanto la Constitución de 1931, como la obra legislativa posterior, han merecido, por parte de los autores, ha sido, sin lugar a dudas, considerablemente mayor¹. Nadie podría objetar que este

¹ Resultaría imposible proceder en este punto a una remisión exhaustiva a las obras que se han dedicado al estudio de nuestra II República. Las perspectivas son múltiples, como ingentes los autores y, a menudo, distintas sus conclusiones. Baste por ello, además de las citas puntuales que a lo largo del capítulo puedan hacerse, con la referencia a las obras, algunas ya conocidas, y que, desde una perspectiva general, atienden al estudio de nuestra Historia Constitucional. Cfr., en este sentido, Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia...*, cit., pp. 461-559. Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones...*, cit., pp. 92-117. Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve*

período de la Historia Constitucional española, y aun de la Historia a secas, ofrece unos caracteres que lo singularizan de modo extraordinario y he ahí donde encuentran su razón de ser los innumerables estudios que, desde las más variadas perspectivas, se le han dedicado.

No pretende este trabajo, entre otras razones porque no le sería posible, abordar con complitud cada uno de los complicados problemas que plantea el Ordenamiento Constitucional español de la época. Muy al contrario, con una pretensión mucho más modesta, nuestro interés se centra, siguiendo la línea que en la presente Memoria hemos venido trazando, en el acercamiento a aquellas instituciones jurídico-políticas encaminadas hacia la protección del orden constitucional de este período histórico. De este modo, intentaremos obtener una visión de conjunto de

historia..., cit., pp. 121-139. Bartolomé CLAVERO, *Evolución...*, cit., pp. 113-143; *Manual...*, cit. pp. 171-232. Antonio TORRES DEL MORAL, *Constitucionalismo histórico español*. Átomo, Madrid, 1986, pp. 167-210. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas...*, cit., pp. 439-689. José Fernando MERINO MERCHÁN, *Regímenes...*, cit., pp. 193-225. Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Introducción...*, cit., pp. 125-153. Joan OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991. Emilio ATTARD, *El Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico jurídico*, Valencia, 1988. Como es evidente, esta referencia general deberá ser completada con las remisiones, que en cada momento se hagan, a las obras jurídicas que vieron la luz en los primeros años de desarrollo constitucional de la República. Éstas, desde su particular punto de vista, revisten especial interés para descubrir la concepción que, de las instituciones que iremos analizando, tenía la doctrina de la época.

los medios con que contaba la Constitución de 1931 para lograr que la práctica jurídico-política que intentaba disciplinar se acomodase a sus previsiones.

Parece, no obstante, obligado, antes de proceder en el sentido apuntado, reseñar, aún de modo sintético, cuáles fueron los caracteres generales del Texto Constitucional en que se insertaban los mecanismos de defensa constitucional cuyo estudio se va a emprender.

En este sentido, se debe comenzar señalando que nuestra Ley Fundamental de 9 de diciembre de 1931 es, ante todo, una verdadera Constitución, en el sentido con que se viene empleando el término en el presente trabajo. Se trata, en efecto, de una Constitución en sentido moderno o técnico, que se acomoda al concepto liberal-burgués o racional normativo, toda vez que responde a los caracteres que identifican y singularizan a los documentos de gobierno del constitucionalismo moderno.

Efectivamente, el Texto de 1931 nace de unas Cortes Constituyentes convocadas con la expresa tarea, entre otras, de acometer su elaboración, elegidas por sufragio universal -aunque sólo masculino en

el ejercicio activo del derecho-, igual, directo y secreto. Convirtiéndose, además, las elecciones de 28 de junio de 1931, en una de las convocatorias electorales desarrolladas con mayor limpieza de toda nuestra Historia Constitucional, hasta aquel momento². En cumplimiento del principio liberal, la Constitución de 1931 establece el mecanismo de la división de poderes, optando por lo que la doctrina denominó "parlamentarismo atenuado"³. Lejos de recoger tan sólo esta división "horizontal" de

² Cfr., al respecto, Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos de la Constitución española de 1931", en el vol. *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Civitas, Madrid, 1981, p. 42. De la misma opinión son Javier TUSELL GÓMEZ, Octavio RUIZ MANJÓN y Genoveva GARCÍA QUEIPO DE LLANO. "Las Constituyentes de 1931: unas elecciones de transición (I)", *Revista de Derecho Político/ U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno. 1981-1982), pp. 189-233, pero en especial, por lo que se refiere a la actitud del Gobierno en la contienda electoral, pp. 195-200. Merece estimarse este dato por lo que tiene de infrecuente en el contexto, tradicional en nuestro país, de elecciones "tuteladas" desde el poder. Y, en este sentido, y, aunque hubo intervención gubernamental "Esto no quiere decir que las elecciones de junio de 1931 fueran elecciones fraudulentas (...) si bien fueron infinitamente más veraces que cualquier elección anterior, incluidas las de abril de 1931, sin embargo distan mucho de lo que puede ser considerada como una elección modélica en un sistema democrático ideal" (p. 197). Pueden consultarse los datos de los resultados electorales en los apéndices preparados por los mismos autores en las pp. 237-270.

³ Cfr., al respecto, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 42-43. El autor, con proverbial visión, señalaba, por lo que a las relaciones Legislativo-Ejecutivo-Presidencia de la República se refiere, que "A nuestro juicio, ésta es una de las materias menos felizmente resueltas, y puede provocar momentos de grave dificultad" (p. 42). Los acontecimientos relacionados con la destitución de N. Alcalá-Zamora, vinieron a dar la razón al insigne Profesor madrileño. En relación con la tipología del régimen parlamentario que introduce el Texto de diciembre de 1931, cfr. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 169-172. Importa, en cualquier

poderes, la Constitución de 1931 puso las bases de un proceso de división "vertical" del Poder político, sentando las reglas de procedimiento a las que habrían de adecuarse los diversos territorios para acceder a la condición de "Región autónoma"⁴. Establece, además, una tabla de Derechos

caso, señalar que, a juicio de K. Loewenstein, la Presidencia de la República en España era una insatisfactoria traducción del modelo norteamericano de elección directa. A esta circunstancia achaca el fracaso de los Textos Constitucionales de entreguerras. Vid. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., pp. 139-140. Debe, sin embargo y a nuestro juicio, matizarse la opinión de este autor, en el sentido de que en la elección del Presidente de la II República la participación directa del Congreso, junto con los compromisarios, atenúa, al menos en vía de principio, los riesgos del presidencialismo sustentado en la relación directa del Jefe del Estado con el Pueblo, como sucediera en Weimar. En cualquier caso, de lo que sí no puede caber duda es de que el fracaso del régimen republicano español de este siglo, obedeciendo a muchos factores convergentes, es de muy difícil conexión, a nuestro entender, con la forma de elección de la Presidencia de la República o con las atribuciones que éste pudiera tener constitucionalmente reconocidas. No parece poder dudarse que, de haber optado el Constituyente de 1931 por una República parlamentaria pura, al estilo, por ejemplo, de la italiana actual, manteniéndose el resto de las variables del Texto y del momento político de aquellos años, el resultado hubiese sido el mismo.

⁴ Se trataba, por tanto, de la regulación, en los artículos 11 y ss. de la Constitución, de un proceso *in fieri*, a la manera que el estableció la vigente Constitución de 1978, en el que la directriz venía marcada por el principio dispositivo o de voluntariedad. No procedía, como vimos sí lo hacía el Proyecto Federal, a una enumeración de las colectividades territoriales, quedando, también este aspecto, aunque reglado, sin concretar. Merece destacarse, en todo caso, que todo el proceso estaba regido por el principio democrático, de modo tal, que pudo afirmarse que "Dans la Constitution espagnole, le regionalisme est subordonné au principe démocratique (...) c'est la volonté du peuple, qui demeure l'arbitre suprême pour tous les problèmes du régionalisme". Vid, al respecto, Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, "La nouvelle Constitution espagnole", *Revue Politique et Parlementaire*, n.º 10 (1932), pp. 129-130. Sobre este particular, cfr. Manuel B. GARCÍA ÁLVAREZ, "La voluntad regional como origen de la autonomía política en la II República", *Sistema* n.º 14 (julio, 1976), pp. 73-93; "Political Autonomy in Spain: A republican solution", *Il Politico*, n.º 1 (1977), pp. 86-103. En relación con el problema autonómico en la II República, cfr. Juan Luis DE SIMÓN TOBALINA, *El*

Fundamentales, en su extenso Título III, en el que destaca la constitucionalización de los derechos sociales, como claro exponente de las tendencias del constitucionalismo de entreguerras a las que nuestro Texto republicano no podía ser ajeno y, de modo particular, parece clara aquí la influencia de la Constitución alemana de 1919⁵. Por lo que se refiere al

Estado autonómico y sus matices federales, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 75-101. José Luis CASCAJO CASTRO, "Notas sobre el ordenamiento constitucional de la Segunda República: la distribución de competencias en el Estado Integral", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 36 (II) (mayo-agosto, 1993), pp. 13-27. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "El << Estado Integral >>: Nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada", en el vol. *La II República española. El primer bienio. III Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España, dirigido por M. Tuñón de Lara*, Siglo XXI de España Editores, S. A., Madrid, 1987, pp. 379-395. Cfr., igualmente y por analogía, Javier RUIPÉREZ, "Principio dispositivo...", cit., pp. 83-110; *Formación...*, cit., pp. 106-112, especialmente, 108; de particular interés, por lo que a la II República se refiere, pp. 137-143. Vid., además, en relación con el sistema de garantía de la autonomía en la Constitución republicana, Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA e Iñaki URRETAVIZCAYA AÑORGA, "Descentralización política y justicia constitucional en la II República", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 36 (tercer cuatrimestre, 1995), pp. 137-167.

⁵ Para Adolfo POSADA (*La nouvelle...*, cit., p. 141) "S'inspirant peut-être d'une façon plus directe de la Constitution allemande de Weimar, elle suite les nouvelles tendances et les conceptions sociales des nouvelles Constitutions". De la misma opinión era B. Mirkin-Guetzévitch, quien entendía que, en este punto del Texto de 1931, "l'influence des nouvelles déclarations d'après guerre se manifeste avant tout dans les tendances sociales, et nous retrouvons une similitude assez grande entre la Constitution espagnole et des dispositions de la Constitution allemande", vid. Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, "La nouvelle...", cit., p. 133. El constitucionalismo europeo de entreguerras representa, en este sentido, una doble transformación en el ámbito de los derechos fundamentales. En primer lugar porque, con la irrupción de los derechos sociales, las tablas de derechos constitucionales se amplían cuantitativamente. Pero, en segundo término, se produce también un cambio, de considerable importancia y de orden cualitativo. Piénsese, que es, precisamente, a partir de este momento cuando los derechos fundamentales, lejos de poder seguir considerándose meras declaraciones retóricas vacías de fuerza normativa en tanto no

haciendo referencia fue el Anteproyecto Constitucional de 1929¹², que ya hemos tenido ocasión de reseñar en páginas anteriores. Posteriormente, a la caída de Primo de Rivera, habría de venir, en los estertores del régimen, la tentativa del Gobierno del general Berenguer de "reanimar" la casi sexagenaria Constitución de 1876, que los doctrinarios liberales españoles, con la tutela de Cánovas, habían dispuesto para el período de la Restauración.

En definitiva, lo que con esto queremos señalar, es que, adoptando una actitud lógica, los Constituyentes de 1931, intentarán que el Texto que elaboran recoja las que ellos entienden son las bases de solución de los problemas a que el país se enfrenta. Entre esta multiplicidad de, en ocasiones ancestrales, problemas se encontraban las reclamaciones de autonomía política, la relación entre la Iglesia y el poder político, los problemas sociales, la cuestión agraria o la propia reforma del ejército¹³.

¹² Vid., en relación con éste, por todos, Mariano GARCÍA CANALES, *El problema constitucional de la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

¹³ Una síntesis de estos problemas con que se enfrenta la República puede verse, por ejemplo, en Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Introducción...*, cit., pp. 132-135. Vid., también, para una visión más pormenorizada de alguno de estos problemas, Manuel TUÑÓN DE LARA, *Tres claves de la Segunda República. La cuestión agraria, los*

En efecto, el carácter rígido del Texto parece presentarse más como una consecuencia lógica de su configuración general, por lo demás plenamente consecuente con el momento histórico en que nace⁷, que como un logro de sus redactores. Hubiese resultado altamente sorprendente y cuestión digna de comentario que una Constitución de las características de la de 9 de diciembre de 1931 no hubiese contenido previsiones sobre su propia reforma. Es ésta una idea generalmente extendida y es por ello que se ha podido afirmar, con acierto, la naturaleza totalmente anacrónica que, en el marco de la II República, tendría un Texto flexible. "En consecuencia [escribe B. Clavero], también la propia supremacía de la Constitución, con toda su formalidad, tiene ahora un alcance bien sustantivo, no cabiendo ya la idea de flexibilidad que a menudo se le ha aplicado"⁸.

⁷ Téngase presente, en este sentido, que la Constitución española de 1931, en tanto que "hija" del constitucionalismo democrático y social, es, verdaderamente, la obra del Poder Constituyente del Pueblo español, ahora ya no como mera declaración teórica, sino en su sentido más pleno y radical. Es en este momento de evolución del constitucionalismo en Europa cuando la lucha entre principio democrático y principio monárquico, a que nos hemos referido repetidas veces a lo largo de la presente Memoria, toca a su fin. El principio de legitimidad aristo-monárquico ha desaparecido, en España como en resto del Europa, a manos del principio de legitimidad democrático. Por eso, no puede extrañar que ahora, cuando se recupera en toda su pureza la significación del término Constitución, como Ley Suprema fruto de la voluntad del Pueblo, se recupere también ese instrumento de garantía de dicha voluntad en que se concreta la rigidez, que había acompañado a las primeras Cartas Constitucionales modernas. Cfr., en tal sentido, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 351-368.

⁸ Bartolomé CLAVERO, *Evolución...*, cit., p. 127.

principio de supremacía constitucional, aspecto de particular interés a los fines del presente trabajo, baste ahora con apuntar que la Constitución española de 1931, en cuanto que obra del Poder Constituyente del Pueblo, se convertía en la Norma jurídica suprema del ordenamiento, en el terreno teórico-formal, mediante la introducción de un procedimiento de reforma constitucional, pero además, asegurando la supremacía teóricamente declarada, con la instauración de un organismo de control de la constitucionalidad de los actos del poder público.

Tal vez no otra cosa pudiera esperarse de la Constitución republicana, caracterizada, como estamos viendo, por un elevado rigor técnico en muchas de sus más importantes formulaciones. Por esta razón, "La Constitution espagnole de 1931 devait être, sous l'impulsion de la doctrine et de l'histoire de notre régime constitutionnel, de type rigide, oeuvre d'une Assemblée nantie du pouvoir constituant: elle implique comme base la spécialité et la supériorité de la loi *constitutionnel*"⁶.

fuesen desarrollados legislativamente, comienzan a rodearse ya de garantías efectivas, normativas y jurisdiccionales, que aseguran su oponibilidad frente a los actos que supongan su vulneración. Cfr., en tal sentido y por todos, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", cit., pp. 174-202.

⁶ Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 226.

mayor o menor fortuna, se intentó dar respuesta los problemas que, de modo secular, venía arrastrando España¹¹. Piénsese que la monarquía, de un modo paralelo a lo que había acontecido antes del advenimiento de la I República, había agotado todas las fórmulas posibles para intentar poner coto a la situación política y social del país, de una evidente tensión.

Estos ensayos del régimen monárquico, basados siempre en el principio autoritario, se mostraron absolutamente ineficaces para afrontar, con seriedad y eficacia, los múltiples y variados problemas que el país padecía. Un reflejo de la sucesión de fórmulas estériles a que estamos

alemana de 1919, la de las Constituciones austríaca y checoeslovaca, de 1920 y la de la Constitución mejicana de 1917, y aún de la uruguaya. En este mismo sentido, cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit, pp. 33-34. El hecho de que la Constitución de 1931 fuese un Texto plenamente coherente con el grado de desarrollo del constitucionalismo de su tiempo no fue algo digno de unánime aplauso, como tendremos oportunidad de reflejar más adelante. En relación con las "improntas" extrajeras o españolas en el Texto, lo que sucedió, a juicio de José Fernando MERINO MERCHÁN (*Regímenes...*, cit., p. 202) fue que "lo que hicieron tanto los miembros de la Comisión Jurídico Asesora como los de la comisión parlamentaria que incorporan los importantes avances jurídicos del momento al texto constitucional, atendiendo, a la vez, el ansia democrática sentida por gran parte del pueblo español garantizando su efectividad; desde este punto de vista, la Constitución de 1931 es genuinamente española, incluso con vocación exportadora de muchos de sus conceptos e instituciones, como lo demuestra el hecho de su influjo posterior en las Constituciones de nueva planta de la segunda posguerra".

¹¹ Un comentario, de primera mano, sobre lo que subyace a los preceptos constitucionales, de peculiar significado, en la medida en que su autor fue Presidente de la comisión de Constitución de las Cortes y de la Comisión Jurídica Asesora, puede verse en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Editorial Reus, Madrid, 1932.

Así las cosas, el Texto Constitucional de 1931 se presenta como una Constitución de una elevada corrección técnica, en las que están presentes, dejando su rastro, las tendencias propias del constitucionalismo europeo posterior a la Primera Guerra Mundial⁹. Se trataba de un Texto indudablemente avanzado, en el que la presencia de las aportaciones del Derecho Constitucional comparado no son desdeñables¹⁰ y en el que, con

⁹ Una de esas tendencias del constitucionalismo de su época que recoge el Texto Constitucional de 9 de diciembre de 1931 será, precisamente, aquélla que constituye la razón de ser del presente trabajo, el creciente interés por la institucionalización de fórmulas que garanticen el compromiso político que la Constitución recoge. Es por ello que se ha podido afirmar que "El Estado democrático en el período de entreguerras se va a debatir constantemente entre la necesidad de garantías jurídicas para poder subsistir como tal Estado democrático y la imposibilidad de imponerlas por la radicalidad del enfrentamiento político sobre el que se eleva (...) El Estado democrático, en especial cuando no es el resultado de un proceso histórico largo en el que se ha gestado un consenso muy amplio entre la población acerca de esa forma política y se han desarrollado unas prácticas políticas que no precisan la formalización jurídica, no puede funcionar sin la mediación racionalizadora del derecho reconocida como tal en el propio texto constitucional. Y esto es lo que en el período de entreguerras resultó en último extremo imposible". Vid. Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 77-78. Las garantías a las que alude el Prof. J. Pérez Royo y, fundamentalmente, la correlación rigidez-control de constitucionalidad, se establecieron, como se sabe, en Checoslovaquia, Austria y España y tuvieron reflejo, igualmente, en el desarrollo del Texto weimariano. A estas Constituciones les cabe el merecimiento de haber puesto las bases prácticas para el establecimiento de las técnicas de garantía que siguen conformando hoy día la base sobre la que se asegura la observancia de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho. Sobre ese proceso del período de entreguerras, cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., *passim*.

¹⁰ Suelen citarse, porque así lo manifestó expresamente Luis Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión Constitucional que presenta el Proyecto de Constitución a las Cortes, como influencias más notables del Texto de 1931, la de la Constitución

Bien es verdad que el sesgo que los Constituyentes den a las problemáticas planteadas va a estar en estrecha relación, como no podía ser de otra manera, con la composición política de la Asamblea. Ésta, como es sabido, era el resultado, aun dentro del pluripartidismo acentuado de la época¹⁴, de una victoria electoral inconcusa de las fuerzas de izquierda, señaladamente socialistas y radicales socialistas¹⁵. Lógico resulta, desde el conocimiento de esta circunstancia, que las opciones del texto Fundamental republicano, sean el reflejo de la ideología de unas fuerzas

aparatos del Estado, Frente Popular, Alianza, Madrid, 1985.

¹⁴ Para una visión de conjunto, aunque profunda, del sistema de partidos políticos en el contexto republicano, cfr. Miguel ARTOLA, *Partidos y programas políticos. 1808-1936. I. Los partidos políticos*, Aguilar, Madrid, 1977, pp. 571-700. Cfr., igualmente, Santos JULIÁ, "Gobernar ¿para quién?. Debilidad de partidos y representación de intereses en la II República", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 137-158. Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, "La agrupación de intereses en la II República: Partidos y Grupos", en M. Ramírez (ed.) y otros, *Estudios sobre la II República española*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 27-46; *Sistema de partidos en España (1931-1990)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, en particular, pp. 17-38 y 39-53.

¹⁵ Por lo que a estos resultados se refiere, cfr., por todos, Javier TUSSEL GÓMEZ, Octavio RUIZ MANJÓN y Genoveva GARCÍA QUEIPO DE LLANO, "Las Constituyentes...", cit., *passim*. Quien fuera el primer Presidente de la República, N. Alcalá-Zamora, explica esta circunstancia por el retraimiento de las fuerzas políticas de la derecha en el proceso electoral previo a la formación de las Cortes Constituyentes, "La culpa -dice- fue, principalmente, de las derechas españolas, de todas las fuerzas sociales que se llaman de orden, y que, desatendiendo los consejos y exhortaciones de algunos pocos aunque clarividentes espíritus, nos dejaron solos a quienes debimos estar lo bastante acompañados para formar mayoría dentro de la Cámara". Vid. Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos...", cit., p. 42.

políticas determinadas, las mismas, por otro lado, que habían contribuido al advenimiento de la República.

No podemos, desde luego, descender ahora al estudio de la repercusión de la *Weltanschauung* de la izquierda en la solución dada por la Constitución de 1931 a los conflictos que se le presentaban a la República. Baste, tan sólo, con recordar las consecuencias que se anudaron a la determinación tomada por las Constituyentes en relación al problema religioso, que se zanja con la aprobación del polémico artículo 26¹⁶. A la inserción de este artículo en el Texto Constitucional se siguió la retirada de

¹⁶ La inclusión de este precepto en la Norma Constitucional suponía dar un giro copernicano a la política tradicional de España en el terreno religioso. En su virtud se habría de pasar de un régimen de confesionalidad del Estado y de protección económica de la Iglesia a la instauración de una política oficial de indiferentismo ante el fenómeno religioso, reduciendo su magnitud al terreno estrictamente privado que, en puridad, le es propio. Por encima de las pasiones que suscitó la discusión del artículo, lo cierto es que, analizado con la frialdad que proporciona el paso del tiempo, y tal vez porque de este modo lo sacamos de su contexto, la dirección tomada por la Asamblea el 13 de octubre de 1931 no se distancia demasiado de las tendencias de la actuación de los Estados modernos en materia religiosa. El precepto, entre otros efectos, suponía: 1.º) la consideración de las Iglesias como asociaciones; 2.º) la prohibición a las corporaciones públicas de favorecer o auxiliar económicamente a las asociaciones religiosas. Esto suponía, como es lógico, la extinción del "presupuesto del Clero" y 3.º) la disolución de las órdenes religiosas que estableciesen voto de obediencia a autoridad distinta a la legítima del Estado. Cfr., sobre el *iter* parlamentario de dicho precepto, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico...*, cit., pp. 183-216. Un comentario de la intervención de D. Manuel Azaña en favor del precepto, donde se pone de manifiesto el origen y la significación de la ya célebre expresión "España ha dejado de ser católica", puede verse en Santos JULIÁ, *Manuel Azaña. Una biografía política. Del Ateneo al Palacio Nacional*, Alianza, Madrid, 1990, pp. 242-256.

la Cámara de los diputados de los grupos agrario y vasconavarro, a excepción de A. Royo Villanova, que representaban el ala derecha del Congreso.

Lo que con esto se quiere significar no es sino que la ideología subyacente en algunos pasajes del articulado del Texto de 1931 provocó que éste no resultase siempre de general aceptación, sobre todo para las fuerzas tradicionales de la monarquía derrotada que, como elementos externos al régimen, dedicaron todos sus esfuerzos no a reformarlo, sino a destruirlo¹⁷, con las fatales consecuencias de todos conocidas. Tal vez

¹⁷ Las actitudes de la derecha tradicional ante las profundas, y necesarias, reformas que la República acometía y su afán de alcanzar el poder en el orden republicano para, desde su interior, minarlo, contribuyeron a la radicalización de las posturas políticas a ambos lados del espectro de partidos, lo cual imposibilitaba la alternancia pacífica de éstos en el poder, toda vez que se vieron arrastrados a posiciones cada vez más extremas. Como dice P. Preston, "Tanto éxito tuvo la táctica de la CEDA y de los agrarios en el bloqueo de la reforma y en la construcción de un partido de masas que el reformismo optimista de los socialistas se transformó en una postura más agresiva y aparentemente revolucionaria. (...) Dada la evidente decisión de la clase obrera de introducir importantes reformas y de la oligarquía de oponerse a ellas, el fracaso de la táctica legalista sólo podía llevar al resurgimiento de la derecha <<catastrofista>> y a la imposición de un Estado corporativo por la fuerza de las armas". Vid, Paul PRESTON, *La destrucción de la democracia en España. Reforma, reacción y revolución en la Segunda República*, Alianza, Madrid, 1987, p. 264. Sobre la actitud de la CEDA, como representante máximo del pensamiento conservador contrarrevolucionario, principalmente a partir de 1933, cfr., por todos, José Ramón MONTERO GIBERT, "La CEDA: el partido contrarrevolucionario hegemónico de la II República", en M. Ramírez Jiménez (ed.) y otros, *Estudios sobre la II República española*, cit., pp. 89-128, en particular, sobre el problema religioso, pp. 112-118, especialmente, pp. 116-117. Cfr., también, Raúl MORODO, *Los orígenes ideológicos del franquismo*:

sea esta la razón de que se haya podido ver a la Constitución de 1931 como uno de los paradigmáticos casos de nominalismo constitucional por exceso¹⁸. De suerte tal que bien pudo afirmar N. Pérez Serrano, "¿Responde al momento actual de España el nuevo texto constitucional? En algunas cosas evidentemente sí; en otras parece que se adelanta un poco más de lo debido"¹⁹.

Acción Española, Alianza, Madrid, 1985.

¹⁸ Esto es, aquella Constitución que se presenta ante una situación que "de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política. Probablemente la decisión política que condujo a promulgar la constitución, o este tipo de constitución, fue prematura". Vid, Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit, p. 218. Merece la pena destacarse que K. Loewenstein, al desarrollar su tesis en torno a la Constitución nominal, pone de manifiesto cómo la voluntad de los "detentadores" (*sic*) del poder y del Pueblo hará posible que, en el futuro, la Constitución se convierta en normativa. Es evidente que en determinados sectores de la sociedad española tal voluntad no existía y ello determinó que este nominalismo del Texto de 1931 no llegase nunca a mudar en normatividad constitucional, sino, muy al contrario, fuese sustituido por un conjunto disperso de autoproclamadas "leyes fundamentales", ejemplo de constitución semántica. En este orden de consideraciones, juzgamos oportuno volver a traer a colación la opinión de O. Bachof, a juicio del eminente profesor alemán "A permanência da Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidadee que ela mesma <<constituiu>>". Vid. Otto BACHOF, *Normas constitucionais...*, cit., p. 11.

¹⁹ Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 44. La actitud que, ante esta circunstancia, propone adoptar el insigne Profesor coincide con la que, según K. Loewenstein, habría de convertir las Constituciones nominales en Constituciones normativas. Este es, a nuestro juicio, el criterio que preside el razonamiento de N. Pérez Serrano cuando afirma que "la filosofía del <<como si>> puede tener en política una eficacia insuperable; para guardar y cumplir la nueva Constitución bastará que la miremos *como si* fuera exactamente el reflejo fidelísimo de los factores de poder que hoy rigen entre nosotros" (pp. 43-44). Esto es, esa Constitución que aspira a ser normativa "se vuelve fuerza actuante cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la

2.) EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA II REPÚBLICA

La Constitución de 9 de diciembre de 1931 es, como ya se ha indicado, un Texto rígido. Por obra de su artículo 125, último del Título IX ("Garantías y reformas de la Constitución") y de la propia Norma Fundamental, se establece un procedimiento distinto, y más dificultoso, para la modificación de la Constitución que el que se arbitra para la elaboración, modificación, o derogación de la legislación ordinaria. De este modo, se produce la recepción del principio de supremacía constitucional, que el instituto de la rigidez comporta²⁰. La inserción del mecanismo de reforma constitucional en el Título dedicado a las garantías del Texto es algo que, de por sí, parece digno de comentario. Se debió esta ubicación

Constitución, cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones, cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional se halla viva no solamente la voluntad de poder sino, sobre todo, la "voluntad de Constitución" (*Wille zur Verfassung*). Vid. Konrad HESSE, "La fuerza normativa....", cit., p. 66.

²⁰ Lo que sucede, como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo es que, como escribe el Prof. P. De Vega, "a través del procedimiento de revisión, más agravado y difícil que el que se sigue para la aprobación, modificación y derogación de las leyes ordinarias (...), al producirse, a nivel formal, la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, la Constitución queda configurada como Ley Suprema". Vid. Pedro DE VEGA, "Comentario al Título X. De la reforma constitucional", en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 359-360.

al pronunciamiento en tal sentido de Adolfo G. Posada, quien formó parte, en calidad de vocal, de la Comisión Jurídica Asesora que elaboró el Anteproyecto de Constitución²¹. Consiguiéndose, con esta opción sistemática, un efecto que, aunque "quizá de escasa relevancia práctica desde el punto de vista jurídico, no deja de ser polémico y, en todo caso, comporta un indudable interés en el ámbito teórico"²².

En efecto, con la inclusión en un mismo Título de las previsiones sobre la modificación del Texto Fundamental y de la regulación

²¹ Así lo ponen de manifiesto M. Contreras y J. R. Montero, para quienes "esta concepción, inalterada a lo largo del proceso constituyente hasta su plasmación final, fue principalmente aportación de Adolfo Posada, a la sazón cualificado vocal de la Comisión Jurídica Asesora que presidiera Ossorio y Gallardo, quien en sus numerosos escritos acogió esta visión de la defensa y garantías de la Constitución". Vid. Manuel CONTRERAS y José Ramón MONTERO "Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la II República española", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), p. 27. En efecto, en su comentario a la Constitución de 1931, A. Posada admitía que, a través de los trabajos de la Comisión Jurídica Asesora había tenido lugar en España la recepción de las teorías que exigían, junto a la consagración constitucional del principio de supremacía, basada en el carácter rígido del Texto, la inclusión de algún mecanismo de control de los actos inconstitucionales. Esta idea era propia, como él mismo nos dice, del constitucionalismo rígido. "L'incorporation [afirmaba] au régime constitutionnel espagnol de cette conception logique, *non* de droit constitutionnel en soi, *mais* du régime de constitution écrite, et surtout *rigide*, a commencé à la Commission juridique". Vid. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 216. De hecho, A. Posada consideraba como uno de los asuntos capitales del Texto Constitucional "Celui de la défense, de la stabilité et transformation de la Constitution élaborée" (*loc. ult. cit.*, p. 121). Vid., igualmente, pp. 121-123, 211-218 y 224-231.

²² Manuel CONTRERAS y José Ramón MONTERO, "Una Constitución...", cit., p. 27.

del organismo llamado a ejercer el control de constitucionalidad lo que se está haciendo es dar entrada a dos tipos de consideraciones que, si bien son distintas, están íntimamente relacionadas. Nos estamos refiriendo, de una parte, al hecho de que los mecanismos de control de constitucionalidad sólo resulten concebibles en el marco del constitucionalismo rígido y, de otra, al entendimiento de la reforma constitucional como el medio fundamental de garantía.

Por lo que se refiere a la primera consideración, con la coincidencia del Tribunal de Garantías y el procedimiento de reforma en el Título IX, lo que se hace no es sino conectar, de manera patente, los dos pilares sobre los que descansa el principio de supremacía constitucional²³. Explicitando, con ello, la íntima relación entre la rigidez de un Texto Constitucional y la posibilidad de, fundándose en el principio de

²³ En el entendimiento de que únicamente será posible la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad, y concretamente de jurisdicción constitucional, en aquellos Textos Constitucionales que hayan consagrado algún procedimiento de reforma que confiera a la Constitución, cuanto menos desde un punto de vista formal, carácter supremo. Es decir, "que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (los Tribunales Constitucionales) sólo tiene sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un Tribunal Constitucional representaría un esperpento". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma....*, cit., p. 70. Cfr., en el mismo sentido, "Jurisdicción...", cit., pp. 283-284. "Constitución y Democracia", cit., pp. 77-78. "Supuestos...", cit., pp. 404-407. Sosteniendo idéntico parecer, cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia....*, cit., pp. 20-21.

supremacía que ésta consagra teóricamente, establecer un mecanismo de fiscalización de la adecuación de las normas jurídicas ordinarias a la Norma Fundamental. Siguiendo esta idea, el Constituyente de 1931 une en un mismo Título a los dos institutos en virtud de los cuales se hace posible, en puridad, hablar del carácter supremo de la Constitución, ya no sólo en un plano teórico, sino también afirmando la idea de supremacía en la práctica.

Sin embargo, ya se ha comprobado, en el estudio que hemos realizado de los Textos de la Historia Constitucional española que tuvieron carácter rígido, que tal afirmación de supremacía en el plano teórico corre el peligro de desvanecerse, de no tener realización práctica, si, a continuación, no se establece, en la propia Constitución o de un modo "espontáneo" -tal como sucedió en Estados Unidos- , un mecanismo de control de la efectividad material del principio de supremacía solemnemente consagrado. Piénsese que, como señaló el Profesor C. Ollero, "El problema de la reforma de las Constituciones está ligado a otros previos del Derecho Constitucional y, sobre todo, a los de las distinciones entre Poder Constituyente y constituido y ley ordinaria y constitucional, problemas

estos dos tan entrañablemente unidos que más propiamente cabría hablar de dos facetas de una misma cuestión fundamental"²⁴.

Es, precisamente, de esa capital distinción entre la Ley Constitucional y la ley ordinaria de donde se extrae el concepto mismo de supremacía constitucional, concepto que abre el camino a la existencia de Tribunales Constitucionales para que éstos, al mismo tiempo, hagan realidad, en el terreno de los hechos, la superioridad jerárquica de la Constitución. Sucede así que, más que por la inserción de un procedimiento concreto de reforma, que dificulte, en mayor o menor medida, las modificaciones formales del Texto Constitucional, por lo que se caracteriza la rigidez es por poner las bases de la distinción entre Poder Constituyente y poder constituido y, lo que resulta trascendental, establecer las distintas esferas de actuación de cada uno de ellos.

Será partiendo de estas distinciones que se haga posible la existencia de medios de control de la constitucionalidad de las leyes, que

²⁴ Carlos OLLERO, *El Derecho Constitucional de la postguerra (apuntes para su estudio)*, Bosch, Barcelona, 1949, p. 146. No fue unánime, sin embargo, el juicio sobre el acierto del Constituyente en este punto. Así, para N. Pérez Serrano, "Este Título engloba dos materias totalmente distintas y de suma importancia, no explicándose en realidad por qué no se ha establecido entre ellas la debida separación". Vid. Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 324.

afirmen, en el terreno práctico, el principio de supremacía²⁵. Tan es así, que, en puridad, el control de constitucionalidad podrá establecerse con independencia de las concretas agravaciones que el Texto reconozca para su reforma. Donde éste demostrará sus mayores virtualidades no será, con mucho, en el concreto *iter* procedimental de revisión que exija, sino, precisamente, en que lo exija, con independencia de qué condiciones se requieran para llevarlo a cabo.

Lo que con esto se quiere significar es que, como sostuvimos en el Capítulo I, será posible la articulación de fórmulas de control de constitucionalidad si, y sólo si, se ha consagrado previamente el carácter rígido del Texto. Pero que, a estos efectos al menos, poco importan las concretas agravaciones que, en comparación con el procedimiento legislativo ordinario, requiera el *amending process*. Lo único que, a estos exclusivos efectos, importa es que tal procedimiento, el que fuere, aun

²⁵ Como afirmó el Prof. C. Ollero, "Sólo partiendo del carácter fundamental de la Constitución como ley escrita superior al resto del ordenamiento jurídico y de la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos puede establecerse la posibilidad de controlar la actividad del legislativo para anular o hacer inaplicable un acto del mismo que contardiga a la Constitución como norma superior obra del poder constituyente". Vid. Carlos OLLERO, *El Derecho...*, cit., p. 130.

aquél que consagre una rigidez mínima, exista²⁶. A nadie se le oculta,

²⁶ Repárese, para confirmar este aserto, en la posibilidad que, sin duda, existiría de establecer el control de constitucionalidad en el marco de Constituciones que únicamente estableciesen, para su modificación, el grado mínimo imaginable de agravación en relación al proceso de emanación de leyes ordinarias. Esta agravación mínima se concretaría en una sola exigencia para proceder a la reforma constitucional, la obligatoriedad de que la reforma se realizase de modo expreso. En un sistema de reforma constitucional en el que, para proceder a su ejecución, no hubiese, en comparación con el proceso de aprobación de leyes ordinarias, diferencia alguna en el órgano que la lleva a cabo, ni en la mayoría requerida, ni existiesen otras fórmulas de agravación, como el referéndum, aun sería posible establecer el control de constitucionalidad si el requisito para la validez de leyes contrarias a la Constitución y posteriores a ella fuese la declaración, en la norma emanada, de con ella se estaba procediendo a la revisión constitucional. Aunque, casi es ocioso reconocerlo, el control en tal supuesto sólo pudiese verificar, límites a la reforma aparte, la constancia, en la ley posterior contraria a la Constitución, de una afirmación en el sentido de que, con ella, se procedía a modificar el Texto Fundamental. Para una opinión no totalmente coincidente con la aquí expuesta, vid. Ignacio DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 62. En cualquier caso debe advertirse que la Constitución que nosotros calificamos como rígida en grado ínfimo es reputada por I. De Otto como flexible. De ahí extrae la consecuencia de que no es necesaria la rigidez para que pueda establecerse el control de constitucionalidad. posición con la que no concordamos. Apunta además I. De Otto que la rigidez "sólo tiene pleno sentido si va acompañado de la exigencia de que la reforma se haga *expresamente*". Cfr., en apoyo de nuestros argumentos y por todos, Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., pp. 248-249. *La reforma del Estatuto...*, cit., pp. 26-28. En relación a estos procedimientos de revisión constitucional con una agravación mínima, y en los que el sujeto capacitado para llevar a cabo la reforma es el mismo que se encuentra legitimado para emanar la legislación ordinaria, C. Mortati señala que "Il minimo de differenziazione si ha nel caso limiti in cui la funzione de la revisione rimane affidata all'organo di legislazione ordinaria che procede a la medesima con la comuna procedura, aggravata solo dall'obbligo dell'audizione del parere, non vincolante, di altro organo". Vid. Costantino MORTATI, *Istituzioni...*, II, cit., p. 1.226. Como supuesto histórico de la realidad a que está haciendo referencia, C. Mortati señala el caso de la "legge fascista 9 dicembre 1928". Parece oportuno apuntar, sin embargo, como ya hemos hecho en otras ocasiones, que, a nuestro juicio, sólo tiene sentido hablar, con rigor, de la problemática de las garantías de un Texto Fundamental cuando éste puede ser calificado, sin ambages, como verdadera Constitución. Buscar precedentes donde, porque los presupuestos de los que se parte son tan opuestos, no puede haberlos, puede llevar a condenar, como indica el Prof. Pedro DE VEGA ("Jurisdicción...", cit., p. 285) "la labor del constitucionalista al más menesteroso y errante de los quehaceres".

desde luego, que, con este singular procedimiento de revisión, resultaría muy difícil beneficiarse del carácter garantista de la reforma²⁷, no obstante, lo relevante en relación a la lógica de los medios de control de constitucionalidad es que la distinción, aun ínfima, entre Constituyente y constituidos exista. Estas distinciones y la consiguiente condición de norma jurídica suprema del Texto Constitucional a ellas anudada, eran conocidas y asumidas, como tendremos ocasión de ver a continuación, por los Padres Fundadores de la II República²⁸, que se pronunciaron, de modo

²⁷ Aquél en cuya virtud no se hace sino proteger a las minorías de la acción reformadora de una coyuntural mayoría. Con razón se ha afirmado que, amén de poder provenir esta garantía del establecimiento de un procedimiento de revisión razonablemente agravado, en rigor, se trata de una garantía consustancial al propio régimen democrático. Cfr., en este sentido, Carl Joachim FRIEDRICH, *La democracia...*, cit., pp. 82-83. Javier RUIPÉREZ, "Funciones...", cit., pp. 40-41; "Una cuestión nuclear...", cit., pp. 48-57.

²⁸ Este aserto será válido, desde luego, sólo para quienes, de modo mayoritario, aceptaron la Constitución, puesto que, a juicio de algunos, "esa distinción entre Cortes Constituyentes y Cortes ordinarias, y entre leyes constitucionales y leyes políticas que no lo sean (¿puede haber alguna ley política que no sea constitucional?), es un producto artificial del doctrinarismo libresco". Vid. Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución española de 1931. Con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta castellana, Valladolid, 1934, p. 346. En todo caso, lo que resulta innegable, por encima de que se mostrasen conformes o no con la finalidad de la distinción, es que estos razonamientos estuvieron en todo momento presentes en la mente de los Constituyentes de 1931. Son numerosas las intervenciones parlamentarias, especialmente con ocasión de la discusión de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, en 1933, en que se pone de manifiesto la elevada preparación, incluso con conocimiento de la más reciente doctrina iuspublicística internacional, de algunos sectores de la Cámara. La relación que, expresamente, establecen entre rigidez del Texto Constitucional y posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad puede verse, por ejemplo, en la intervención del Diputado Javier Elola en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 340 (18 de mayo de 1933),

inequívoco, en tal sentido. Esta es, así pues, una de las ideas a que responde la inclusión, en un mismo Título de la Constitución de 1931, del procedimiento de reforma y del mecanismo de control, concretado en el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Sin embargo, no es ésta la única, ni la más importante, consecuencia que cabe derivar del hecho de que la rigidez y el Tribunal de Garantías compartan un mismo Título. En efecto, la conclusión fundamental que cabe extraer de la ordenación sistemática que preside la labor del Constituyente en relación con el Título IX del Texto Constitucional, es aquella que pone en conexión ambas instituciones con la finalidad a la que, con una acción combinada dentro del sistema, responden. Ésta no es otra que la de servir como medio de garantía de la observancia de la Constitución. Como ha puesto de relieve el Profesor P. De Vega²⁹, "Tres son los aspectos en que opera la reforma en la moderna organización constitucional democrática (...). En primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política.

p. 12.942. En el mismo sentido se pronunció Luis Recaséns Siches, vid. su intervención parlamentaria en el mismo Tomo, n.º 343 (24 de mayo de 1933), p. 13.048.

²⁹ Cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 67-70.

En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía"³⁰. Es, precisamente, desde el entendimiento de que en esta última función garantista reside la singularísima importancia del instituto de la reforma, que se explica y justifica su inclusión en el Título IX, en pie de igualdad con el gran órgano de garantía que crea el Texto, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Los Constituyentes de la II República, como, según se ha visto, habían hecho antes los de 1812, 1869 y 1873, entienden el procedimiento de reforma, ante todo y sobre todo, como el primer baluarte de que dispone el Texto Constitucional.

Fue, a nuestro parecer, el entendimiento de la consagración del principio de rigidez como mecanismo básico de garantía la causa de los numerosos ataques de que fue objeto el procedimiento de reforma que diseñaba el artículo 125 de la Constitución de 1931. Con independencia del juicio que merezca la concreta regulación del procedimiento de revisión que se contiene en este precepto, que será objeto de nuestra atención más adelante, parece conveniente no soslayar las razones que inspiran la acción de los redactores del Texto de 1931 en este particular.

³⁰ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 67. Sobre idéntico asunto, cfr., también, Javier RUIPÉREZ, "Una cuestión nuclear...", cit., pp. 12 y ss.

En este sentido, ya hemos hecho referencia a lo polémicas que, en ocasiones, resultaron algunas de las opciones políticas adoptadas por el Constituyente republicano y, de modo especial, no tanto por su importancia intrínseca cuanto por su carga ideológica, la secularización de la vida pública y la afirmación del indiferentismo como política del Estado frente al fenómeno religioso. Será, precisamente, la aprobación por las Cortes Constituyentes del que pasaría a ser el artículo 26 de la Constitución³¹ el punto de arranque de un movimiento en favor de la reforma del Texto Fundamental³². Es por ello que, conocidos los tremendos ataques de que

³¹ Los ataques al Texto Constitucional pudieron llegar a concretarse en este precepto, porque, a juicio de F. Tomás y Valiente, "Técnica y políticamente la Constitución nació lastrada por este artículo, por esta mala solución de un viejo problema (...) Fue, en verdad, un cartucho detonante que explotó en las manos de sus autores y concedió a sus rivales, cuando no enemigos, argumentos para combatir la obra toda de la Segunda República". Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, "Estado e Iglesia, 1808-1978", en el vol. *Constitución. Estudios de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 138.

³² Ya se ha hecho referencia a la retirada del Congreso de la práctica totalidad de los diputados de la derecha, agrarios y vasco-navarros, que siguió a la aprobación del art. 26. Si el gesto resulta ya bien expresivo de su postura en relación a la Constitución de la República, no lo son menos las posiciones en las que se atrincherarán, desde ese momento, los movimientos desleales al régimen democrático español. Éstos, abanderados bajo el reaccionarismo político, de las clases oligárquicas opuestas a las reformas económico-sociales que la República pretendía acometer, y el fundamentalismo religioso, de los sectores más intransigentes de la Iglesia católica, harán de la destrucción del nuevo orden republicano el caballo de batalla fundamental de su lucha política. Para una visión de conjunto de este, ciertamente frustrante, panorama, cfr. Manuel CONTRERAS y José Ramón MONTERO, "Una Constitución...", cit., pp. 36-63. En cualquier caso, no era la II República el primer momento en el que se plantearon tensiones entre la Iglesia y las transformaciones del aparato estatal, de hecho "La relación entre el Estado y la Iglesia católica es un problema constante en el constitucionalismo

podrá ser objeto la legalidad constitucional republicana, los Constituyentes se apresurarán a construir baluartes defensivos para su obra.

Recuérdese, a este respecto, lo que se ha dicho, en el Capítulo II, en relación con un problema paralelo que se presentó a los redactores de la Constitución de Cádiz. Vimos entonces cómo, sabedores de la amenaza, de cariz político-existencial, que para el modelo de Estado que inauguraban suponía la reacción del absolutismo fernandino, los Constituyentes de 1812 erigieron, al lado del procedimiento de reforma, las barreras defensivas de su Constitución sobre cimientos de naturaleza política. En 1931, cuando el principio de supremacía constitucional es entendido como un verdadero presupuesto de la vida del Estado, cuando la Constitución es entendida como verdadera norma jurídica, y la de mayor rango además, no puede extrañar que la defensa del Texto Fundamental se confíe a institutos, tales como la reforma constitucional y el Tribunal de

español desde sus inicios hasta la actual Constitución". Vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Estado e Iglesia...", cit., p. 115. Cfr., para lo que refiere a los problemas de las relaciones entre la Iglesia y el Estado durante la II República, pp. 133-138. Importa señalar que, en opinión del, brutal e injustamente desaparecido, Prof. Tomás y Valiente, la esencia del problema religioso en la Historia Constitucional española en general radica en que se aborda el fenómeno desde el prisma "relaciones Iglesia-Estado", antes que desde la óptica de la libertad religiosa, se trata, en definitiva, de un problema de "relaciones entre poderes". En 1931 ese enfoque no varía, aunque por primera vez es favorable al Estado, e, incluso, hostil a la Iglesia. (*loc. ult. cit.*, p. 133.)

Garantías, que fundan su actividad en principios de naturaleza jurídica. Desde el conocimiento del destino que la Historia deparó a la Constitución de 1931, tal vez pudiera pensarse que fue ésta una actitud ingenua de los diputados de la Constituyente republicana. No creemos, sin embargo, que fuese así. Se trata, a nuestro juicio, de la única actitud que, en pura lógica, se podía adoptar para poner colofón a un Texto como el de 9 de diciembre. Y es que se trataba de una Constitución que, en el decir de B. Mirkine-Guetzévitch, "au point de vue de la *technique constitutionnelle moderne*, de cette *technique de la liberté* qui, pour nous, est la base du droit constitutionnel - représente un imposant et harmonieux édifice de l'État démocratique (...) que (...) est une synthèse intéressante des nouvelles tendances du droit constitutionnel d'après guerre"³³.

Es claro que, un Texto de tales características, sólo podía responder, al menos en el terreno normativo, a los ataques de que fuese objeto, incorporando las más reputadas instituciones jurídicas de defensa de la Constitución, aquéllas que, en ese plano, siguen constituyendo los más acabados mecanismos de salvaguardia de un Texto Constitucional, a saber, la rigidez y la justicia constitucionales. No puede olvidarse, de todos

³³ Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, "La nouvelle...", cit., pp. 141-142.

modos, que ésta que nosotros tratamos en el presente trabajo es la reacción defensiva consagrada en la propia Constitución -y en su legislación de desarrollo, por lo que se refiere al Tribunal de Garantías Constitucionales- y destinada, fundamentalmente, a la defensa contra ataques de naturaleza jurídica.

Sin embargo, el régimen adoptó, cuando fue necesario, mecanismos de naturaleza distinta, aunque, como no podía ser de otro modo, residenciados en normas jurídicas, que se arbitraron para dar respuesta a ataques que, con independencia de contener o no una violación de la norma constitucional, se dirigían al centro mismo del sistema, suponiendo auténticos embates contra el régimen político democrático, contra el Estado Constitucional como forma de entender la vida de la comunidad políticamente organizada. Entre este tipo de medios de protección del régimen se encuentra la Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931, que pretendió ser la fórmula extraordinaria de contención de los ataques menos sutiles contra la República³⁴.

³⁴ La fórmula consagrada para definir la intención de esta norma fue "República no es desorden". Se trataba, en todo caso, de evitar dos peligros, la violencia de los grupos reaccionarios, por un lado, y el desorden de las fuerzas extremistas, por otro. En el primero de esos significados, esta ley representaba "la voluntad de defender a la República de sus enemigos, que actuaban en las instituciones, pero también en la calle, condujo a la aprobación de una Ley muy dudosamente

Sea de ello lo que sea, no cabe duda de que entre los instrumentos de garantía establecidos por el Constituyente español de 1931, la reforma constitucional se configuraba como el principal de ellos. Desde esta perspectiva, no pueden extrañar las palabras, aunque guiadas por un espíritu crítico -hacia el Texto en general y hacia la regulación del procedimiento de reforma, en particular-, de N. Alcalá-Zamora. Para este último, "El artículo 125 es el parapeto formidable, la fortificación casi invencible en que se estrellan los propósitos de reforma, y se protegen, para subsistir, todos los gravísimos yerros y defectos de nuestra ley fundamental"³⁵.

constitucional, aunque procediera de las mismas Cortes Constituyentes". Vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Estado e Iglesia...", cit., p. 141. Vid., en relación con esta última, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, "La defensa extraordinaria de la República", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 105-135; José Fernando MERINO MERCHÁN, *Regímenes...*, cit., pp. 198-200. En general, sobre el derecho de excepción en la II República, cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales...*, cit., pp. 42-44. En relación con la utilización del Derecho Penal como mecanismo de reacción frente a los ataques a la Constitución, cfr., desde un punto de vista general, Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., pp. 132-134; Klaus STERN, *Derecho...*, cit., pp. 366 y ss.

³⁵ Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos...", cit., p. 255. Parece oportuno recordar que, en cierta medida, a los procedimientos de reforma de los Textos Constitucionales, dadas las consecuencias de índole jurídico-política que su establecimiento comporta, les ha acompañado, desde siempre, una dosis de polémica. En España, en todo caso, no era esta la primera ocasión en que la que las opiniones contrarias a la regulación de la reforma escondían posturas opuestas a la Constitución misma. Lo sucedido, por ejemplo, en la etapa doceañista de que nos ocupamos en el Capítulo II de la Memoria constituye una buena prueba de ello.

Afirmada, de este modo, la función principalmente garantista que se confiere al procedimiento de reforma en el Texto de 1931, lógico resulta cuestionarse el por qué de esta finalidad. Ya se ha anticipado, en cierto modo, la respuesta. En efecto, al dar cuenta de los caracteres generales que conformaron la Constitución de la II República tuvimos la ocasión de remarcar la naturaleza profundamente innovadora que, a la caída de la monarquía, el subsiguiente cambio de régimen supuso. Es por esta razón que no resulta exagerado afirmar que lo que se produce en la España de la II República es un movimiento ciertamente revolucionario, no importando en esta consideración, desde luego, que el giro que comienza el 14 de abril de 1931 se verificase de forma incruenta. Esta es, además, la opinión que sostuvo la doctrina de la época, testigo, y ocasionalmente

protagonista, de los acontecimientos³⁶ que trajeron el nuevo régimen constitucional a nuestro país.

En todo caso, por lo que a nosotros interesa ahora, en el terreno jurídico-constitucional la ruptura revolucionaria es, a nuestro juicio, incuestionable. Ya no sólo por la traducción en el Texto de 1931 de todas las aspiraciones políticas y sociales, propias de una democracia avanzada, que son prototípicas del constitucionalismo de entreguerras, sino también por una consideración de pura técnica jurídica, que se concreta en el hecho de que la legalidad republicana parte de unos presupuestos jurídicos completamente desvinculados del régimen que le antecede. Como, según vimos en su momento, se había producido en Cádiz, la irrupción de la República comporta un cambio fundamental en el esquema de creación del

³⁶ Así, por ejemplo, Nicolás PÉREZ SERRANO (*La Constitución...*, cit., p. 8) no duda en calificar los acontecimientos de los días previos y posteriores al 12 de abril, con la proclamación del Gobierno provisional de "movimiento revolucionario". De la misma opinión es Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 92. Profundizando algo más en sus consideraciones, este último autor matiza, sin embargo, el tipo de revolución que adviene con la España republicana y así podrá afirmar que "Seuls les esprits ingénus ou ignorants de la situation actuelle du monde, et de celle spéciale à l'Espagne, pouvaient espérer que la chute se produirait en se limitant tout entière au changement formel du *Monarque* en *Président*. Les révolutions de caractère *politique* -avec *pronunciamento* et commandants militaires- ne sont plus possibles aujourd'hui. (...) Les problèmes latents dans la conscience de tout peuple moderne, sont plus de *fond* que de structure institutionnelle, ce sont ceux qu'on appelle sociaux, ou d'oppositions de races ou d'incompatibilités culturelles, et les forces qui se trouvent en présence ne sont pas de pure tonalité bourgeoise" (*loc. ult. cit.*, pp. 92-93).

Derecho y la nueva estructura jurídica, que el Texto Constitucional preside, no depende, en modo alguno, de los presupuestos de validez de las normas que existían en el régimen anterior³⁷.

Es desde la consideración de los cambios de todo orden que la Constitución reconoce como cambios revolucionarios de donde nace la necesidad de asegurar la permanencia de la obra de la Asamblea Constituyente mediante el establecimiento de un Texto al que se le confiere carácter rígido. Y he ahí, precisamente, donde reside la más importante misión que está llamado a jugar el procedimiento de reforma en la Constitución de 1931. No es ésta, por otro lado, una actitud ni mucho menos original de de nuestra Ley Fundamental republicana. Ya hemos tenido ocasión de comprobar, cómo los movimientos constitucionales que han sido objeto de particular tratamiento en la presente Memoria se vieron

³⁷ Cfr., en el mismo sentido, Bartolomé CLAVERO, *Manual...*, cit., p. 172, en cuya opinión, con el movimiento republicano se produce "la refundación del orden de Constitución". Aunque, obvio resulta, la promulgación de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 no supuso, como no lo supone la de ninguna Constitución, una derogación del Derecho anterior a ella, sino, antes bien, una suerte de novación en su validez jurídica, explicada ahora en relación con la nueva Constitución. Cfr. en relación con las transformaciones en el sistema de fuentes del Derecho que se produce tras la entrada en vigor de una Constitución, Gustavo ZAGRELSKY, *El sistema...*, cit., p. 5; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 368 y ss.

acompañados por la protección de sus postulados a través del procedimiento de reforma constitucional.

No puede, por eso, extrañar que, como escribe el Profesor C. Ollero, "Históricamente, han coincidido los momentos revolucionarios y postrevolucionarios con las exigencias de rigidez constitucional, fenómeno fácilmente explicable si se tiene en cuenta que después de una conmoción política profunda el órgano constituyente tiende a buscar los medios de consolidar los resultados obtenidos, a asegurar los principios políticos y los esquemas de organización conquistados y con ello a evitar en lo posible nuevos traumas más o menos revolucionarios o contrarrevolucionarios"³⁸. Al dificultar la modificación, el procedimiento de revisión dará estabilidad al Texto y "actuará como un adecuado y eficaz filtro frente a reformas

³⁸ Carlos OLLERO, *El Derecho...*, cit., p. 147. En opinión del primer Presidente de la República, la rigidez del Texto Fundamental fue una de las doctrinas "importadas" por los Padres Fundadores de la Constitución del 9 de diciembre. "Evidentemente [dirá] influyó la Constitución de los Estados Unidos para determinar un tipo ultrarrígido de Ley fundamental, de superlegalidad (...) los Estados Unidos dieron el modelo de Constitución rígida en el sentido de implicar la rigidez garantías extremadas para la observancia y la reforma". Vid. Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos...", cit., pp. 55-56. Esta es, por otra parte, la misma interpretación que los autores actuales realizan del procedimiento de revisión en la Ley Fundamental republicana. Así, por ejemplo, para A. Torres "Se pretendía con la rigidez (...) una vigencia constitucional al abrigo de coyunturales mayorías parlamentarias. Y, desde luego, se consiguió tal efecto, pero no una tranquila vigencia". Vid. Antonio TORRES DEL MORAL, *Constitucionalismo...*, cit., p. 201.

superficiales o irreflexivas que pretendiera llevar a cabo una eventual mayoría parlamentaria"³⁹.

Entre aquéllos coetáneos de la Constitución que no se mostraron favorables con su regulación del procedimiento de reforma, la opinión, evidentemente, no podía ser la misma. Así, por ejemplo, A. Royo Villanova podía afirmar: "Me parece una equivocación el creer que se garantiza la estabilidad de un régimen constitucional poniendo trabas a su reforma. La estabilidad del régimen inglés tiene su fundamento en que allí todos los Parlamentos son constituyentes. [Afirmación, hay que decir, que, al menos en el plano sociológico-político, no resulta del todo cierta] Si la Constitución de 1876 vivió tantos años (...) fué porque según declararon en varias ocasiones los autores de aquella Constitución sus preceptos podían reformarse por el mismo procedimiento ordinario con que se reformaría la ley de aguas"⁴⁰. Con independencia de que discrepemos nosotros no sólo de la conclusión a la que el autor quiere llegar, sino también de alguna de las bases fundamentadoras de su argumento, sus

³⁹ Javier RUIPÉREZ, "Funciones...", cit., p. 39.

⁴⁰ Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución...*, cit., p. 344.

afirmaciones resultan bien esclarecedoras de la posición de quienes, porque se oponían al Texto, se mostraban también contrarios al procedimiento de reforma que venía a garantizar su permanencia, o, cuanto menos, exigía, para su revisión, una madura reflexión previa.

Constatada, de esta suerte, la significación que la agrupación en un mismo Título del establecimiento del órgano de control y del procedimiento de revisión comportaba, cumple ahora entrar a examinar la forma concreta que los Constituyentes de 1931 quisieron dar al *amending process* por ellos diseñado.

Debe, en cualquier caso, señalarse, antes de entrar a comentar el procedimiento, que un tema de la trascendencia de la reforma no fue, sin embargo, objeto de un debate prolongado en el seno de la Asamblea que elaboró la Constitución⁴¹. Los trabajos de la Constituyente en la elaboración del Texto Fundamental se adelantaron considerablemente y era un sentimiento ampliamente consensuado entre los diputados la urgencia en la promulgación de la Norma que constituía su principal objeto de

⁴¹ Cfr., para confirmar este extremo, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico...*, cit., pp. 482-484. Nótese cómo el insigne penalista refleja la ausencia de grandes debates en torno al procedimiento y, en consecuencia, dedica al precepto un exiguo comentario.

atención. El ambiente de premura que presidía los últimos debates provocó la frecuente prolongación de éstos hasta horas muy avanzadas, motivada por la insistencia de los diputados en concluir con celeridad la discusión de los asuntos. Por este motivo sólo merece ser destacada una enmienda presentada por el Sr. Gomáriz⁴², cuya finalidad se concretaba en la introducción de un precepto en el Texto Constitucional que hiciese obligatorio, cada veinte años, el examen de la Constitución para, si se creyese necesario, proceder a su reforma.

La enmienda, en la inteligencia de Gomáriz, no impedía el normal funcionamiento del régimen de reforma tal y como lo conocemos, pero excluiría de los trámites del artículo 125 la revisión cada 20 años. En este sentido se expresaba el diputado radical-socialista, promotor de la enmienda: "sin tener que recurrir a petición de parte [por "procedimiento a petición de parte" debe entenderse el procedimiento de revisión que conocemos] ni al "quorum", se podría revisar la Constitución, reunidas las Cortes, no con carácter constituyente, aunque al revisar la Constitución lo

⁴² Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, apéndice 11 al n.º 69.

tendrían, sino reunidas como Cortes ordinarias precisamente en la época en que haya de revisarse" ⁴³.

Tal vez lo que, con tal propuesta, se pretendía era asegurar una de las finalidades de toda revisión constitucional, como es la constante adecuación entre la realidad política y el Texto Constitucional⁴⁴, posibilitando así que no pierda fuerza normativa. Sin embargo, aun salvando la nobleza de tal intención, el hecho de que se facilitasen los mecanismos que el procedimiento exigía, podría haber redundado, de haber sido aceptada la enmienda, en una transgresión del principio garantista del Texto, toda vez que resultaría fácil crear la sensación de apertura automática de un proceso Constituyente que, en tanto que monopolizado por las Cortes, vendría a quebrar las exigencias del principio democrático, dejando los más amplios poderes en manos de los parlamentarios⁴⁵.

⁴³ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, tomo V, n.º 82, p. 2.726

⁴⁴ Cfr., en tal sentido, por todos, Javier RUIPÉREZ, "Una cuestión nuclear...", cit., pp. 12-33.

⁴⁵ Merece destacarse que, en nuestros días, se han realizado propuestas que, incidiendo en la idea de la necesidad de que exista una permanente coincidencia entre la realidad política y la realidad jurídica positivizada en la Constitución, no comportan sin embargo la desnaturalización de la esencia democrática del procedimiento de reforma. Antes al contrario, lo que estas propuestas recogen no es sino la formación de comisiones técnicas, como las que se conocen en Derecho comparado, formadas por expertos en la materia de la revisión constitucional, que,

Centrando nuestra atención en el procedimiento en sí, debemos comenzar señalando que el artículo 125 de la Constitución republicana⁴⁶ estableció un procedimiento de revisión que muestra gran similitud con los consignados en las Constituciones que le precedieron. Si, en el curso de la Memoria hemos tenido ocasión de comprobar cómo existen determinados caracteres coincidentes en todos los procedimientos de reforma que se han estudiado⁴⁷, lo mismo es también predicable del procedimiento que recogió el Texto de la II República.

sin pretender excluir de ningún modo el normal discurrir del procedimiento de reforma, si dotase a las modificaciones formales del Texto Fundamental, del rigor técnico preciso. Sobre este particular, cfr. Javier RUIPÉREZ, "La reforma...", cit., p. 104; *La protección...*, cit., p. 355.

⁴⁶ El citado precepto era del siguiente tenor: "La Constitución podrá ser reformada: a) A propuesta del Gobierno. b) A propuesta de la cuarta parte de los miembros del Parlamento. En cualquiera de estos casos la propuesta señalará concretamente el artículo o artículos que hayan de suprimirse, reformarse o adicionarse; seguirá los trámites de una ley y requerirá el voto, acorde con la reforma, de las dos terceras partes de los diputados en el ejercicio del cargo, durante los cuatro primeros años de vida constitucional, y la mayoría absoluta en lo sucesivo. Acordada en estos términos la necesidad de la reforma, quedará automáticamente disuelto el Congreso y será convocada nueva elección para dentro del término de sesenta días. La Cámara así elegida, en funciones de Asamblea Constituyente, decidirá sobre la reforma propuesta, y actuará luego como Cortes ordinarias".

⁴⁷ Lo mismo puede decirse por lo que respecta a la Constitución *non-nata* de 1856. En efecto, el procedimiento consignado en el Título XIV del citado Texto Constitucional presentaba un mismo esquema general que el resto de los procedimientos de reforma de nuestra Historia Constitucional, con la fijación del principio de reforma por unas Cortes, su disolución, y la convocatoria de una nueva Asamblea que decide finalmente si ha lugar o no a la revisión propuesta.

Esta similitud en lo formal, unida a la evidente paridad, que ya hemos tenido ocasión de comentar, en lo que hace a la finalidad garantista del procedimiento de revisión, invita, nuevamente a reflexionar sobre la existencia de una cierta conexión en el ánimo que inspira a los redactores de nuestras Constituciones históricas a la hora de proveer a las mismas de mecanismos de garantía jurídica. Ese paralelismo, que, como tónica general, caracteriza a los procedimientos de reforma⁴⁸ viene, en definitiva, a poner de manifiesto que a todas las empresas en favor de la Constitución que se han emprendido en nuestra Historia se las ha querido dotar de la estabilidad que el procedimiento de reforma, como instrumento de defensa jurídica, comporta.

El *iter* de la reforma constitucional en el Texto de 1931 enlazaba, de este modo, pese a que algún autor creyese oportuno calificar la introducción del procedimiento de reforma -junto con alguna otra institución- como cosas "exóticas y notoriamente ajenas a nuestro espíritu

⁴⁸ Cfr. por todos, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 547. Para encuadrar el procedimiento de revisión de la Constitución republicana en el marco de las clasificaciones que de los mismos se han realizado, cfr. Costantino MORTATI, *Istituzioni...*, II, cit., p. 1.227.

nacional"⁴⁹, con la más pura tradición del constitucionalismo español de raíz democrática⁵⁰. Así, por ejemplo, para A. Posada, "telle est la tradition de nos Constitutions, interrompue par nos deux Constitutions doctrinaires (...) qui ne dissent rien du mode de réforme"⁵¹. En efecto, ya se ha tenido oportunidad de señalar, en repetidas ocasiones a lo largo del presente trabajo, que es una constante de los Textos merecedores de ser conceptuados como Constituciones, en el sentido moderno o técnico del término, su condición de *Lex Superior* del ordenamiento, característica que les venía concedida por tratarse de Textos rígidos.

⁴⁹ Nos estamos refiriendo, en concreto, a A. Royo Villanova, quien, como ya hemos tenido ocasión de señalar, juzgaba completamente errónea toda la regulación constitucional conducente a dotar de garantías a la Ley Fundamental. Los calificativos literales que reproducimos en el texto fueron vertidos por el autor en un artículo periodístico que vio la luz al día siguiente de la discusión en la Constituyente del precepto constitucional relativo a la reforma. Este comentario de prensa, bajo el título "Ingenuidad parlamentaria.-La reforma de la Constitución", está recogido en Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución...*, cit., pp. 344-346, a donde nos remitimos.

⁵⁰ Ya hemos tenido ocasión comprobar, en los Capítulos precedentes de la presente Memoria, cómo en la Historia Constitucional española, la rigidez y, con ella, la supremacía, han sido tradicionalmente defendidas desde posiciones políticas progresistas, de suerte tal que Textos Constitucionales como los de 1837, 1845 y 1876, propiciados por los sectores más conservadores, tendrán carácter flexible. El fenómeno no es, por otro lado, exclusivo de nuestro país. Cfr., en relación con todo ello, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 291-292, especialmente, nota 9 de esta última página; "Algunas consideraciones...", cit. pp. 245-246, especialmente, nota 31.

⁵¹ Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 226.

Así las cosas, dando por buenas las similitudes apuntadas, conviene poner de manifiesto un dato que no nos resulta desconocido. Si el Texto de 1931 recoge el testigo, por lo que a la regulación del procedimiento de reforma se refiere, de, entre otras, la Constitución de 1869, parece oportuno recordar ahora que esta última Ley Fundamental fue, como vimos en el Capítulo II, de donde directamente se recogió el procedimiento de reforma que se estableció en el Título XVII del Proyecto de Constitución Federal de 17 de julio de 1873. Comprobamos, de esta suerte, una vez más, los claros paralelismos que, como en su momento adelantamos, existen entre los momentos constitucionales de nuestras dos Repúblicas.

No vamos a insistir ahora en este punto, por lo demás ya sobradamente tratado con anterioridad. Sirva tan sólo esta nueva coincidencia para resaltar una circunstancia que tiene su explicación en el hecho de que, en 1873 como en 1931, "se trata de las dos únicas ocasiones, en la historia constitucional española, en que el problema de la democracia y de la libertad se plantea de una manera radical y sin mixtificaciones de ningún tipo"⁵².

⁵² Pedro DE VEGA, "Jurisdicción...", cit., p. 288.

Visto lo anterior, parece oportuno entrar, sin mayor dilación en la exégesis del procedimiento de reforma. El artículo 125 regula un proceso relativamente prolongado y en el que, de modo tradicional, se han identificado tres fases diferenciadas: propuesta, toma en consideración de la propuesta y aprobación definitiva⁵³, abarcando las dos primeras fases el período de iniciativa de la revisión.

En este sentido, debe comenzarse por hacer hincapié en lo referente a la iniciativa. Corresponde ésta a dos sujetos distintos, aunque muy directamente relacionados, el Gobierno de la República y una cuarta parte de los diputados del Congreso.

No resultó finalmente incluida en la Constitución republicana la iniciativa legislativa popular para la reforma constitucional que confería el Anteproyecto de Constitución al 25% de los ciudadanos con derecho a voto⁵⁴. Merece un juicio negativo la opción tomada en este punto por los

⁵³ Cfr., al respecto, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 333; Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p.228-229; José María FÁBREGAS DEL PILAR, "La reforma constitucional", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 166 (1935), p. 403. Atribuye, este último autor, la "paternidad" de la periodificación del procedimiento, que estima perfecta, a N. Pérez Serrano.

⁵⁴ Cfr. Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., pp. 333-336. Para este autor, "Lo que sorprende considerablemente es que no se haya reconocido al Pueblo

Constituyentes, toda vez que, como señala A. Posada⁵⁵, de haber aceptado la iniciativa popular, el procedimiento de reforma reflejaría en mucha mayor medida el carácter profundamente democrático que se quiso imprimir al Texto ya desde su artículo 1.^o⁵⁶. Sucede, además, que, como consideración de carácter general, extraída del principio democrático, debe reputarse siempre negativamente la opción que suponga un apartamiento de la participación del Pueblo en la toma de decisiones políticas, máxime cuando, como ocurre con la reforma constitucional, éstas pueden conllevar consecuencias de primera magnitud para la vida de la comunidad. En relación con ello, no podemos sino mostrarnos plenamente conformes con

el derecho de iniciativa, que venía consagrado en el Anteproyecto..." (p. 334). En parecidos términos se manifiesta A. POSADA (*La nouvelle...*, cit., pp. 227-228), quien igualmente se duele de que los Constituyentes no creyesen oportuno otorgar este "*saveur démocratique accentuée*" que el procedimiento hubiese adquirido de haberse admitido la legitimación popular para los actos de primera impulsión del *iter* procedimental revisor. La problemática de la iniciativa popular para la reforma constitucional también fue objeto de discusión en el seno de nuestro último proceso Constituyente, con el resultado, de todos conocido, de su exclusión. En opinión del Prof. P. De Vega, "Desde el punto de vista teórico, resulta difícil asimilar que, en un ordenamiento constitucional como el nuestro, donde se proclama la soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, y donde en virtud de esos principios se consagra la iniciativa popular para las leyes ordinarias (art. 87), se la elimine luego para la actuación del poder constituyente". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 134. Sus palabras resultan plenamente trasladables, *mutatis mutandis*, al comentario del Texto de 1931. Cfr., también, en torno al mismo problema, *loc. ult. cit.*, pp. 134-143.

⁵⁵ Cfr. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 228.

⁵⁶ Según el párrafo segundo del primero de los preceptos de la Constitución "Los poderes de todos sus órganos [los de la República, claro está] emanan del pueblo".

el razonamiento de J. Vanossi, para quien, "los distintos supuestos de ejercicio autocrático y de ejercicio democrático del poder constituyente son de rigurosa aplicación a la etapa de revisión de las constituciones"⁵⁷.

⁵⁷ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría...*, I, cit., p. 316. De hecho, el criterio que la mejor doctrina reputa idóneo para clasificar los distintos procedimientos que históricamente se han dado de reforma constitucional, "è quello che si collega alla distinzione delle forme di reggimento: autocratici, aristocratici, democratici, mentre i numerosi sotto-tipi risultano dalle varie combinazioni possibili ad attuarsi fra gli elementi propri di un tipo con alcuni degli altri.". Vid. Costantino MORTATI, voz <<Costituzione...>>, cit., p. 188. Entre esos subtipos a que hace referencia C. Mortati se encontraría el que recogió la Constitución republicana. En él, como sabemos, se da entrada, en el procedimiento globalmente considerado, a tres tipos de sujetos, el Ejecutivo, el Legislativo y el Pueblo organizado en el electorado. Si bien en el seno de un régimen democrático todas esas instancias de poder encuentran legitimada su acción, no por ello deja de ser menos cierto que la atribución de facultades en un o varios momentos del *iter* reformador a alguno de esos sujetos podrá determinar la tendencia, más o menos democrática, que se haya imprimido a la revisión de la Constitución. De ahí deriva la importancia, a que ya hemos tenido ocasión de referirnos, que el procedimiento de reforma adquiere para la calificación política de una Constitución. En este sentido, resulta un lugar común en los regímenes democráticos la atribución de facultades en tal procedimiento a una pluralidad de órganos, tal y como sucede en el art. 125 del Texto de la II República. Sobre este particular cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría...*, cit., p. 172. Para este autor "El material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deudcir el carácter político del régimen". En el mismo sentido que los anteriores, afirma P. De Vega que "es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valora el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución". Vid. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 81. Contrariamente, significa Javier Pérez Royo que poner el acento, ya en la fase de iniciativa, en la mayoría requerida, como sucede con el art. 125 de la Constitución republicana, es característico de los Textos del primer constitucionalismo. Sus procedimientos de reforma, en opinión de este último autor, se caracterizan, precisamente, por gravitar en torno al problema de a quién se confiere el derecho de presentar iniciativas de reforma de la Constitución, habiendo perdido, hoy día, significación política esta fase del proceso de revisión. Cfr., al respecto, Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 127-131.

Debe significarse, en todo caso, que la ausencia de participación popular en la fase de primera impulsión del procedimiento de reforma se veía satisfactoriamente compensada con la necesidad, que trataremos más adelante, de celebración de elecciones legislativas como requisito inexcusable para confirmar la propuesta que presentasen Gobierno o Parlamento.

Por lo que se refiere a los titulares de estos actos de iniciativa como propuesta, ya desde un primer momento se apuntó que la atribución de tal facultad al Gobierno -además de a las Cortes, cuya intervención parecía ineludible- no suponía añadir a la iniciativa parlamentaria un nuevo titular⁵⁸, en el entendimiento de que, en un régimen en el que se había concedido absoluta primacía a la Cámara, aquél no sería más que un reflejo del parecer del Congreso. Parece, en efecto, que así sucedería en la medida en que el Ejecutivo habría de gozar, una vez elegido, de la confianza parlamentaria.

No podemos detenernos ahora en el tratamiento de las relaciones entre los poderes que instituyó la Constitución de 1931. Sí

⁵⁸ Así opina, por ejemplo, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 334.

creemos, sin embargo, oportuno dejar apuntada la intervención que en este proceso podría llegar a tener el Presidente de la República. Éste, como se sabe, nombraba, y separaba, libremente al Presidente del Gobierno⁵⁹ y, aunque no gozaba formalmente de la capacidad para proponer reformas, su elevada posición como más alta Magistratura del Estado parece que le hubiera podido conferir un cierto papel en el proceso de revisión. De hecho, de la Presidencia de la República ocupada por Alcalá-Zamora partió el proyecto de reforma constitucional que finalmente fue presentado a las Cortes⁶⁰.

⁵⁹ Tal atribución le venía conferida por el art. 75 de la Constitución, si bien, la destitución del jefe del Ejecutivo era obligada en el caso de que la Cámara lo hubiese censurado. Cfr., para lo que hace a las relaciones entre el Presidente de la República, el Gobierno y el Parlamento, Javier CORCUERA ATIENZA, "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", *Historia Contemporánea*, n.º 6 (1991), pp. 34-35; Antonio BAR CENDÓN, "El problema del voto de desconfianza en la Constitución española de 1931", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.* n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 85-103.

⁶⁰ Sobre el mismo y sus vicisitudes contamos con información de primera mano, con las virtudes y las carencias que esto supone, cfr., al respecto, Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos...", cit., pp. 65-80, donde se contiene un apéndice con las propuestas concretas. Cfr., también, "Tres años de experiencia constitucional", en el vol *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, cit., pp. 269-274. Es en estas mismas líneas donde N. Alcalá-Zamora pone de relieve, aunque no podamos saber si se trata de un juicio científico o puramente interesado, la relevancia de la posición del Presidente de la República en lo tocante a la reforma de la Constitución. Sobre este último aspecto, en especial, *loc. ult. cit.*, pp. 271-272.

Una última consideración, en lo relativo a los sujetos titulares de la primera iniciativa reformadora, debe realizarse. Aunque no tuviera, en aquel momento, reflejo normativo-constitucional⁶¹, el papel que, en este como en todo acontecimiento del proceso político democrático, debían jugar los partidos políticos, en cuanto que canalizadores de las aspiraciones de la sociedad, no puede desconocerse. Aunque, por la índole del presente estudio, no podamos profundizar en este terreno, parece obligado, al menos, recordar que serían éstos finalmente, los protagonistas, en el terreno de los hechos, del cambio constitucional⁶². Esta circunstancia, que en puridad podría predicarse de cualquier procedimiento de revisión constitucional operado en el marco de una democracia moderna, tiene, si cabe, un reflejo aun mayor en el caso de procedimientos que, como el que comentamos, preceptúan la convocatoria electoral como uno de los

⁶¹ Al respecto escribe R. Blanco que la Constitución republicana contiene, en su art. 62, una referencia clara a los partidos políticos, en tanto que "fracciones políticas". Por este motivo, "aunque el ordenamiento constitucional de la República no reconoce de forma expresa a los partidos, sí que aporta toda una serie de novedosos elementos que van a permitir hablar de un fenómeno jurídico de <<cuasiconstitucionalización>>. (...) Por su parte, los Reglamentos de las Cámaras, tanto el provisional de 1931 como el de 1934, consagran, si bien con distinta intensidad, el importante papel parlamentario de los partidos". Vid. Roberto L. BLANCO VALDÉS, *Los partidos...*, cit., pp. 38-39. Cfr., sobre idéntico particular, José Antonio PORTERO MOLINA, "La constitucionalización de los partidos políticos en la historia constitucional española", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 1 (enero-marzo, 1978), pp. 265-266.

⁶² Cfr., a este respecto, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., p. 34.

requisitos obligados para dar cumplido término a la revisión de la Ley Fundamental.

Resta, por lo que respecta a esta fase de propuesta de la iniciativa reformadora, referirse al "*quorum*" -entiéndase, mayoría-parlamentario requerido y a las formalidades procedimentales exigidas para que el acuerdo quede válidamente adoptado⁶³. La propuesta parlamentaria de reforma de la Constitución ha de partir del 25% del número total de diputados. No parece, en cualquier caso, que se trate de un requisito excesivo, sino, antes bien una exigencia numérica puramente prudente y perfectamente usual. En efecto, como vimos en el Capítulo II, ya los Constituyentes gaditanos habían establecido que la capacidad de proponer reformas a la Constitución correspondiese a veinte diputados, impidiendo que se inciasen los trámites del procedimiento reformador si no existía lo que aquí hemos denominado un "principio de prueba" de la eventual prosperabilidad, esto es, de la toma en consideración de la propuesta.

⁶³ El procedimiento de reforma constitucional fue ordenado, sin innovaciones significativas, por el Reglamento del Congreso de los diputados de 29 de noviembre de 1934, cuyo Título XII ("De la revisión constitucional"), establecía la formación de una comisión de 21 diputados que elaboraría un dictamen a partir de la propuesta de reforma presentada, dictamen con el que comenzaba la discusión sobre la toma en consideración de la iniciativa (arts. 133, en conexión con el art. 52 del citado Reglamento del Congreso).

Cuando de lo que se trata es de introducir modificaciones en la norma constitucional, las cautelas relativas a la necesidad de que el proceso sea consecuencia de una madura reflexión deben reputarse plenamente normales.

Por otro lado, este requisito tendía, al propio tiempo, a evitar que unos pocos diputados obstruccionistas puedan presentar continuas proposiciones de ley de reforma constitucional con el único propósito de alterar el discurrir normal de los trabajos parlamentarios. Fuera de esta pequeña cautela, no tendría sentido, tal como se regula el resto del proceso a continuación, exigir un número considerablemente elevado para que se puedan poner en marcha los actos de primera impulsión del *amending process*. Piénsese que, dado que esa propuesta ha de ser tomada en consideración, acto seguido, por la propia Cámara, será en este ulterior momento, ahora sí con un "*quorum*" -en rigor, mayoría- reforzado, cuando se desplieguen las exigencias de tipo garantista ínsitas en el procedimiento⁶⁴.

⁶⁴ Cfr., por analogía, Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 75-76.

Por lo que a los requisitos formales se refiere, exigibles en todo caso, es decir ya para la iniciativa del Gobierno ya de la cuarta parte de miembros del Parlamento, la propuesta ha de contener expresión de los preceptos concretos a que se extiende y, obviamente, la redacción alternativa, adicional o propuesta de supresión, según el sentido que se haya dado a la revisión. La forma, en general, y dado que el propio precepto habla de "seguir los trámites de una ley"⁶⁵, habría de acomodarse a la habitual en el caso de proyectos o proposiciones de ley que ordinariamente tramitase el Congreso.

Mucho más allá de una significación puramente formal, los requisitos a que estamos haciendo referencia, y señaladamente el que obliga a consignar los preceptos que se pretenden variar, comportan consecuencias importantes para la definición del modelo de reforma ante el que nos encontramos. Nos estamos refiriendo, por un lado, a la imposibilidad, que de ahí se infiere, de acometer, en una única operación, la reforma total del Texto⁶⁶. Límite éste que no resulta desdeñable en orden a configurar el

⁶⁵ Cfr. con la sección séptima del Título VI del Reglamento del Congreso de los Diputados de 29 de noviembre de 1934.

⁶⁶ Cfr., en este sentido, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 334. Coincide en su apreciación Adolfo POSADA (*La nouvelle...*, cit., p. 231), quien expone la coincidencia en este aspecto del art. 125 con preceptos semejantes de las

procedimiento como medio de garantía de las decisiones políticas que la Constitución acoge⁶⁷.

En segundo término, el requisito que comentamos tiene su traducción en una garantía más del respeto a las previsiones de la Constitución sobre su propia reforma. Decimos esto porque, como

Constituciones españolas de 1856 y 1869 -y por esto, añadimos nosotros, con el Proyecto de 1873- y con la belga de 1831. En relación con la imposibilidad de reformas totales recuerda A. Posada que los procedimientos de revisión están pensados para actuar eficazmente en situaciones de normalidad constitucional y, por este motivo, es lícita la introducción de limitaciones, como la de impedir un cambio total del Texto. Recuérdese, a este respecto, que, como vimos con cierto detalle en el Capítulo I de la presente Memoria, el poder que reforma la Constitución es un poder que actúa en un ámbito ciertamente vedado al resto de poderes del Estado Constitucional, mas su actividad no es, en absoluto, libérrima, sino que conoce límites, los primeros de ellos son los constituidos por las propias exigencias del procedimiento de revisión. En cualquier caso, y volviendo al supuesto de la reforma total, su significación sería tan importante que no podría identificarse con la actuación de un simple poder constituido y por ello puede afirmar A. Posada, "Mais on peut penser que, quand l'opinion publique -ou les circonstances- réclament et imposent une réforme totale, c'est-à-dire un changement totale de Constitution, elle sera en dehors de l'hypothèse de normalité constitutionnelle, présupposée dans l'article 125".

⁶⁷ No podemos detenernos ahora en un estudio pormenorizado sobre los límites a la reforma constitucional y en concreto, sobre la problemática de las reformas totales del Texto. Baste por ello con recordar ahora, con J. Ruipérez, que, desde un punto de vista general, y, supuesto que no exista una norma que lo prohíba, como es el caso de la Constitución republicana, que "sí parece admisible la posibilidad de las reformas totales, siempre y cuando con ellas no se pretenda verificar un acto revolucionario, es decir, que, aun en estos casos, habrán de respetarse los principios que caracterizan el orden constitucional en términos generales, y, asimismo, los valores y principios sancionados por el Constituyente, que caracterizan e individualizan el Texto Constitucional de que se trate". Vid. Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., p. 239. Sobre los límites a la reforma total, cfr., en el mismo sentido, Costantino MORTATI, *Istituzioni...*, II, cit., pp. 1.241-1.242.

unánimemente se ha interpretado⁶⁸, el hecho de que se requiera la previa definición de los extremos a que la reforma afectará, comporta la prohibición de que puedan realizarse reformas tácitas de la Ley Fundamental. Éstas, por cuanto que suponen la introducción de un elevado grado de incerteza jurídica, en la rama del ordenamiento dotada de mayor vigor además, resultan siempre perniciosas y es por ello que deben reputarse adecuadas todas las menciones que, de uno u otro modo, tiendan a evitar que la mala técnica de la reforma tácita pueda tener cabida. Por este motivo se ha podido calificar, con rigor, que fue este "uno de los mayores aciertos del Constituyente de 1931 en esta materia"⁶⁹.

La fijación de los artículos a que afecta la propuesta conlleva un tercer efecto, el más evidente de todos ellos. Se trata de que, entendiendo el procedimiento como un conjunto de fases en las que actúan, según la norma les habilita para ello, distintos órganos, (titulares del derecho de propuesta, de la facultad de toma en consideración, de la aprobación...) lo que sucede es que quien resulta competente para actuar

⁶⁸ Sobre este particular, cfr., por todos, Manuel CONTRERAS y José Ramón MONTERO, "Una Constitución...", cit., p. 31; Javier RUIPÉREZ, "Algunas consideraciones...", cit., p. 247.

⁶⁹ Javier RUIPÉREZ, *La reforma del Estatuto...*, cit., p. 26.

en un determinado momento del proceso ve limitada su capacidad de acción por los márgenes que haya señalado el órgano titular de facultades de decisión en la fase anterior. Así las cosas, fijar en la propuesta los preceptos que ésta abarca limita la facultad de quien deba decidir sobre la reforma a la discusión sobre esa parte del articulado, careciendo de facultades para añadir aspectos que el procedimiento, tal y como ha llegado hasta él, no contemplaba.

Dejando, por el momento, a un lado la discusión sobre si tal limitación es posible, parece necesario profundizar un poco más en el problema de quién y con qué extensión, puede encauzar la revisión. Al respecto será de utilidad el uso de la división en fases del procedimiento de reforma que, como se ha dicho, recogieran N. Pérez Serrano y A. Posada⁷⁰. En este sentido, en la primera de las fases, de iniciativa en sentido estricto o iniciativa como propuesta, debe quedar fijada ya la extensión de la iniciativa que se adopta, de modo tal que, el Gobierno o un número no inferior a la cuarta parte de los diputados, tendrán la posibilidad de establecer, desde un principio, los preceptos a que se extiende la facultad de toma en consideración de la reforma por parte del Congreso.

⁷⁰ Vid. *supra* nota 51.

Así pues, quien propone la reforma, fija el ámbito material de la discusión. Las posibilidades de actuación de quien debe tomar en consideración la propuesta presentada se concretarían en decidir el sentido que se imprime a la revisión. Esto es, el Congreso, que puede estimar la propuesta de reforma, carece de posibilidades de extender ésta a preceptos de la Constitución que no figurasen en el proyecto o proposición que se le presenta, pero podrá variar, en todo caso, las redacciones que a esos preceptos tasados se haya dado en la propuesta.

No resulta ya tan claro si están facultadas las Cortes en este momento para tomar en consideración sólo parcialmente la reforma, aceptando que se modifique parte de los artículos consignados en la propuesta, pero rechazando la revisión de otros. Podría pensarse que, de hacerlo así, el Congreso estaría violentando la propuesta, ejerciendo facultades de proposición de las que, en ese momento carece. Nos inclinamos, sin embargo, por pensar que la Cámara está facultada para actuar en el sentido apuntado. El motivo que nos conduce a creerlo así no es otro que la existencia de facultades de propuesta en las propias Cortes. En efecto, no resultaría defendible la posibilidad de que el Congreso redujese la propuesta de reforma si este órgano -o, más exactamente, una

fracción del mismo- no tuviese capacidad de intervención en este terreno, esto es, si el Congreso careciese en absoluto de posibilidades de propuesta de reforma. No obstante, dado que sí las tiene y considerando que para ejercerla válidamente el "*quorum*" que se precisa reunir es considerablemente menor que el que se manifiesta en la toma en consideración, no parece necesario, porque no redundaría en garantía alguna, requerir que se proceda, primero a desestimar la propuesta más amplia originalmente presentada y, en segundo lugar, que se tramite una proposición de ley de reforma que afecte a preceptos que ya constaban en la propuesta originaria.

Vistas las posibilidades de fijación de los términos de la iniciativa por parte de quien la propone, resta referirse, adelantándonos un poco más en el curso del procedimiento de reforma, al modo en que se concreta la fijación del principio de reforma en relación a quien debe aprobar ésta finalmente. Esto es, de lo que se trata es de descubrir en qué sentido y hasta qué punto pueden, las Cortes que adoptan la iniciativa, al acordar el principio de reforma, constreñir las facultades de aquella otra Asamblea que votará finalmente la ley de revisión. Sobre este particular se han barajado, tanto desde el punto de vista doctrinal como en las

experiencias constitucionales, soluciones diversas. De éstas nos dan cuenta, como se ha señalado ya con anterioridad, Joseph Barthélemy y Paul Duez, quienes señalan, al respecto, dos posibles soluciones, a saber: "1º L'organe qui va opérer la révision sera lié par les résolutions de celui qui a décidé la révision (...) son travail de révision ne pourra porter que sur les points indiqués par l'autorité ayant compétence poue décider la révision. On est en présence du *système des pouvoirs limités de l'organe de révision* (...). 2º A ce système, s'oppose celui des *pouvoirs illimités de l'organe de révision*. La décision sur le principe de la révision déclenche le jeu de l'organe de révision, mais ne limite pas son action. Ce système, qui n'aussure pas aux tentatives révisionnistes un freinage aussi grand que le premier, apparait cepedant plus rationnel dans les pays admettant la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, en ce qu'il assure la supériorité définitive de l'organe constituant"⁷¹. Esta última alternativa podría presentar, en opinión de G. Calzada⁷², múltiples problemas⁷³, dada la posibilidad que se abre para que el órgano que

⁷¹ Cfr. Joseph BARTHÉLEMY y Paul DUEZ, *Traité...*, cit., p. 234

⁷² Cfr. Rogelia CALZADA CONDE, *La reforma...*, II, cit., pp. 697-698.

⁷³ Cfr., en relación con ellos, tanto desde una perspectiva general como en el particular supuesto de la reforma del Estatuto gallego, Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 76-78.

aprueba la reforma se sienta desvinculado incluso del sentido o dirección con que se concibió ésta en la fase de iniciativa.

La solución, podría, entonces, venir de la mano de la concepción unitaria del procedimiento de reforma, en la inteligencia de que éste se concreta en un número de fases diferenciadas, en las que los sujetos que dirigen el proceso pueden coincidir o ser distintos, pero en las que, en todo caso, siempre está actuando el poder de reforma⁷⁴. Esto es, cuando se entiende que las facultades que confiere el poder de revisión constitucional se han distribuido a lo largo del curso del procedimiento, se asume que, en puridad, las relaciones entre los distintos agentes que llevan a cabo el procedimiento estarán disciplinadas, exclusivamente, por la reglamentación constitucional de la reforma, en nuestro caso, por el artículo 125.

Por lo que a ésta hace, no parece que puedan albergarse demasiadas dudas a este respecto, pues, tanto de la dicción literal del precepto como del espíritu garantista que lo informa debe colegirse que las posibilidades con que cuentan las Cortes que deciden en última instancia

⁷⁴ Cfr. Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 76-78.

sobre la reforma se ciñen, de modo exclusivo, a aceptar o rechazar ésta en bloque, sin capacidad para ampliar, reducir o modificar ninguno de los extremos que la revisión contempla. La solución sería, entonces, con respecto al Texto de 1931 idéntica a la que se propuso en el comentario de los procedimientos de reforma del resto de nuestras Constituciones históricas. No es de la misma opinión, sin embargo, A. Posada, para éste "l'Assemblée constituante a compétence non seulement pour accepter ou écarter la réforme proposée, mais pour la discuter et la modifier, en s'inspirant dans les décisions du sentiment de l'opinion publique manifesté dans les élections au moyen du Corps électoral"⁷⁵. No obstante, esta posibilidad de discusión que, a juicio del que fuera vocal de la Comisión Jurídica Asesora, tendría la Asamblea parlamentaria, no se extendería, según su misma opinión, más allá de los preceptos afectados por la iniciativa, aspecto en el que sí se encuentra vinculada.

Ello no obstante, a nuestro entender, la vinculación de la Asamblea debe reputarse, como ya hemos adelantado, total, limitándose su labor a emanar, en forma de votación, su opinión sobre una reforma constitucional previamente configurada en todos sus extremos. La razón de

⁷⁵ Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 229-230.

que esto sea así se extrae de la lógica a que responde el *iter* procedimental de la reforma, en el que fácilmente se descubre la intención que presidió la labor de la Constituyente de configurar un procedimiento en el que, próximo a su conclusión, tuviese capital importancia la intervención del Pueblo. Éste, organizado en electorado, concurriría a unas elecciones generales sobre las que -como ya comentamos al analizar el mismo trámite en los Textos de 1812, 1869 y 1873- gravitaría, de modo fundamental, la posición de los partidos políticos en relación a la revisión de la Constitución. Parece, por tanto, que, con mayor motivo si cabe, las facultades de las Cortes que aprueban o rechazan la reforma en último extremo deben interpretarse en un sentido restrictivo. Hacerlo así cerrará las puertas a la apelación demagógica por parte del Parlamento a una supuesta legitimación para acometer enmiendas sin limitación alguna. Por otro lado, la posición del Legislativo no se ve nunca menguada en extremo, toda vez que siempre contará con capacidad para proponer reformas del Texto.

Ni que decir tiene que esta trascendental restricción de las facultades del Congreso a rechazar o aprobar en bloque la ley de reforma fue objeto de dudas, no en lo relativo a su interpretación, aspecto que

resulta incontrovertido, sino en lo relativo al efectivo cumplimiento por parte de la Cámara de la función que le asigna el precepto. N. Pérez Serrano lo expresaba en los siguientes términos: "¿hasta qué punto estará vinculada [la nueva Cámara] por el acuerdo que adoptaran las Cortes precedentes? (...) ¿tendrá que atenerse a decir *sí* o *no* a la iniciativa entonces tramitada y admitida? Así parece en principio, pues sobre ello, y no sobre cosas distintas, se ha pronunciado el Pueblo en la elección celebrada al efecto. Sin embargo, ¿quién será capaz de frenar a unas Cortes Constituyentes? Ni ¿qué recurso eficaz cabe contra sus acuerdos, inapelables y soberanos, como lo son los de la Nación misma que las designara?"⁷⁶. No son, en puridad, infundados los temores de quienes,

⁷⁶ Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 336. Este aspecto que comentamos del procedimiento de reforma es, a juicio de J. M. Fábregas del Pilar, "Una de las más acabadas muestras de candidez que se ha dado en la redacción del art. 125 de la Constitución española vigente [el texto, como se sabe, es de 1935] (...) quienes escribieron ese artículo de nuestro texto constitucional abrigaron, sin duda, la esperanza de que, acordada la reforma de la Constitución, ésta no pudiera salirse de los cauces que en la proposición originaria se le hubieran trazado". Tales garantías resultaban, a juicio de este autor, inútiles, "porque las nuevas Cortes, las que se convoquen con el carácter de constituyentes, se ajustarán en sus deliberaciones y acuerdos a los planes formulados por las anteriores o se separarán de ellos, según les venga en gana (...) pues es absolutamente inadmisibles que un Parlamento constituyente no pueda hacer, precisamente por serlo, lo que a diario hacen los Parlamentos ordinarios (...) ¿Es que se cree posible declarar inconstitucional la reforma de la Constitución acordada por unas Cortes constituyentes, por no haberse ajustado a los puntos concretos acordados por unas Cortes ordinarias? ¿Pero qué galimatías es este y a dónde se va a parar por estos vericuetos?". Vid. José María FÁBREGAS DEL PILAR, "La reforma...", cit., p. 404. Lo demoledor de esta crítica sucumbe cuando, tratada la problemática en sus justos términos, se procede, en un juicio cabal y ponderado de la controversia, a examinar

conocedores de la dinámica a que puede conducir esta suerte de *appel au peuple* que el procedimiento de reforma establece⁷⁷, se cuestionan la viabilidad del mecanismo de revisión en este punto. Ello no obstante, interpretaciones interesadas aparte, no es menos cierto que, considerado en sus justos términos, el papel que se asigna a esas Cortes que votan la reforma no es, en esencia, distinto del que se les reconoce en otras fases del procedimiento. Es, en todo caso, desde el entendimiento del poder de reforma como un poder constituido, aunque extraordinario en cuanto que ejerce una actividad Constituyente, desde donde toda suspicacia en relación con la actuación de las Cortes carece de sentido.

el asunto con rigor. Desde esta perspectiva, la confusión desaparece y es posible concluir que, en efecto, las Cortes que actúan "en funciones de Asamblea Constituyente" se encuentran vinculadas por el principio de reforma, por los motivos que más arriba se han explicitado. Debe señalarse, para concluir, y aun a riesgo de resultar reiterativos, que esa Asamblea que J. M. Fábregas, de la mano del propio Texto Constitucional de 1931, calificara de "Constituyente" lo es, en efecto, pero un Poder Constituyente-constituido. Lo primero por su cometido: suprimir, añadir o modificar partes de la Ley Fundamental del Estado. Lo segundo porque su actuación está, en todo caso, sujeta a límites. Dentro de éstos, son particularmente relevantes, en orden a valorar las posibilidades de acción con que cuenta la Asamblea que vota la ley de reforma, los límites formales. Tal consideración debe tener la prohibición que tienen los últimos agentes que actúan en el procedimiento de revisión de hacer algo más que votar en favor o en contra de ésta.

⁷⁷ Sobre los riesgos que pudiera llegar a comportar una institución de democracia directa en relación con el procedimiento de reforma y el medio de conjurarlos, cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 121-127; Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 144-150.

En efecto, cuando, más allá de la confusión terminológica que el mismo artículo 125 propicia⁷⁸, se entiende que el poder de reforma es "un poder regulado y ordenado en el texto constitucional (...) que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere"⁷⁹, la incertidumbre, en este terreno, queda despejada. Una Cámara que, lejos de ceñir su actividad a aprobar o rechazar la revisión, modificase de algún modo la iniciativa, estaría ejerciendo competencias que la Ley Constitucional le veda y, por ello, su actuación debería reputarse contraria a la Constitución⁸⁰.

En el marco de la Constitución republicana, además, es posible hallar el mecanismo adecuado con el que dar respuesta al último de los

⁷⁸ Salvo por lo que respecta a la Constitución de Cádiz, que, como se recordará, hace referencia a "poderes especiales", la expresión es la consagrada en el resto de los Textos Históricos españoles. Como se ha tenido ocasión de comprobar, la misma aparece en los arts. 111 de la Constitución de 1869, 117 del Proyecto Federal e, igualmente, en el art. 89 de la Constitución *non-nata* de 1856. En todo caso, de la comparación de todos esos preceptos lo que, a nuestro entender, se desprende no es sino el deseo por dejar sentado que las Cortes llamadas a decidir finalmente sobre la revisión únicamente poseen facultad para introducir variaciones en el orden constitucional cuando se pronuncian, en favor o en contra, de la iniciativa de la reforma.

⁷⁹ Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 236-237.

⁸⁰ En el mismo sentido de que el órgano que aprueba la revisión se encuentra vinculado por la iniciativa que ha adoptado quien le ha precedido en el curso del procedimiento, cfr. Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría...*, I, cit., pp. 334-338.

interrogantes que N. Pérez Serrano se planteaba. En este sentido, una reforma constitucional operada sin observar las previsiones que el Texto establece, sería susceptible de impugnación, vía recurso de inconstitucionalidad, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, quien, verificado el incumplimiento procedimental, se encontraría obligado a declarar su invalidez⁸¹.

Sea de ello lo que sea, lo cierto es que, incluso si se niega validez a los límites a la reforma constitucional que no estén expresamente consignados en la propia Ley Fundamental, debe resultar incuestionable la existencia de, al menos, una obligación que le viene impuesta al poder de reforma, respetar los trámites procedimentales que el Texto prevé para su modificación. Dado que, en el supuesto que analizamos, la actuación de las Cortes que no respetasen los términos de la iniciativa, supondría la no

⁸¹ En relación con la posibilidad de someter las leyes de reforma de la Constitución al juicio de constitucionalidad, vid. *supra*, pp. 102 y ss. cfr., en cualquier caso, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 296-302; Klaus STERN, *Derecho...*, cit., pp. 269-270; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (enero-abril, 1981), pp. 91-92; Javier RUIPÉREZ, "Una cuestión nuclear...", cit., pp. 58-62. Los argumentos que aportan estos autores a partir de la exégesis de los Códigos Constitucionales que estudian -la *Grundgesetz* de 1949 y la vigente Constitución española- son plenamente trasladables, a nuestro modo de ver, al supuesto del control de la regularidad constitucional de las revisiones de la Constitución de 1931 por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales.

observancia de las prescripciones del procedimiento, no parece difícil concluir que habría de ser al Tribunal de Garantías Constitucionales al que se pudiera recurrir en un caso semejante.

Retomando el comentario del procedimiento en el punto en que lo habíamos dejado, concluida la fase que denominamos de iniciativa como propuesta o iniciativa estricta, se abre un segundo período, aun dentro de la iniciativa, el relativo a su toma en consideración. En este aspecto del procedimiento, nuestro Constituyente de 1931 recoge la solución que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, se erige en la regla general en Derecho Constitucional comparado. En efecto, el sujeto facultado para considerar la pertinencia de una propuesta de reforma constitucional, ya parta ésta del Gobierno, ya del 25% de los Diputados, es, en todo caso, el Congreso. Se convierte, de esta suerte, al órgano legislativo en el primer tamiz frente a propuestas de revisión del Texto Constitucional irreflexivas o escasamente consensuadas. Salvo las cautelas en relación al número de parlamentarios necesarios para hacer la propuesta, es éste momento procedimental el primero en que van a ponerse en marcha las virtualidades garantistas de la revisión. Es esto así por cuanto que será en la toma en

consideración donde el proyecto de reforma tendrá que demostrar, por vez primera, el respaldo que ha obtenido.

El número de parlamentarios que se tendrán que mostrar conformes con la propuesta de reforma, para que se entienda tomada en consideración, es de dos tercios de la Cámara, durante los cuatro primeros años de vigencia del Texto, y la mayoría absoluta de la misma, en lo sucesivo. Huyendo de posiciones extremas e intentando someter a un análisis racional el grado de agravación así planteado, las críticas desafortunadas a la dificultad del procedimiento no pueden por menos que desvanecerse. Los juicios que vieron en el procedimiento de reforma del Texto una "rígida y restrictiva reglamentación", haciendo parecer que "Nada de cuanto es humanamente previsible, falta en la Constitución española para asegurar su estabilidad"⁸², se muestran, entonces, exagerados. Piénsese que, aunque, en efecto, requerir la anuencia de las dos terceras partes del cuerpo legislativo para la toma en consideración de una iniciativa de reforma constituye un grado de dificultad considerable, esta cualificación extrema tiene exclusivamente una vigencia temporal

⁸² Ambas expresiones en José María FÁBREGAS DEL PILAR, "La reforma...", cit., p. 402.

reducida⁸³ (4 años), reduciéndose a la exigencia de mayoría absoluta posteriormente.

La agravación del "*quorum*", tanto en este momento del procedimiento como a la hora de aprobar de modo definitivo la reforma, para esta primera etapa de vigencia de la Constitución, se presenta, entonces como un medio lógico, y que no nos es tampoco ajeno en el Derecho histórico, para asegurar la puesta en marcha de la vida constitucional, desterrando, en lo posible, las dosis de inestabilidad que tan negativamente pueden incidir en la consolidación del naciente Estado Constitucional. Como ya hemos tenido ocasión de ver, la rigidez se presenta como el medio de defensa de una obra transformadora, de una verdadera revolución, a la que la Constituyente ha dado ropaje jurídico a través del Texto Constitucional⁸⁴. Pretender interpretar que el requerimiento de dos tercios del Parlamento en los cuatro primeros años de aplicación de la Constitución hipoteca la posibilidad de los cambios que

⁸³ Esta circunstancia motivó que N. Pérez Serrano, dirigiendo su crítica en un sentido técnico, juzgase que más acertada haber incluido esta agravación temporal en una Disposición Transitoria. Cfr., en tal sentido, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 335.

⁸⁴ Circunstancia de la que, por otro lado, son plenamente conscientes los detractores del procedimiento. Cfr., por todos, José María FÁBREGAS DEL PILAR, "La reforma...", cit., p. 402.

en el futuro se muestren necesarios resulta, por ello, a nuestro modo de ver, altamente exagerado.

Por lo demás, si se pone el acento en la circunstancia de que, pasado el 9 de diciembre de 1935, lo exigido era la mayoría absoluta de diputados, tanto en la toma en consideración como en la aprobación definitiva, resulta obligado concluir que, al menos en este aspecto, el procedimiento de reforma de la Constitución de 1931 no resultaba, en absoluto, dificultoso. Piénsese que, aunque el requisito de la mayoría absoluta suponga introducir la cualificación en el principio democrático de adopción de acuerdos por simple mayoría, no resulta, en todo caso, ni mucho menos inalcanzable. Antes al contrario, nos atreveríamos a decir que, si no se hubiesen consignado en el procedimiento de reforma otro tipo de dificultades como las que a continuación veremos, la agravación podría reputarse ciertamente escasa. La crítica, en tal supuesto, habría de incidir precisamente en la circunstancia de que la mayoría absoluta no supone, por sí sola, traba bastante como para encontrar en la rigidez del Texto una garantía verdaderamente eficaz.

Adoptada, por la mayoría comentada, la propuesta de reforma, se produce la disolución automática del Congreso, procediéndose a la elección popular de una nueva Cámara en un plazo no superior a 60 días, aspectos del procedimiento que merecen ser comentados.

Por lo que a la disolución del Congreso que da forma definitiva a la iniciativa se refiere, ha de significarse que, como ya acertara a ver N. Pérez Serrano⁸⁵, la introducción habría de suponer, cuanto menos, la postergación hasta el final de la correspondiente legislatura de toda discusión que diese entrada a la adopción de una iniciativa de reforma constitucional. Parece, en efecto, que la incertidumbre ante la posible pérdida de un acta de Diputado que, de otro modo, no estaría obligada a expirar, podría suponer el tratamiento reticente por parte de los parlamentarios a los intentos de revisión.

⁸⁵ A juicio del Profesor madrileño el requisito de la disolución automática añadía una dosis de dificultad al procedimiento que no resulta desdeñable. "Es humano [dirá], demasiado humano el instinto de conservación, y no vale exigir heroísmos colectivos; por lo cual cabe desde ahora predecir que las iniciativas de reforma no se tramitarán hasta las postrimerías de cada Parlamento, o correrán el grave riesgo de sucumbir si se plantean en época anterior". Vid, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 335. En el mismo sentido, vid., también, Rogelia CALZADA CONDE, *La reforma...*, II, cit., pp. 601-602 y 701-702.

Razón por la cual es posible hallar aquí un nuevo rastro del espíritu garantista que inspira el artículo 125. Piénsese que el riesgo político que la disolución supone será mayor cuanto más numeroso sea el grupo parlamentario y serán, precisamente, los partidos con una posición importante en la Cámara de quienes acabará dependiendo que se reúna el número de actas suficiente como para entender válidamente adoptada la iniciativa. Este es, sin duda, el sentido de las palabras de N. Alcalá-Zamora cuando dice que "los diputados, los grupos y los bloques, que tengan por ideario y programa la reforma constitucional, para hacerla viable, necesitan ser mayoría, pero al serlo, sienten el espanto de dejar de serlo, y, por ello rehúyen, dilatan, retardan cuanto pueden el cumplimiento de su deber, dejándolo, en la confesión descarada o en el disimulo insincero, para el último trimestre, semestre o día del mandato legal, del cuatrienio, sin darse cuenta de la imposibilidad práctica de llegar a esa jornada y conservar entonces la fuerza y autoridad para la empresa"⁸⁶.

De esta suerte, los diputados, que juegan un papel tan trascendental en el curso del procedimiento de reforma, se convierten en los principales interesados en que toda propuesta de modificación formal

⁸⁶ Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Los defectos...", cit., p. 256.

del Texto Constitucional vaya acompañada de la seria reflexión que, como principio general, debe preceder al cambio de algún aspecto de la Norma Fundamental. Ni qué decir tiene que esta garantía, plausible, de modificaciones razonadas, habría de ir en detrimento de la adopción de reformas constitucionales que podríamos denominar de tipo "técnico", las cuales, por no comportar una variación en las líneas políticas fundamentales que traza el Texto, revisten una importancia considerablemente menor. Se produce así, en el procedimiento de reforma de la Constitución republicana, el mismo efecto que se constata en aquellos Textos Constitucionales que, deseando dotar de una elevada protección a partes importantes del articulado, pero, queriendo huir, al mismo tiempo, de la adopción de cláusulas de intangibilidad, se ven obligados a extender la rigidez máxima a extremos del Código Constitucional cuya revisión tendría una trascendencia política de segundo grado⁸⁷.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la disolución de las Cortes que toman la iniciativa de la reforma constitucional redundaría en una garantía más para la estabilidad del Texto. Garantía ésta que tiene un

⁸⁷ En relación con este problema, que se reprodujo en el procedimiento de reforma "superagravado" del art. 168 de la vigente Constitución española, cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 148-151; Javier PÉREZ ROYO, *La reforma...*, cit., pp. 212-214; Javier RUIPÉREZ, "Funciones...", cit., pp. 31-32.

reforzamiento mayor aun en el trámite subsiguiente que es obligado cumplir por imperativo del artículo 125, la celebración de las elecciones en las que habrá de elegirse la Cámara que, en último término, apruebe o rechace la ley de reforma.

La celebración de elecciones legislativas en medio del *iter* reformador adquiere, como tuvimos ocasión de comentar en relación con los procedimientos de revisión de las tres Constituciones españolas en que nos hemos detenido anteriormente, unos caracteres específicos, de modo tal que su naturaleza se muestra mucho más compleja que la de una convocatoria electoral usual, apareciendo ahora vinculada por lazos particularmente estrechos con la propia operación de reforma.

En efecto, como a nadie se le oculta, el debate electoral previo a unos tan especiales comicios habría de girar, de modo fundamental, en torno a la posición que cada partido político mantuviese en relación con el cambio constitucional proyectado y, en este sentido, la dirección que el electorado habría de imprimir a su voto vendría determinada igualmente por sus preferencias en pro o en contra de la modificación del Texto Fundamental.

Sucede, de esta suerte, que, al exigir un pronunciamiento popular en este momento, el procedimiento de reforma se vincula, como no podía ser de otro modo en el marco de la Constitución republicana, con el principio democrático y devuelve, por decirlo de algún modo, al Pueblo la capacidad de intervenir en la modificación de la Norma Fundamental del Estado. Lo que sucede no es sino que, como advierte J.R.A. Vanossi, "En una democracia -a diferencia de las autocracias- el dispositivo de reforma constitucional también se vincula con los derechos políticos de los ciudadanos, desde el momento en que, en alguna de las etapas del proceso reformador está prevista la participación popular, pero esa intervención de los destinatarios del poder se traduce siempre en la elección del órgano que tiene a su cargo la función reformadora (...) y solamente en algunos casos consiste en un acto popular directo de decisión constituyente (el "referéndum" aprobatorio)"⁸⁸. Así pues, siguiendo este modo de razonar, las elecciones legislativas posteriores a la disolución de las Cortes que adoptan la iniciativa de la reforma tiene, como estamos señalando, el mismo valor que el referéndum que, en otros procedimientos, se establece

⁸⁸ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría...*, I, cit., p. 139.

como preciso para considerar definitivamente aprobada la modificación de la Ley Fundamental⁸⁹.

Si, desde los presupuestos ideológicos consustanciales al constitucionalismo democrático, corresponde al Pueblo, titular de la soberanía y; por ello, del Poder Constituyente, establecer las bases de la comunidad política al aprobar la Constitución, lógico resulta que sea también al Pueblo a quien corresponda pronunciarse, en un momento de tan singular importancia, sobre la pertinencia de las variaciones que se han propuesto a aquélla. Ello no obstante, que tal intervención se produzca no autoriza, en absoluto, a interpretar que con ella se está dando, de nuevo,

⁸⁹ Aun no siendo, desde luego, nuestro centro de atención, no puede dejar de apuntarse, en este mismo orden de consideraciones, lo paradójico que resulta la regulación de este aspecto de la revisión constitucional en el vigente Texto Fundamental español, toda vez que en el procedimiento del art. 167 la ratificación popular refrendataria sólo se producirá si así lo solicita la décima parte de diputados o Senadores, estableciéndose el referéndum preceptivo sólo en el art. 168 que, a diferencia del anterior, exige también la celebración de elecciones legislativas tras la disolución de las Cámaras que adoptan la iniciativa de modificación de la Constitución. Sobre este particular, cfr. Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 148-149; Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 282-285. En relación con ello, opina B. Clavero que, de hecho, el procedimiento de revisión de la Constitución republicana se establece "en orden ya no sólo a garantizar mejor su rango, sino también, según ahora se entiende, a permitir el ineludible pronunciamiento democrático del mismo cuerpo electoral". Vid. Bartolomé CLAVERO, *Evolución...*, cit., p. 127.

entrada al Poder Constituyente originario que estableció la Constitución⁹⁰. Antes al contrario, como tuvimos oportunidad de señalar en relación con el Proyecto Federal, la aparición del Pueblo en esta fase de la reforma constitucional se presenta con la misma significación que, en este terreno, adquiere el referéndum, esto es la participación popular cobra su sentido en tanto que mecanismo de control que procede a enjuiciar el posicionamiento de los órganos representativos de la comunidad en una materia de suma importancia política.

Resta, para concluir nuestro estudio del procedimiento de reforma de la Constitución de 1931, referirnos a la mayoría que resulta necesaria para considerar aprobada la revisión constitucional. Nada dice al

⁹⁰ La intervención del Pueblo en este momento del proceso de reforma constitucional parece pues, en cumplimiento del principio democrático, plenamente justificada. Ello no obstante, existe una diferencia que no resulta desdeñable, en la intervención popular en el momento de establecer la Constitución en relación a la que acontece, como en el supuesto que analizamos, a la hora de introducir modificaciones en el Texto. No puede olvidarse, sin embargo, que la operación de revisión se concreta en una actividad de un poder -el poder de reforma- que viene ordenado y regulado en la propia Constitución, configurándose, por ello, como un poder constituido más, si bien que operante en una esfera vedada a la actuación del resto de poderes. Cobran aquí todo su significado, aun cuando estén elaboradas a partir de un concepto particular de Constitución, las reflexiones de Carl Schmitt en relación con la naturaleza de la función revisora. Para el gran jurista y politólogo alemán "El acto de dar la Constitución es *cualitativamente* distinto del de reformarla (...) Por eso, una Asamblea <<constituyente>> es *cualitativamente* distinta de un Parlamento, de un Cuerpo legislativo normal, o sea, constitucionalmente previsto". Vid. Carl SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 50.

respecto, expresamente, el artículo 125, que únicamente pone el acento en que el principal cometido de las Cortes será el decidir sobre la reforma propuesta. Y ese mismo silencio se reproduce en el Reglamento parlamentario de 1934⁹¹.

Por este motivo, en una primera aproximación, podría pensarse que, ante el silencio del precepto en este punto, sería de aplicación la regla general sobre la que se asienta la adopción de acuerdos en el marco del régimen democrático, de suerte tal que, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, lo requerido sería simple mayoría de votos. Recuédese, a este respecto, el comentario realizado en relación con un problema, muy similar, pero no idéntico, que se producía en el Título XVII del Proyecto Federal. Nos pronunciamos entonces por la aplicación, ante la ausencia de mayoría expresa, de la regla general de adopción del acuerdo por simple mayoría de votos. Justificándose nuestra postura porque, aun sin desconocer la necesidad, denunciada por C. J. Friedrich⁹², de revestir de más importantes requisitos mayoritarios las decisiones políticas

⁹¹ Éste, únicamente estableció, en este sentido, la formación de una comisión dictaminadora (art. 135) de idéntica estructura a la que debía elaborar el dictamen sobre la propuesta de reforma.

⁹² Cfr. Carl Joachim FRIEDRICH, *La democracia...*, cit., pp. 81-92.

trascendentales, la agravación procedimental ya existía, concretándose en la aprobación de la reforma en legislaturas sucesivas, y, por tanto, quedaba cumplida la exigencia de la rigidez. El problema se plantea, en relación con el Texto de 1931, en términos distintos. Sucede ahora que la regulación del procedimiento, amén de otras agravaciones, que coinciden sustancialmente con las del Proyecto de 1873, explicita la necesidad de una mayoría determinada para dar por concluida una fase del procedimiento. Esta fase a que nos referimos, aun siendo trascendente, lo es menos que la aprobación definitiva y en esa inteligencia es donde se justifica, como veremos, una solución distinta a la postulada en relación con el Proyecto Federal.

No parece, por tanto, que se pueda aceptar el criterio de la mayoría simple como solución, por una razón que dimana de la propia coherencia interna del precepto. En efecto, como se sabe, la iniciativa en tanto que toma en consideración de la propuesta de reforma requería, para entenderse adoptada, el voto favorable de dos tercios o mayoría absoluta - dependiendo de si era presentada con anterioridad o posteriormente al transcurso de los cuatro primeros años de vigencia del Texto Constitucional- de los diputados en el ejercicio del cargo. Circunstancia

ésta por la cual parece evidente que rompería la lógica del sistema la exigencia de simple mayoría para la aprobación definitiva de la ley de revisión. Que esto sea así resulta fácilmente comprensible. Piénsese que la iniciativa, aun siendo importante, siempre revestirá menor trascendencia que el acuerdo que pone fin a todo el proceso de revisión y del que depende, en última instancia, que ésta sea acordada o no. De ahí que no resulte difícil concluir que, no existiendo la exigencia de una agravación con respecto a la mayoría requerida para acordar la necesidad de reformar la Constitución, el número de Diputados que habrían de votar en favor de la propuesta formulada para que se pudiese considerar ley de revisión constitucional sería siempre no inferior al de aquellos que tomaron la iniciativa⁹³.

⁹³ Cfr., por analogía, Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 146-147; Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., pp. 149-153.

3.) EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL, JURISDICCIONAL, INDEPENDIENTE Y FEDERAL

La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 siguió, como hemos visto, la línea marcada por el movimiento del constitucionalismo del período de entreguerras. Introdujo, al hacerlo, las tendencias que la iuspublicística europea del momento había imprimido a los Textos Constitucionales de esta etapa histórica. Entre éstas destaca la institucionalización de un organismo encargado de concretar la realización del principio de supremacía constitucional que había quedado formalmente afirmado con el carácter rígido de la Constitución.

Tal organismo recibió, en nuestro país, el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales. Y ha merecido, por encima de las deficiencias que pudo mostrar en su configuración y funcionamiento, figurar en la Historia Constitucional europea⁹⁴ al mismo nivel que lo

⁹⁴ Cfr., en tal sentido, Pedro CRUZ VILLALÓN, "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5 (mayo-agosto, 1982), pp. 115-116; *La formación...*, cit., por ejemplo, p. 231.

hacen el Tribunal Constitucional checoslovaco⁹⁵ y el Alto Tribunal Constitucional austríaco⁹⁶. Éstos, como predecesores de nuestro Tribunal de Garantías, fueron objeto de estudio por parte de los protagonistas de la etapa Constituyente⁹⁷. Su significación, como el símbolo de un tiempo en el que se formularon los esquemas doctrinales y las primeras experiencias prácticas de la jurisdicción constitucional, en tanto que medio característico de racionalización del ejercicio del poder político, no puede ser desconocida. Nuestro cometido en el presente epígrafe consistirá en exponer cómo se dio forma en España a un Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente, como es unánimemente reconocido, más cercano de nuestro actual Tribunal Constitucional.

⁹⁵ Vid. arts. II y III de la Ley de 20 de febrero de 1920 preliminar a su Carta Constitucional.

⁹⁶ Vid. Título VI, apartado B (arts. 137 al 148) de la Constitución federal de la República austríaca de 1.º de octubre de 1920.

⁹⁷ Una prueba, entre muchas, de ello, nos la ofrecen las palabras de uno de los diputados que, a nuestro modo de ver, demostró una preparación más exhaustiva en los debates en torno al control de constitucionalidad, el Magistrado Javier Elola, quien podía afirmar que "Austria y Checoslovaquia son dos naciones, nacidas después de la gran guerra, que nos dan el ejemplo de un Tribunal de Justicia Constitucional, en el que se practica el contencioso concentrado. Análogamente a ellas hemos formado el nuestro". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 340 (18 de mayo de 1933), p. 12.946.

El constitucionalismo democrático español, que ya había aportado el valioso precedente del Tribunal Supremo Federal del Proyecto de 1873, se sumaba, de esta suerte, al "processus de rationalisation du pouvoir"⁹⁸ que, a la altura de aquel tiempo, se verificaba en el Continente

⁹⁸ La expresión procede de Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Delagrave, París, 1928, p. 33. En el mismo sentido se pronunció el Prof. Ollero, para quien "los Tribunales Constitucionales vienen a representar el acto último de la tendencia racionalizadora del poder". Vid. Carlos OLLERO, *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 146. En puridad, lo que el proceso de racionalización intenta es la consolidación del sistema democrático y en dicha consolidación la jurisdicción constitucional ha jugado un papel de extrema importancia. Esto es así, en la medida en que la función principal de éstos, como indica el Prof. P. De Vega, "no es otra que la defensa y la garantía de los dos grandes pilares -democrático y liberal- en los que se asienta la estructura del Estado Constitucional Moderno. Velar por la constitucionalidad de las leyes, garantizar correctamente la interpretación de la Constitución y, en última instancia, procurar que la Constitución se cumpla, no significa otra cosa que preservar y defender la voluntad de ese poder soberano del pueblo". Vid. Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española...*, cit., p. XXI. Por ello se ha podido afirmar, en expresión referida al proceso que comienza en nuestro país en 1978, pero que juzgamos planamente trasladable a cualquier etapa de apertura democrática, que "la lotta per la democrazia è la lotta per lo Stato di diritto, per l'imperio della, per l'efficace limitazione giuridica del potere". Vid. Gumersindo TRUJILLO FERNÁNDEZ, "Il Tribunale Costituzionale come <<interprete supremo>> della Costituzione nella prospettiva del processo democratico spagnolo", en G. Lombardi (ed.) y otros, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli Editore, Rimini, 1985, pp. 119. En contraste con ello, merece ser destacada la opinión del Diputado en la Constituyente Sr. Xirau, para éste, el recurso de inconstitucionalidad, clave de bóveda de la jurisdicción que ejercería el Tribunal de Garantías, lejos de suponer un signo de proceso racionalizador alguno era "una deformidad jurídica que (...) me atrevería a calificar de espantoso". Yendo todavía más lejos, y en una actitud poco comprensible, si se tienen en cuenta los precedentes checoslovaco y austríaco, afirma que esta competencia del Tribunal es un "caso nunca visto, originalidad española que nos puede costar cara". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, Tomo V, n.º 80 (25 de noviembre de 1931), p. 2.639.

europeo con la introducción de una verdadera jurisdicción constitucional. Ésta, como, entre otros, afirma el Profesor F. Rubio Llorente, "es el máximo intento de someter el poder al Derecho porque el Juez, a diferencia del legislador, no es libre de interpretar la Constitución como quiera, ni tiene libertad alguna para hacer o dejar de hacer lo que crea más conveniente"⁹⁹. Con la recepción del mecanismo de la justicia constitucional se dará, finalmente, efectivo cumplimiento al principio de supremacía constitucional, que, como ya sabemos, se había presentado más como una idea inalcanzable en la práctica que como una realidad empírica en la Historia Constitucional de nuestro país.

Conocida, por tanto, la significación que, desde un punto de vista general, alcanzaba el Tribunal de Garantías, procederemos ahora a realizar un ensayo de su caracterización. En él se estudiará la posición del Tribunal atendiendo a los cuatro caracteres que de él resultan predicables, esto es, su condición de órgano constitucional, jurisdiccional, federal e independiente. Será en el desarrollo de las páginas que siguen que se irán tratando los problemas relativos a sus funciones y composición, en el punto

⁹⁹ Francisco RUBIO LLORENTE, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 16 (invierno, 1982-1983), p. 29.

correspondiente de su caracterización con el que, a nuestro juicio, presenten mayor relación.

No procederemos, sin embargo, a realizar un exhaustivo análisis de todos y cada uno de los cometidos que al Tribunal de Garantías le fueron asignados, sino que nos detendremos, especialmente, en uno de ellos: el recurso de inconstitucionalidad. El motivo de nuestro proceder estriba en el hecho de que, si bien consideramos que todas las competencias con que se inviste al Tribunal de Garantías serían reconducibles, de un modo más o menos mediato, a la función de defensa jurídica de la Constitución, es en el citado recurso, más que en ningún otro, donde radica la *ratio essendi* de la institución que comentamos y, de alguna manera, el más típico instrumento de salvaguardia de la Ley Fundamental. Recordando ahora el célebre aserto kelseniano, podríamos afirmar que la "giurisdizione costituzionale è anzitutto *controllo di costituzionalità delle leggi*"¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Hans Kelsen, "Le giurisdizione costituzionale...", cit., p. 18.

a) El Tribunal de Garantías como órgano constitucional

El Tribunal de Garantías que estableció el Título IX de la Constitución republicana es, ante todo, un órgano constitucional¹⁰¹, en cuanto que fue establecido por el propio Código Fundamental, entre los altos organismos de la República, con la misión de contribuir a la formación de la voluntad unitaria del Estado, desarrollando una función de garantía de la observancia de la Constitución. Esta misión, predicable tanto de la institución republicana que estudiamos como del resto de la generalidad de los Tribunales Constitucionales, se concreta en una labor de *indirizzo politico costituzionale*¹⁰². Esto es, aquella actividad desarrollada

¹⁰¹ Ya se ha hecho referencia aquí a que fueron las elaboraciones de G.Jellinek, en su *Sistema de derechos públicos subjetivos*, las que, partiendo del estudio del problema de la personalidad jurídica del Estado, dieron finalmente forma a la versión actual sobre la noción de órgano del Estado, en general, y órgano constitucional, en particular. Vid., en relación con ello, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "La teoría del órgano en el Derecho Administrativo". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 40-41 (enero-marzo, 1984), pp. 43-85. En cualquier caso, por órgano constitucional debe entenderse uno de aquellos órganos "che, essenziali per la qualificazione della forma di governo di una comunità statale, si riscontrano al vertice dell'organizzazione pubblica, in posizione tra loro paritaria ma di supremazia nei confronti degli organi ordinari". Vid. Enrico SPAGNA MUSSO, *Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 1983, p. 159.

¹⁰² Entiéndase la expresión en el sentido de que con ella se alude a las actividades desarrolladas por los depositarios de las más altas funciones estatales. El *indirizzo politico* sería así "una funzione direttamente attuativa del dettato costituzionale (...) dedicata cioè a svolgere e specificare i principi ed i valori fissati in tale dettato". Vid. Enzo CHELLI, "La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico", en G. Amato y A. Barbera (eds.) y otros, *Manuale de Diritto*

por algunos órganos constitucionales del Estado en el ejercicio de las funciones que la Constitución y las leyes les han encomendado. En atención a la función que desarrolla, su posición se correspondería con la de los "órganos constitucionales de garantía"¹⁰³, cuyo papel se concreta, así pues, en servir de instrumento de garantía de la observancia de la Constitución en diversos órdenes, señaladamente en relación con el respeto de la Norma Fundamental por el órgano que ejerce el Poder Legislativo.

De esta suerte, el lugar que, en el diseño orgánico de la Constitución republicana, correspondía al Tribunal de Garantías, situaba a éste en posición de paridad con el resto de las altas magistraturas que la Constitución de 9 de diciembre de 1931 instituyó para encauzar la dirección de la vida política de la República. Aun sin pretender una

Pubblico, Il Mulino, Bolonia, 1991, 3.^a ed., p. 302. Paralelamente a ese *indirizzo politico costituzionale*, algún autor distingue también un *indirizzo politico di maggioranza*, radicando la distinción entre ambos en que los fines del primero derivan directa o indirectamente del Texto Constitucional, siendo los segundos fines coyunturales, cuya vinculación con la Constitución no existe o es considerablemente menor. Cfr., en relación con todo ello, Paolo BARILE, *Istituzioni de Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 1990, 5.^a ed., p. 269; Mario DOGLIANI, *Indirizzo politico. Rifflessioni su regole e regolarità nel Diritto Costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1985, en particular, pp. 43-87; Temistocle MARTINES, voz <<indirizzo politico>>, *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXI, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 134-171; Raúl CANOSA USERA, "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 67 (enero-marzo, 1990), pp. 125-150.

¹⁰³ Vid. Enzo CHELLI, "La sovranità...", cit., p. 305-307.

enumeración definitiva, podría afirmarse que una similar posición correspondería, igualmente, a las Cortes, al Presidente de la República, y al Gobierno¹⁰⁴, y, aunque no pueda afirmarse categóricamente, al Tribunal Supremo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Podría pensarse, en vía de principio, que la condición de órgano constitucional del Estado concurre, además de en los enumerados, también en el Tribunal de Cuentas de la República. Esta idea estaría justificada por el hecho de ser el Tribunal de Cuentas la única institución para la que, tanto la Constitución (art. 120) como la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías (art. 68), establecieron un procedimiento de solución de conflictos, similar al que se contiene en la L.O.T.C. vigente en la actualidad, que es el que, entre otros, ha servido, a la postre, para identificar a los órganos constitucionales establecidos por el Texto Constitucional de 1978. Existen, sin embargo, dos circunstancias que no permiten asegurar, a nuestro parecer, que la condición de órgano constitucional del Estado concorra en el Tribunal de Cuentas de la República. Sucede, en primer lugar, que uno de los caracteres que definen a los órganos constitucionales es, como ya se ha indicado, su posición de supremacía en el conjunto institucional del Estado, en paridad con el resto de órganos de su clase, de tal modo que de él se pueda decir que *superiorem non recognoscens* (vid., en relación con ello, Georg JELLINEK, *Teoría...*, cit., p. 415). Esta circunstancia no es predicable del Tribunal de Cuentas, toda vez que, como la propia Constitución disponía, dependía de las Cortes, ejerciendo sus funciones por delegación de éstas. Ocurre, además, que uno de los elementos que distinguen a los órganos constitucionales es que su existencia identifica e individualiza de tal modo el régimen político establecido que éste variaría, cambiando la forma de Estado o la forma de Gobierno, si fuese decidida su supresión, vid., en este sentido, Temistocle MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1992, 7.ª ed. revisada y puesta al día, p. 213-214. No creemos que tal cambio en el régimen político republicano se hubiese producido de no haber figurado el Tribunal de Cuentas en su diseño institucional.

¹⁰⁵ No existía, en el organigrama institucional previsto por la Constitución republicana, un organismo parangonable al Consejo General del Poder Judicial de nuestros días, en el que, en caso de haber sido previsto, habría de concurrir, con toda probabilidad, la condición de órgano constitucional. No parece, sin embargo, excesivamente grave esta omisión, por dos tipos de razones. En primer lugar porque, como a continuación veremos, es fácilmente identificable un órgano de parecidas características entre aquellos que sí contenía el Texto republicano. En segundo lugar porque, como ha indicado Javier PÉREZ ROYO (*Curso...*, cit., pp. 568-569), este tipo de órganos a los que nos estamos refiriendo constituyen una

El Tribunal de Garantías, dada la alta función que le competía, "si (...) ha de cumplir con buena fe su misión, necesita arrancar de la Constitución directamente su fuerza: es un Poder casi, porque nace a la vez que los otros, deriva sus facultades de la Carta Constitucional y no puede estar supeditado en modo alguno, ni explícita ni larvadamente, a los demás Poderes del Estado. El Tribunal de Garantías es la Constitución misma: es la seguridad de que el texto de ésta y su espíritu no quedarán subvertidos

"garantía <<artificial>>" de la independencia del Poder Judicial, pero, en puridad, en nada empece a ésta el que no existan. En un sentido, de alguna manera concordante con lo expuesto, cfr. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder...*, cit., pp. 60 y ss. Ello no obstante, parece lícito pensar que, en tales circunstancias, podría corresponder al Tribunal Supremo cubrir tal laguna. Piénsese, a este respecto, que, el Tribunal Supremo encarna la más alta posición dentro de la función jurisdiccional ordinaria del Estado, está previsto en el Código Fundamental (entre otros, arts. 95, 96 y 102), siendo titular, además, de facultades que no concurren en la generalidad de órganos jurisdiccionales, en tanto que no se corresponden con la estricta función judicial. En este sentido, por ejemplo, las letras a) y b) del art. 97, que autorizan al presidente del Tribunal Supremo para la proposición de las reformas que juzgue conveniente realizar en las leyes relativas a la administración de justicia, a proponer los ascensos en la carrera judicial, etc. El propio método de designación del presidente del Tribunal Supremo (nombrado por el Presidente de la República, a propuesta de una asamblea, constituida en la forma que la ley determine, según el párrafo primero del art. 96) parece indicar que nos hallamos ante una institución que va más lejos de constituir únicamente un órgano jurisdiccional, ni siquiera el de más elevado rango jerárquico de todos ellos. Señalando la tendencia de reconocer la condición de órgano constitucional al "órgano colegiado a la cabeza del Poder Judicial", ya se trate de un órgano de similares caracteres a nuestro Consejo General, ya de un órgano con funciones jurisdiccionales, cfr. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho...*, cit., p. 194. Sea de ello lo que fuere, y, dado que no existe, propiamente, un conflicto entre órganos constitucionales como competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, quede tan sólo apuntada esta posibilidad.

por una Cámara equivocada. No cabe que ningún otro órgano del Estado lo mediatice" ¹⁰⁶

Parece, en efecto, que el Tribunal de Garantías ocupa una posición central en el esquema de distribución de funciones del régimen político de la II República. Presentándose, de esta manera, como uno de los órganos supremos del Estado. Esta idea se confirma si, como afirma A. M. Sandulli¹⁰⁷, el hecho de que pueda considerarse que una institución concreta se encuentra entre los más importantes órganos del Estado se hace depender, por una parte, de su autoridad, resultante del tipo de función que ejerce y, por otra, de su posición con respecto al resto de órganos constitucionales del Estado¹⁰⁸. Aplicadas esas variables de las que trata

¹⁰⁶ Nicolás PÉREZ SERRANO, "El proyecto del Tribunal de Garantías y el control de constitucionalidad", *Revista de Derecho Público* (1933), p. 9.

¹⁰⁷ Cfr. Aldo M. SANDULLI, "Sulla <<posizione>> della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1960), pp. 705-727 (recogido hoy en Aldo M. Sandulli, *Scritti Giuridici. I. Diritto Costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1990, pp. 399-423).

¹⁰⁸ Cfr. Aldo M. SANDULLI, "Sulla <<posizione>>...", cit., pp. 707 y 404, respectivamente. Por lo que a las funciones del Tribunal de Garantías se refiere, éstas venían enumeradas en el art. 121 de la Constitución, que le atribuía competencia para conocer de:

- a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
- c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.

el Profesor napolitano al Tribunal de Garantías, el resultado es, a nuestro modo de ver, la afirmación de órgano constitucional de éste último. Este es, creemos, el sentido que se esconde tras la afirmación de Adolfo Posada de que el Tribunal de Garantías era una "institution de caractère << constitutionnel >> de première categorie"¹⁰⁹.

En efecto, en el desarrollo de su cometido, el Tribunal de Garantías Constitucionales estaba llamado a desempeñar una labor, formalmente jurisdiccional en la mayoría de los casos, pero dotada de una especial sustantividad, procedente, como no podía ser de otro modo, del objeto principal de su actividad. Esto es, del ejercicio de la jurisdicción constitucional y, concretamente, del control de constitucionalidad. En virtud del artículo 121 a) de la Constitución republicana, el Tribunal de

d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.

e) La responsabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros.

f) La responsabilidad criminal del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República".

El elenco de competencias transcrito debe completarse con las referencias que a la intervención del Tribunal de Garantías se encuentran en otros pasajes del propio Texto Constitucional y, en este sentido, con los artículos 19 y 120. En virtud del primero de ellos, habría ser el citado Tribunal quien apreciase la necesidad de que el Estado emitiese una ley de carácter básico para armonizar disposiciones legislativas de las Regiones Autónomas. Por su parte, el artículo 120 de la Constitución atribuía competencia al Tribunal para la resolución de los conflictos que enfrentasen al Tribunal de Cuentas con otros organismos.

¹⁰⁹ Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., pp. 172-173.

Garantías Constitucionales era competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Por su parte, el artículo 28.2 de la L.O.T.G.C. preceptuaba, además, que "tienen la consideración de leyes los Decretos a que se refieren los artículos 68 y 80 de la Constitución". Es decir, los decretos-legislativos y los decretos que, en casos excepcionales y sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, podía emanar la Presidencia de la República, siempre que contase con la propuesta y acuerdo unánime del Gobierno en tal sentido y la anuencia de las dos terceras partes de la Diputación Permanente de Cortes.

Se daba entrada, así, en el objeto del recurso de inconstitucionalidad al concepto material de ley¹¹⁰, haciendo posible, con ello, el control de unas normas que, teniendo fuerza y rango de ley, al no revestir formalmente tal carácter, hubieran quedado, de otro modo, exentas de cualquier tipo de control sobre su regularidad constitucional. El objeto del recurso se extendía, igualmente, a las leyes y decretos con fuerza de ley de las Regiones Autónomas¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr., al respecto y por todos, Costantino MORTATI, *Istituzioni...*, cit., I, pp. 338-341.

¹¹¹ Esta ampliación del objeto del control se operó en la L.O.T.G.C. (art. 28.1), toda vez que el Código Constitucional hablaba exclusivamente de "leyes". En cualquier caso, dado que, tanto las normas del Legislativo central como las de las

Tendremos ocasión de analizar pormenorizadamente, al tratar del Tribunal de Garantías como órgano jurisdiccional, los aspectos más sobresalientes de la mecánica del más importante de los procesos constitucionales. Lo que nos interesa resaltar ahora en relación con el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto que definitorio de la condición de órgano constitucional del Alto Tribunal, es la significación que, en ese terreno del *indirizzo politico*, alcanza la función de control de constitucionalidad.

Piénsese que, con independencia de que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad fuesen la nulidad o la mera inaplicabilidad de la norma viciada, supuesto de escasa relevancia para la consideración que ahora realizamos, el hecho de que, en el marco de un régimen democrático, una institución, con una composición sólo mediatamente democrática, tenga constitucionalmente conferida capacidad para fiscalizar la labor de los representantes del Pueblo, la convierte en

Asambleas Legislativas de las Regiones Autónomas, participaban del concepto universal de ley, parece que fue ésta una interpretación correcta de la finalidad del recurso. Más adelante, en todo caso, tendremos oportunidad de volver sobre este asunto.

excepcional de por sí¹¹². Téngase en cuenta que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley convertía, asimismo, al Tribunal de Garantías en el órgano encargado de realizar la labor de interpretación más autorizada del Texto Fundamental. En este sentido, sus

¹¹² Esta es, a la postre, la razón que explica y, en cierta medida, justifica el que, como señalábamos en el Capítulo I, el debate en torno a la naturaleza y el alcance de la función de control de constitucionalidad de la ley, en especial cuando tal función se confiere a un órgano único, a la manera del Tribunal de Garantías, con capacidad para declarar, por lo común con efectos *erga omnes*, la nulidad de las leyes, continúe teniendo, aun a día de hoy, una enorme actualidad y que, con mayor o menor fortuna, se reproduzca, de tiempo en tiempo, en aquellos países que intentan ensayar este tipo de instituciones. Con facilidad se concluye que la función de control de constitucionalidad lleva implícita una elevada dosis de polémica, que se traduce, a los efectos que ahora nos interesan, en la especialidad del órgano que la ejerce. Esta problemática se agudiza, además, con la consolidación del moderno Estado Social de Derecho, que tuvo su nacimiento, precisamente, al abrigo de Textos Constitucionales como el alemán de 1919 o el español de 1931. En ellos comienzan a adoptarse fórmulas de compromiso entre la burguesía, que ya no es hegemónica, y las clases populares que, como consecuencia de la universalización del sufragio, han tenido acceso a las Asambleas que redactan los Códigos Constitucionales del último constitucionalismo. Estas soluciones de compromiso son, por definición, altamente ambiguas y favorecen, por ello, la capacidad de apreciación, dentro de los límites constitucionales, del legislador. Pero, de modo paralelo, y es esto lo que nos interesa destacar ahora, las posibilidades interpretativas del juez constitucional se multiplican y, con ello, resurgen las dudas en torno a su función y a los límites de ésta. Cfr., para todo lo que hace a esas transformaciones que se producen con la irrupción del Estado Social, Javier RUIPÉREZ, "*Constitución y Estado Social...*", *passim*, pero, de manera particular, pp. 123-202. Es por virtud de ese cambio que se opera en la Constitución que sigue gozando de plena actualidad la cuestión que, al respecto, planteó Pedro DE VEGA ("Prólogo", a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., p. 24), al escribir: "...¿cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone -según las propias palabras de Kelsen- una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la Justicia Constitucional contemporánea". Cfr., en el mismo sentido, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 139-144. En contra, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Los jueces y la Constitución", en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 94-97.

sentencias habrían de incidir incluso en un terreno que, en vía de principio, le resultaba ajeno, como es el *indirizzo* político-legislativo¹¹³.

En la medida en que la lectura que el Tribunal de Garantías fuese haciendo, por medio de sus resoluciones, de los preceptos de la Constitución¹¹⁴, habría de señalar los límites constitucionalizados de

¹¹³ Este tipo de influencia, más o menos directa, del Tribunal que ejerce la jurisdicción constitucional, sobre la política legislativa del Estado ha sido puesta de manifiesto, en relación con la actividad desarrollada por la *Corte Costituzionale italiana*, por el Prof. V. Crisafulli, quien afirmó la incidencia de las decisiones del alto Tribunal italiano, "y en general de cualquier órgano de justicia constitucional, (...) sobre el *indirizzo* político-legislativo". Vid. el relato que sobre su intervención en el coloquio celebrado en Roma el 30 de marzo de 1977, se contiene en José Luis CASCAJO CASTRO, "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 1 (enero-febrero, 1978), p. 247. Aunque, como es evidente, esta influencia pudo llegar a producirse por cuanto que la labor del Tribunal italiano se había desarrollado durante una etapa mucho más dilatada que el breve periodo de tiempo que estuvo en funcionamiento el Tribunal de Garantías, ello no empece a su consideración como institución ciertamente clave en el sistema institucional republicano.

¹¹⁴ La gran virtualidad que hubiera podido alcanzar la interpretación del Texto Constitucional podría venir de la mano del gran número de cláusulas generales, expresivas de un compromiso dilatorio, que éste contenía. Es por ello que se ha podido afirmar que, "En el caso de la Constitución que estamos examinando, su parte dogmática contiene una serie de formulaciones genéricas y abstractas (cosa que es común en este tipo de disposiciones), y por otro lado de contenido lo bastante nuevo en nuestro constitucionalismo como para plantear problemas en su interpretación. (...) La pretendida asepsia de la interpretación se hace más difícil en estas condiciones, recayendo sobre enunciados abstractos y con un contenido ideológico innegable". Vid. Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., pp. 87-88. Esta necesidad de concreción de los compromisos dilatorios era el resultado de la combinación de tendencias políticas, sociales y económicas que pretendían, por vez primera, formar un conjunto armónico dentro de una Constitución que, al abrirse a la plural realidad, ha ganado en equivocidad. Piénsese, en este sentido, que, como indica J. Corcuera, "El régimen político [en concreto,

libertad de elección política que el Constituyente había dejado en manos del Legislativo, se estaría reafirmando su especial posición con respecto, en este caso, al Poder Legislativo, que no casualmente era el de más genuina raíz democrática. Esta trascendental fuerza de las sentencias emanadas por los Tribunales Constitucionales es la que, problemas derivados del contexto político del momento aparte, resultaría predicable de las resoluciones del Tribunal de Garantías.

La interpretación de la Constitución sería, desde la perspectiva del órgano constitucional, la misión más relevante de las que tenía señaladas el Tribunal de Garantías. Bien es verdad que, cuando surge la institución española de control de constitucionalidad, el desarrollo de las teorías en torno a la función de los órganos de justicia constitucional se encontraba en un estadio considerablemente menos evolucionado, como no podía ser de otra manera, que el actual¹¹⁵. No por ello resulta menos

el de nuestra II República] se basará en la existencia de un pacto social en cuya virtud se compagina el mantenimiento de las estructuras capitalistas con el principio de organización y actuación obreras y superación de los planteamientos individualistas en la regulación, particularmente, del derecho de propiedad". Vid. Javier CORCUERA ATIENZA , "El constitucionalismo de entreguerras...", cit., p. 27.

¹¹⁵ En este sentido, si las teorías formalistas de la *Escuela de Viena* habían hecho posible el nacimiento del modelo concentrado de jurisdicción constitucional, lógico resulta que fuesen también dichas teorías las que presidieran la concepción de la función controladora de los Tribunales Constitucionales. En este sentido, por ejemplo, la reducción de la inconstitucionalidad de las leyes a un mero problema de

cierto, sin embargo, que la tendencia "natural" de aquellos primeros Tribunales Constitucionales les hubiese conducido, con el paso del tiempo, a ocupar esa posición capital dentro del sistema jurídico-político que ocupan hoy.

Téngase en cuenta que no siempre la significación política de un órgano, y en especial de un órgano de justicia constitucional, se extrae, de modo exclusivo, de su normativa reguladora. Así, como se sabe, la posición que en el reparto de poderes correspondía originalmente al

procedimiento, como refiere Charles EISENMANN (*La justice constitutionnelle...*, cit., pp. 17-20), no habría de favorecer en exceso el desarrollo de la función integradora que hoy día se le reconoce a la justicia constitucional. Otro tanto podría decirse de la tradicional visión kelseniana de la sentencia que declara la inconstitucionalidad como ley negativa o abrogativa (cfr. Hans Kelsen, "La garanzia...", cit., p. 173). A pesar de todo ello, este lastre que para el desarrollo de la jurisdicción constitucional, en el sentido que finalmente tomó tras la II Guerra Mundial, supondrían teorías como las que acabamos de apuntar hubiera dejado de ser tal a medida que, por la vía de los hechos, los órganos de justicia constitucional hubiesen podido demostrar su "inocuidad" para el correcto funcionamiento del Estado Democrático. Piénsese que, en gran medida, las obras de los primeros grandes teóricos de la justicia constitucional estaban encaminadas a demostrar, precisamente, el carácter de órgano inerte de los Tribunales Constitucionales. Lógico resultaba, por ello, que, en respuesta al movimiento doctrinal que reputaba altamente peligrosa y profundamente antidemocrática la instauración de tales modelos de control de constitucionalidad, la tendencia de sus defensores no fuese la extensión del modelo teórico que diseñaban.

Tribunal Supremo norteamericano no se corresponde con el papel que, con el trascurso del tiempo, ha llegado a alcanzar¹¹⁶.

No queremos con esto significar que la experiencia del modelo americano de control y, en especial, el activismo que caracterizó al modelo americano resulten, en absoluto, trasponibles, sin más, a la realidad de la II República española. Es evidente que las diferencias, de todo orden, lo impiden.

De lo que, en todo caso, sí queremos dejar constancia es de que las bases de un sistema análogo a los modernos sistemas de jurisdicción constitucional, aun con deficiencias y errores, estaban puestas en el Tribunal de Garantías. Desde este punto de vista, y considerando que, como sucede con cualquier órgano jurisdiccional, "Para llegar a una sentencia en cuestión de control de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal cuenta fundamentalmente con un medio que es la interpretación.

¹¹⁶ Así, Geoffrey C. HAZARD Jr. ["The position of Supreme Court in the contemporary constitutional system of the United States", en G. Lombardi (ed.) y otros, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, cit., pp. 161-195], en relación con el Tribunal Supremo norteamericano, afirmaba: "the Supreme Court's stature as a political institution is not the product simply of its formal <<co-equal>> status as a branch of the Government. Political significance depends on political function, not legal status" (p. 162).

Este instrumento propio de la técnica jurídica, cuando recae sobre materia constitucional puede tener un alcance muy superior al que tiene en otros campos del Derecho, y si a ese superior alcance añadimos la posibilidad de eficacia *erga omnes* de las sentencias del Tribunal, obtendremos en consecuencia que, cuanto menos, el Tribunal de Garantías puede llegar a ejercer una influencia notable en la legislación y en el ordenamiento constitucional"¹¹⁷.

Con este presupuesto de partida, y tal vez con alguna reforma concreta de algún aspecto del sistema, el modelo español de jurisdicción constitucional hubiera podido perdurar, evolucionando en el sentido apuntado, hasta cristalizar en las modernas manifestaciones del ejercicio de la justicia constitucional en los modelos de control concentrado. En definitiva, el Tribunal de Garantías Constitucionales estaba llamado a desempeñar la misma tarea que realizan el resto de los Tribunales Constitucionales: "Estos supremos órganos de interpretación constitucional

¹¹⁷ Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 86. Incluso cuando, como tendremos ocasión de ver más adelante, la eficacia *erga omnes* de las sentencias del alto Tribunal llegase a ser restringida a un tipo de inconstitucionalidad, no creemos que ello desvirtúe el acierto del juicio transcrito.

desempeñan, a la postre, el papel de conservadores de la voluntad constituyente"¹¹⁸.

La suerte del Tribunal corrió, sin embargo, paralela a la del régimen republicano y, desde luego, la experiencia con que contamos de la labor del Tribunal de Garantías¹¹⁹ refleja, salvo excepciones, más imperfecciones que aciertos. No obstante, ello en nada empece, a nuestro entender, que una valoración objetiva del sistema pueda resultar positiva, sino que reafirma que las críticas que pudieran hacerse al funcionamiento del Tribunal de Garantías son más bien predicables de la situación política de esta etapa de nuestra Historia¹²⁰, que de las bondades o maldades

¹¹⁸ Raúl CANOSA USERA, *Interpretación constitucional...*, cit., p. 35. Cfr., sobre el mismo extremo, Pedro DE VEGA, "Prólogo" a *Constitución española*, cit., p. XXI.

¹¹⁹ En relación con la labor desarrollada durante los escasos años que pudo el Tribunal de Garantías ejercer su jurisdicción, cfr., Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, *passim*, pero especialmente, pp. 65-284. Informando del desarrollo de la actividad del Tribunal de Garantías, vid. José Luis MEILÁN GIL, "El Tribunal de Garantías...", cit., pp. 581-586.

¹²⁰ Desde un punto de vista general -no referido exclusivamente al Tribunal de Garantías, ni siquiera a la Constitución republicana, sino a todo el constitucionalismo de este período-, señala J. Corcuera, que los problemas que se plantean para las Constituciones de este tiempo no procedían tanto de su articulado cuanto de la falta de "espíritu constitucional" generalizado. Cfr. Javier CORCUERA ATIENZA, "El constitucionalismo de entreguerras...", cit., pp. 40-43. Vid., en relación con la traducción de esos problemas al Tribunal de Garantías, Francisco RUBIO LLORENTE, "Del Tribunal de Garantías...", cit., pp. 31-33.

intrínsecas del primer intento de jurisdicción constitucional española que llegó a ponerse en práctica. En múltiples aspectos, las carencias del régimen republicano se tradujeron en deficiencias en la configuración del Tribunal de Garantías como verdadero defensor de la Constitución por medios jurídicos. Baste, para constatar esta afirmación, con recordar cómo el proceso de radicalización de posiciones políticas, a que ya hemos hecho referencia, parejo a una situación de efervescencia política, tuvo su reflejo en la instrumentalización del Tribunal con fines distintos a aquellos que podía y debía tener. Este clima poco propicio para el desarrollo ordenado de la actividad del Tribunal tendrá sus consecuencias ya en la primera designación de sus vocales.

Por otro lado, esa especialísima competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma era exclusiva del Tribunal de Garantías, que ejercía, por tanto, el denominado "monopolio de rechazo" (*Verwerfungsmonopol*), reflejándose esta circunstancia en el desarrollo de sus relaciones con el resto de los órganos constitucionales del Estado¹²¹.

¹²¹ La opción en favor de la creación, *ex novo*, de un órgano especial y con jurisdicción concentrada para conocer del recurso de inconstitucionalidad, que finalmente acogió el Texto Fundamental, no fue unánime. Así, por ejemplo, A. Posada afirmaba: "J'estimais que le Tribunal constitutionnel devait faire partie -avec pleine substantivité- du Tribunal suprême de Justice". Vid. Adolfo POSADA, *La nouvelle...*, cit., p. 217. Por su parte, A. Royo Villanova se pronunciaba en favor

El Tribunal que estableció el Título IX del Texto Constitucional de 1931 se convertía en el organismo de garantía y control por excelencia, de suerte tal que, aunque no fuese lícito otorgarle una posición de supremacía con respecto al resto de órganos constitucionales del Estado, sí resulta indudable que, como, en relación con la *Corte Costituzionale* italiana, indica A. M. Sandulli "Non diversamente che agli

del modelo de "control difuso", en los siguientes términos: "Esto del Tribunal Constitucional (...) es un tinglado austríaco copiado de la Constitución austríaca (...). La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley es un problema jurisdiccional de técnica jurídica que en la Constitución no puede corresponder más que al Poder judicial: a él corresponde en los Estados Unidos, que es donde se intentó y es el tribunal Supremo el que declara inconstitucional una ley". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 81 (26 de noviembre de 1931), p. 2.667; vid., también, abundando en su razonamiento, p. 2.668. La opción por ese "modelo americano" de justicia constitucional no dejará de tener su traducción, como veremos, si bien en el terreno de los efectos de las sentencias, cuando en 1933 se apruebe la L.O.T.G.C. Sin embargo, por lo que al problema del órgano que ejerce el control se refiere, existían razones poderosas que desaconsejaban optar por dejar en manos del Poder Judicial el control de constitucionalidad de las leyes, entre ellas, la enorme desconfianza hacia una judicatura tradicionalmente incapaz de afirmar la efectividad jurídica, la fuerza de obligar de la Constitución. Vid., en este sentido, las palabras del Sr. Castrillo, contestando a la intervención de A. Royo, en la misma sesión de las Cortes Constituyentes (pp. 2.668-2.669). En el mismo sentido, pero en el marco de la discusión sobre la L.O.T.G.C., afirmaba Javier Elola: "hablando del recurso de inconstitucionalidad, me opuse a que de él entendieran los Tribunales de justicia españoles. ¿Por qué? Porque no habían obtenido el suficiente desarrollo, la mayoría de edad necesaria para que asumiesen una función tan interesante en un pueblo vestido a la moderna". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 342 (23 de mayo de 1933), p. 13.011. La problemática que, en definitiva, subyacía a la discusión en torno a quién debe ser el depositario de la jurisdicción constitucional no es otra, al menos en este contexto, que aquélla contra la que hubo de luchar el sistema europeo de control de constitucionalidad para acabar imponiéndose, la posición de primacía, rayana en la soberanía, del Parlamento.

organos del poder politico, e in particolare al Capo dello Stato e alle Camere legislative -presso i quali tale carattere è più evidente che presso il Governo (dato che negli Stati di tipo parlamentare questo è quasi un'emanazione del Parlamento e per regola istituzionale è responsabile verso di esso)-, anche alla Corte è fatta, poi, una situazione di organo < <in posizione di parità > > (*superiorem non recognoscens*)"¹²².

Derivando de la posición de órgano constitucional del Tribunal de Garantías, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal incluyeron entre las atribuciones de éste la resolución de los conflictos entre los órganos supremos del Estado. El único proceso de tal clase de que habría

¹²² Aldo M. SANDULLI, "Sulla < <posizione > >...", cit., pp. 714-715; igual en *Scritti...*, cit., pp. 410-411. Nótese que, aunque el autor comenta la posición de la *Corte Costituzionale* italiana establecida por la Constitución de 1947, sus palabras son, a nuestro juicio, plenamente trasladables al contexto institucional de la Constitución de la II República española. Resulta llamativa, a este respecto, la coincidencia entre el excurso que sobre el régimen parlamentario italiano realiza A. Sandulli en el párrafo transcrito y un comentario, que ya hemos tenido ocasión de reflejar, de Nicolás Pérez Serrano (cfr. *La Constitución...*, cit., p. 334), en el que el Profesor madrileño, a propósito de la iniciativa de reforma constitucional en manos del Gobierno, calificaba a éste de "hechura" del Parlamento. Por lo que se refiere a la relación entre Presidencia de la República y *Corte Costituzionale* (léase, Tribunal de Garantías), A. Sandulli, sin dejar de reconocer que, en cuanto que órganos constitucionales, se encuentran en posición de paridad, reconoce una cierta primacía del primero, aunque a los exclusivos efectos de honores y dignidades en consideración a la alta magistratura con función representativa en que se constituye. Cfr. Aldo M. SANDULLI, *ob. ult. cit.*, nota 8 a la p. 404; misma nota a la p. 708. En cuanto a la correlación de esta última opinión del autor italiano con el Texto Constitucional de 1931, parece poder concluirse que esa misma superioridad honorífica se trasluce de las previsiones que al respecto realiza el art. 67 de éste.

de conocer la institución era el de resolución de conflictos que enfrentasen al Tribunal de Cuentas de la República con "otros organismos"¹²³, según el artículo 120 del texto Constitucional, que fue desarrollado por el legislador orgánico de 1933 en el artículo 67. La regulación de este proceso habría de regirse por lo dispuesto para los conflictos entre el Estado y las Regiones Autónomas.

No aparece muy clara la causa por la que se incluyó una competencia que podría denominarse "menor" entre las atribuciones del Tribunal de Garantías, máxime si se tiene en cuenta que no existía previsión de conflicto entre los órganos supremos de la República, que habrían de entrañar mucha mayor entidad, y si se considera, además, que, como se ha dicho, no era, en puridad, el Tribunal de Cuentas, un verdadero órgano constitucional, sino que dependía del Parlamento. Los conflictos que tuvieran por parte al órgano fiscalizador de las cuentas de la República tampoco habrían de enfrentar a éste con órganos constitucionales, sino, antes bien, con "aquellos de rango inferior que

¹²³ Cfr., en relación con ello, Ángel J. GÓMEZ MONTORO, *Los conflictos entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 207-213.

manejan fondos del Estado, como las corporaciones sindicales y otros"¹²⁴. Baste con dejar señalada aquí la existencia de esta función del Tribunal de Garantías que, viniendo a confirmar su posición de órgano de conformación de la voluntad del Estado al más alto nivel, tiene principalmente el valor de presentarse como precedente de la competencia de resolución de verdaderos conflictos entre órganos constitucionales y que se ha conferido al Tribunal Constitucional español del presente¹²⁵.

b) El Tribunal de Garantías como órgano jurisdiccional

Sentado, de este modo, que el Tribunal de Garantías constituye uno de los órganos constitucionales de la II República, debemos cuestionarnos ahora qué tipo de actividad, aun dentro de ese *indirizzo politico costituzionale di garanzia*, lleva a cabo. No podemos, dados los límites objetivos del presente trabajo, proceder ahora a analizar exhaustivamente cuál es la naturaleza de la función que ejercen los Tribunales investidos de la jurisdicción constitucional. Sí debemos, no obstante, intentar descubrir, a partir del estudio de las atribuciones que

¹²⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 80 (25 de noviembre de 1931), p. 2.628.

¹²⁵ Por virtud del arts. 59.3 y 73 a 75 de la L.O.T.C.

ostentaba el Tribunal de Garantías, si es posible concluir que nos hallamos en presencia de un órgano de naturaleza jurisdiccional.

Para ello, será preciso cuestionarse, dado que el Tribunal de Garantías era el órgano encargado del ejercicio de la jurisdicción constitucional, qué debe entenderse por ésta. En este sentido, y como con acierto ha señalado el Profesor P. De Vega en relación con el nuestro actual Tribunal Constitucional, "al no existir [ni en el tiempo presente ni en la Constitución de 1931] una cláusula general de Jurisdicción Constitucional, ésta tendrá que centrarse en el conjunto de competencias taxativamente fijadas en el ordenamiento fundamental"¹²⁶. Fueron, en este sentido, los ya referidos artículos 19, 120 y, especialmente, el 121 del Texto Fundamental los que vinieron a colmar la laguna que la inexistencia de un concepto unívoco de jurisdicción constitucional conllevaba.

Dentro de esta exhaustiva y variada gama de competencias, las funciones más nítidamente jurisdiccionales del Tribunal de Garantías se concretaban en cuatro: el recurso de inconstitucionalidad y la consulta de inconstitucionalidad prevista por el artículo 100 de la Constitución, el

¹²⁶ Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 419.

recurso de amparo, el enjuiciamiento de la más altas magistraturas de la República y el examen de las actas de los compromisarios que es necesario elegir para el nombramiento del Presidente de la República. De estas cuatro funciones, destacan sobremanera la dos primeras, por cuanto que es en su ejercicio que el Tribunal de Garantías actúa la competencia que, a la postre, explica y justifica su existencia: el control de la adecuación de las leyes a la Constitución, verdadera razón de ser de la justicia constitucional¹²⁷. En realidad el recurso y la consulta de inconstitucionalidad se funden en ese proceso constitucional, común a ambos.

La razón por la que se incluyó este tipo de vía de acceso al Tribunal de Garantías es doble. De un lado sucede que las exigencias extraídas del principio de supremacía obligaban a que, en cualquier momento en que alguna norma jurídica fuese aplicada, estuviese en perfecta consonancia con la Ley Fundamental de la República. De otro, la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley correspondía, de modo exclusivo, al Tribunal de Garantías, en cuanto que órgano de

¹²⁷ Cfr., con el mismo sentido, la intervención del Diputado Luis Recaséns Siches, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 343 (24 de mayo de 1933), p. 13.046.

jurisdicción constitucional del modelo europeo -concentrado- de justicia constitucional¹²⁸. Esta verdadera "cuestión de inconstitucionalidad" se sustanciaba, por lo que a nosotros interesa, como un recurso de inconstitucionalidad, en cuanto tenía acceso, lo cual ocurría no sin dificultad -tal vez por ello el Tribunal de Garantías sólo llegó a conocer de una-, al Tribunal de Garantías. La previsión constitucional al respecto, contenida, como se ha dicho, en el artículo 100, concretaba únicamente los extremos siguientes:

"Cuando un tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales."

¹²⁸ Si bien más adelante tendremos oportunidad de volver sobre este asunto, debemos poner de manifiesto ya ahora cómo era éste, en efecto, el modelo al que cabe adscribir al Tribunal de Garantías republicano. Esto es, al menos, lo que a nuestro entender debe colegirse del examen del articulado del Texto Constitucional que hace referencia a la institución. De hecho, ya hemos tenido ocasión de comentar aquí cómo A. Royo, uno de los detractores del modelo, lo calificaba de "tinglado austríaco", en evidente referencia al precedente configurado en aquel país bajo la directa tutela de Hans Kelsen. En todo caso, las dudas en torno al modelo a que respondía el Tribunal de Garantías se plantearon con mayor intensidad a partir de determinadas opciones que, como veremos, acogió su Ley Orgánica, que invitaron a algunos autores a considerar al custodio constitucional como creador de un modelo mixto, mezcla de elementos "austríacos" y "americanos". Un ejemplo de esa posición fue el mantenido por Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 141-142.

Por su parte, la L.O.T.G.C., siguiendo la línea de obstaculizar, en lo posible, el acceso de asuntos al Tribunal de Garantías, arbitró una serie de requisitos de ineludible cumplimiento para que tal consulta pudiese finalmente ser resuelta por el Tribunal de Garantías. En contraste con la posibilidad expedita que para presentar la consulta tenían los Tribunales, de oficio, y el Ministerio Fiscal -pero siempre, en este último caso, por conducto del Fiscal General de la República-, el particular parte en el proceso *a quo* debía vencer un gran número de escollos, dispuestos a tal efecto a lo largo de la regulación contenida en el extenso artículo 31 de la L.O.T.G.C. Entre ellos merece destacarse el tamiz que suponía el párrafo segundo del número 1 del citado precepto orgánico, toda vez que obligaba a que cualquier solicitud de consulta fuese dictaminada favorablemente por la Sala competente, *ratione materiae*, del Tribunal Supremo. Si el dictámen resultaba negativo, el particular podía persistir en su intención, aunque para ello estaba obligado a abonar una caución de entre 5.000 y 25.000 pesetas. Salvo en este último supuesto, la presentación de una consulta nacida en el curso de un proceso judicial ordinario suspendía la tramitación de éste.

De modo similar a lo que acontecía con la consulta nacida en el marco de un proceso judicial, el artículo 31.5 de la L.O.T.G.C. previó una vía de acceso en consulta al tribunal de Garantías con origen en una actuación administrativa, siempre que tal procedimiento gubernativo no diese lugar a un proceso contencioso. La tramitación era, por lo demás, muy similar a la de la consulta que se había regulado al amparo del artículo 100 de la Constitución, con la salvedad de que, ahora, el trámite que se entendía con el Tribunal Supremo tendría lugar ante el Cuerpo Consultivo Supremo de la República.

Dedicaremos las páginas que siguen a analizar, fundamentalmente, el funcionamiento del recurso de inconstitucionalidad¹²⁹, en tanto que se trata del proceso constitucional, no sólo de mayor importancia, sino también del que con más claridad se obtiene la visión del Tribunal de Garantías como instrumento trascendental para la defensa de la Constitución. No en vano se ha podido afirmar que "lo que da significación al (...) Tribunal es precisamente ese *nobile officium* de revisar si las leyes acatan o vulneran la norma fundamental de la República. Las restantes atribuciones del Tribunal podían haberse

¹²⁹ Cfr., en relación con éste, Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 156-225.

conferido a cualquier otro órgano de nuestro mecanismo político-jurídico"¹³⁰.

1.-El recurso de inconstitucionalidad

Ya conocemos el carácter de proceso de control de normas, leyes y actos jurídicos a ésta equiparados, que reviste el recurso de inconstitucionalidad. Debe ser destacado, sin embargo, en relación a la materia que podía constituir el objeto de dicho *Abstraktenormenkontrolle* que habría de llevar a cabo el Tribunal, que, primero en el marco de la discusión del Título IX, pero, fundamentalmente, durante el debate de la L.O.T.G.C., se plantearon una serie de opciones, algunas de las cuales lograron tener asiento definitivo en la citada ley orgánica, de un tono ciertamente restrictivo de la que, cuanto menos, parecía ser la "concepción" constitucionalizada del recurso de inconstitucionalidad. En la medida en que las discusiones en torno a este tema llegaron a suscitar cuestiones de indudable trascendencia e interés, y reflejo en la configuración definitiva del proceso de control de normas, creemos oportuno detenernos en su consideración.

¹³⁰ Nicolás PÉREZ SERRANO, "El Proyecto...", cit., p. 8.

Se planteó, en primer lugar, la posibilidad de que las leyes ratificadas refrendatariamente no pudiesen ser declaradas inconstitucionales, actuando, en tal supuesto, una especie de "vis subsanatoria de las manifestaciones directas de la voluntad popular respecto de cualesquiera vicios de inconstitucionalidad"¹³¹. Subyacía, en efecto, tras esta pretensión, un concepto erróneo del significado jurídico de la institución refrendataria, puesto que, al prohibir que sobre dichas leyes pudiese ser ejercido el control del Tribunal de Garantías, lo que se estaba afirmando no era sino su capacidad para, sin observar los trámites del procedimiento constitucionalmente previsto, modificar el Código Fundamental.

Desde esta perspectiva, el acto de control en que, como ya hemos tenido ocasión de señalar con motivo de la apelaciones al Pueblo en los procedimientos de reforma, se concreta el referéndum, se convertiría en auténtico acto de soberanía¹³². En este sentido, L. Jiménez de Asúa

¹³¹ Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., p. 362; Cfr., también, Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal...*, cit., pp. 225-226.

¹³² Sin embargo, para Recaséns Siches, "Las leyes votadas en <<referéndum>> no son expresión directa de una democracia inmediata; son leyes sencillamente, porque la Constitución ha establecido como un procedimiento especial de elaboración la consulta directa al cuerpo electoral. Prueba de ello es que ese órgano democrático, el Cuerpo electoral, tiene no una competencia ilimitada, sino, por el contrario, una competencia perfectamente delimitada, circunscrita". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 343 (24 de mayo de 1933), p. 13.051.

afirmaba estar "enteramente convencido de que, por el procedimiento de excepcionar las leyes votadas en <<referéndum>>, se podría ir a una reforma antilegal de la Constitución. En este punto, las objeciones nacidas al calor de la pluma del Sr. Pérez Serrano, y recogidas aquí con brillantez por los señores oradores, a mí, personalmente, me dejan convencido"¹³³.

Las objeciones de N. Pérez Serrano a las que el diputado socialista se refería eran aquellas que versaban sobre el carácter, constitucional u ordinario, de las leyes aprobadas por aquellas Cortes que, reunidas desde el 14 de julio de 1931, habían ya aprobado la Constitución y procedían en aquel momento a emanar la obra legislativa republicana más directamente complementaria de la Ley Fundamental. En efecto, el Profesor madrileño se había pronunciado en el sentido de que "Las Constituyentes hacen la Constitución, que es una Ley privilegiada. Votada

¹³³ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.118. Días antes el Diputado Elola había manifestado la misma opinión al afirmar que "por ese procedimiento, se puede buscar una ley votada por <<referéndum>>, que no se llamaría ley constitucional porque trataba nada más de esto, y se variaba en absoluto toda la intervención legislativa, concediéndola a un poder que entonces sí llamaríamos faccioso, porque no estaba controlado por nadie: el poder de hacerlo así; y tendríamos modificada la Constitución, sin habernos, de ninguna manera, sometido a las normas del artículo 125". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 340 (18 de mayo de 1933), p. 12.948.

ésta, quedan reducidas a la condición de Cortes ordinarias, y las Leyes que sancionen no son de rango superior a las demás"¹³⁴.

Será, efectivamente, la discusión en torno a las facultades de las Cortes en uso del Poder Legislativo la circunstancia que presida los debates en los asuntos de mayor polémica que se suscitaron con ocasión de la tramitación de la L.O.T.G.C. Lo veremos con mayor detalle a continuación, en relación a la Disposición final de la ley. Sin embargo, los términos en que se planteará la polémica son los mismos.

En primer lugar, no era uniforme la opinión en torno a la naturaleza de las Cortes, que determinará el carácter de la legislación por ellas aprobada. Ocurría, además, y ello contribuyó a avivar aun más la discusión, que la labor que en aquellos momentos acometían las Cortes se concebía como la prolongación, para su concreción en disposiciones legislativas, del proceso revolucionario que había nacido con la República. Se trataba, en todo caso, de normas con una elevada trascendencia, toda vez que venían a formar el *corpus* más primario de desarrollo de las previsiones constitucionales. Los defensores de algunos de los preceptos

¹³⁴ Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 332. Cfr., también, en el mismo sentido y del mismo autor, "El Proyecto...", cit., pp. 12-14.

más discutidos de la L.O.T.G.C., en cuanto que, al menos aparentemente, más disconformes con el Texto Constitucional, fundaron su argumentación, como veremos, en esta circunstancia.

En efecto, otro de los aspectos de la regulación del recurso de inconstitucionalidad que vino a suscitar mayor debate fue el relativo a una importante restricción en su objeto que sufrió con ocasión de la aprobación de la L.O.T.G.C. Ésta contenía una Disposición final del siguiente tenor:

"Quedan exceptuadas del recurso de inconstitucionalidad derivado de esta ley, cuya vigencia comenzará al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Madrid, las leyes aprobadas por las actuales Cortes con anterioridad a la presente."

Sucedía, de este modo, que la L.O.T.G.C. procedía a restringir el objeto de un recurso derivado directamente del artículo 121 de la Constitución, toda vez que éste no había realizado distinción alguna entre las leyes sometidas al control del Tribunal de Garantías¹³⁵. Este

¹³⁵ En relación con la problemática suscitada al abrigo de la discusión en torno a la Disposición final transcrita, cfr. Joaquín TOMÁS VILLARROYA, "El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, n.º 11 (1968), pp. 28-33; Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia...*, cit., pp. 51-54; Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de*

verdadero "bill de indemnidad", como lo calificaba Ossorio y Gallardo¹³⁶, fue objeto de muy duras críticas desde diversos sectores, tanto en el ámbito parlamentario como fuera de él. El centro de la polémica lo constituyó, como acabamos de adelantar, el poder que asistía a las Cortes, en 1933, para elaborar una legislación de un rango superior al de la legislación ordinaria, planteándose una serie de problemas distintos, aunque muy conexiones, en los que, a nuestro juicio, conviene detenerse.

Analizaremos, en primer término, la naturaleza de las Cortes. El Legislativo de 1933, que discutía la L.O.T.G.C., no conoció solución de continuidad desde que comenzaron las reuniones de la Constituyente, el 14 de julio de 1931. De hecho, las Cortes siguen intitulándose Cortes Constituyentes¹³⁷. Contrariamente a lo que suele acontecer, terminada la

Garantías..., cit., pp. 133-142.

¹³⁶ Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 344 (25 de mayo de 1933), p. 13.099.

¹³⁷ Al no disolverse en cuanto la Constitución fue aprobada, las Cortes que la habían redactado contradecían el principio de inmediatez del Poder Constituyente o, al menos, como los hechos confirmaron luego, favorecían la confusión en torno a las facultades, extraordinarias u ordinarias de que tal Parlamento estaba investido. Cfr., para todo lo que hace a la necesidad de que el Poder Constituyente se extinga tan pronto ha consumado su obra (la Constitución), Nicolás PÉREZ SERRANO, "El Poder Constituyente", cit., pp. 273-275; Pedro DE VEGA, *La reforma...*, cit., pp. 34-37; Javier RUIPÉREZ, "Constitución y Estado Social...", cit., pp. 276-277.

que constituyó su tarea primordial, esto es, la elaboración del Texto Constitucional, las Cortes no se disolvieron y esto enturbia aun más el problema sobre su verdadera naturaleza. Ha de remarcarse que, en puridad, el carácter Constituyente de la Asamblea se extingue, aunque continúe ésta como Cortes ordinarias, cuando finaliza el período temporal del ejercicio del Poder Constituyente. Éste, precisamente por su entidad extraordinaria, se manifiesta como "el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue"¹³⁸.

Es desde el entendimiento del Poder Constituyente como un Poder excepcional, y naturalmente efímero, que resulta, además, soportable su, tantas veces afirmada, libérrima facultad de apreciación, su carácter omnímodo. Porque esto es así, "podemos afirmar que lo que define al moderno Estado constitucional democrático es el hecho de que, una vez que la Constitución ha sido aprobada y sancionada, el Poder Constituyente abandona la esfera política"¹³⁹, y ese abandono tiene lugar inmediatamente después de ser aprobada la Constitución¹⁴⁰. Desde esta

¹³⁸ Juan DONOSO CORTÉS, *Lecciones...*, cit., p. 72.

¹³⁹ Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., p. 51.

¹⁴⁰ Así se manifestaba el propio Nicolás PÉREZ SERRANO, en cuya opinión, "el Poder Constituyente, por muy dilatada que sea su órbita, y por muy soberana que

comprensión, sólo puede afirmarse que, con independencia de su denominación, las Cortes españolas de 1933 obraban en el ejercicio de un poder limitado, eran, en puridad, un poder constituido¹⁴¹ desde el momento, el 9 de diciembre de 1931, en que se concluyó la Norma Fundamental del Estado.

Aun siendo ello así, existe un dato más que poco ayuda para el cabal entendimiento de este problema. Nos estamos refiriendo a la existencia de previsiones constitucionalizadas sobre el cometido de esas Cortes. En efecto, la Constitución, en diversos pasajes¹⁴², hacía mención

sea su voluntad, no ha de acumular facultades legislativas ordinarias, ni menos aún poderes de tipo ejecutivo o judicial; otra cosa sería romper la jerarquía obligada, confundir lo extraordinario con lo constituido". Vid. Nicolás Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., p. 466.

¹⁴¹ En el mismo sentido que el expresado en el texto se pronunció Luis Recaséns Siches, vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 343 (24 de mayo de 1933), p. 13.055. De diversa opinión era el Diputado Elola (*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 342, (23 de mayo de 1933), p. 13.014), para quien "las Cortes Constituyentes, convocadas como tales, no pierden su substancia en tanto sigan reunidas; podrán actuar como Cortes ordinarias en menesteres previstos para Cortes ordinarias, pero continúan siendo Constituyentes en el sentido de lograr exhaustivamente la Constitución, en su texto y en su complemento".

¹⁴² Así el art. 26, conforme al cual las Cortes Constituyentes debía elaborar la Ley de Congregaciones religiosas; el art. 85, en cuya virtud se defería a una "ley constitucional" la regulación del procedimiento para la exigencia de responsabilidades al Presidente de la República; o, en el propio Título IX, el art. 124, que remitía a la L.O.T.G.C. Interesa, en cualquier caso, recordar, que estos asuntos estaban rodeados de una peculiar problematicidad suficiente, por ejemplo, para, en unión de otras circunstancias, socavar la estabilidad del gobierno azañista

al hecho de que habría de ser aquel Parlamento que había aprobado el Texto Constitucional quien debía aprobar un elenco de leyes, de enorme importancia objetiva para la vida del Estado. Leyes éstas que, de una u otra forma, vendrían a resultar el "complemento material" de la propia Constitución.

La solución no es, en todo caso, desconocida por el Derecho Constitucional comparado. Bástenos aquí con indicar que también el Constituyente italiano de 1947 decidió prolongar su actividad. Así lo establece en la Disposición Transitoria y Final XVII cuando, por un lado, determina que "La Asamblea Constituyente será convocada por su Presidente para deliberar, antes del 31 de enero de 1948, sobre la ley para la elección del Senado de la República y las correspondientes a los Estatutos Regionales y a la Prensa", y, por otro, permite que "Hasta el día de las elecciones de las nuevas Cámaras la Asamblea Constituyente puede ser convocada siempre que sea necesario deliberar acerca de las materias atribuidas a su competencia por el artículo 2.º, párrafos primero y segundo, y por el artículo 3.º, párrafos primero y segundo, del decreto legislativo número 98 de 16 de marzo de 1946".

de 1931-33. Cfr., en tal sentido, Santos JULIÁ, *Manuel Azaña...*, cit., pp. 294 y ss.

Es verdad que alguna de estas materias -en concreto la aprobación de los Estatutos especiales a que se refiere el artículo 116- supone el ejercicio de una potestad constituyente y que, como tal, puede resultar plenamente lógico el que la misma debiera ser desarrollada por la misma Constituyente. Pero, siendo esto así, no es menos cierto que lo relativo a la elección del Senado y a la prensa revisten, en la medida en que el Texto se remite a una "ley", y no a una "ley constitucional", el carácter de legislación ordinaria, la cual, en vía de principio y en el marco de la Constitución rígida, debería estar reservada al Parlamento como poder constituido ordinario.

Es, a todas luces, evidente que una tal decisión contradice abiertamente el ya conocido principio de que, una vez que la Constitución ha sido aprobada, el Poder Constituyente entra en una fase de letargo de la que sólo saldrá cuando sea preciso darse una nueva Constitución o, de alguna manera, y en el caso italiano, cuando sea necesario aprobar una ley constitucional en los términos del artículo 138 del Texto de 1947, las cuales son, como señalan G. Zagrebelsky y G. U. Rescigno¹⁴³, leyes de

¹⁴³ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *Il sistema...*, cit., pp. 114-118; Giuseppe Ugo RESCIGNO, *Corso de Diritto Pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1989, 2.^a ed., 6.^a reimpr., p. 222.

actuación, de prolongación, podría decirse, de la Constitución y que, de esta suerte, gozan de su misma naturaleza.

Sin embargo, las previsiones que, en este orden de consideraciones, realizó el Constituyente italiano, sólo fueron realizadas por el Texto republicano, en su artículo 85, en relación con la Ley Constitucional sobre el procedimiento para exigir responsabilidades al Presidente de la República. Se enturbiaba, de este modo, el problema, en la medida en que, en íntima relación con la duda sobre el carácter constituyente u ordinario de aquel Parlamento, se planteaba la cuestión de si tales leyes revestirían la condición de "leyes constitucionales"¹⁴⁴.

¹⁴⁴ En favor de considerar la L.O.T.G.C. con este carácter se pronunció Javier Elola [*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 342 (23 de mayo de 1933), p. 13.014], para quien, "Una ley constitucional, a mi juicio, es la que tiene substancia constitucional, materialmente considerada, pero es también aquella que, con tales caracteres está prevista en la Constitución. (...) Estas dos leyes [la de exigencia de responsabilidades al Presidente de la República y la del Tribunal de Garantías] son tan consubstanciales con la Constitución que, realmente, forman parte, son perfección, complemento de la Constitución misma, y las Cortes, cuando las discutan y las voten, a mi juicio actúan como Cortes Constituyentes. Vid., en contra de esta opinión, la intervención de Fernández de Castillejo en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.105. Igualmente en contra se mostraba Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO ["El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de la ley", *Revista de Derecho Público* (julio-agosto, 1933), pp. 234-236] para el que "la ley misma que organiza el Tribunal no es una ley constitucional, sino una ley ordinaria". Desde esta comprensión, allí donde se entienda que la L.O.T.G.C. ha operado una restricción en el sentido que al recurso había dado el Texto Constitucional, deberá entenderse que se trata de una norma inconstitucional porque "es claro que una ley ordinaria

A todo lo anterior podría añadirse aun una circunstancia más, esta de índole puramente política, que venía, igualmente, en detrimento de la claridad de conceptos. Se trataba de un hecho, usado también como argumento en el marco de la discusión sobre la L.O.T.G.C., que, por otro lado, se presentaba como una realidad innegable: las Cortes elegidas el 28 de junio de 1931 estaban consagradas a realizar la obra revolucionaria, transformadora, que la República se había impuesto. Resultaba incuestionable, además, que, aunque en términos jurídico-políticos el proceso revolucionario debiese coincidir estrictamente con el tiempo de ejercicio del Poder Constituyente -o, para evitar confusiones, con el tiempo que mediase hasta la aprobación de la Constitución-, en términos exclusivamente políticos, tal proceso no había hecho más que comenzar.

Planteado en tales términos el problema, cumple ahora intentar aclarar el conjunto de dudas que hemos enunciado. Ya nos hemos pronunciado en favor del entendimiento de que las Cortes que aprueban la Ley que regula el Tribunal de Garantías, eran Cortes ordinarias. Una vez aceptado esto, cabe cuestionarse el rango de las leyes que la Constitución previó fuesen aprobadas por el primer Parlamento de la República. Tales

(...) no puede modificar la Constitución, ni restringir las facultades del Tribunal".

leyes estaban llamadas a regular extremos de trascendencia indudable para la ordenación de la vida política del nuevo régimen. Las materias objeto de su regulación se concretaban en aspectos tan trascendentales para la vida de la comunidad que bien podría afirmarse que componían un verdadero Derecho Constitucional material¹⁴⁵. Sentado este carácter de leyes como

¹⁴⁵ Entendido aquí con el sentido que a este término otorga E. Stein, es decir, "todas las normas del Derecho Político; es decir, aquellas normas de Derecho público interno del Estado que son constitutivas del Estado como un todo. (...). Derecho constitucional material (...) y Derecho constitucional (formal) coinciden en gran medida, pero no totalmente". Vid. Ekkehart STEIN, *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 10. Desde este entendimiento, el Derecho Constitucional formal (Constitución formal) de la II República española se contenía en el Texto Constitucional de 9 de diciembre de 1931 y en la Ley de procedimiento para exigir responsabilidades al Presidente de la República, única que revestía el carácter (formal) de ley constitucional. Sin embargo, no todas las normas que regulaban extremos trascendentales para la vida del régimen político republicano se encontraban recogidas en la Constitución, ni existía previsión en ésta sobre el carácter constitucional que habría de tener la ley que viniese a completar la parca regulación constitucional en la materia citada. De este modo, leyes como la de congregaciones religiosas o la orgánica del Tribunal de Garantías, fundamentales para el sistema político republicano quedaban reducidas a meras leyes ordinarias. Formarían, eso sí, parte del Derecho Constitucional material de la República, integrado entonces por, en primer lugar la Constitución y la ley constitucional sobre procedimiento para exigir responsabilidad al Presidente de la República y, en segundo lugar, por todas aquellas normas esencialmente complementarias de la Constitución, especialmente aquéllas que debiesen ser aprobadas por las Cortes "Constituyentes". Lo que se desprende de esta importante distinción y resulta relevante a los efectos que a nosotros interesan ahora, es que "sólo participan de la primacía propia del Derecho Constitucional aquellas normas que están contenidas en la Constitución escrita [o, lo que es lo mismo, en la Constitución escrita y en las leyes, la ley en este caso, aprobadas posteriormente con el carácter de constitucional]. Las demás normas del Derecho Político pueden ser modificadas en cualquier momento por los órganos estatales competentes. Tal modificación no necesita ser expresa; se produce por el mero hecho de promulgar una ley de sentido contrario (*lex posterior derogat legi priori*). En cambio, cuando una ley es contraria a la Constitución escrita, es nula, es decir, no puede ser obedecida por nadie" (*loc. ult. cit.*, pp. 10-11).

la L.O.T.G.C., la inclusión de aspectos polémicos en su articulado intentará ser defendida desde la perspectiva, como ya sabemos errónea, de que se trata de una norma de rango superior al de las leyes ordinarias.

Sucedía, además, que con la aprobación de la Disposición final de la L.O.T.G.C. parecía estarse evidenciando el temor a que las leyes aprobadas con anterioridad a la misma pudiesen llegar a ser reputadas inconstitucionales¹⁴⁶. Tanto es así que la opción de los diputados que se mostraron a favor de la Disposición final, fue interpretada como una actitud marcadamente proteccionista en relación con las leyes por ellos aprobadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución.

Sea de ello lo que fuere, no creemos, a pesar de lo visto, que la posible solución al conflicto planteado en tales términos pueda proceder de las líneas de razonamiento apuntadas. Por contra, a nuestro juicio, la solución se extraía del propio Texto Constitucional que, ciertamente con

¹⁴⁶ La posición en favor de la exclusión del objeto del recurso de inconstitucionalidad de las leyes aprobadas con anterioridad a la L.O.T.G.C. podría llegar a presentarse, además, como el resultado del temor de las Cortes hacia un resolución del Tribunal de Garantías que reputase inconstitucional su labor legislativa. Vid., en este sentido, la intervención parlamentaria de L. Recaséns Siches, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, nº 348 (1 de junio de 1933), p. 13.241.

poca fortuna en este particular, habilitaba a la L.O.T.G.C. para fijar aspectos fundamentales del recurso de inconstitucionalidad. Hasta tal punto era ello así, que se podría decir, sin caer en la exageración, que a lo que procedía no era sino a una verdadera desconstitucionalización de cuestiones claves en la configuración del Tribunal de Garantías. Era, como decimos, el artículo 124 de la Constitución el que, adoptando una solución técnicamente criticable¹⁴⁷, abría la puerta a preceptos que tendrán cabida en la L.O.T.G.C. y que se apartaban, tal vez no de la letra, pero sí del espíritu que había inspirado la redacción de los artículos constitucionales relativos al Tribunal de Garantías. En virtud del citado precepto:

"Una ley orgánica especial, votada por estas Cortes, establecerá las inmunidades y prerrogativas de los miembros del tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el artículo 121"

En la medida en que había sido la propia Constitución quien, por medio del artículo que acabamos de transcribir, había deferido la concreción de extremos tan sustanciales para la configuración definitiva del Tribunal de Garantías, debe reputarse constitucionalmente legítima, contra

¹⁴⁷ En relación con la desconstitucionalización como imperfección técnica vid. *supra* nota 49 del Capítulo III.

lo que, en un principio pudiera parecer, la opción tomada por los redactores de la L.O.T.G.C. en el diseño definitivo del Tribunal que realizaron¹⁴⁸.

Esta es la idea que subyace a la intervención del diputado Sr. Gomáriz en la sesión del 2 de junio de 1933, cuando afirmaba que "el artículo 124 dice que una ley especial, una ley orgánica especial, ésta,

¹⁴⁸ Cfr., en contra, Recaredo Fernández de Velasco, "El tribunal...", cit., pp. 234-235. Para este autor, la restricción operada en el objeto del recurso por obra de la L.O.T.G.C. carecía de validez alguna, de suerte tal que "quien quiera podrá impugnar de inconstitucionales, no sólo las leyes de fecha posterior, *sino todas las anteriores dictadas a partir del 9 de diciembre de 1931, fecha de la Constitución*". Del mismo modo, en opinión de J. Tomás Villarroya "la ley ofrecía la curiosa y deplorable particularidad de que, siendo una norma destinada a velar por la pureza y regularidad del orden constitucional era, en algunos de sus extremos, de muy dudosa constitucionalidad. Su disposición final, que recortaba la materia del recurso, infringía netamente el artículo 121 de la Constitución". Vid. Joaquín TOMÁS VILLARROYA, "El recurso de inconstitucionalidad...", cit., p. 15. Con idéntico sentido, escribía R. Reyes que "A todas luces que (*sic*) las leyes dadas después de que la Constitución estableció el recurso de inconstitucionalidad para hacer respetar el sistema de la jerarquía de las normas supremas, completando el tipo de constitución rígida y escrita que se formuló nacieron, nacieron adjetivadas en cuanto a su sumisión a esa defensa, y promulgada la Constitución, aun cuando las Cortes siguieran llamándose Constituyentes, no podían volver sobre aquélla sin el proceso reformativo del artículo 125 de la misma. La inconstitucionalidad del precepto, analizada en orden a este grupo de leyes es indiscutible y se puede presentar como ejemplo típico". Vid. Rodolo REYES, *La defensa...*, cit., p. 180. Nada hay, desde nuestro punto de vista, objetable en la primera parte del razonamiento del ilustre jurista mejicano. Las leyes posteriores a la Constitución -tal vez salvo la de exigencia de responsabilidad al Presidente de la República- eran leyes ordinarias. Y, sin embargo, al menos en nuestra opinión, ello no comporta la inconstitucionalidad de la Disposición final de la L.O.T.G.C., en la medida en que es el propio Texto Constitucional, como hemos señalado, el que autoriza, con la deficiente técnica que emplea, la emanación de un *bill de indemnidad* como el contenido en la citada Disposición.

votada por estas Cortes, establecerá (...) la extensión y efectos de los recursos. (...) ¿A qué puede aplicarse este recurso por extensión? A éstas o a las otras materias legislativas, a estos o a los otros actos de gestión: esta es su extensión"¹⁴⁹. Más adelante, contestando a Gil Robles¹⁵⁰, añadirá: "La Constitución nos faculta para delimitar el área del recurso de inconstitucionalidad, porque el artículo 124 de la Constitución, con referencia al 121, señala que una ley orgánica especial, votada por estas Cortes, establecerá las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos. Efectos, los de inconstitucionalidad o inaplicabilidad; extensión, lo que es el área del recurso, lo que son las cosas que han de ser objeto del recurso, jurídicamente nuestra postura no puede ser discutida; políticamente, sí"¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), pp. 13.267.

¹⁵⁰ La intervención de Gil Robles, que, amén de evidenciar el desacuerdo con la Disposición final, muestra una actitud abiertamente hostil a la Constitución, puede verse en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), pp. 13.270-13.272.

¹⁵¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), pp. 13.273.

En efecto, aunque la decisión de restringir el objeto del recurso de inconstitucionalidad, vedando la posibilidad del conocimiento del Tribunal de las leyes aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.T.G.C., pudiera resultar altamente criticable, no resultaba menos cierto que el origen de esta opción se encontraba en el propio Texto Constitucional¹⁵². Fue la propia Constitución, al deferir, en el artículo 124, la concreción de aspectos sustanciales del recurso de inconstitucionalidad, la que abrió la posibilidad para que fuese aprobada, entre otros polémicos preceptos, una norma del cariz de la Disposición final que comentamos.

Debemos referirnos, también en relación con el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, a dos problemas que, igualmente, fueron objeto de amplia discusión en la tramitación del Proyecto de L.O.T.G.C.. Nos estamos refiriendo a dos extremos del citado recurso que, en el curso del debate en las Cortes, llegaron a ser puestos en íntima relación: la legitimación para recurrir y los efectos de la sentencia recaída en este proceso ante el Tribunal de Garantías.

¹⁵² En el mismo sentido de reputar políticamente desacertada, aunque constitucionalmente legítima, la regulación llevada a cabo por la L.O.T.G.C., cfr. José María FÁBREGAS DEL PILAR, "El Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (octubre, 1933), pp. 563-566.

La Constitución que, como ya hemos tenido oportunidad de comprobar, delimitó tan sólo algunos de los aspectos relativo al Tribunal de Garantías, introdujo un artículo, el 123, del siguiente tenor literal:

"Son competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales:

- 1.º El Ministerio Fiscal.
- 2.º Los jueces y tribunales en el caso del artículo 100
- 3.º El Gobierno de la República
- 4.º Las regiones españolas
- 5.º Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada."

Se procedía de este modo a enumerar a los sujetos que tendrían acción -la expresión "ser competente" no parece que se concilie correctamente con la temática procesal a que el precepto se refiere- ante el Tribunal de Garantías. Pero no se explicitaba, más que en el caso del número 2.º, con qué carácter se entendía conferida la legitimación. Este será el punto de partida sobre el que discurrirán las discusiones en torno

al desarrollo legislativo del precepto en 1933 y otro de los motivos de mayor polémica¹⁵³ entre los relativos al funcionamiento del Tribunal.

Punto de especial fricción lo constituyó el relativo a la legitimación popular incluida en el número 5.º. La inclusión de la acción popular se había operado en la discusión parlamentaria del Texto Constitucional, merced a la aprobación de una enmienda en tal sentido presentada por el Diputado radical-socialista Sr. Balbontín¹⁵⁴. La idea que subyacía a dicha enmienda, y que fue acogida por los diputados en la Constituyente, no era otra que la de admitir que cualquier ciudadano debería convertirse en garante de la Constitución. Ésta, en tanto que el Texto donde el Pueblo ha convertido en ley sus decisiones políticas fundamentales, es merecedora de protección por parte de todos y cada uno de los ciudadanos. Por ello, una afrenta a la Norma Fundamental, al

¹⁵³ Para todo lo relativo a los problemas surgidos en torno a la legitimación para recurrir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, cfr. Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 168-173; Rosa M^a RUIZ LAPENA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., pp. 54-60; Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 317, 320-321, 330-333, 396-397; Joaquín TOMÁS VILLARROYA, "El recurso de inconstitucionalidad...", cit., pp. 33-39; José ALMAGRO NOSETE, "La <<acción popular>> ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 5-83.

¹⁵⁴ Su texto, que acabó incorporado a la Constitución, puede verse en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 82 (27 de noviembre de 1931), p. 2.721.

ofender a todos, debe poder ser por todos denunciada ante quien tiene el poder de repararla: el Tribunal de Garantías.

Balbontín, en defensa de su enmienda, argüía distintas razones: "Hay varias razones fundamentales (...) desde el punto de vista de la democracia pura que es la que yo he defendido siempre como he podido y seguiré defendiendo en adelante, entre ellas la siguiente: una ley anticonstitucional (*sic*) agravia a todos los ciudadanos, no sólo a las personas individuales a quienes vulnera en sus intereses materiales (...) éste es el ideal de la democracia: que cada ciudadano siente como propia la herida injusta cara a otro, no sé porqué (...) se le ha de impedir a ese ciudadano generoso, que no ha sido atacado en sus intereses materiales, sino sólo en su sensibilidad democrática (...) que reaccione contra la ley inconstitucional"¹⁵⁵.

Se procedía, de este modo, a acoger un medio de defensa popular del Texto Constitucional e insertarlo en un mecanismo jurídico, el más novedoso y acabado de todos ellos, articulado hacia el mismo fin. Con ello se retomaba la vieja idea, en absoluto desconocida entre nosotros,

¹⁵⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 82 (27 de noviembre de 1931), p. 2.721-2.723.

como tuvimos ocasión de comprobar en el Capítulo II, de la democracia militante, traducción más o menos perfecta de la doctrina jacobina de la Nación en armas.

Desde un punto de vista político, no faltaba razón al diputado Balbontín cuando afirmaba que un ataque a la Constitución era un ataque a cada ciudadano. Sin embargo, y con mayor razón en el contexto en el que surgía el Tribunal, la inclusión de la acción popular no dejaba de presentar inconvenientes, especialmente en lo relativo a la instrumentalización política del mismo. Conceder acción para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes a todos los ciudadanos permitía, desde luego, una mayor efectividad del sistema, en cuanto que casi se aseguraba que ninguna norma sobre la que existiesen dudas en torno a su adecuación con la Ley Fundamental quedaría exenta del examen del Tribunal de Garantías. Esta idea, por otra parte, había sido ya mantenida por el propio H. Kelsen, para quien, "La garanzia maggiore sarebbe certamente quella di autorizzare un'*actio popularis*: il tribunale dovrebbe esaminare la regolarità degli atti soggetti alla sua giurisdizione, in particolare le leggi e i regolamenti, su domanda di chiunque. In questo modo, l'interesse politico alla eliminazione degli atti irregolari verrebbe senza dubbio soddisfatto nel

modo più pieno"¹⁵⁶. No obstante, el propio jurista vienés, exponía, a continuación, los motivos que no aconsejaban la adopción de la legitimación popular en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, al afirmar: "Non è tuttavia possibile raccomandare questa soluzione perchè essa comporterebbe un pericolo troppo elevato di azioni temerarie ed il rischio di un intollerabile intasamento dei ruoli"¹⁵⁷.

Esas razones serán las que aconsejarán "reinterpretar", en sentido restrictivo, la, al menos aparentemente, amplia legitimación que hacía posible el número 5.º del artículo 123 de la Constitución. Para ello, el argumento principal del que se hará uso, en el marco de la discusión de la L.O.T.G.C., será la indeterminación del tipo de recurso a la que la acción popular consignada en dicho artículo se refiere.

¹⁵⁶ Hans Kelsen, "La garanzia...", cit., p. 194.

¹⁵⁷ Hans Kelsen, "La garanzia...", cit., p. 194. Los peligros serán advertidos por el Diputado Sánchez Román, quien pretende, al no conceder acción popular de inconstitucionalidad, evitar que se ponga en manos de cada ciudadano un arma dispuesta contra el Legislador. Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 344 (25 de mayo de 1933), p. 13.097. El conflicto en este aspecto ha sido planteado por el Prof. P. De Vega en los siguientes términos: "el dilema al que debe enfrentarse la Jurisdicción Constitucional es siempre el mismo, a saber: que si una ampliación de la legitimación comporta el peligro de que el Tribunal no pueda -con la consiguiente pérdida de prestigio- resolver los múltiples asuntos que ante él se presenten, una excesiva restricción en las posibilidades de recurrir, puede conducir a la hipótesis contraria, transformando al Tribunal en una instancia sin trabajo y puramente decorativa". Vid. Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 423.

De este modo, la restricción que se operará en materia de legitimación traía causa, al igual que, como ya sabemos, sucederá con la Disposición final de la L.O.T.G.C., de la imperfección técnica en la redacción del precepto constitucional correspondiente. Éste, aunque incluía una acción popular, no explicitaba, como no lo hacía en ningún supuesto de legitimación, a qué tipo de recurso, a qué competencia del Tribunal de Garantías iba referida. En esta coyuntura podría afirmarse, en vía de principio, la viabilidad de las dos interpretaciones posibles del texto, tanto la que entendiéndose que todo ciudadano tenía acción para iniciar cualquier proceso ante el Tribunal de Garantías, cuanto la que concluyese que la indeterminación debería ser concretada libremente por el legislador orgánico.

No parece, sin embargo, que esta fuese la inteligencia correcta del precepto. En efecto, para todos los diputados que discutían la L.O.T.G.C. -no en vano eran los mismos que habían aprobado el Texto Constitucional- resultaba inconcuso el carácter con el que se había decidido admitir la enmienda de Balbontín¹⁵⁸. Lo que, al redactar un precepto del

¹⁵⁸ Incluso cuando tal decisión, como apunta Pedro CRUZ VILLALÓN (Cfr., *La formación...*, cit., p. 317), hubiese sorprendido hasta al mismo proponente y no se explique realmente cuál fue su causa. Esta se halla, en opinión de Niceto ALCALÁ-ZAMORA ("Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en

tenor número 5.º del artículo 123 de la Constitución, se había hecho no era sino, y como ya hemos apuntado, investir al Pueblo en la condición de defensor de la regularidad constitucional de las leyes, depositando en él el último de los resortes para evitar la vigencia de leyes contrarias a la Constitución. Por este motivo, la solución final de este aspecto del recurso¹⁵⁹, al conceder acción sólo a aquel que hubiese sido afectado, por la aplicación de la norma supuestamente inconstitucional, "hizo violencia a la letra de la Constitución modulando este punto"¹⁶⁰.

No fueron estos argumentos ajenos al debate sobre el que se convertiría finalmente en artículo 30.1 de la L.O.T.G.C. Así, en su intervención en contra de la enmienda de Ossorio y Gallardo que

el vol. *Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y Constitucional*, Buenos Aires, 1944, p. 534) en un "descuido" de la Asamblea Constituyente. Si bien, incurso el Texto Constitucional en tal error, "salvo que se infrinja la Constitución en la Ley Orgánica [el texto procede de una conferencia en la Agrupación socialista de Santiago de Compostela el 9 de marzo de 1933], cualquiera puede poner en movimiento al Tribunal de Garantías" (p. 535). Es de destacar que el que fuera primer Presidente de la República, relacionaba la acción popular en el proceso constitucional con los correspondientes precedentes en los procesos criminal y contencioso-administrativo. Vid., al respecto, *loc. ult. cit.* nota 76 a la p. 534.

¹⁵⁹ El artículo correspondiente de la Ley Orgánica (art. 30.1) quedaría redactado del modo que sigue:

"La excepción de inconstitucionalidad de la ley pertenece únicamente al titular del derecho que resultare agraviado por la aplicación de aquélla."

¹⁶⁰ Bartolomé CLAVERO, *Manual...*, cit., p. 212.

circunscribió la acción popular al recurso de amparo, afirmaba el diputado Salazar Alonso: "la Constitución de la República venía, además, a mezclarse con un sentimiento popular, con un sentimiento profundamente democrático, como que hace depender en todo instante, incluso esta especie de ficción de la independencia de poderes, de un último poder, que es el pueblo, hace que haya una acción directa del pueblo mismos y por eso se establece este art. 123, en el que a todo ciudadano se le da una posibilidad de acudir al Tribunal de Garantías"¹⁶¹. Por esta circunstancia reputa contrario a la Constitución, y de una enorme gravedad, que la ley no admita la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad. "Vamos a ventilar [añade Salazar Alonso] nada menos que la índole, la esencia, la entraña del Tribunal de Garantías Constitucionales, y vamos a entrar a interpretar la Constitución, y esto es materia tan grave, porque si nosotros (...) empezamos apartándonos de la propia Constitución, habremos hecho un Tribunal de Garantías Constitucionales que lleva en sí un vicio de nulidad, porque es inconstitucional la ley misma"¹⁶².

¹⁶¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.183.

¹⁶² *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.184.

La respuesta por parte de la Comisión, de la mano del Diputado Gomáriz¹⁶³, se fundará en el motivo que ya hemos anunciado: la indeterminación constitucional de los recursos a que la acción popular se refiere. Además, admitirá que la razón última por la que no resulta admisible la legitimación popular en el principal de los procesos constitucionales es una razón política fundada en la prudencia.

La polémica estaba, de esta suerte, ya plenamente delimitada. No podía defenderse, sin rubor, que la intención de la enmienda que había introducido la acción popular en la Constitución no era conceder acción popular para el recurso de inconstitucionalidad. Sí era, sin embargo, plenamente admisible y coherente argüir que la *letra* de la Constitución no preconditionaba opción alguna.

Por otro lado, los peligros de un Tribunal de Garantías colapsado por la incesante interposición de recursos de inconstitucionalidad fundado en el uso con fines obstruccionistas, puramente políticos, de la acción popular, eran evidentes. En este sentido, puede recordarse la posición de Ossorio y Gallardo. Éste combinaba con habilidad todas las

¹⁶³ Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.185.

posibilidades que el Texto Constitucional daba, de modo tal que concedía la legitimación popular en el amparo, cumpliendo, al menos formalmente, el número 5º del art. 123, y conjuraba, además, el peligro de la apertura del recurso de inconstitucionalidad. Siguiendo tal estrategia, afirmaba: "La Constitución, que es lo que yo leo, no dice más que lo que he expresado [sujetos legitimados y competencias del Tribunal sin ligazón alguna] (...) el art. 123 abre la puerta a determinadas entidades y personas sin decir para qué y nos parece que no nos separamos de la Constitución al proponer que unos puedan ejercitar unas acciones y otros puedan ejercitar otras (...) meditemos lo que va a ser de los Parlamentos y de los Gobiernos si los dejamos entregados a todas las pasiones o a todas las manías de gentes que tengan o no tengan que ver con la ley de que se trata"¹⁶⁴.

Resta, en relación con el recurso de inconstitucionalidad, referirse a un aspecto importante del mismo y que la Constitución, en su artículo 124 también defería a su regulación por la ley orgánica. Nos estamos refiriendo a los efectos¹⁶⁵ de una declaración de

¹⁶⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.187.

¹⁶⁵ Cfr., para lo que hace a los efectos de la sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 217 y ss.

inconstitucionalidad. No existe ningún precepto en el Título IX de la Constitución que, de modo expreso, se refiera a las consecuencias que se seguirían para la norma que el Tribunal reputase contraria a la Ley Fundamental. En estas circunstancias, dos eran, en vía de principio, las opciones que se abrían al legislador orgánico: la inaplicabilidad o la nulidad de la ley inconstitucional. Esta aparente libertad de elección, no parecía, sin embargo, casar correctamente con las pautas de ordenación del recurso que la propia Constitución delineaba. El centro de la discusión parlamentaria de la L.O.T.G.C. en este aspecto vendrá constituido, precisamente, por las diferencias de opinión entre quienes se consideran libres para optar por las dos posibles consecuencias de la inconstitucionalidad y quienes, contrariamente, opinan que tal opción viene predeterminada por el Texto Fundamental.

El problema debe ponerse en relación con el sistema de control de constitucionalidad al que la Constitución de 1931 pretendió adscribir nuestro Tribunal de Garantías. En efecto, la articulación de la justicia constitucional en España había tenido lugar, como ya hemos indicado, sobre la base del sistema europeo -austriaco, en la denominación más al

uso en la época¹⁶⁶- que residenciaba tal competencia en un único órgano especial, creado *ex novo*. En este sistema, a causa, precisamente, de la exclusividad con que los Tribunales de justicia constitucional ejercen la función de control, sus sentencias se caracterizan por tener efectos no sólo para aquél que ha demandado la declaración de inconstitucionalidad, sino frente a todos. Ya se trate de sentencias que retrotraigan sus efectos en el tiempo, prescribiendo la nulidad *ex tunc* de la norma impugnada, ya se reconozca que la resolución que declara la inconstitucionalidad goza de efectos constitutivos, es decir *ex nunc*, sin posibilidad de retrotraer las consecuencias de la inconstitucionalidad al tiempo anterior a que la sentencia fue dictada, lo que caracteriza a este sistema es que sus consecuencias son predicables frente a todos. El modelo alternativo, el sistema americano de control, reconoce exclusivamente, como es de sobra conocido, efectos para las partes en el litigio, dado que el problema de la constitucionalidad de la norma surge *incidenter*, en tanto que la ley cuestionada resulte aplicable a un supuesto del que cualquier juez, y no un órgano en exclusiva, conoce.

¹⁶⁶ Una exposición de conjunto de las líneas maestras de este modelo, en Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 404 y ss.

Como tuvimos ocasión de ver al hilo del comentario del artículo 77 del Proyecto Constitucional de 1873, la mezcla de elementos de ambos sistemas, como la constitución de un órgano *ad hoc* con jurisdicción exclusiva sobre la materia constitucional y los efectos meramente suspensivos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad, conlleva una serie de disfunciones tales en el sistema, que el resultado acaba siendo enormemente defectuoso. No es menos cierto, empero, que los efectos de las sentencias en el modelo americano de control, al no generalizarse más que cuando son pronunciadas por el Tribunal Supremo, producen menor tensión en el sistema de división de poderes, en tanto que, en vía de principio al menos, no enfrenta de un modo tan notorio al órgano que declara la inconstitucionalidad de la ley con el Parlamento. Esta fue la razón por la que, en el intervalo que media entre la aprobación del Título IX de la Constitución republicana y la discusión de la L.O.T.G.C., se decide operar un verdadero giro en la orientación del sistema para reducir al mínimo el peligro de la tensión apuntada.

El principal escollo con el que, en este sentido, se encontraban los redactores de la Ley orgánica no era otro que el de conciliar su intención con el modelo en el que se había inspirado el Constituyente, que

configuró al Tribunal de Garantías sobre la base del sistema europeo¹⁶⁷, en tanto que, si se reconocía esta opción en la Constitución, devendría ilegítimo su cambio vía ley ordinaria.

Planteada en estos términos la discusión, la posibilidad de optar por el sistema de sentencia de inconstitucionalidad con efectos suspensivos quedará expedita cuando la habilidad dialéctica de diputados

¹⁶⁷ Cfr., en este sentido, Nicolás PÉREZ SERRANO, *La Constitución...*, cit., p. 326. En apoyo de esta tesis intervienen, como oradores más destacados, Luis Jiménez de Asúa y Javier Elola. En opinión de este último "la Cámara se inclinó de manera determinada al tipo austríaco". En esta inteligencia, no cabía lugar a discusión alguna. Para Elola, sólo si no existiese el Tribunal de Garantías sería posible dar entrada a los efectos suspensivos. En un modelo de Constitución rígida que no contase con un órgano de jurisdicción constitucional los jueces estarían obligados, para dar cumplimiento al principio de supremacía, a proceder al examen de constitucionalidad de la normas que aplican. Sin embargo, existiendo el Tribunal de Garantías Constitucionales, la única vía de contacto con el sistema americano será la del art. 100, y no ya en lo que se refiere a los efectos, sino sólo en lo que hace a las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria. Cfr., en este sentido, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.123. En un sentido similar se expresó el socialista Luis Jiménez de Asúa, que ostentaba, además, de facto, una posición de autoridad en esta discusión, toda vez que, como se sabe, había sido uno de los hombres más destacados en varias fases del proceso de elaboración de la Constitución de 1931. Para el Diputado y penalista, "si todas las demás leyes ordinarias han de estar dentro de su esfera [de la Constitución], parece obvio que aquellas que ataquen a la Constitución no deben prevalecer, no deben existir, no para el caso particular, sino que deben anularse para todos los casos.". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.127. Para las transformaciones que se producen en toda la normativa constitucional referente al Tribunal de Garantías desde el Abteproyecto de Constitución de la Comisión Jurídica Asesora hasta su versión definitiva en el Texto de 9 de diciembre, vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico...*, cit., pp. 471-482.

de la talla de Sánchez Román, Recaséns y Ossorio, haga que el propio Jiménez de Asúa, claro partidario del modelo "austríaco" llegue a afirmar: "No hay, en efecto, en la Constitución, ningún precepto que imponga ésta o aquélla dirección"¹⁶⁸.

Una vez que la mayoría de la Comisión de justicia y de la propia Cámara aceptan la visión que del recurso de inconstitucionalidad, tras la indeterminación constitucional, tienen estos Diputados, los mismos presentarán una serie de enmiendas¹⁶⁹, destinadas principalmente a la ordenación procesal del recurso, que fueron aceptadas casi de forma automática, con una escasa discusión. Y así, efectivamente, fue aprobada la enmienda¹⁷⁰ presentada, entre otros, por los tres parlamentarios antes citados y que zanjaba, de modo definitivo, la cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad¹⁷¹.

¹⁶⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.128.

¹⁶⁹ Su texto puede verse en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, apéndice 1.º al n.º 345 (25 de mayo de 1933), pp. 1-2.

¹⁷⁰ Su texto pasó, de este modo, a convertirse en el art. 42 de la L.O.T.G.C.

¹⁷¹ Cfr., en relación con ello, la exposición de Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 326-330.

A partir de este momento, será obligado distinguir entre dos manifestaciones distintas de la inconstitucionalidad, la motivada por vicios formales, a la que se anuda la consecuencia de la nulidad, y la proveniente de incongruencia material entre la norma y el Texto de la Constitución, en cuyo caso aquélla resultará, únicamente, inaplicada al caso concreto de que se trate¹⁷². Sin embargo, será necesaria una distinción adicional, toda vez que si la ley materialmente inconstitucional es una ley regional, también para esta se prescribe la nulidad¹⁷³. En cualquier caso, el modelo español

¹⁷² En opinión de Niceto ALCALÁ-ZAMORA ("Significado...", cit., p. 513) esta distinción entre manifestaciones formales y materiales de la inconstitucionalidad es el correlato, en materia constitucional, del tradicional sistema de fundamento dual del recurso de casación, en tanto que casación por infracción de las reglas formales del proceso y casación por infracción de ley.

¹⁷³ Esta es la conclusión a la que debe llegarse por virtud de lo preceptuado en el art. 59.1 b) de la L.O.T.G.C., conforme al cual:

"Cuando se trate de disposiciones de una región autónoma, la declaración de incompetencia producirá la nulidad de dichas disposiciones y de todos los actos de ejecución."

Aunque la Ley del Tribunal tratase esta materia en sede de conflictos entre el Estado y las Regiones, lo cierto es que la regulación por una ley, ya del Estado, ya de las Regiones, de una materia que no caiga dentro de su ámbito de competencias, en tanto que éstas vienen fijadas por el Texto Constitucional y los Estatutos de Autonomía, en lo que se traducirá tal intromisión no es sino en un vicio de inconstitucionalidad, y es, por tanto, materia propia del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Ciertamente puede no resultar sencillo, en ocasiones, proceder al deslinde entre ambas figuras, pero el problema se oscurecía aun más en el caso de la experiencia republicana, toda vez que la regulación procedimental de lo que se denominaba "cuestiones de competencia legislativa", se apartaba de la normas específicas para la forma de proceder para el caso del recurso de inconstitucionalidad. Cfr., en relación con todo ello, Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 392-395.

quedará definitivamente configurado como un sistema con efectos constitutivos o *ex nunc*. Así se desprende claramente del mismo tenor literal definitivo del artículo 42 de la L.O.T.G.C. Según éste:

"1. Las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto regional respectivo, producirán la total anulación de aquélla, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia.

2. Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material, únicamente producirán efectos en el caso concreto del recurso o consulta".

II.-Otras funciones jurisdiccionales del Tribunal de Garantías

Analizada la función más sobresaliente de aquellas que debía ejercer el Tribunal de Garantías Constitucionales, no quisiéramos dar por concluido nuestro estudio sobre su condición de órgano jurisdiccional sin siquiera sea enumerar otras competencias del Alto Tribunal republicano. En un sentido amplio, todas las atribuciones del Tribunal de Garantías estaban orientadas hacia su consideración como supremo defensor del orden constitucional, en el entendimiento de que, al ejercer su jurisdicción, lo que

se producía no era sino, de una u otra suerte, la actuación de las potencialidades garantistas que la Constitución confería a este instituto.

Así, a través del recurso de amparo, se daba entrada a la protección jurisdiccional al más alto nivel de los derechos fundamentales, que de un modo tan amplio reconocía la Constitución de 1931¹⁷⁴. El Texto Constitucional había previsto, en su artículo 105, en aras de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la creación de Tribunales de urgencia ante los que se podría sustanciar el recurso de

¹⁷⁴ El Título III de la Constitución republicana contenía un amplio listado de derechos fundamentales, el más dilatado de nuestra Historia Constitucional. en el que, junto a los tradicionales derechos nacidos en el Estado liberal, se procedió a consignar los derechos que son corolario de la condición social del Estado republicano. Seguía, así, nuestro Texto Fundamental el ejemplo que ya había protagonizado, entre otros, el Constituyente alemán de 1919. Su actitud, por otro lado, constituía la tendencia de los modernos Textos Constitucionales, incluso en países en los que la presencia de las fuerzas de izquierda en la Asamblea Constituyente no había tenido, al contrario de lo sucedido en España en 1931, una transcendencia de primer orden. "Même dans les pays où le pouvoir constituant a été confié à des éléments plus modérés et très loin de la doctrine socialiste, on voit s'affirmer dans le texte des constitutions l'existence de droits << sociaux >> (...) Les nouvelles constitutions ont été rédigées à une époque où aucun parti politique ne peut plus ignorer la question sociale". Vid., al respecto, Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions...*, cit., p. 37. Para situar el recuso de amparo en el marco general de la jurisdicción constitucional, cfr. José Luis CASCAJO CASTRO y Vicente GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, 1.ª ed., reimpr. pp.15-47. Por lo que se refiere, en concreto, a esta atribución del Tribunal de Garantías, cfr. Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 226-306; Rosa Mª RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., pp. 254-284.

amparo. Éstos órganos nunca fueron creados¹⁷⁵, de manera tal que el legislador de la L.O.T.G.C. se vio obligado a abrir la puerta del Tribunal de Garantías, que había cerrado para la acción popular de inconstitucionalidad, a la protección de los derechos fundamentales. Esta apertura se consolidó en la Disposición transitoria segunda de la citada ley¹⁷⁶. En su virtud:

"Mientras no estén constituidos los Tribunales de urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo

¹⁷⁵ Llama la atención la coincidencia entre la no creación de los Tribunales de urgencia en la II República y la situación que se vive en la actualidad, cuando todavía no han sido desarrolladas las posibilidades abiertas por el art. 53.2 de la Constitución de 1978 para la creación de un recurso, destinado a la protección de los derechos fundamentales, basado en los principios de preferencia y sumariedad, y el funcionamiento "interino", en tal sentido, de los procesos creados por la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a la que diversas reformas han convertido en la solución "eternamente" provisional. Ésta es, precisamente, una de las causas que motivan el actual desbordamiento que, por excesiva carga de trabajo por la acumulación de recursos de amparo, sufre nuestro Tribunal Constitucional del presente. Cfr., en tal sentido, Marc CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios (La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 20. Sobre el funcionamiento práctico de este mecanismo de garantías de los derechos vid., por analogía, *loc. ult. cit., passim*.

¹⁷⁶ En relación con la actividad del Tribunal en este campo, al igual que para todo lo referente a sus resoluciones, cfr., por todos, Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia...*, cit., pp. 191-284.

de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la Autoridad competente.

Se entenderá por Autoridad competente a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del Agente o Autoridad que haya causado el agravio.

La reclamación se formulará en el plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales sin resolución se considerará denegada."

La facilidad del acceso al Tribunal por este mecanismo abrió la posibilidad de múltiples recursos de amparo que traían causa de una presunta violación de derechos fundamentales acaecida con ocasión de la aplicación de las numerosísimas disposiciones de urgencia de que hubieron de hacer uso los distintos Gobiernos republicanos para poner coto a la situación de violencia provocada por la tensión política.

Ello no obstante, no todos los derechos fundamentales consignados constitucionalmente fueron susceptibles de ser protegidos en vía de recurso de amparo por el Tribunal de Garantías. Pese a que, jurídicamente, nada se oponía a tal inteligencia, en el curso del debate de

la L.O.T.G.C. fue rechazada dicha interpretación, propuesta por el Diputado Sr. Elola¹⁷⁷. De este modo, el recurso de amparo, que el Constituyente español de 1931 había incorporado a nuestro Derecho de la mano del precedente mejicano¹⁷⁸, quedó reducido, por obra del artículo 44 de la L.O.T.G.C., a los derechos siguientes, consignados en el Texto Fundamental: libertad de conciencia (art. 27) , el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege* y el derecho al juez "competente" (art. 28), las garantías contra las detenciones arbitrarias (art. 29), la prohibición de extradición de delincuentes político-sociales (art. 30), la libertad ambulatoria y de residencia (art. 31), la inviolabilidad domiciliaria (art. 31), de la correspondencia (art. 32), la libre elección de profesión y del ejercicio del comercio e industria (art. 33), la libertad de expresión (art. 34), los derechos de reunión y manifestación (art. 38) y los de asociación y sindicación (art. 39).

¹⁷⁷ El voto particular al dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso que había presentado Javier Elola ampliaba el objeto del recurso de amparo a la protección de todos los derechos reconocidos constitucionalmente, "tanto de carácter individual como social". Puede consultarse su texto en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 350 (6 de junio de 1933), p. 13.303. Los términos del debate habido al respecto en las pp. 13.303-13.313.

¹⁷⁸ Cfr. Rodolfo REYES, *La defensa...*, cit., pp. 226-230.

La ley procedía en este punto a defraudar las amplias expectativas levantadas en relación con las enormes posibilidades que concedía la Constitución. Sin embargo, considerada objetivamente, la protección de los derechos por la vía del amparo resultaba de una amplitud semejante a la que, aun hoy día, conceden los modernos ordenamientos constitucionales.

Otra de las materias más nitidamente jurisdiccionales cuyo conocimiento tenía atribuido el Tribunal de Garantías era la relativa al enjuiciamiento de gran parte de las más altas magistratura de la organización institucional republicana. El Título VIII de la L.O.T.G.C.¹⁷⁹ procedió a regular los extremos de esta facultad del Tribunal, tanto de la acusación como del enjuiciamiento y fallo.

No podemos, dados que ello excedería los límites objetivos del presente trabajo, proceder ahora a un estudio exhaustivo de todos los extremos del proceso criminal que se ventilaba ante el órgano de la jurisdicción constitucional republicana, investido, de este modo en Tribunal

¹⁷⁹ Arts. 76 a 100 de la Ley del Tribunal.

de justicia política. Baste, por ello, con referir, únicamente los aspectos más sobresalientes de esta competencia.

Debe señalarse, en primer lugar que a lo que, en realidad, se procede en el Título VIII de la L.O.T.G.C. no es sino al establecimiento de un aforamiento de altos cargos del Estado. De esta forma, quedarán sujetos al fuero especial, conociendo el Tribunal de Garantías de todas las causas penales que contra ellos se sustancien, los siguientes sujetos: el Presidente de las Cortes, el Presidente del Gobierno de la República y sus Ministros, el Presidente de los órganos ejecutivos de las Regiones Autónomas y sus Consejeros, el Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, el Fiscal General de la República y los propios miembros del Tribunal de Garantías.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en tanto que Tribunal sentenciador, y como no podía ser de otro modo, carecía de posibilidad de intervención en la acusación. Ésta correspondía al Parlamento, al Gobierno, al Fiscal General de la República, a los ejecutivos de las Regiones Autónomas o a los particulares afectados directa o indirectamente, según fuesen unos u otros los sujetos enjuiciados.

A los dignatarios antes mencionados debería añadirse el aforamiento de la más alta Magistratura republicana, el Presidente de la República, o, cuando haga sus veces, el Presidente de las Cortes. Para este último supuesto, la regulación de la L.O.T.G.C. en materia de responsabilidad criminal de altas dignidades habría de ser completada con las previsiones que se contendrían en la Ley Constitucional prevista por el artículo 85 del Texto de 9 de diciembre, en cuyo articulado se fijarían los extremos relativos al enjuiciamiento del Presidente de la República cuando se le exigiesen responsabilidades por infracción de la Constitución o las leyes en el ejercicio de su cargo y a lo propio habría de estarse cuando la acusación se dirigiese contra el Presidente de las Cortes por hechos cometidos actuando en funciones, en virtud del artículo 76 de la Ley Fundamental, como Presidente de la República.

Sentado lo anterior, quisiéramos destacar únicamente, con una trascendencia mucho mayor para lo que aquí interesa, que con la decisión de residenciar en el Tribunal de Garantías los procesos criminales contra altos cargos, lo que se estaba operando era una opción que, si bien no ha sido, con posterioridad, unánimemente aceptada, sí, como tuvimos ocasión de ver en el Capítulo II, ha tenido posteriormente su reflejo en alguno de

los Tribunales Constitucionales de la segunda postguerra mundial. Esta circunstancia vendría a reafirmar la consideración del Tribunal como uno de los organismos fundamentales del organigrama institucional del régimen republicano. Sin perjuicio de que a ello deba hacerse mención en el epígrafe correspondiente al Tribunal en cuanto que órgano independiente, debe señalarse que la atribución a órganos de esta clase de funciones de justicia política no viene sino a reflejar la concepción del mismo como institución, por una parte, de carácter jurisdiccional y, por otra, de mecanismo de tutela del ordenamiento constitucional. En efecto, cuando el Tribunal de Garantías hubiese de poner en práctica su competencia para el conocimiento de las acusaciones penales contra las más altas responsabilidades del régimen, estaría actuando, ya no sólo en aras a la consecución de la justicia en el caso concreto, finalidad común a cualquier procedimiento criminal, sino también como garante de la rectitud en la ordenación de las relaciones entre buena parte, ya que no todos, de los Órganos Constitucionales del Estado. No en vano eran éstos los que, ora como acusadores, ora como imputados, se constituirían como partes en este tipo de proceso.

La última de las competencias en las que destaca la faceta jurisdiccional del Tribunal de Garantías es la que lo convierte en Tribunal electoral para el examen de las actas de los compromisarios que, en unión de los miembros del Congreso, era necesario elegir para proceder a la elección del Presidente de la República y, por obra del artículo 82 de la Constitución, también para su destitución. Al igual que sucedía con la facultad de justicia política, investir al supremo órgano de justicia constitucional en el más alto Tribunal en la materia electoral no ha sido, tampoco, ajeno a las configuraciones que de los Tribunales Constitucionales se han operado en el modelo europeo de justicia constitucional de época más reciente¹⁸⁰.

La L.O.T.G.C. debía completarse en este punto con lo dispuesto en la ley de 1 de julio de 1932, que regulaba el procedimiento de selección de los compromisarios aludidos. En todo caso, el proceso se sustanciaba por medio de expedientes de revisión de la validez de las actas

¹⁸⁰ Amén de las experiencias extranjeras, nuestro propio Tribunal Constitucional es competente para conocer de dos recursos especial, comúnmente conocidos como amparos electorales. La atribución de una competencia tal tuvo lugar por su inserción en La Ley Orgánica de Régimen Electoral General (arts. 49.3 y 114) que, en tanto que norma emanada al amparo de lo dispuesto en el art. 81 de la vigente Constitución, tenía la puerta abierta para investir al Tribunal Constitucional de nuevas facultades, en uso de la cláusula de remisión a leyes orgánicas que contiene el art. 161.1 d) de nuestra Ley Fundamental de 1978.

de compromisarios que hubiesen sido impugnadas. Cuando ello fuere preciso, el Tribunal podía celebrar una vista, lo cual repercutía, como es notorio, en la apariencia de juridicidad con la que se deseaba revestir tal proceso. La L.O.T.G.C. dejaba, en este punto concreto, un margen de actuación relativamente amplio a la decisión del Tribunal de Garantías, toda vez que por virtud del artículo 73.2 de su norma reguladora estaba facultado, cuando procediese la declaración de nulidad de un acta impugnada, para proclamar compromisario electo a otro candidato, bien que adoptando tal acuerdo por una mayoría de vocales singularmente reforzada, los dos tercios.

c) El Tribunal de Garantías como órgano independiente

Procederemos a analizar en el presente epígrafe, siquiera sea de un modo sucinto, el carácter de órgano independiente del Tribunal de Garantías Constitucionales. Para ello será preciso tratar la problemática de la independencia desde dos puntos de vista distintos, aunque, no por ello, desconectados. Nos estamos refiriendo a la independencia del Tribunal en cuanto órgano, de una parte, y a la independencia personal de sus miembros, de otra. Ambas facetas de una misma condición de

independencia revertirán en la posibilidad de que el Tribunal de Garantías pueda desarrollar su cometido con idoneidad.

La independencia del órgano en cuanto tal se define a partir de la fijación de los elementos estructurales que de él son predicables. En este sentido, el Tribunal de Garantías, como una exigencia de su condición de órgano constitucional, se sujeta a las directrices sobre su funcionamiento marcadas al efecto en el Título IX de la Constitución republicana. En tanto en cuanto es del propio Texto Constitucional de donde el Tribunal extrae su capacidad de actuación, su autonomía quedará garantizada toda vez que el resto de órganos y poderes del Estado no se encuentran facultados para intervenir, suprimiendo o adicionando competencias, en la configuración general del Tribunal de Garantías. Su independencia se asegura, de este modo, con rango constitucional, toda vez que, en principio, sólo a través de la modificación formal del Texto Fundamental se podría hacer variar tal diseño.

Ahora bien, siendo ello así, no es menos cierto, sin embargo, que, consciente o inconscientemente, el Legislador Constituyente de 1931, prolijo hasta el detalle en otros aspectos, no acabó de modelar a la

perfección, como sabemos, su principal órgano garantista. Esto possibilitó, como se ha visto, que mediante la emanación de la Ley Orgánica a que se remitía el artículo 124 de la Constitución republicana, el legislador ordinario realizase cambios de orientación de una elevada trascendencia en aspectos esenciales para el funcionamiento del Tribunal y, señaladamente, en la que, sin duda, se presentaba como la más importante de sus competencias, el recurso de inconstitucionalidad. En la medida en que, con esta remisión se dio lugar a que se pusiesen en entredicho incluso el modelo de jurisdicción constitucional al que se adscribía nuestro órgano de justicia constitucional, tal remisión resulta criticable. Y ello aun cuando reconozcamos que, pese a tal error, era indudable la impronta del sistema europeo en la concepción que la Constitución tiene del Tribunal de Garantías. La gravedad procede en este caso, a nuestro juicio, de que fuera la propia Constitución quien posibilitara, no importa si acertadamente o no, que se llegase a abrir un debate en torno a la indeterminación formal del modelo¹⁸¹. Debate que, obviamente, no hubiera resultado posible si el

¹⁸¹ Así, por ejemplo, el diputado Gil Robles llegó a afirmar que, con la regulación que al recurso de inconstitucionalidad daba la L.O.T.G.C., se había configurado un Tribunal de Garantías que se inscribía en "un sistema que tiene más elementos del americano que del austríaco, a pesar de que este último era, a nuestro juicio, el más conforme con el espíritu y aun con la letra misma de la Constitución". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, n.º 349 (2 de junio de 1933), p. 13.270.

Texto Constitucional hubiese preceptuado los efectos que habrían de anudarse a una declaración de inconstitucionalidad.

En este sentido, es menester indicar que, habida cuenta esta pretendida indeterminación formal del modelo de justicia constitucional en el Texto Constitucional, no han faltado autores¹⁸² que han llegado a pronunciarse en favor de la consideración del Tribunal de Garantías de la II República como el exponente de un sistema "mixto", a medio camino entre el americano y el europeo. No creemos, sin embargo, que tal interpretación sea la más correcta para configurar cabalmente nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales. Es verdad que, en la regulación de este órgano, nuestro Legislador republicano, tanto el Constituyente como el ordinario, introdujo algunos elementos extraños al comúnmente llamado modelo europeo, austríaco o kelseniano de justicia constitucional. Ello no obstante, todo parece indicar que, tanto partiendo de la regulación del Título IX de la Constitución de 1931, como con el posterior desarrollo orgánico, asiste la razón al Profesor P. Cruz Villalón cuando afirma que "el modelo español es una variante del << sistema europeo >> hasta ese momento representado por los modelos checoslovaco y austríaco, y no un

¹⁸² Cfr. Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia...*, cit., p. 48. Vid., también, José Luis MEILÁN GIL, "El Tribunal de Garantías...", cit., p. 557.

tertium genus situado en algún lugar del camino entre el sistema americano y el europeo"¹⁸³.

También con habilitación en la amplia remisión al legislador orgánico que el Constituyente dispuso en el artículo 124 de la Constitución, fue que se introdujo un aforamiento no previsto en el artículo 121 del Texto Fundamental, de suerte tal que, por obra de los artículos 79 y 80 de la L.O.T.G.C., el Tribunal de Garantías pasaría a conocer de la responsabilidad criminal de los Presidentes de los Ejecutivos autonómicos y de sus Consejeros, y de la de los propios "individuos" -tal como los denomina el artículo 14 de la L.O.T.G.C.- del propio Tribunal de Garantías. No podemos extendernos en la consideración de esta particular anomalía que supone la posibilidad de que, por mera ley ordinaria, se pueda ir sumando competencias en la labor del Tribunal. Baste tan sólo con denunciar que, en la medida en que, al igual que resultaba lícito adicionarlas, posible resultaría, también, su supresión por medio de la modificación posterior de la L.O.T.G.C. y, toda vez que esto desdibuja los perfiles del órgano, podría llegar a convertirse en una vía para violentar su autonomía con respecto al resto de Poderes del Estado. Lo que, como es

¹⁸³ Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., p. 335.

evidente y a nadie puede ocultársele, podría ir en detrimento de su independencia como órgano.

En la caracterización como órgano independiente de nuestro Tribunal Constitucional del presente se presenta un problema similar, aunque si cabe consecuencias aun mayores. Como hemos señalado más arriba, la Constitución de 1978, en su artículo 161.1 *d*), abre la puerta a que una ley orgánica cualquiera, y no sólo la relativa al Tribunal como parece sucedía en la II República, otorgue atribuciones al supremo órgano de justicia constitucional y, como al respecto afirma el Profesor P. De Vega, "Se produce así el singular fenómeno de una normativa constitucional que, para designar a los magistrados, requiere una mayoría de los 2/3 de los miembros del Parlamento, y luego, para regular toda la vida y funciones del Tribunal (...) exige sólo la mayoría absoluta (...). Y bien pudiera suceder que, ampliando y restringiendo competencias, y sometiendo el procedimiento y el ejercicio de las acciones ante el Tribunal a sus propias conveniencias, el Parlamento terminara desvirtuando -y desprestigiando social y políticamente- el sentido de la institución"¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., pp. 422-423.

Es verdad, en efecto, que la opción de remitir la regulación concreta sobre el funcionamiento del custodio constitucional a un momento posterior al de la aprobación del propio Código Fundamental, no es privativa de los dos últimos Constituyentes españoles. Antes al contrario, se trata de una solución conocida en el Derecho Constitucional comparado. Así, por ejemplo, también la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 remite, en su artículo 137¹⁸⁵, a la aprobación de una ley posterior el establecimiento de las condiciones, formas y plazos para la puesta en marcha del control de constitucionalidad y la independencia de los jueces del Tribunal. La diferencia con el caso español es, en todo caso, abismal.

Piénsese que el Constituyente italiano encarga la regulación de estos aspectos, sin disputa, fundamentales para la vida del propio Órgano Constitucional a una Ley Constitucional. Dos son, fundamentalmente, las consecuencias que se derivan de esta circunstancia.

¹⁸⁵ El art. 137 de la Constitución italiana de 1947 establece:

"Una ley constitucional establecerá las condiciones, formas y plazos para promover juicios de legitimidad constitucional, así como también las garantías de independencia de los jueces del Tribunal.

Las restantes normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal Constitucional se establecerán con leyes ordinarias.

Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se admite impugnación alguna."

En primer lugar, ocurre que si bien es verdad que tal regulación no la lleva a cabo, como hubiera sido de desear, el propio Poder Constituyente, es lo cierto que la misma compete a un Legislador que, aunque es un poder constituido, reviste un carácter extraordinario y que ejerce una función, tanto desde el punto de vista formal como material, constituyente. De esta suerte, y en la medida en que la delimitación de las funciones de la Corte no quedan al albur de unas coyunturales mayorías en el Legislativo ordinario, sino, por el contrario, confiadas a la voluntad de un poder extraordinario, se soslaya el peligro de la confusión entre Poder Constituyente-poderes constituidos que, como ocurriera ya en la Constitución del liberalismo doctrinario, acabaría generando un constitucionalismo ficticio, antesala siempre de dictaduras más o menos encubiertas¹⁸⁶.

En segundo término, es necesario advertir que, en la medida en que el proceso de control de constitucionalidad y la independencia de los miembros de la Corte son regulados por una Ley Constitucional, lo que sucede es que su reforma sólo podrá verificarse mediante una ley de revisión constitucional, aprobada en los términos del artículo 138 de la

¹⁸⁶ Cfr., al respecto, Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., p. 399.

Constitución italiana. Siendo así, evidente resulta que, en tanto en cuanto que va a gozar del carácter garantista inherente al instituto de la reforma, el Constituyente italiano confiere al custodio constitucional las notas de estabilidad y permanencia de las que deben participar las normas relativas a los órganos del Estado, y ello aun y cuando su regulación concreta no se haya efectuado en el propio Texto Constitucional sino en una Ley de actuación o prolongación de la Constitución.

Nada de esto sucede, en cambio, en la regulación del Tribunal de Garantías de la II República y otro tanto puede decirse, como tuvimos ocasión de adelantar en el Capítulo I, del actual Tribunal Constitucional español. En efecto, en ambos casos, y este es el motivo principal de nuestra crítica, la remisión que hace el Constituyente es al legislador ordinario y a una norma que, aunque materialmente constitucional, reviste la forma de legislación ordinaria. Es, lógicamente, desde esta perspectiva desde donde la ya mencionada objeción del Profesor P. De Vega alcanza su máxima significación, y desde dónde, así mismo, no podemos sino estar de acuerdo en lo correcto que hubiese resultado que, tanto el Constituyente español de 1931, que, como sabemos, si la había previsto para un caso concreto, como el de 1977-1978, hubieran recogido con carácter general

la figura de la "Ley Constitucional" y, además, hubieran encargado a ésta la regulación del custodio constitucional.

Debe señalarse igualmente, en relación con la independencia orgánica del Tribunal, que éste contaba con la posibilidad de darse su propio Reglamento de organización y funcionamiento. Es ésta una característica que suele distinguir, en la práctica totalidad de los ordenamientos constitucionales, a los órganos supremos del Estado. Su explicación, como afirma G. Zagrebelsky, se encuentra en el hecho de que "poiché la forma di governo poggia su un certo numero di organi costituzionali reciprocamente indipendenti (o come si dice, supremi) può accadere, e in realtà accade, che la costituzione conferisca a quegli stessi organi, entro certi limiti, il potere di regolare da sé il proprio funzionamento e la propria organizzazione, al fine di evitare che altri organi, attraverso proprio atti, interferiscano su tale reciproca indipendenza"¹⁸⁷. Esta potestad de autoorganización de los órganos constitucionales del Estado tiene su fundamento, según el mismo autor italiano, en la Constitución, y sólo podrá reconocerse en tal caso, toda vez que, en caso contrario, se estaría excluyendo, sin base constitucional para

¹⁸⁷ Gustavo ZAGRABELSKY, *Il sistema...*, cit., p. 195.

ello, al Legislador de la potestad de regular que es, por definición, ilimitada materialmente, salvo en los casos en que el Constituyente haya previsto otra cosa.

Sucede, sin embargo, que la potestad de autorreglamentación del Tribunal de Garantías no estaba contenida en el Texto Fundamental republicano, sin embargo, no es ésta una situación totalmente desconocida. De hecho, así sucede también, en la actualidad, con paralela potestad de que goza la Corte italiana. Las consecuencias que de ahí se deriven no serían otras que la no consideración, de los Reglamentos de los Tribunales Constitucionales, a diferencia de lo que sucede con los Reglamentos parlamentarios, como fuentes primarias del Derecho¹⁸⁸.

Sea de ello lo que fuere, una circunstancia especial más concurría en el caso del Reglamento del Tribunal de Garantías. Se trataba de que su aprobación definitiva quedaba fuera de las facultades del Tribunal, recayendo la competencia de su aprobación en manos del titular ordinario de la potestad reglamentaria, esto es, del Poder Ejecutivo. No

¹⁸⁸ Cfr., en relación con todo ello, Gustavo ZAGRABELSKY, *Il sistema...*, cit., p. 195; Alessandro PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, vol. II, pp. 327-331; Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*. II., cit., pp. 98 y ss.

puede extrañar, en opinión de R. Ruiz Lapeña, esta circunstancia, por cuanto que "Si el Tribunal no se concibe como poder, lógico es que su autonomía no alcance hasta el límite de establecer su propio reglamento y que éste adquiriera vigor sin necesidad de colaboración con el poder político"¹⁸⁹. En contraste con esta situación, y tal vez porque el transcurso del tiempo haya abierto la posibilidad a considerar, sin ambages, el carácter de poder de que, al menos de facto, gozan los modernos Tribunales Constitucionales, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 2/1979 previó la emanación por el Alto Tribunal de su Reglamento de organización y funcionamiento y el régimen del personal a su servicio¹⁹⁰. Pero, añadiendo, a diferencia de lo que sucedía con el Tribunal de Garantías, que "Estos Reglamentos (...) se publicarán en el <<Boletín Oficial del Estado>>, *autorizados por su Presidente* [el del Tribunal]". De esta suerte, es posible afirmar que la independencia parcial que, en este punto, tenía el Tribunal de Garantías, se ha convertido ya en total para nuestro Tribunal Constitucional del presente.

¹⁸⁹ Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 146.

¹⁹⁰ En el ejercicio de esta habilitación, el Pleno del Tribunal Constitucional aprobó su Reglamento de Organización el 5 de julio de 1990.

En uso de la potestad reglamentaria aludida, el Tribunal de Garantías Constitucionales llegó a contar, en su corto plazo de vigencia, con dos Reglamentos distintos¹⁹¹, el primero de 8 de diciembre de 1933, que fue derogado al sustituirse por otro de 6 de abril de 1935.

Por lo que a la independencia de los miembros del Tribunal de Garantías se refiere, entrar en su examen supondrá plantearse la problemática de la composición de este órgano constitucional. Sin duda, se trata de uno de los aspectos de la institución resueltos con menor fortuna. El escaso acierto en la redacción de las normas relativas a la composición del Tribunal se agravaba dado que era la propia Constitución la que imponía la procedencia de los Magistrados. El artículo 122 del Texto Constitucional preceptuaba:

"Compondrán este Tribunal:

Un Presidente designado por el Parlamento, sea o no diputado.

El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93.

El presidente del Tribunal de Cuentas de la República.

¹⁹¹ Vid., a este respecto y a título informativo, José Luis MEILÁN GIL, "El Tribunal de Garantías...", cit., pp. 555 y 579-580.

Dos diputados libremente elegidos por las Cortes.

Un representante por cada una de las regiones españolas, elegido en forma que determine la ley.

Dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República.

Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España."

La mera lectura del precepto basta para concluir que no estuvo especialmente acertado el Constituyente de 1931 cuando procedió a diseñar la composición del Tribunal. El asunto, además, no es, en absoluto, baladí¹⁹². En efecto, la manera en que se decide sea formado el órgano

¹⁹² No era de la misma opinión Eduardo Ortega y Gasset, quien postulaba que la composición del Tribunal de Garantías no se incluyese en el Texto Constitucional. "Yo quisiera llamar la atención de la Cámara [decía] sobre la improcedencia de recargar la Constitución, como venimos haciendo, con detalles mínimos, con tanto pormenor, que, creyendo de buena fe que aportan perfecciones y garantías, lo que hacen es atarnos las manos (...) este artículo que organiza el Tribunal y que llega al detalle de decir cuántos y quiénes tienen que formar parte de él, cosa que sería más propia de la ley especial, de la ley orgánica". Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 81 (26 de noviembre de 1931), p. 2.670. Vistos los resultados a que llegó el Constituyente, cierto es que hubiese resultado mucho más favorable que la composición del Tribunal de Garantías se regulase en su Ley Orgánica, aunque tan sólo fuese por la facilidad con la que se hubiese podido proceder a su mejora mediante la reforma de la misma, sin tener que proceder a la modificación del Texto Fundamental. No por ello, sin embargo, asiste la razón al orador. Lo que hubiera sido beneficioso circunstancialmente, devendría en grave falta si la procedencia de los vocales del Tribunales estuviese formulada en términos más acertados. En la discusión en la Constituyente destaca la opinión de Javier Elola, para quien los miembros del Tribunal deberían ser elegidos directamente por el Pueblo, lo que aseguraría, a su

que va a ejercer la jurisdicción constitucional determinará el grado de independencia que sea predicable de dicho órgano. Coadyuvará, igualmente, al entendimiento del Tribunal como un verdadero órgano jurisdiccional y puede ser, a la postre, una de las claves en donde resida la funcionalidad de la justicia constitucional.

He ahí donde residía la gravedad del desacierto del Constituyente republicano a la hora de establecer el modo de formarse el Tribunal. El artículo 122 incumplía la práctica totalidad de las directrices que, para este particular, había señalado H. Kelsen¹⁹³, como uno de los aspectos que debían ser cuidados cuando se procediese a la introducción del modelo concentrado de control de constitucionalidad. Su número era, a todas luces, incompatible con un correcto funcionamiento y además, dada la variada procedencia de sus miembros, al combinarse vocales que lo eran por razón del cargo que ostentaban -"natos"- con vocales electivos, la duración de su mandato resultaba desigual, contribuyendo a la confusión y asegurando pobremente el grado razonable de durabilidad en el puesto de

juicio, una mayor legitimación democrática del órgano. Dicha legitimación, bien que indirecta, era reconocida, en cambio, por el diputado Sr. Castrillo. Cfr *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo V, n.º 82 y 81 (27 y 26 de noviembre de 1931), pp. 2.711 y 2.672, respectivamente.

¹⁹³ Cfr. Hans KELSEN, "La garanzia...", cit., pp. 174-176.

Magistrado del Tribunal de Garantías que hiciese posible la emanación de una, más o menos continua, línea jurisprudencial.

La independencia orgánica del Tribunal republicano con respecto, en especial, al Legislativo, era más que discutible, incumpliendo, con ello, las previsiones kelsenianas. Así, el Profesor vienés advertía sobre la necesidad de que se garantizase la independencia de los Tribunales Constitucionales con respecto a aquellos otros órganos que debía controlar, en especial el Parlamento.

Creemos justificada, dado el enorme interés que presenta, reproducir el texto kelseniano. El fundador de la escuela de Viena y principal creador del modelo concentrado de jurisdicción constitucional se expresaba en los siguientes términos: "La sua indipendenza [la del Tribunal] tanto rispetto al parlamento quanto rispetto al governo è un postulato evidente. Sono infatti proprio il parlamento e il governo gli organi che, in quanto partecipano al procedimento legislativo, devono essere controllati dall'organo di giustizia costituzionale. Vi sarebbe tutt'al più da esaminare se il fatto che l'annullamento delle leggi è anch'esso funzione legislativa non comporti talune conseguenze particolari in ordine

alla composizione e alla nomina di quest'organo. In realtà però non è così. Tutte le considerazioni politiche che dominano il problema della formazione dell'organo legislativo non sono infatti in gioco quando si tratta dell'annullamento delle leggi. È qui si manifesta la distinzione tra formazione e semplice annullamento delle leggi. L'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione: manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa"¹⁹⁴.

Contrariamente a esto, el artículo 122 de la Constitución de 1931 preceptuaba que el Presidente del Tribunal de Garantías habría de ser nombrado por las Cortes, exigiéndose, al efecto, mayoría absoluta de votos en primera votación, y simple mayoría en segunda¹⁹⁵. Al hacerlo, se estaba privando al Tribunal de la posibilidad de proceder, él mismo, a la elección de su Presidente. Bien es cierto que esta facultad, que tendría mayor traducción en la independencia orgánica del Tribunal que en la

¹⁹⁴ Hans Kelsen, "La garantía...", cit., p. 174.

¹⁹⁵ El art. 2.º de la L.O.T.G.C. establecía, además, las condiciones personales que debían concurrir en el designado: ciudadanía española, ser mayor de 40 años, estar en la plena posesión de sus derechos civiles y políticos y no estar incurso en las prohibiciones que, con carácter general para todos los miembros del Tribunal establecía el art. 15 de la misma ley

personal de sus miembros, presentaba una operatividad más simbólica que real. Pero, tal vez por eso mismo, no debió privarse al colegio de magistrados constitucionales de uno de los signos que podía haber contribuido a crear una imagen de independencia.

El Congreso de los Diputados, por otro lado, designaba a dos miembros más del Tribunal de Garantías. El sistema no resulta aquí tan criticable por el hecho de que sea la Cámara la que efectúe la designación. De hecho, el nombramiento por parte de los Legislativos de los Magistrados constitucionales es, en combinación con otros, uno de los sistemas que, modernamente, más aceptación presenta en Derecho comparado. La explicación es, por lo demás, sencilla. En cuanto que el Tribunal Constitucional está llamado a actuar, con unas consecuencias muy importantes, sobre la obra de Legislador, lógico resulta que esa porción de poder que se pierde al permitir el control de constitucionalidad, sea *formalmente* recuperada a través del nombramiento de los miembros del órgano que ejerce tan trascendental función. Sin embargo, este medio de designación de Magistrados en nada entorpece el buen funcionamiento del sistema cuando, como sucede en España en la actualidad, las condiciones

de independencia personal y eficiencia de los mismos está garantizada por otros medios.

En efecto, como de todos es sabido, los miembros del Tribunal Constitucional español del presente que elige el Parlamento, necesitan contar con la confianza de los dos tercios de los miembros de la Cámara -idéntica mayoría que para proceder a la reforma constitucional-. Con tal reforzamiento de la mayoría, ningún Magistrado que resulte elegido por las Cámaras deberá sentirse especialmente vinculado, especialmente agradecido, podríamos decir, a ningún grupo parlamentario¹⁹⁶. Sin embargo, la L.O.T.G.C., que completó en este punto la regulación constitucional, exigía para el nombramiento como vocal del Tribunal de Garantías la concurrencia de mayoría simple de votos, votando las Cortes cuando se reuniese el *quorum* mínimo, de la mayoría absoluta de sus miembros¹⁹⁷. Razón por la cual, como es evidente, la necesidad del consenso entre los grupos políticos era mínima, politizándose consiguientemente la elección.

¹⁹⁶ Cfr., en el mismo sentido, Pedro DE VEGA, "Supuestos...", cit., pp. 421-423; Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 171-174.

¹⁹⁷ Así lo establecía el art. 9.º.2 de la L.O.T.G.C.

Una circunstancia más viene a resultar criticable en la designación de vocales del Tribunal de Garantías por parte de las Cortes. Señalaba, a este respecto H. Kelsen que "È ugualmente importante escludere dalla giurisdizione costituzionale i membri del parlamento o del governo, dal momento che devono essere controllati proprio i loro atti. È tanto difficile quanto desiderabile impedire ogni influenza politica sulla giurisprudenza dell'organo di giustizia costituzionale"¹⁹⁸. Pues bien, de nuevo nuestro Constituyente de 1931 se apartaba de la concepción kelseniana. En efecto, los dos vocales designados por el Congreso habían de ser, por imperativo constitucional, diputados. Circunstancia ésta que, en último extremo, no venía sino a empañar la problemática de la independencia personal de los miembros del custodio constitucional. La razón es fácilmente comprensible. Piénsese que cualquier pretensión de ver un signo de independencia personal en tales vocales, aunque éstos actuasen en la práctica desvinculados de su grupo político, cosa harto improbable, resulta imposible.

Como miembros del Tribunal serían designados, también, los presidentes del alto Cuerpo consultivo republicano y del Tribunal de

¹⁹⁸ Hans KEISEN, "La garanzia...", cit., p. 175.

cuentas. Por lo que al primero se refiere, parece que con su concurrencia entre los vocales del Tribunal se esté procediendo a aportar un matiz de tipo técnico. En cuanto al segundo, no tendría otra explicación su inclusión entre la nómina de vocales que la de ser la correspondencia a la competencia que, *ex artículo 120* de la Constitución, tenía atribuida el Tribunal de Garantías como órgano de resolución de conflictos surgidos entre el Tribunal de Cuentas y otros organismos públicos.

La formación jurídica de los miembros del Tribunal, un aspecto en absoluto desdeñable si lo que se quiere es contribuir a la instauración de un auténtico órgano jurisdiccional, sólo quedaba garantizada en seis de sus miembros: los dos elegidos por los Colegios de Abogados de España entre sus colegiados y los cuatro Profesores de las Facultades de Derecho españolas, que deberían elegir éstas. Esta última posibilidad en particular había sido sugerida por el propio H. Kelsen. Para el jurista austríaco: "È della massima importanza che nella composizione dell'organo venga accordato spazio adeguato ai guristi di professione. Si potrebbe, per esempio, riconoscere alle facoltà di diritto un potere di proposta per una

parte al menos dei seggi"¹⁹⁹. Razón por la cual, tal vez, nuestro Constituyente de 1977-78 decidió prever tal posibilidad entre los caracteres predicables de aquellos que podrían ser designados Magistrados del Tribunal Constitucional²⁰⁰.

La composición del Tribunal de Garantías se completaba con la designación de un representante por cada una de las Regiones españolas. La significación de este último aspecto, será tratada en el epígrafe relativo al Tribunal como órgano federal, a donde nos remitimos.

Si, para advertir el grado de independencia personal predicable de los miembros del Tribunal de Garantías, habría de estarse al estudio de las normas sobre su composición, los resultados no serían excesivamente.

¹⁹⁹ Hans Kelsen, "La garanzia...", cit., p. 175. En relación con el Tribunal Constitucional austriaco, sobre el que la paternidad kelseniana es concluyente, se manifestaba el Profesor vienés de la siguiente manera: "Il funzionamento di questa corte (...) non ha finora suscitato serie critiche (...). Il problema essenziale è pertanto quello della composizione dell'organo di giurisdizione costituzionale: in Austria i giudici della corte vengono eletti dal parlamento; ma solo sei su venti possono essere tratti dal seno delle assemblee legislative, mentre gli altri quattordici sono in genere giuristi di professione scelti segnatamente fra i professori di diritto pubblico. Sono, pertanto, questi membri non parlamentari che formano la maggioranza e adottano le decisioni, mentre i membri parlamentari degli opposti partiti si fanno equilibrio". Vid. Hans Kelsen, "La garanzia giurisdizionale della costituzione. (Dibattito presso l'istituto internazionale di diritto pubblico)", en el vol *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 212-213.

²⁰⁰ Así el art. 159.2 del vigente Texto Constitucional.

positivos. La composición del Tribunal favorecía su politización²⁰¹ y, en contra de lo que hubiera sido deseable, no proveía la correcta formación de un órgano de verdadera naturaleza jurisdiccional.

Este error constatable ya a nivel normativo, se acrecentó más aun cuando se procedió a la celebración de las elecciones para cubrir los puestos de vocales para los que éstas eran preceptivas. La independencia de los miembros del Tribunal no era, de esta suerte su mayor virtud. El enrarecido clima político en el que debió vivir durante casi toda su existencia el régimen republicano no favoreció en nada que las fuerzas políticas, las auténticas protagonistas del juego político democrático, comprendiesen y respetasen la independencia que debía haber acompañado la designación de miembros del Tribunal de Garantías.

Particularmente expresivo de esta situación es el editorial periodístico aparecido en el diario *El Sol*, con el título "Una democracia en

²⁰¹ No faltaba, por ello, la razón a N. Alcalá-Zamora cuando escribía: "La Constitución no tuvo en cuenta que es de índole técnica, y de una técnica muy superior, complicada y difícil, el cometido que al Tribunal se confía; olvidándolo, hizo posible que los partidos todos convirtiesen la holgura discrecional para designar los vocales, en apasionamiento sin límite para imprimir, mediante aquéllos, a la institución manifiesta tendencia política". Vid, Niceto ALCALÁ-ZAMORA, "Tres años...", cit., p. 318.

íntimo desacuerdo", el martes 5 de septiembre de 1933. En él se leía: "Desde el primer momento creíamos que era esencial de la alta función del Tribunal de Garantías Constitucionales apartarlo a cien leguas de la política. Esta era la razón de nuestra simpatía hacia algunos candidatos para su presidencia, lejanos de las contiendas públicas y versados en ciencias políticas y jurídicas. Pero desde el primer momento, los partidos imperantes dieron a toda elección para este Tribunal un cariz deliberadamente político. No era para ellos el Tribunal de Garantías un organismo exclusivamente jurídico, sino, ante todo, un instrumento de la lucha política (...). De todas suertes, los partidos, los concejales electores no han acudido a las urnas [en las elecciones a vocales del Tribunal] con el propósito exclusivo de llevar al Tribunal los hombres más adecuados a su función jurídica, sino más bien con el de mostrar el volumen de sus fuerzas políticas en los Ayuntamientos españoles"²⁰².

Tal vez aquí resida una de las esencias del problema. Por supuesto que la composición del Tribunal de Garantías era caótica, desde luego que la regulación en este punto no iba a favorecer en absoluto, su

²⁰² Citado por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas...*, cit., p. 679.

consideración como órgano jurisdiccional²⁰³. Ello no obstante dichos defectos se multiplicaron por los intereses particulares de los operadores políticos. Sin embargo, incluso con una composición tan desacertada como la prevista en el art. 122 de la Constitución de 1931, las posibilidades de un correcto funcionamiento de la institución hubieran sido mucho mayores si la clase política española hubiese creído en la virtualidad funcional del Tribunal de Garantías. Esta falta es, a nuestro juicio, considerablemente más grave que la composición menos acorde con la que se tenga por ideal. Tal vez un ejemplo de nuestro pasado más reciente ayude a clarificar lo que intentamos poner de manifiesto. Un Tribunal como el actual Tribunal Constitucional español, con una composición técnicamente correcta, un número de funciones, hasta el momento, al menos, razonable, con una configuración como verdadero órgano jurisdiccional que nadie pone en duda, fue, durante algún tiempo, la instancia donde alguna fuerza política de oposición quiso reabrir debates perdidos en el Parlamento. Para ello contó con la inestimable ayuda de un recurso, felizmente desaparecido de las atribuciones del Tribunal²⁰⁴, el recurso previo de inconstitucionalidad.

²⁰³ Cfr., en el mismo sentido, Pedro CRUZ VILLALÓN, "Dos modos...", cit., p. 137; *La formación...*, cit., pp. 379 y ss.

²⁰⁴ Cfr., en tal sentido, Javier PÉREZ ROYO, "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (mayo-agosto, 1986), pp. 131-170; *Tribunal*

Éste, que persiste aun para lo relativo a los tratados internacionales, no fue más que el instrumento que sirvió para reflejar una actitud, cuanto menos desconocedora, sino poco respetuosa con la auténtica naturaleza y función de nuestro Tribunal Constitucional. Por ello es posible concluir, a nuestro juicio, que tanto o mayor peso podrá tener en la viabilidad de los órganos de justicia constitucional una correcta delineación de sus rasgos fundamentales como la concepción que de él tengan y el uso que de tal institución hagan quienes tienen constitucionalmente atribuida facultad para hacerlo actuar.

Sirva, en todo caso, como ejemplo de la realidad a la que estamos haciendo referencia, la elección de su primer Presidente, puesto que recayó en la persona de Álvaro de Albornoz, a la sazón Ministro de Justicia en el Gobierno que había presentado el proyecto de L.O.T.G.C. a la Cámara y, por tanto, al menos formalmente, responsable último del mismo, quien, en las postrimerías de la discusión parlamentaria de la ley citada sorprende a las Cortes con un discurso pronunciado en unos términos inimaginables en una situación de normalidad. En su intervención, el futuro Presidente del Tribunal de Garantías afirmaba: "la defensa de la

Constitucional..., cit., pp. 74-75.

Constitución es una función esencialmente política, encomendada sobre todo al Presidente de la República y al pueblo, (...) en vano inventaríamos organismos ni artilugios para velar por esta salvaguarda de la Constitución si en todo momento no estuvieran atentos a esa función importantísima el jefe del Estado y la soberanía nacional. La defensa de la Constitución, Sres. Diputados, compete sobre todo a la ciudadanía de la cual es reflejo el Parlamento. En ningún gran país de vieja tradición parlamentaria como Inglaterra y como Francia ha sido necesario ni la justicia Constitucional al tipo de los Estados Unidos ni un Tribunal de Garantías Constitucionales como el de Austria"²⁰⁵.

Eligiendo a Álvaro de Albornoz como Presidente del Tribunal de Garantías, las Cortes designaban para tal puesto, es indudable, a un verdadero demócrata, una condición indispensable de cualquier miembro de un Tribunal Constitucional. Pero a ella se añadía un rasgo más, ya no tan meritorio: el primer Presidente del Tribunal de Garantías, partidario de una concepción jacobina de la democracia, no creía, no podía creer, en la institución de defensa jurídica del Texto Fundamental que se disponía a encabezar.

²⁰⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), p. 13.269.

d) El Tribunal de Garantías como órgano federal

El último de los caracteres que resultan predicables del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española, es aquél que atiende a su consideración en tanto que órgano federal.

Como se ha tenido ocasión de reflejar a lo largo del presente trabajo, es un lugar común en la doctrina constitucionalista la afirmación de la íntima relación que existe entre las formas políticamente descentralizadas de Estado -que, como se advirtió, denominamos con la fórmula genérica "Estado Federal"- y el establecimiento de una jurisdicción constitucional. Fue ya, en este sentido, el propio H. Kelsen quien puso de manifiesto esta correlación, al afirmar, que "La giurisdizione costituzionale acquista però notevole importanza certamente nello stato federale"²⁰⁶. Pero esta relación se desarrolla en ambas direcciones, es decir, del mismo modo que los institutos de justicia constitucional encuentran su mayor razón de ser en el marco de los Estados Federales, no es menos cierto que "Non è esagerato affermare che l'idea politica dello stato federale è

²⁰⁶ Hans KELSEN, "La garanzia...", cit., p. 203.

pienamente realizzata solo con l'intituzione di un tribunale costituzionale"²⁰⁷.

La razón, tantas veces apuntada, de que esto sea así, resulta evidente. En el Estado políticamente descentralizado, el tradicional reparto de poder en un sentido horizontal, que se establece desde el más temprano liberalismo como fórmula que asegura la libertad individual, haciendo resistible para el ciudadano el ejercicio del poder estatal, sufre una suerte de duplicación. De modo tal que, ahora, de manera paralela a lo que sucede en la organización política central, los poderes clásicos en que ésta se halla dividida se reproducen en instancias de poder político circunscritas a determinadas partes del territorio del Estado Federal. Considerado desde esta perspectiva, el federalismo se presenta como una técnica de libertad, de auténtica división de poderes, que puede contribuir, además, al aumento de la eficacia en la acción del poder público, pero que, en todo caso, y en cuanto que acerca las instancias de poder al ciudadano, incide favorablemente en el sistema político, en cuanto que supone, al dividir el

²⁰⁷ Hans Kelsen, "La garanzia...", cit., p. 203.

poder multiplicando sus agentes, una profundización en el principio democrático²⁰⁸.

Ya hemos referido como el Constituyente de 1931, guiado por estos razonamientos, estableció el mecanismo para que, en el seno de un Estado con una férrea tradición centralista, pudiesen surgir, a medida que fuesen reclamadas por el Pueblo, las distintas esferas de poder político en que se habría de dividir el Estado republicano. La Constitución de la II República sentaba, de este modo, las bases a las que habría de acomodarse

²⁰⁸ En un sentido similar se manifiesta también H.-P. Schneider, para quien la "estructura federal fortalece la *democracia* sobre todo a través de su efecto protector de las minorías. Efectivamente, impide a la mayoría menoscabar a las minorías regionales. Al menos en el estrecho marco de un estado [entiéndase, aquí, *Land*] resulta más fácil a la minoría regional hacerse valer en el juego de las fuerzas políticas. Ello lleva consigo notables consecuencias para la postura de la oposición y para la realización del principio de la dirección política alternativa, puesto que los partidos que en la Federación se hallan en la oposición pueden participar en coaliciones a nivel de los estados federados y demostrar por este camino su capacidad de gobierno". Vid. Hans-Peter SCHNEIDER, "El Estado Federal cooperativo. Problemas actuales del federalismo en la República Federal de Alemania", en el vol. *Democracia y Constitución*, cit., p. 228. Interesa advertir que para el Profesor de Hannover el término "democracia" no hace referencia únicamente a la participación, directa o indirecta, de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, sino que con tal expresión alude también a la defensa y garantía de la libertad de los individuos. Vid., al respecto y por ejemplo, Hans-Peter SCHNEIDER, "Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental", en el vol. *Democracia y Constitución*, cit., pp. 21-22 ("Un Estado que niegue y menosprecie en general o en casos concretos la protección de los derechos fundamentales en estos ámbitos existenciales, difícilmente podrá calificarse de Estado constitucional democrático"), y "La Constitución...", cit., pp. 44-45.

el proceso de descentralización política, y denominó a tal Estado con vocación descentralizadora "Estado integral"²⁰⁹.

Si la existencia de ese principio descentralizador es, en efecto, una de las constantes del Texto republicano, no es menos cierto que la problemática de la división territorial del poder político, y en concreto, la de la forma en que tales instancias de poder adquirirían representación en la toma de decisiones en el seno de la organización política estatal, planeó también sobre el debate surgido con ocasión del establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales. En efecto, la exclusión del Senado como segunda Cámara parlamentaria²¹⁰ provocó que algunos sectores de

²⁰⁹ "La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y de las Regiones", rezaba el párrafo tercero del art. 1.º de la Ley Fundamental de 9 de diciembre. La denominación, con mayor o menor fortuna, parecía querer indicar el principio de diversidad dentro de la unidad en que habría de fundarse la división político-territorial republicana. Cfr., en relación con ello, por todos, Antonio ROYO VILLANOVA, *La Constitución...*, cit., pp. 24-29. Tal vez deba advertirse que el Diputado y Profesor Antonio Royo Villanova fue acusado, por parte del Diputado Sr. Gomáriz de ser "regionalismófobo", padecimiento que, según, este último, caracterizaba la labor parlamentaria del primero. Cfr., en tal sentido, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.180. Por su parte, N. Pérez Serrano, calificó la fórmula Estado Integral como "expediente hábil para no pronunciarse ni en pro del criterio unitario, ni en favor abiertamente de la solución federalista". Vid. Nicolás PÉREZ SERRANO, *Tratado...*, cit., p. 238.

²¹⁰ Esta opción, cargada de significación política democrática, y que conectaba a la Constitución de la II República directamente con los Fundadores gaditanos del Régimen constitucional, era, por otra parte, de general aceptación en el constitucionalismo de entreguerras. Así, como señala, J. Corcuera, "El proceso de

la Constituyente desearan reabrir el debate en torno a este punto con ocasión de la discusión en torno al establecimiento del Tribunal de Garantías. Tal era el sentido de las enmiendas de los Diputados Xirau y Franco, que, en términos similares, pretendían la introducción de una suerte de Consejo, adjetivado "de la República" y "nacional", respectivamente²¹¹. Lo que con estas mociones alternativas al Tribunal de Garantías se pretendía, no era sino la definitiva sustitución del modelo de garantía jurídica de la Constitución que representaba el Tribunal por una suerte de segunda Cámara que operase como freno, con carácter preventivo, de la actuación del Congreso²¹².

No fue éste, sin embargo, el único reflejo que el deseado Senado tendría en la configuración del Tribunal. De hecho, la correlación

racionalización del poder implica reducción del papel y competencias de las Cámaras Altas, proceso que, vinculado con el reproche hacia el carácter limitadamente democrático, había empezado con anterioridad a la Iª Guerra". Vid. Javier CORCUERA ATIENZA, "El constitucionalismo de entreguerras...", cit., p. 34.

²¹¹ Las enmiendas pueden consultarse en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*. Tomo V, apéndice 4º al n.º 70 y apéndice 9º al n.º 80, respectivamente. Sólo fue sometida a discusión la enmienda de Xirau, toda vez que Franco, al ver rechazada aquélla y estar la suya redactada en términos tan similares optó por retirarla.

²¹² En este sentido, para Niceto ALCALÁ-ZAMORA ("Los defectos...", cit., p. 151) la relación entre ambos institutos era evidente y, aunque no los reputaba incompatibles entre sí, sí encontraba probable que una de las "repercusiones del restablecimiento de la institución senatorial sería suprimir el Tribunal de Garantías".

entre ambas instituciones tuvo, como ya hemos adelantado, también consecuencias en la composición del Tribunal, en la medida en que en éste tenían asiento un vocal por cada una de las Regiones españolas, autónomas o no. Si esta proliferación de vocales representantes de las regiones no ayudaba en nada a la consideración del Tribunal de Garantías como verdadero órgano de naturaleza jurisdiccional, otro tanto podría decirse de su inteligencia como verdadero órgano federal.

Ya hemos hecho alusión, al comentar la composición del Tribunal Supremo federal en el Proyecto de 1873, a idéntico problema, toda vez que la misma fue la solución adoptada por aquel documento de Gobierno cuando se planteó la necesidad de establecer un organismo jurisdiccional en el que tuviesen solución jurídica los conflictos que enfrentasen al poder central con las distintas colectividades territoriales en que aparecía dividido el Estado. Parece que tampoco los Padres Fundadores de la II República española lograron captar, en este punto, la verdadera esencia del problema. En efecto, una vez más, cuando se plantea la división del Estado en colectividades políticas dotadas de una esfera de poder garantizada y, previendo la existencia de conflictos entre la organización central y las periféricas, se establece un organismo con

competencia para solventarlos, se cae en el error de indentificar este instituto con una suerte de corte arbitral, en la que, forzosamente han de tener un representante, las organizaciones políticas regionales e, incluso, como sucede con el Tribunal de Garantías aquellos territorios que, no habiendo accedido a la condición de entes dotados de autonomía política, siguen dependiendo directamente del poder central.

Ello no obstante, pese a esas deficiencias en la formación del órgano de solución de conflictos, no por ello deja de afirmarse el carácter de órgano federal que posee el Tribunal de Garantías. Solución que, como hemos tenido ocasión de señalar, es además la que se impone en el Derecho Constitucional Federal comparado. Porque esto es así, "No se recurre a modalidades arbitrales para zanjar esta clase de conflictos; las partes no son libres de elegir libremente sus jueces, sino que deben también someter el litigio a una autoridad federal (...). El órgano judicial es un órgano federal, ya que es la Constitución federal quien lo instituye (...) es un órgano del *Bund*"²¹³.

²¹³ Michel MOUSKHELI, *Teoría...*, cit., pp. 163-164.

El hecho de que a la formación del Tribunal de Garantías concurren, junto con el Estado, las Regiones españolas, no desvirtúa, sin embargo, como decimos, el carácter federal de dicho órgano. La razón estriba en la circunstancia de que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la presencia de los miembros en la Cámara de los Estados, que se concreta en una manifestación de las relaciones de inordinación, la entrada de las entidades territoriales en la designación de vocales del órgano de solución de conflictos no responde a tal motivación y, de hecho, incluso cuando, como ocurría con el Tribunal de Garantías Constitucionales, "si los Estados particulares intervienen en cierta medida en la formación de algunos de ellos (...), no por ello es menos evidente que los órganos de esta especie no son de ningún modo órganos que representen a estos Estados, sino exclusivamente órganos de decisión propios del Estado federal"²¹⁴.

En lo que, en cualquier caso, se traduce de esta problemática no es sino el peso que la consideración del Tribunal de Garantías como órgano de solución de controversias territoriales, tuvo a la hora de proceder a su configuración. Aunque no por ello sea esta más perfecta, ni

²¹⁴ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 116; Cfr., en el mismo sentido, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp., 170-171.

tampoco más justa la resolución que para poner fin al conflicto se adopte. No puede por menos que recordarse, en este sentido, la acertada visión que al respecto ofrecía un estudioso, coetáneo, además, del problema que tratamos. Señalaba E. Lloréns que "El órgano encargado de resolver los conflictos de competencia y de restablecer la coordinación perturbada no es necesario que esté formado con paritaria participación de las colectividades integrantes y del Estado, requisito que nadie exige en los demás conflictos intraestatales. Esta participación no garantiza en sí la imparcialidad de la decisión. Tanto si los miembros de un tribunal actúan sujetos a instrucciones como si se les concede libertad de apreciación, en caso de participación paritaria, si los jueces opinan según su procedencia territorial, habrá empate. Sólo habrá lugar a una resolución por mayoría cuando uno o varios de los jueces se emancipen del prejuicio territorial para votar según su criterio, es decir, cuando quede anulado el principio en que se apoya la composición paritaria del tribunal. Cuanto mayor sea la importancia que se atribuya a la procedencia territorial de los jueces, menor es la confianza en la imparcialidad del tribunal, el cual no posee entonces la calidad moral en que ha de fundarse su competencia"²¹⁵. De lo que, en definitiva, se trata, es de que asegurando la independencia

²¹⁵ Eduardo L. LLORÉNS, *La autonomía...*, cit., pp. 283-284.

orgánica y funcional, se haga posible la emanación de resoluciones justas, que aquí vale tanto como decir fundadas en Derecho, y no inspiradas por la filiación política o la procedencia territorial de quienes las dictan²¹⁶.

La principal competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en que tiene traducción su condición de Tribunal federal no es otra que la resolución de conflictos que enfrenten al Estado con las Regiones Autónomas o a éstas entre sí, a la que se añade la facultad que le confiere el artículo 19 de la Constitución.

Debe, no obstante, aun en sede de control de constitucionalidad de las leyes, hacerse mención a una especialidad de tal función de control cuando éste se aplicaba a las leyes regionales. El Legislador orgánico del Tribunal que, como vimos en su momento, había ampliado el objeto del recurso de inconstitucional incluyendo en él a las leyes regionales, -ampliación, por otra parte, plenamente justificada-, procedió, además, a ampliar el parámetro de validez de las normas legales de los miembros. En efecto, el artículo 29.2 de la L.O.T.G.C establecía:

²¹⁶ Vid., en relación con ello, las apreciaciones de Martín BASSOLS COMA (*La jurisprudencia...*, cit., pp. 65-71) relativas a la jurisprudencia del Tribunal de Garantías en asuntos en los que ventilaban controversias territoriales.

"Las leyes regionales serán inconstitucionales, no sólo cuando intrinjan un precepto de la Constitución, sino también cuando incidan en infracción de los preceptos de su respectivo Estatuto."

Lo que, de este modo, se producía no era sino la plasmación a nivel normativo de una consideración de carácter general, conforme a la cual los Estatutos de Autonomía, dada la índole de las materias que regulan, que son las fundamentales para la vida de la Comunidad política en la que se aplica, constituyen un auténtico Derecho Constitucional material. Pero ocurría además que en los Estatutos de Autonomía concurría, igualmente, una condición de superioridad formal, con respecto a las leyes ordinarias²¹⁷. En efecto, la Constitución de 9 de diciembre, refiriéndose a los Estatutos de Autonomía de las futuras Regiones establecía, en el último párrafo del artículo 11:

"Una vez aprobado el Estatuto, será la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico"

²¹⁷ Póngase en relación este precepto con el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, que eleva a los Estatutos a la condición de parámetro de validez de las normas jurídicas, ya no sólo de las de los miembros, sino también de las leyes del Estado.

Derivada de esta posición de superioridad que el propio Texto Constitucional reconocía, el único Estatuto que entró en vigor con anterioridad a la promulgación de la L.O.T.G.C. -esto es, en puridad, el único Estatuto que entró en vigor-, el Estatuto catalán, contenía previsiones sobre su reforma²¹⁸. De esta suerte, a la categoría materialmente superior de los Estatutos, se procedía, a conferirles un cierto grado de superioridad también a nivel formal, toda vez que, por obra de la introducción de un procedimineto de reforma, se convertían en normas, sino supremas, sí cuasi-supremas²¹⁹. Lo que significa reconocerles una posición, dentro de su ámbito, similar a la que ocupa la Constitución con respecto al Estado²²⁰. Lo que, en esta inteligencia, venía a hacer el artículo 29.2 de la L.O.T.G.C. no era sino extraer las consecuencias lógicas de tales postulados, posibilitando su realización práctica²²¹.

²¹⁸ Así el Título V ("de la modificación del Estatuto"), de la Ley de 15 de septiembre de 1932 por la que se aprueba el Estatuto de Cataluña. Lo propio hicieron, con posterioridad, lo otros dos Estatutos regionales que llegaron a ser plebiscitados durante la vigencia del régimen republicano, los Estatutos vasco y gallego.

²¹⁹ Cfr., en este sentido, Javier RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 300-301.

²²⁰ Cfr. José Antonio PORTERO MOLINA y José Ramón MÁIZ, *As instituciones políticas no Estatuto de Autonomía para Galicia*, Parlamento de Galicia, La Coruña, 1988, p. 277; Javier RUIPÉREZ, *La reforma...*, cit., p. 21.

²²¹ No se mostraba conforme con la inclusión de los Estatutos en el parámetro de validez de las leyes regionales Nicolás PÉREZ SERRANO, cfr. de esta autor, "El Proyecto...", cit., p. 14.

Por lo que a la atribución que al Tribunal de Garantías confería el artículo 19 del Texto Fundamental, ésta se concretaba en la apreciación de la necesidad de la emanación de una ley de carácter básico, con la finalidad de armonizar las disposiciones legislativas de las Regiones. Los perfiles del órgano jurisdiccional se desdibujan considerablemente en este precepto. Piénsese que lo que del Tribunal se requiere no es otra cosa que una opinión sobre la existencia o inexistencia de la necesidad de unificar el ordenamiento jurídico en una determinada materia, actividad que, como parece evidente, únicamente podría fundarse en un juicio de razonabilidad política²²².

Lo que, en todo caso, nos interesa destacar ahora es la relación existente entre una competencia de tal clase y la concepción que del Tribunal de Garantías tenían los Constituyentes republicanos. Como ya se ha referido anteriormente, la decisión por el monocameralismo no fue asumida por algunos sectores de la Cámara, que quisieron ver en el Tribunal de Garantías el órgano llamado a hacer las veces del Senado. Fuera o no fuera esta la finalidad de la inclusión de una facultad como la que comentamos dentro del haz de atribuciones del Tribunal de Garantías

²²² Vid., en el mismo sentido, Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 336.

Constitucionales, lo cierto es que sí parece traslucirse que, al menos cuando tuviese que ejercer esta facultad, el Tribunal habría de aparecer más como un foro de discusión en clave política que como un auténtico Tribunal.

A abundar en esta tesis viene la solución que, para un problema similar, articuló el Constituyente español de 1977-1978. En efecto, como es de todos conocido, la necesidad de armonizar las disposiciones legislativas que, en materias de su competencia, dicatan las Comunidades Autónomas, es hoy, *ex* artículo 150.3, del vigente Código Constitucional, una facultad de apreciación conferida a las Cortes Generales, debiendo, a tal efecto, coincidir el la necesidad de la ley armonizadora la mayoría absoluta de ambas Cámaras.

Resta, por último, referirse a los conflictos competenciales, cuya resolución constituye la función prototípica del Tribunal de Garantías Constitucionales en tanto que órgano federal. La L.O.T.G.C. contiene, en los tres Capítulos en que divide su Título VII, la regulación de tres clases distintas de conflictos entre el Estado y las Regiones Autónomas y éstas entre sí: los conflictos de competencia legislativa, los conflictos de

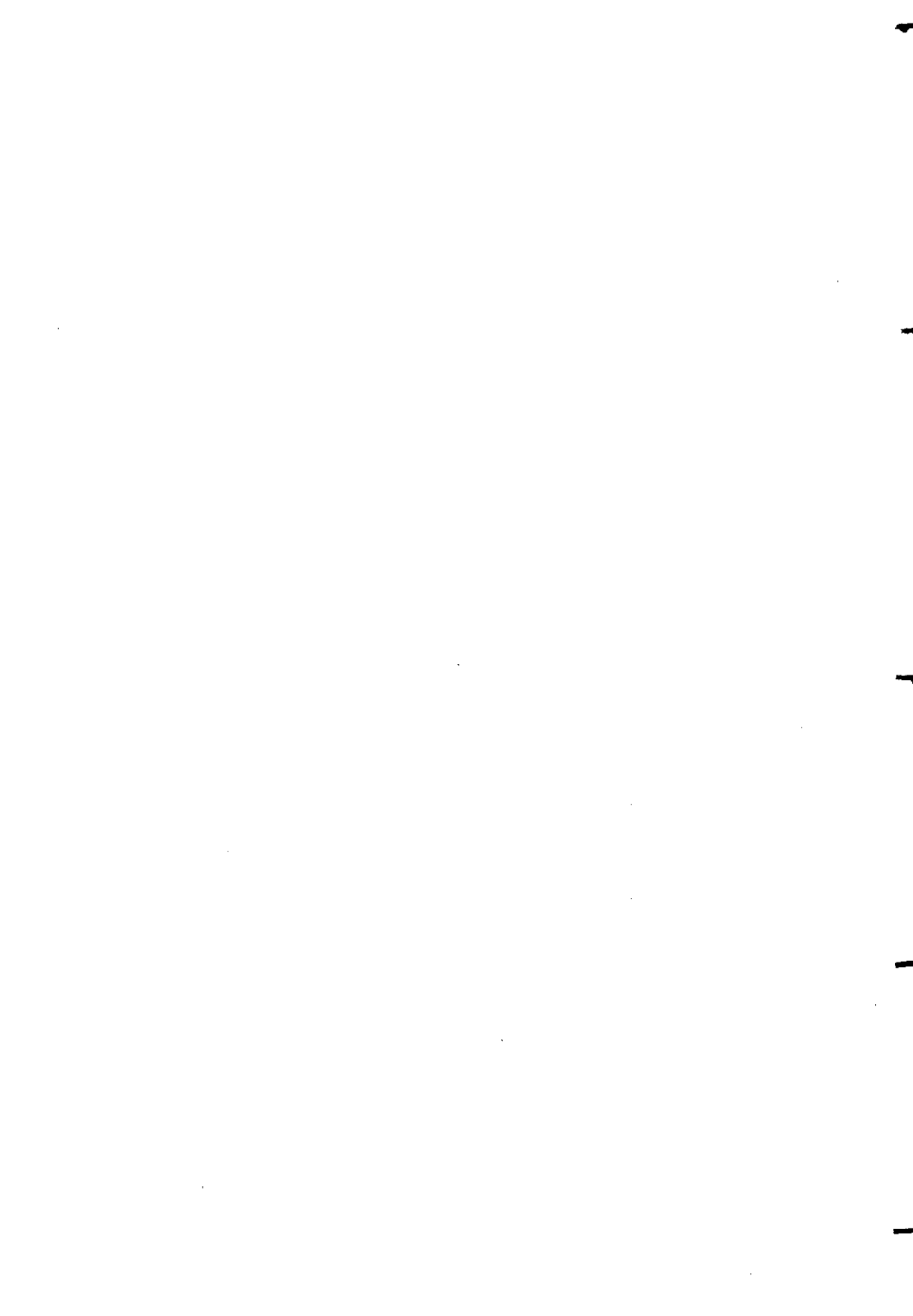
atribuciones y un tercer tipo conflictual en el que tendrían cabida los que no fueran residenciables en alguna de las clases anteriores.

Ya hemos hecho referencia con anterioridad a que los conflictos de competencia legislativa, pese a aparecer regulados como materia conflictual, su auténtica naturaleza es la propia de los vicios de inconstitucionalidad de las leyes, toda vez que es por medio de ellas que se viola un ámbito competencial constitucional y estatutariamente protegido, comportando con ello, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley en cuestión.

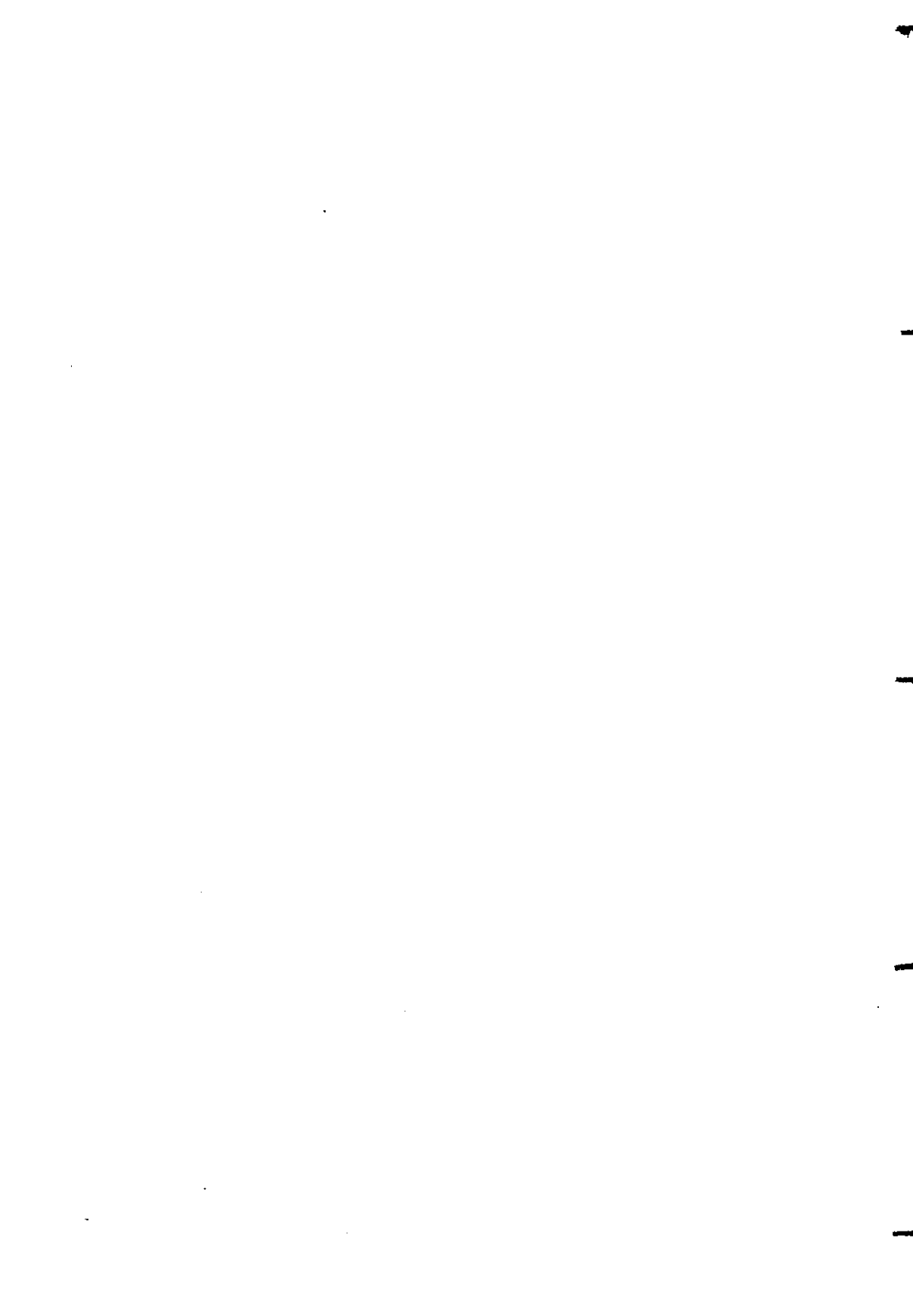
Siendo ello así, los conflictos, *stricto sensu*, a que habría de dar solución el Tribunal de Garantías se concretan en el ejercicio una actividad careciendo de competencia (conflicto positivo), o en la dejación de ejercicio de una competencia que se posee (conflicto negativo), por parte de una Autoridad administrativa, ya se trate ésta de un funcionario, ya de un Ministro de la República o miembro del ejecutivo de una Región Autónoma.

No es posible, dados los límites objetivos del presente trabajo, proceder al examen exhaustivo de la regulación procedimental de dichos conflictos²²³, baste, por ello, con concluir en su tramitación se contenía la regulación de los requerimientos previsto entre las autoridades a quienes interesaba el conflicto, que, caso de ser atendidos, podían llegar a hacer innecesaria la intervención del Tribunal. La actuación de éste, por lo demás, revestirá las formas usuales del proceso jurisdiccional, con celebración de una vista en caso de requerirlo alguna de las partes.

²²³ Cfr., tanto en relación con ello como por lo que hace a las cuestiones procedimentales del denominado "conflicto de competencia legislativa", Raúl CANOSA USERA, *Legitimación...*, cit., p. 33-38.



CONCLUSIONES



PRIMERA.-

El Derecho Constitucional del momento presente ha asumido como uno de sus caracteres más sobresalientes pero, al propio tiempo, más aporreadados, la circunstancia de que se le reconozca ser -como diría K. Stern- "el Derecho de máximo rango positivizado en el Estado". Ese carácter, que sólo a las normas constitucionales se reconoce, informa, o debe informar, la actuación de todos los órganos estatales y ha supuesto la creación, hasta generalizarse, de los Tribunales Constitucionales. Éstos se han convertido en los árbitros del funcionamiento de las instituciones democráticas, un proceso de aparente sencillez, que no está, sin embargo, exento de problemas. Muchos de esos problemas, los más trascendentales, no son, en realidad tan novedosos como pudiera parecer. Muy al contrario, se plantearon en el origen de las instituciones de garantía de la Constitución y, en buena medida, se puede decir que acompañarán a éstas mientras subsistan.

De ahí se deriva, a nuestro juicio, el interés por conocer cuál es el camino que el Estado Constitucional ha debido recorrer para convertir a la supremacía constitucional en el elemento que al mismo tiempo dinamiza y contiene a los operadores jurídicos y políticos. Saber qué opciones comporta el entender que la Constitución es la norma suprema permite arrojar la luz necesaria sobre muchos

dilemas que afectan a la sociedad política y que a la Constitución se reclama que resuelva. La aproximación a los orígenes y la evolución de la supremacía constitucional permite, además, obtener una visión de conjunto sobre la evolución del concepto mismo de Constitución y sobre la manera de entender la vida del Estado Constitucional. En este sentido, una ojeada a la evolución de las instituciones de garantía de la Constitución se convertirá, en buena medida, en una revisión de aquellos postulados que, por considerarse esenciales en cada momento, decidieron protegerse con tales garantías. Esas, entre otras, razones invitan a profundizar en la trayectoria de los mecanismos de defensa jurídica de la Constitución.

SEGUNDA.-

Si lo anterior es cierto con carácter general, lo mismo puede decirse por lo que respecta a la Historia Constitucional española. El acercamiento al supuesto español permite, además, un conocimiento particular de los problemas que arrastra la Constitución en nuestro país que, si bien se insertan en la problemática general de la defensa constitucional en Europa, adquieren caracteres también singulares, como el de su proverbial inestabilidad. En este sentido, la Historia Constitucional española es, en buena medida, la Historia de la defensa de los principios en que se fundamenta el Estado Constitucional por parte de quienes se esforzaron, en ocasiones a muy alto precio, por elevar a nuestro país a niveles de modernidad en el terreno político equiparables a los de los países de nuestro entorno geográfico. El estudio de esos intentos, de sus posibles defectos que e, incluso, de las fuerzas que acecharon al movimiento

constitucional, pueden reportar, creemos, claves de significativa importancia para, en primer lugar, comprender la situación presente y, en segundo término, afrontar con un útil bagaje los retos que a la Constitución en España todavía le quedan por cumplir.

TERCERA.-

La defensa jurídica de la Constitución se articula con base en dos institutos fundamentales: la rigidez y el control de constitucionalidad. Por rigidez entendemos aquella característica propia de las Constituciones que disponen de un procedimiento distinto y más agravado para su modificación que el que se establece para la variación de las leyes ordinarias. El control de constitucionalidad, al menos desde un punto de vista formal, se plantea como mecanismo del respeto de esa distinción de procedimiento.

CUARTA.-

La rigidez convierte, en el plano teórico, a la Constitución en la norma jurídica suprema, en la medida en que su establecimiento comporta la objetivización del Derecho Constitucional, su apartamiento del resto del ordenamiento jurídico. Sólo cuando la Constitución es rígida se puede decir que se ha producido la distinción entre Poder Constituyente -cuyo campo de acción es la Constitución- y poderes constituidos -competentes para la ordenación de las normas de rango infraconstitucional-. Sin embargo, la supremacía teórica que aporta la rigidez al Código Constitucional precisa de algún mecanismo que permita afirmar en el terreno

práctico esa condición. Este instrumento es el control de constitucionalidad.

QUINTA.-

La importancia de rigidez y control de constitucionalidad reside en la consideración de que la Constitución, en su sentido estricto, precisa de la presencia de ambos institutos que se cohesionan para dar cumplimiento al principio de supremacía constitucional. Éste, en unión de los principios democrático y liberal vienen a conformar el concepto racional normativo, liberal-burgués, moderno o técnico de Constitución. Éste tiene su origen en los procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de final del siglo XVIII.

SEXTA.-

La exigencia de que, para encontrarnos ante una Constitución en sentido estricto, ésta haya de ser suprema es un postulado que se deriva, directamente, del principio democrático que afirma que corresponde al Pueblo la titularidad del Poder Constituyente. Piénsese que, al afirmarse que, en virtud de dicho principio, el Pueblo es el origen y la finalidad de todo el poder del Estado, se está reclamando que, al menos las determinaciones políticas fundamentales que han tenido cabida en la Constitución, queden preservadas de la acción de los poderes constituidos. El principio democrático del Poder Constituyente se transforma así en el principio de supremacía constitucional. Por medio de esta ficción la democracia puede construirse con base en el régimen representativo,

porque la supremacía de la voluntad del Poder Constituyente actuará siempre como límite a la voluntad de los representantes o poderes constituidos.

SÉPTIMA.-

El establecimiento de mecanismos de control de constitucional se justifica, entonces, en la necesidad de arbitrar algún medio de comprobación de que la acción de los representantes no ha traspasado los límites que el Pueblo ha señalado en la Constitución. En la medida en que esas normas superiores sólo resultan identificables si han sido objetivadas por un procedimiento de reforma diferenciado, rigidez y control de constitucionalidad se convierten en requisitos imprescindibles para afirmar la condición de norma jurídica suprema del Texto Constitucional.

OCTAVA.-

En cualquier caso, no siempre se ha aducido el principio democrático como origen de la supremacía constitucional. En ocasiones se ha intentado derivar la existencia de controles de la acción de los gobernantes del principio de separación de poderes. Se afirma, en este sentido, que la Constitución debe ser la norma suprema porque en ella se establece el ámbito de actuación propio de cada uno de los poderes del Estado y la máquina estatal precisa, para su correcto funcionamiento, del respeto a la esfera competencial de unos poderes sobre otros. Sin embargo, por más que este último aserto pueda resultar cierto, la desconexión de la supremacía constitucional del principio democrático conduce a situaciones

altamente insatisfactorias que, a la postre, invitan a considerar que las formulaciones que anteponen al principio de división de poderes no se concilian con el Estado Constitucional moderno.

NOVENA.-

Esas formulaciones que proponen el principio de división de poderes como origen de la acción de control del gobernante son características de momentos anteriores al surgimiento del moderno Estado constitucional y, en la medida en que silencian la importancia del principio democrático, responden a concepciones tan desconectadas del Estado Constitucional que de ellas puede afirmarse que no constituyen precedentes de los modernos sistemas de defensa jurídica de la Constitución. Esta última afirmación es fácilmente constatable desde la experiencia que aportan las consecuencias prácticas del principio de supremacía. En efecto, la consideración de la Constitución como un límite a la acción de los gobernantes en el Estado Democrático puede producir tensiones que se derivan de la confrontación entre el principio mayoritario -que reclama la adopción de una medida inconstitucional- y el principio de supremacía -que obliga a impedir la adopción de tal medida-. Este tipo de conflictos sólo es posible solventarlos si la afirmación de la supremacía de la Constitución está sólidamente fundamentada en su origen como derivación del principio democrático del Poder Constituyente. La negativa a adoptar una medida popularmente reclamada fundada en el necesario respeto a la esfera de actuación de los poderes constituidos resulta notoriamente insuficiente y, por tanto, altamente insatisfactoria.

DÉCIMA.-

Sin embargo, cuando el principio democrático es el fundamento de la supremacía de la Constitución, el conflicto entre la medida mayoritaria y la Constitución se soluciona con la apelación a la naturaleza superior del poder que dio el Código Constitucional. En todo caso, el sistema se ve amparado por la posibilidad de poner en marcha el procedimiento de reforma constitucional, eliminando la barrera que impedía la adopción de la medida popularmente reclamada.

DECIMOPRIMERA.-

No quiere con esto decirse que todas las transformaciones en el orden constitucional a través del procedimiento de reforma sean lícitas. La operación de modificación formal de la Constitución es un procedimiento de cambio sometido a Derecho, en el sentido formal y material y, por tanto, ha de respetar unos límites que se justifican en la consideración de la operación de revisión como el ejercicio de una facultad conferida por la Constitución concebible sólo dentro de la Constitución. Así entendido, el poder de reforma constitucional es un poder constituyente -porque tiene capacidad para transformar el nivel normativo de máximo rango- y constituido -porque esa transformación debe seguir un procedimiento fijado por la propia Constitución y, además, no puede perseguir resultados incompatibles con la Constitución misma.

DECIMOSEGUNDA.-

Estos límites pueden venir fijados expresamente por la Constitución o, por el contrario, inferirse de su articulado. En este último supuesto -el de los límites materiales implícitos al poder de reforma- su concreción deberá hacerse en relación con cada Texto Constitucional en particular. Constituirá un límite a la reforma todos aquellos principios presentes en un Código Fundamental dado cuya desaparición supusiese, no una mera variación -que es en lo que, en opinión, por ejemplo, de S. A. Barber ha de concretarse la operación de reforma-, sino un verdadero cambio de Constitución. Pero, en todo caso, siempre constituirán un límite al poder de reforma constitucional los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, en la medida en que su ausencia determina la inexistencia de la Constitución en sentido estricto y, por tanto, la desaparición del régimen constitucional.

DECIMOTERCERA.-

Admitida la existencia de límites a la reforma constitucional el problema estará en determinar el mecanismo adecuado para verificar que una revisión de la Constitución no los ha traspasado. Ese mecanismo no puede ser otro que el control de constitucionalidad, que ejercerán los órganos a los que el ordenamiento atribuya de ordinario esa facultad. En cualquier caso, en los supuestos, como el español del presente, en que no existe una previsión normativa al respecto, no existen tampoco graves dificultades para la admisión del control de la reforma, si bien, parece recomendable que su puesta en práctica se produjese siempre de modo previo a la entrada en vigor

de la reforma y, preferiblemente, con anterioridad a una potencial ratificación refrendataria.

DECIMOCUARTA.-

En cualquier caso, la existencia de límites a la reforma constitucional no hipoteca la solución de conflictos en el Estado Constitucional. Precisamente porque, como ya viera C. Schmitt, se concibe la reforma como una operación limitada, a salvo queda, siempre, la posibilidad de puesta en marcha de un proceso constituyente nuevo, cuyo fruto sea una Constitución de nueva planta que no reconozca antecedentes en el Texto Constitucional anterior. El derecho que asiste al Pueblo de organizar la comunidad política según su criterio, que en el Estado Constitucional permanece aletargado, reaparece ahora para dar forma a una nueva Constitución. Por eso se puede afirmar, con E. S. Corwin, que en el Estado Constitucional el único derecho que permanece por encima de la Constitución es el derecho a la revolución que, en términos jurídicos, equivale a la fractura de la lógica de los antecedentes

DECIMOQUINTA.-

Que los mecanismos de garantía de la Constitución sólo puedan entenderse cabalmente a la luz de los principios del Estado Constitucional no significa, sin embargo, que la supremacía, al menos como concepto amplio, sea una aspiración antigua. El acercamiento a algunas formulaciones, anteriores al Estado Constitucional, sobre la necesidad de reconocer la existencia de una Ley Fundamental que sujete la acción del gobernante, viene a

confirmar cómo la apelación a principios distintos del principio democrático para fundamentar dicha posición es un postulado que no se concilia con el concepto de Constitución como se entiende desde los procesos revolucionarios liberal-burgueses.

DECIMOSEXTA.-

Por eso, el origen de la formulación moderna en torno a la supremacía constitucional hay que encontrarlo en los movimientos revolucionarios americano y francés de fines del siglo XVIII. Es en este momento, cuando el Estado Constitucional irrumpe en la Historia, cuando la supremacía constitucional se convierte en una exigencia misma de este tipo de Estado. La Constitución debe ser, en la conciencia de los Fundadores del Estado Constitucional, la norma que se encuentre por encima de la acción de cualquier gobernante.

Éste estará constreñido en su actuación por la Constitución y será además incapaz de modificarla sin el asentimiento del Pueblo. Cuando se afirma la soberanía del Pueblo se está afirmando, al mismo tiempo, la supremacía de la Constitución.

DECIMOSÉPTIMA.-

Esas premisas se confirman con su traslación a la primera experiencia constitucional de la Historia: los Estados Unidos. Allí, donde desde el primer momento y sin ambages se afirma la soberanía popular -que es tanto como decir el Poder Constituyente del Pueblo-, la Constitución establece el primer requisito para

afirmar su naturaleza soberana: la rigidez. El control de constitucionalidad, como mecanismo que venga a hacer operativa la supremacía teóricamente afirmada por la rigidez, surgirá, con un razonamiento de lógica irrefragable, en cuanto el Estado Constitucional haya comenzado a desarrollarse. En Norteamérica, además, el constitucionalismo da origen también al federalismo. Porque, como, entre otros, ha indicado C. J. Friedrich, el primer Estado Constitucional es también el primer Estado Federal, la urgencia por la adopción de medios de garantía de la Constitución se potenciará considerablemente. No en vano, la lógica del Estado políticamente descentralizado obliga a consignar en el Código Constitucional Federal, las reglas que disciplinan el reparto de poderes entre la organización política central y los miembros. Desde esta perspectiva, al interés por el mantenimiento de la supremacía de la Constitución, que es propio de cualquier Estado Constitucional, se unirá el particular interés que surge en este tipo de Estados por mantener el respeto al reparto competencial y su posibilidad de transformación por mecanismos en los que se garantice la sujeción a Derecho de las transformaciones que afecten al reparto de poderes. los mecanismos de garantía se convierten -en el decir de A. La Pergola y J. Ruipérez- en elementos estructurales básicos del Estado Federal.

DECIMOCTAVA.-

En el constitucionalismo Europeo, cuyo paradigma viene constituido por el modelo francés, la afirmación de la supremacía de la Constitución no surge, sin embargo, en el mismo momento que el

movimiento constitucional. Si, al igual que sus correligionarios americanos, los Fundadores del régimen constitucional en Francia sostenían el origen popular del poder, si conocían -si no habían descubierto- la noción de Poder Constiuyente y la diferencia de las atribuciones de éste con respecto a los poderes constituidos, si, con la finalidad de exponer tal premisa, llegarán a establecer una Constitución rígida ¿cuál fue la razón de la no asunción inmediata de todas las consecuencias que se derivan del principio de supremacía constitucional? Ésta se halla en la diferente situación con la que se enfrenta la Constitución en América y en Europa. El constitucionalismo norteamericano se había establecido sin conexión alguna con el Antiguo Régimen. Como, en gráfica expresión, afirmara J. B. Thayer, cortada la cuerda con el rey inglés, la soberanía pasó directamente de éste al Pueblo de los Estados Unidos. En Europa, por el contrario, el Estado Constitucional se construye en sustitución del Estado Absoluto y en oposición a éste. El "solar" americano se convierte, en Europa, en un terreno abrupto en el que resultará difícil edificar la Constitución sin desvirtuar sus principios.

DECIMONOVENA

Por eso, la construcción de la supremacía constitucional en Europa, lejos de producirse en un acto, es el discurrir de un proceso histórico en el se evoluciona cumpliendo tres fases diferenciadas. La transición entre éstas vendrá marcada por el cambio en el tipo de ataques frente a los cuales es preciso defender el Estado Constitucional. En un primer estadio, la Constitución es atacada en su substrato político. No se plantean problemas de incompatibilidad

entre normas, la defensa de la Constitución es la defensa de la democracia y la libertad, de un nuevo modo de entender las relaciones políticas, de una verdadera *Weltanschauung* política. El monarca es el agente de los ataques a la Constitución y, frente a él, se construyen los baluartes defensivos. Esto es así, incluso cuando se intenta proteger el Texto Constitucional con fórmulas jurídicas, y de ahí que los primeros Constituyentes franceses excluyen al monarca de participar en el procedimiento de reforma. Este peculiar modo de iniciar la andadura del Estado Constitucional tendrá notables repercusiones en el desarrollo posterior del constitucionalismo en Francia y, por lo que a nosotros interesa, acabará por determinar la imposibilidad de afirmar la supremacía jurídica de la Constitución frente al Parlamento. Éste se erigirá en depositario de la soberanía, en él se concentran facultades porque él representa a la Nación y es, por tanto, el más claro antagonista del monarca. El Parlamento comienza entonces una confrontación directa con el rey y, con el paso del tiempo, acabará situándose en el mismo lugar que el monarca -que ya no existe- ocupaba en el Estado Absoluto.

En todo caso, a la primera etapa sustituye un período de pacificación ficticia del Estado Constitucional. En este tiempo la Constitución no sufre ya ataques de naturaleza política porque el monarca ha encontrado acomodo en el esquema de división de poderes. Es el tiempo de los documentos de gobierno otorgados, primero, y pactados, posteriormente, en el que el constitucionalismo europeo se pliega ante la reacción absolutista. El resultado serán las

"fórmulas de compromiso" que disolverán a la Constitución, en el mejor de los casos, en una suerte de pacto entre el monarca y las oligarquías burguesas presentes en el Parlamento. La noción de Constitución de la que derivaba el principio de supremacía constitucional no tiene cabida en este momento. La situación, en todo caso, no podía durar. Cuando el constitucionalismo de ficción - por decirlo con palabras del Prof. P. De Vega- comienza a cumplir con los postulados del constitucionalismo originario y hace coincidir a toda la masa de ciudadanos con la comunidad política, la Constitución liberal doctrinaria pierde su utilidad y, porque vuelve a cumplirse el principio democrático, vuelve también a plantearse la introducción de mecanismos jurídicos de garantía del orden constitucional. Este proceso se iniciará en Europa en el período de entreguerras y culminará, tras la II Guerra Mundial, con la extensión de la jurisdicción constitucional a los países del continente. En Francia, en cambio, esa tercera etapa de la evolución presenta unos caracteres particularizados. Si Europa había arrastrado el lastre de las consecuencias de la lucha contra el absolutismo, el país donde con mayor intensidad se había asentado la noción de centralidad del Parlamento decidirá articular una fórmula de control de constitucionalidad -ensayada, aunque con escasa fortuna, tiempo atrás- ejercido por órganos de naturaleza política.

VIGÉSIMA.-

La estructuración en etapas de la evolución de la problemática de la defensa de la Constitución en Francia es trasladable a lo sucedido en España. En nuestro país, sin embargo y como ha puesto

de relieve el Prof. J. A. Portero, las consecuencias de una deficiente implantación del constitucionalismo en sus orígenes serán, si cabe, aún mayores. Esta circunstancia se comprueba fácilmente si se repara en que, entre todos los documentos de gobierno que jalonan nuestra Historia Constitucional, únicamente cuatro -y uno de ellos no pasó de Proyecto apenas discutido- merecen, porque cumplen con todos los principios inspiradores del moderno constitucionalismo, denominarse Constituciones. Por eso no resulta aceptado enjuiciar la Historia Constitucional española como el fruto de un movimiento pendular entre Textos Constitucionales alternativamente progresistas y moderados. Muy al contrario, en España, lo que comúnmente se caracteriza como Constitución progresista ha sido, sencillamente Constitución. El resto de los documentos de gobierno de nuestra Historia se adscriben al más puro semantismo constitucional del que -siguiendo a G. Ferrero- hablara K. Loewenstein. Los datos de vigencia de los Textos Constitucionales son especialmente esclarecedores en este sentido: la Constitución de Cádiz conoció alrededor de cuatro años, interrumpidos, de vigencia; el Texto de 1869 pervive otros cuatro años hasta el advenimiento de la I República, a cuyo Proyecto Constitucional se trasladan gran parte de sus enunciados, y se frustra, definitivamente, en enero de 1874; y, finalmente, la Constitución de la II República no alcanza los cinco años de vigencia en todo el territorio nacional, y, en todo caso, el estallido de la conflagración civil impide su eficacia incluso en los territorios republicanos.

El resultado es la ausencia de una verdadera tradición constitucional en España que, en buena medida, es la que explica que nuestro país comience a vivir bajo un régimen político moderno y estable en el último cuarto del siglo XX. Por eso, las excepciones a esa *no-tradición* constitucional destacan de modo tan señalado. Las Constituciones de 1812, 1869, el Proyecto de 1873 y el Texto de 1931, constituyen intentos tan nobles como escasos y tan técnicamente loables como políticamente inadecuados para la situación política y social de España. En cualquier caso, no se trata tanto de encontrar una causa a esta circunstancia como de constatar su producción y, denunciando sus posibles efectos, intentar paliarlos. En todo caso, los redactores de todos esos Textos Constitucionales conocían la necesidad de proveer mecanismos para su defensa y, con mayor o menor fortuna, fueron estableciendo los precedentes de los mecanismos de garantía del moderno constitucionalismo.

VIGESIMOPRIMERA.-

El examen de los mecanismos de garantía arbitrados por la Constitución de Cádiz es un buen ejemplo de la trasposición a nuestra Historia Constitucional de las etapas por las que atraviesa la problemática de la defensa de la Constitución en el paradigma francés. En España, las circunstancias harán nacer a la Constitución, en medio de una invasión militar y en ausencia del monarca. Esta falta, meramente coyuntural, del rey posibilita que el vacío de poder que se produce sea prontamente llenado por un movimiento espontáneo de regeneración que lideran las facciones más avanzadas de la sociedad. El resultado es una Constitución democrática y

liberal y que deposita la mayor parte de poder efectivo en las Cortes, y en la que se trasluce -y así lo atestiguan los debates de las Cortes gaditanas- un conocimiento exhaustivo de los principios que inspiran el movimiento revolucionario liberal en América y en Europa. La Constitución era, en verdad, una revolución, una transformación radical en el principio de legitimidad del poder -por emplear la categoría propuesta por G. Ferrero- que, como sus redactores sabían, forzosamente contrariaría la voluntad del monarca ausente. Los doceañistas adoptan una actitud peculiar en tal tesitura. Comienzan por negar que su labor suponga innovación radical alguna. Dicen, únicamente, estar rescatando del olvido las máximas más vetustas del buen gobierno. Profesan, además, público respeto al monarca, de quien desean su liberación y su regreso. Como indicara M. Fernández Almagro, ninguno pretende que el rey no vuelva, pero tampoco ninguno desea que vuelva como se había ido. Porque esto es así, los Constituyentes gaditanos procederán a establecer mecanismos de garantía del Texto que elaboran cuyo común denominador es la confianza en el Parlamento. Así, el procedimiento de reforma de la Constitución de 1812 protege a la Constitución -donde se atesoran los logros revolucionarios- frente a su mayor enemigo potencial: el monarca. Siguiendo el precedente de los primeros constituyentes franceses los Fundadores gaditanos introducen un mecanismo de reforma de la Constitución en el que el rey no toma partido alguno. No puede proponer, no interviene en la discusión y ni siquiera debe sancionar el Decreto de Cortes que aprueba la modificación constitucional. La soberanía -cuyo ejercicio se plasma en la redacción del Texto Constitucional- se había ejercido por la Nación

sin intervención alguna del rey; la ulterior reforma de la Constitución se mostraba como un proceso paralelo: si el Pueblo, a través de sus representantes, se había dado una Constitución, a él mismo, por la mediación del Parlamento, le correspondía introducir variaciones en ella.

No fue parco, en todo caso, el Constituyente español de 1812 en la inserción de cautelas con una clara vocación garantista en el Texto Constitucional. Como en Francia, se estableció una cláusula de prohibición temporal de acometer la reforma. Su finalidad, como se pudo oír en las Cortes, era clara: se trataba de provocar una adhesión artificial a la Constitución por el transcurso del tiempo. El procedimiento en sí, porque estaba orientado a la protección, era sumamente rigorista. Diferenciaba nítidamente tres fases. Dos de iniciativa -propuesta y toma en consideración- en las que la agravación procedimental era evidente y una de discusión final y, entre ellas, la convocatoria de hasta tres Cortes diferentes. El deseo de evitar la regresión era más que evidente. En cualquier caso, el Constituyente gaditano dispuso, al lado del carácter rígido de la Constitución, mecanismos políticos de garantía del Texto. Su denominador común viene constituido por el protagonismo que en ellos se concede a las Cortes. Así, a la Diputación permanente de Cortes se confiaba la vigilancia del respeto a la Constitución. La práctica de este mecanismo demostró, en todo caso, que los doceañistas no podían personificar en las Cortes el origen de ninguna contravención del Texto Constitucional, antes al contrario, las Cortes, las beneficiarias de las transformaciones, eran sus principales

defensoras. En esta misma línea, la Constitución confía su observancia a la vigilancia del Pueblo, a quien se procura instruir en el conocimiento de la Carta política. El proceso, en todo caso, fracasa a manos de la reacción absolutista. El rey regresa y borra, en cuanto le es posible, el episodio gaditano.

VIGESIMOSEGUNDA.-

La preocupación por la defensa de la Constitución continuó resultando un lugar común para los personajes preocupados por el Derecho Público y así, sus reflexiones sobre éste contienen referencias continuas a la necesidad de proceder a la defensa de la Constitución. Buena prueba de ello lo constituye la propuesta que, en el paréntesis del Trienio liberal, realiza el Profesor salmantino Ramón Salas y Cortés. Éste, construirá una formulación teórica en la que se contiene la creación de un cuerpo conservador -ciertamente inspirado en la idea original del *Sénat conservateur* francés- con múltiples facultades entre, las que destacan su importante papel en la reforma constitucional y su capacidad para realizar un examen de constitucionalidad de las leyes y la circunstancia de que, por primera vez, se anuda a la inconstitucionalidad el efecto de la nulidad. En todo caso, R. Salas, que sufre en su propia persona la reacción absolutista, no desconoce el peligro que representa el monarca para la Constitución. Por ello dedicará buena parte de su obra a la desmitificación de las bondades de la sucesión hereditaria, equiparándose así a un Th. Paine o a un Destut de Tracy.

VIGESIMOTERCERA.-

El Texto gaditano tendrá, pese a su escasa vigencia, una enorme repercusión en el constitucionalismo español. Cádiz se convierte en un mito que, no obstante no regresar -salvo el paréntesis del Trienio- hasta el estallido de la Revolución Gloriosa, abanderará los intentos de suprerar el atraso político español durante todo el siglo XIX. En todo caso, tras la breve experiencia gaditana se abre en España el período del semantismo constitucional. 1834, 1837, 1845 representan, en este sentido, el trasunto del constitucionalismo de ficción a que se había visto abocada la revolución liberal-burguesa en Europa. El proceso culmina con el Texto canovista. En 1876 España aporta su contribución a la herencia liberal doctrinaria europea. La Constitución es, en todos estos casos, un mero nombre. Del constitucionalismo sólo queda una exigua representación en el Parlamento -los porcentajes de electores no llegan, en ocasiones, al 3%- que se reparte con el monarca porciones de poder. En el medio, los Gobiernos tremendamente inestables e incapaces, entonces, de emprender su tarea de orientación política. A un lado, como meros espectadores, la gran masa de los ciudadanos. En el período cuantitativamente más importante de la Historia del constitucionalismo español no hay Constitución. Plantear un mecanismo para su defensa constituiría un absurdo. La flexibilidad se ha convertido en el mejor instrumento para ocultar el lugar en que reside la soberanía.

VIGESIMOCUARTA.-

En este poco alentador panorama destaca sobremanera la Constitución surgida de la Revolución Gloriosa. Como en Cádiz, conscientemente como en Cádiz, se proclama la soberanía nacional, se garantizan los derechos y se dividen los poderes. La experiencia, en todo caso, no ha sido en vano. Porque se conoce que la falta de sustrato popular cercenará la eficacia de la Constitución, los revolucionarios del sexenio se afanarán en repetir el origen popular de su revuelta, la composición democrática de sus Cortes. Se resucita el espíritu doceañista y, como no podía ser menos, se provee al Texto Cosntitucional de un procedimiento de reforma que persigue su garantía. A diferencia de lo acontecido en Cádiz, ahora se permite la intervención del monarca en la reforma constitucional. El rey de la Constitución de 1869 lo es por elección parlamentaria. Si, desde el terreno de los principios, se podía afirmar lo mismo con respecto de Fernando VII, lo cierto es que ahora el principio y su plasmación práctica coinciden. Las Cortes eligen a un rey para que sea el monarca constitucional que "el deseado" no supo ser. No puede por eso extrañar que se le conceda intervención en la reforma, el recelo, por más que persista, ha disminuido considerablemente. En todo caso, el peso del procedimiento de reforma sigue gravitando en torno a la representación nacional. No se arbitran sin embargo, mecanismos de control de la acción de los poderes constituidos y el advenimiento de la República impide cualquier evolución en tal sentido. En todo caso, sobre las bases de 1869, se construye la primera tentativa federal con visos de éxito: el Proyecto de Constitución Federal de 17 de julio de 1873.

VIGESIMOQUINTA.-

Cuando, a las inclinaciones de democracia y de libertad se añade la división territorial del poder político, las garantías de la Constitución, a través de la rigidez y el control de constitucionalidad se harán una realidad. Esto acontece en el Proyecto constitucional de la I República, de carácter rígido y que estableció diversas fórmulas de control de constitucionalidad de las leyes. En la reforma el Proyecto era ampliamente deudor del Texto de 1869 y, sin embargo, dada su naturaleza federal, la finalidad garantista que se reconocía en anteriores procedimientos, se extiende ahora también a la protección de los intereses de los distintos centros de decisión política democrática y legítima que el Texto reconoce. Destaca, desde esta perspectiva, el papel del Senado, verdadera Cámara de representación territorial a la que, contrariamente al sistema normal de producción legislativa, se le reconoce capacidad para presentar iniciativas de reforma constitucional y, en general, participa, en tanto que "cuerpo colegislador", en el *amending process*.

VIGESIMOSEXTA.-

El Texto de 1873 constituye un hito de extraordinaria importancia en el proceso de evolución de las fórmulas de defensa de la Constitución. A un procedimiento de reforma, nuevamente con clara vocación garantista, yuxtapone hasta tres mecanismos distintos de control de constitucionalidad de la ley, razón por la cual la Memoria lo caracteriza como crisol de medios de control de constitucionalidad. Es, a nuestro juicio, evidente, el peso que sobre esta determinación del Constituyente de 1873 tiene el precedente

norteamericano, por el que abiertamente se confiesa admiración. En la configuración final de los mecanismos de defensa del Texto pesará, además, la tradición jurídico-constitucional en la que nuestro país se inserta. El resultado es la multiplicación de los medios de defensa de la Constitución. En primer lugar, el Proyecto dispone la intervención del Senado, que, careciendo de iniciativa legislativa ordinaria, tiene como misión examinar, con carácter previo a su promulgación, las leyes que elabora el Congreso. El parámetro con el que el Senado está constitucionalmente llamado a efectuar su control permite, a nuestro entender, que se adjetive éste como control político -en razón del órgano que lo pone en práctica- y jurídico -porque el sujeto o parámetro del control es una norma jurídica, la Constitución Federal, a la que se alude a través de una fórmula reiterativa que emplea el Proyecto en más ocasiones-. La huella de la tradición francesa del control político es evidente, añadiéndose ahora el muy relevante dato de la composición del Senado que vincula esta garantía con la forma federal de Estado. En todo caso, la declaración de inconstitucionalidad de la ley provocaba la suspensión de su promulgación.

VIGESIMOSÉPTIMA.-

El Proyecto invoca también la eventual intervención, como defensor de la Constitución de un cuarto poder, el de "relación, o sea presidencial". El Presidente de la República recoge en su figura las teorizaciones en torno al *pouvoir neutre* que formulara B. Constant y, en esa función mediadora, en interés de la Constitución, se le llama a intervenir en caso de que el Congreso reitera, al año

siguiente, la ley que el Senado había declarado contraria a la Constitución. En el caso del Presidente de la República, la caracterización de su función como defensor de la Constitución es compleja. Porque, respondiendo casi a la perfección, entre otros, al ideal schmittiano del *Hüter der Verfassung*, no parece que los Constituyentes de la I República hubiesen deseado confiar a su libre decisión los destinos de la Constitución Federal. En todo caso, no parece poder dudarse que se trataría siempre de un control político, ya no sólo por el tipo de órgano que lo ejerce, sino, ahora también, por el parámetro, mucho más amplio, con el que podría actuar, bien los límites de su acción constituyan un aspecto del Proyecto del que la ausencia de práctica constitucional nos obliga a plantear únicamente como hipótesis.

VIGESIMOCTAVA.-

Al lado de los controles políticos y previos de constitucionalidad, el Proyecto de Constitución Federal de la I República española dispuso, y ello supone su aportación más original, un control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Supremo Federal, a quien se le reconocía capacidad para suspender los efectos de las leyes que, debiendo ser aplicadas a litigios de derecho ordinario; estimase inconstitucionales. Claramente se evidencia la influencia norteamericana sobre los redactores del Proyecto en este punto. Conscientes de la trascendencia que en el Estado políticamente descentralizado tienen las instituciones de garantía del orden constitucional, los Constituyentes de 1873 disponen un control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley de naturaleza

incidental y con efectos, en principio, suspensivos. No se concede, sin embargo, capacidad a todos los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de esta facultad, sino en exclusiva al Tribunal Supremo Federal. Parece que en este punto los redactores del Proyecto desean traducir el modelo americano, pero modulando, al hacerlo, alguno de sus efectos. Esto se comprueba cuando se pone el acento en la composición del Tribunal Supremo Federal, en la que el principal foco de preocupación del Proyecto es asegurar que no sirva como instrumento de reforzamiento del poder central en detrimento de los Estados. En cualquier caso, y pese a los defectos o a la escasa complitud que pudiese achacarse a esta formulación, estimamos que atesora méritos suficientes como para, pese a no haber trascendido del mero Proyecto, figurar entre los más sobresalientes hitos de nuestra Historia Constitucional.

VIGESIMONOVENA.-

La breve experiencia constitucional del sexenio fue sustituida por un período de negación de la Constitución, presidido por el Texto, paradójicamente, de mayor vigencia de nuestro constitucionalismo: la Constitución canovista. Ésta llega a su ocaso con la crisis total del Estado liberal, a que la situación aboca ya en el presente siglo. Tras la I Guerra Mundial, Europa en ensayará fórmulas nuevas de Constitución que pretenden dar respuesta a la realidad creada por la incorporación de toda la masa de ciudadanos al cuerpo político.

La Constitución española de 1931 es "hija" de esta corriente, genéricamente denominada "constitucionalismo de entreguerras", al lado de Textos Constitucionales como el alemán de 1919 o el austríaco de 1920. Una característica común une a todos estos Textos Constitucionales. En ellos se procede a completar el proceso de racionalización del poder que el constitucionalismo había intentado en Europa desde su aparición en el final del siglo XVIII. Todos ellos, además, inauguran el conocido como constitucionalismo social o Estado Constitucional Social, que se perfeccionará con las Constituciones de la segunda postguerra mundial. La Constitución ha hecho realidad los postulados democráticos y los ideales de libertad y a ello comienza a añadir ahora crecientes dosis de democracia social. A ello se une, en muchas Constituciones de este período, y también en la española de 1931, la división territorial del poder político que, como la propia experiencia española evidencia, constituye una variable de singular importancia a la hora de determinar la introducción de fórmulas de control de constitucionalidad.

TRIGÉSIMA.-

Porque estas Constituciones suponen la recuperación de la significación originaria del constitucionalismo, lógico es también que recuperen la garantía que los primeros Textos Constitucionales arbitraron para su defensa. Así, la rigidez, consustancial al concepto técnico de Constitución hace su reaparición en estos Textos Constitucionales y, nuevamente, con su significación más evidente en tanto que institución básica de garantía. De ahí que, como había

sucedido con anterioridad en la Historia político-constitucional española, el procedimiento de reforma fuera objeto de críticas severas por parte de quienes se posicionaron en contra del Texto Constitucional republicano. En cualquier caso, las previsiones constitucionales sobre la reforma no suponían un excesivo freno a la misma más que en los primeros años de vigencia de la Constitución, al establecerse que, con posterioridad a éstos, bastaría la mayoría absoluta para entender válidamente adoptada la reforma constitucional. Una vez más, sin embargo, no fue la reforma constitucional el camino que se siguió para modificar el régimen político republicano. Si bien se formularon, incluso desde la propia Presidencia de la República, diversas propuestas de reforma constitucional, el cambio se operará, nuevamente, con una auténtica destrucción de la Constitución de 1931 que esta vez, además, se canalizó a través de la cruenta experiencia bélica de todos conocida.

TRIGESIMOPRIMERA.-

A la nota de la supremacía que la rigidez comportaba añadió el Constituyente republicano la institución tendente a su aseguramiento práctico: el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyo cometido principal era el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley. La Constitución de la II República española se mostraba así como exponente del constitucionalismo europeo de entreguerras, que se caracterizó por incorporar a su articulado instrumentos de garantía del orden constitucional que culminaban lo que, con B. Mirkiné, se denominó el proceso de racionalización del poder. Este proceso, cuyo fin último es el

sometimiento del poder político a reglas de conducta positivizadas, era, en puridad, consustancial al Estado Constitucional mismo, tanto como, según reitera la Memoria, lo es también el principio de supremacía al concepto moderno de Constitución. La Constitución española de 1931 figura así, a la par que las checoslovaca y austríaca de 1920, entre los Códigos Constitucionales europeos que, ensayan las primeras fórmulas de jurisdicción constitucional, la articulación europea de la justicia constitucional.

TRIGESIMOSEGUNDA.-

El Tribunal de Garantías se configuró como un órgano constitucional de la República, que desarrollaba, con carácter general, su función de acuerdo con fórmulas jurisdiccionales y que ejercía, además, una importante labor como Tribunal de "federalidad", es decir, en tanto que garante de la división de poderes entre la organización política central y las Regiones Autónomas. Ciertamente es, sin embargo, que ya del propio articulado constitucional relativo al Tribunal de Garantías, se desprenden algunos caracteres altamente criticables en su configuración. Entre ellos, el excesivo peso del Parlamento en su composición o la entrada de representantes de las Regiones que, en la concreción de esta normativa en la L.O.T.G.C. de 1933, se concedió a meros entes sociológicos, pues no otra condición podían tener aquellos territorios que todavía no se habían constituido, con arreglo a la Constitución en Regiones Autónomas.

Sobre el diseño constitucional del Tribunal de Garantías y, más aun, sobre la forma final que adoptó el recurso de inconstitucionalidad tras la aprobación de su ley Orgánica, pesaban concepciones excesivamente dispares sobre la función de defensa de la Constitución y sobre la institución misma que, como no podía ser menos, iban a incidir en la viabilidad de la institución. Así, por ejemplo, la exclusión del Senado, asunto que concitó algunas críticas, pretendió paliarse, por algunos diputados, a través de un Tribunal de Garantías al que trasladar los debates parlamentarios que ya habían pasado un primer examen del Congreso. Si la politicidad era ya una característica muy presente en un órgano como el Tribunal de Garantías, no parece poder dudarse que esta circunstancia vino a restarle apariencia de juridicidad, al que se confundía como una instancia política más.

Esta orientación, en todo caso, no era exclusiva de quienes, porque se oponían al régimen político republicano y a algunas, o a todas, de sus determinaciones fundamentales, se oponían también a a sus mecanismos de defensa jurídica. Antes al contrario, entre las filas de los partidos leales a la República encontramos figuras más próximas, desde el punto de vista de la concepción de la defensa de la Constitución, al modelo schmittiano que al kelseniano. Sintomática resultó, en este sentido, la posición mantenida por A. de Albornoz, quien, en tanto que Ministro de Justicia, pronuncia un discurso ante las Cortes, con ocasión del debate final sobre la L.O.T.G.C., en el que se contenía una verdadera profesión de fe en favor de los medios políticos de defensa de la Constitución, acorde con una concepción

jacobina de la democracia, incompatible, al menos en su entendimiento, con el Tribunal de Garantías Constitucionales. Al día siguiente, las Cortes elegían al hasta entonces Ministro para presidir una institución en la que había manifestado públicamente no creer.

TRIGESIMOTERCERA.-

El modelo constitucional de Tribunal de Garantías fue, en buena medida por las contradicciones a que la Constitución de 1931 y la problemática de su defensa debía enfrentarse, reformulado en alguno de sus extremos por la L.O.T.G.C. de 1933. En ella, entre otras "reorientaciones", se canalizó la acción popular, desvirtuando el sentido originario de su inclusión en la Constitución, que la concebía como el depósito de una función de vigilancia de la observancia del Texto en manos del Pueblo. Se excluyó, además, de toda posibilidad de control a las leyes promulgadas con posterioridad a la Constitución por las mismas Cortes Constituyentes, medida que pretendía preservar del control la legislación republicana de más honda significación política, que había sido acusada, en ocasiones, de ir en contra de los postulados constitucionales. La L.O.T.G.C. estableció, además, en materia de efectos de la declaración de inconstitucionalidad, la inaplicabilidad de la ley del Estado materialmente inconstitucional y reservó la nulidad únicamente para los supuestos de inconstitucionalidad formal del leyes del Estado y, en todo caso, para las leyes de las Regiones Autónomas. La Ley reguladora del Tribunal de Garantías modulaba extrañamente el modelo, lo que permitió a algunos autores considerar a la experiencia del control de constitucionalidad de nuestra II República

como el exponente de un sistema mixto, a caballo entre las formulaciones norteamericana y europea de justicia constitucional. Idea ésta que, si bien no compartimos, sí es verdad que viene propiciada por una técnicamente criticable orientación legislativa a que abocan las reticencias sobre la institución y la función principal que ésta debía ejercer.

En cualquier caso, muchas de estas opciones que la L.O.T.G.C. acoge traían causa de una imperfecta y sumamente abierta regulación del Tribunal de Garantías en el propio Texto Constitucional, que, por una parte, no había procedido a determinar para qué tipo de proceso se concedía legitimación a cada clase de sujetos para recurrir ante el Tribunal de Garantías y, por otra, había remitido a la ley la concreción de "la extensión y efectos" del recurso de inconstitucionalidad. Esta razón, es la que, a nuestro juicio, permite reputar, quizá escasamente deseables, pero en definitiva constitucionalmente legítimas todas las variaciones, vehiculizadas en la L.O.G.T.C., en la orientación que el custodio constitucional parecía estar destinado a seguir.

TRIGESIMOCUARTA.-

El Tribunal de Garantías no fue capaz de emprender eficazmente la tarea de defender la Constitución de la II República. Y, sin embargo, no parece que esta circunstancia sea achacable a la deficiente regulación constitucional de la institución, ni tampoco a las transformaciones operadas por la L.O.T.G.C. El problema era mucho más de fondo. La Constitución de 1931, que nace con una

clara vocación normativa, se enfrenta a vulneraciones que, una vez más, nada tienen que ver con las contradicciones entre normas de distinto rango que son las que el Tribunal de Garantías debía resolver. El régimen republicano es sometido a embates de naturaleza política, emprendidos por elementos abiertamente contrarios al régimen de democracia y libertad que intentaba establecer. Por eso, una institución pensada para proteger a la Constitución de contravenciones meramente jurídicas no era susceptible de afrontar, por sí sola, la defensa de todo un régimen político. En ocasiones, incluso, la labor honestamente realizada por el Tribunal en tanto que instrumento de garantía jurídica de la Constitución encontró resistencia desde instituciones republicanas, que con su oposición contribuían al descrédito de la institución. Buen ejemplo de ello lo constituye la actitud mantenida por la Generalidad de Cataluña tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley de Cultivos del Parlamento catalán de 1934. Un episodio que da idea del desfavorable clima que se respiraba en la España de la II República para la definitiva imposición de un mecanismo de garantía jurídica de la Constitución.

TRIGESIMOQUINTA.-

La Memoria ha tenido ocasión de detenerse en los momentos, de la Historia Constitucional española y francesa, en los que, porque lo que plantean son ataques de naturaleza política, los instrumentos de defensa del orden constitucional de que se proveía el sistema estaban orientados en una dirección bien distinta a la que determina el Tribunal de Garantías Constitucionales. La defensa política, la

apelación al Pueblo es, en tales circunstancias, el único medio con viabilidad en tal situación. La intuición del primer Presidente del Tribunal de Garantías se hacía así tristemente cierta. Las amenazas a que se veía expuesta la República, sin excluir necesariamente la existencia del Tribunal de Garantías, reclamaban una acción decidida de defensa política de la Constitución.

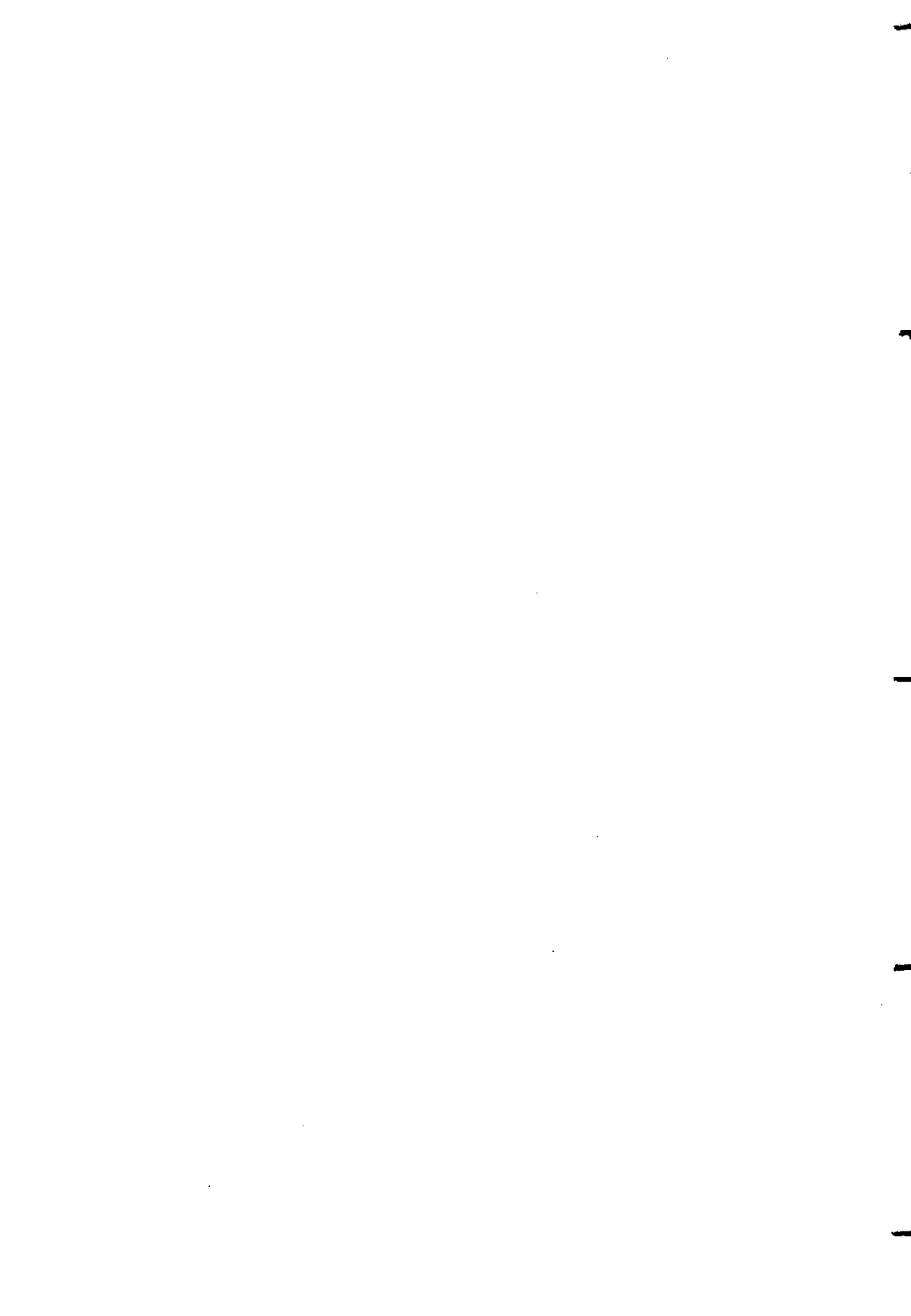
En todo caso, cuando esa defensa se pone en marcha, sus resultados se muestran también ciertamente insuficientes para salvar a la Constitución republicana, que acabará por sucumbir ante un movimiento de signo involucionista que, a nuestros efectos, resulta plenamente equiparable a la reacción que emprendió el absolutismo fernandino o la que supuso la Restauración en el último cuarto del siglo XIX. Una vez más, la brevedad de una experiencia constitucional era directamente proporcional a su intensidad. Parece que, en España, la estabilidad ha sido patrimonio de los experimentos de gobierno negadores de la pureza del constitucionalismo y que, cuando el movimiento constitucional comienza a adquirir una mínima apariencia de prosperabilidad, debe enfrentarse a la acción de unas fuerzas que, con los matices diferenciadores que el transcurso del tiempo impone, coinciden en lo esencial, que no es sino la determinación de frustrar cualquier movimiento serio de modernización de las pautas de convivencia política.

TRIGESIMOSEXTA.-

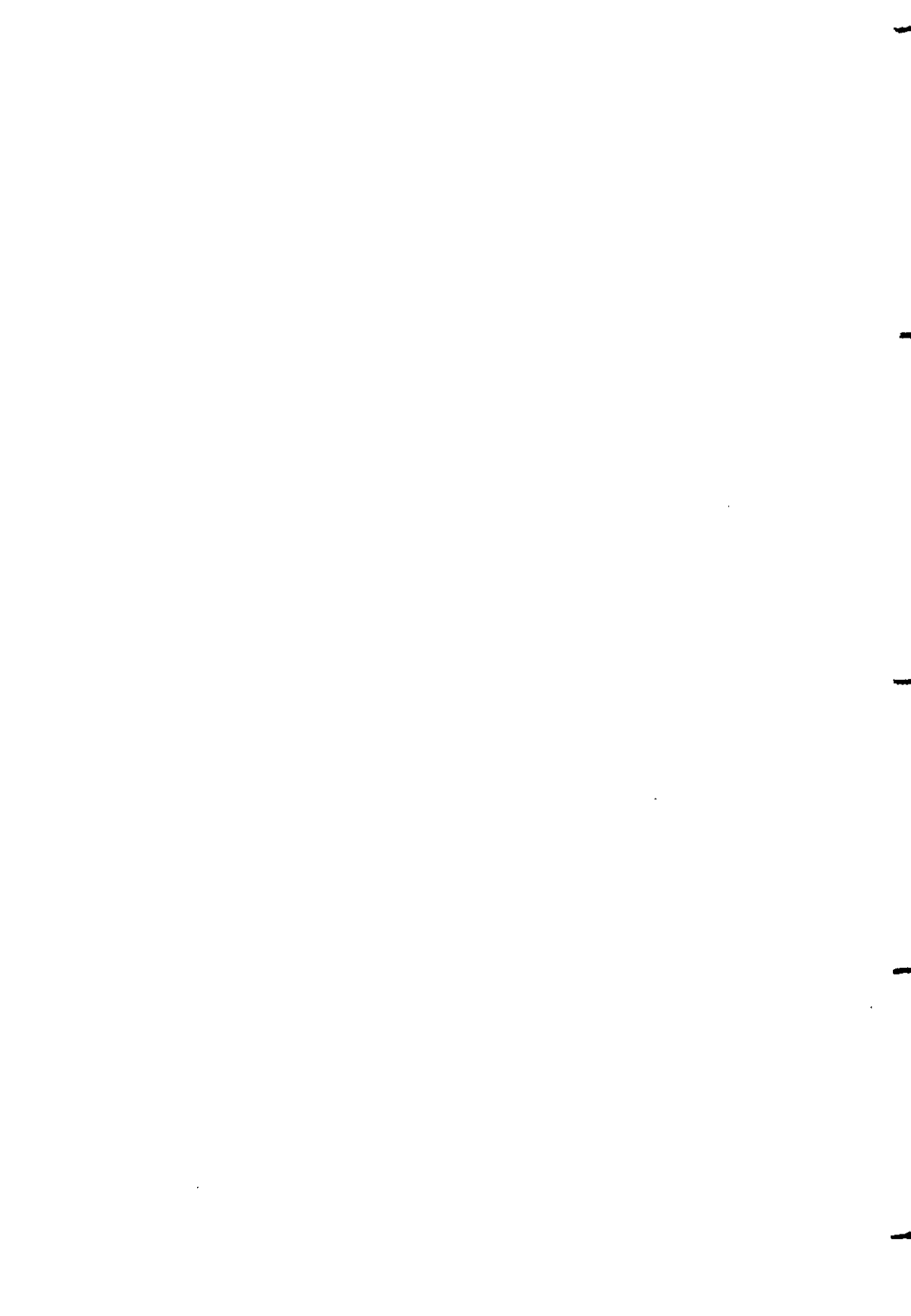
Por ello, los instrumentos de defensa jurídica de la Constitución que se contienen en nuestras Constituciones históricas se mostraron absolutamente ineficaces para asegurar la durabilidad de nuestras experiencias constitucionales. Su inserción en los Textos Constitucionales es el fruto de la asunción, por parte de los protagonistas de los distintos procesos constituyentes, de los postulados en que se asienta el concepto moderno de Constitución. Se trata del reflejo, en el nivel normativo, de la alta cultura jurídico-política que atesoran muchos de los protagonistas de los más notables momentos constituyentes de la Historia española. Esta circunstancia, unida a la clara determinación de proceder a la defensa de las conquistas del Estado Constitucional, da entrada a los mecanismos que han sido objeto de atención en la Memoria. Y, sin embargo, los problemas que se plantean al movimiento constitucional en los momentos en que se procede al intento de su implantación en España no eran susceptibles de solucionarse mediante técnicas propias del Derecho que, como es evidente, requieren una situación de estabilidad política que no concurrió nunca en las experiencias españolas de verdadero constitucionalismo.

Por eso, el Tribunal de Garantías rendirá, si cabe, mayor utilidad cuando se acometa la reimplantación del Estado Constitucional, a partir de 1978. Nuestro Texto Constitucional vigente afrontó los problemas relativos a la institución de defensa de la Constitución, como tantos otros, desde el conocimiento de las claves que rodearon a la institución republicana, en la tentativa de

evitar las deficiencias que, desde un punto de vista técnico, mostraba el custodio constitucional de la II República. Hecho esto, y contando con un contexto político considerablemente más favorable, el Tribunal Constitucional podrá presentarse como garante eficaz de la Constitución de 1978. Y, en todo caso, presupuestas dicha eficacia y estabilidad, la jurisdicción constitucional deberá afrontar problemas, ahora sí, específicos de nuestro tiempo, por más que, en muchas ocasiones, su planteamiento obligue a examinar cuestiones suscitadas desde el mismo origen de las modernas instituciones de defensa jurídica del orden constitucional.



BIBLIOGRAFÍA



A

ABELLÁN, Ángel Manuel:

- *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1992.

AHUMADA RUIZ, M^a Angeles:

- "El <<certiorari>>: El ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 41 (mayo-agosto, 1994), pp. 89-136.

ALCALÁ-GALIANO, Antonio:

- *Lecciones de Derecho Político* (1845), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto:

- "Los defectos de la Constitución española de 1931", en el vol. *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 27-266.
- "Tres años de experiencia constitucional", en el vol. *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 267-322.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel:

- *Justicia Constitucional y control preventivo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1995.

ALMAGRO NOSETE, José:

- "La <<acción popular>> ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica". *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno. 1981-1982), pp. 5-83.

ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis:

- *La Diputación permanente de Cortes en la historia constitucional española*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

ALONSO GARCÍA, Enrique:

- *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALLEN, Carleton Kemp:

- *Las fuentes del Derecho inglés*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1969.

ALTUSIO, Juan:

- *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

AMATO, Giuliano y BARBERA, Augustos (eds.):

- *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1991, 3.ª ed.

ANASTAPLO, George:

- *The Constitution of 1787. A Commentary*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres, 1989.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio:

- *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.

ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel:

- "Sobre las reformas constitucionales", *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, nº 10-12 (mayo-octubre, 1956), pp. 239-247.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel:

- *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universidad de Barcelona/Ministerio de Justicia e Interior, Barcelona, 1995.

APARISI MIRALLES, Ángela:

- *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (dir.):

- *Textos Constitucionales*, EUB, Barcelona, 1995.

ARAGÓN REYES, Manuel:

- "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 50 (marzo-abril, 1986), pp. 9-30.
- "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19 (enero-abril, 1987), pp. 37-52, trabajo recogido hoy en el vol. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

ARDANT, Philippe:

- *Institutions politiques & Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993, 5.ª ed.

ARGÜELLES, Agustín de:

- *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

- *Discursos*. Junta General del Principado de Asturias. Oviedo, 1995, con un "Estudio Preliminar" de Francisco Tomás y Valiente

ARISTÓTELES:

- *La política*, Alba, Madrid, 1996.

ARTOLA, Miguel:

- *Historia de España dirigida por Miguel Artola*. vol 5. *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza, Madrid, 1990.
- *Partidos y programas políticos 1808-1936. I. Los partidos políticos*, Aguilar, Madrid, 1977.

ATTARD, Emilio:

- *El Constitucionalismo español: 1808-1978*, Quiles Artes Gráficas, Valencia, 1988.

AYALA, Francisco:

- "Presentación" (1934) a la obra de Carl Schmitt *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 13-18

B

BACHOF, Otto:

- *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, reimpr. de la ed. de 1977.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco:

- *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.

BALDASSARRE, Antonio:

- "Constitución y teoría de los valores". *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (segundo cuatrimestre, 1994)

BALMES, Jaime:

- "Consideraciones políticas sobre la situación de España" (1840), en el vol. *Política y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 5-102.
- "Estudios políticos: el alto cuerpo colegislador" (1843), en el vol. *Política y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 149-163.
- "Rápida ojeada sobre el proyecto de reforma constitucional" (1844), en el vol. *Política y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 287-300.
- "Reforma de la Constitución" (1844), en el vol. *Política y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 203-277.

BALOCCHI, Enzo:

- voz <<Corte Costituzionale>>, en A. Azara y E. Eula (dirs.) y otros, *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1966, vol. XIII, pp. 972-993.

BAR CENDÓN, Antonio:

- "El problema del voto de desconfianza en la Constitución española de 1931", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.* n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 85-103.

BARAS, Montserrat y BOTELLA, Juan:

- *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996.

BARBER, Sotirios A.:

- *Sobre el significado de la Constitución de los EE. UU.*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BARILE, Paolo:

- *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1990, 5.ª ed.
- voz < <Potere Costituente > > .en A. Azara y E. Eula (dirs.) y otros. *Novissimo Digesto Italiano*. Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1966, vol. XIII, pp. 443-450.

BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul:

- *Traité de Droit Constitutionnel*, Librairie Dalloz, 1933, nueva edición enteramente refundida.

BASSOLS COMA, Martín:

- *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

BASTID, Paul:

- "Dos manuscritos de Benjamín Constant", *Revista de Estudios Políticos* n.º 143 (septiembre-octubre, 1965), pp. 5-31.
- *L'idée de Constitution*, Economica, París, 1985.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco:

- "Constitución, Soberanía y Democracia", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8 (enero-abril, 1991), pp. 9-25.

BATTAGLIA, Felice:

- "Declaraciones de derechos", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 175-197.
- "Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 157-174.
- "El dogma de la personalidad jurídica del Estado", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 71-124.

- "Observaciones sobre la <<realidad>> del Estado", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 39-69.

- "Realidad y personalidad del Estado", en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 153-155.

BATTAGLINI, Mario:

- *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957.

BEARD, Charles A.:

- *An Economic interpretation of the Constitution of the United States*, The Free Press/Collier Macmillan Publishers, Nueva York/Londres, 1986.

- *The Supreme Court and the Constitution*, The Macmillan Company, Nueva York, 1912.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel:

- *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989.

BENDERSKY, Joseph W:

- *Carl Schmitt teórico del Reich*, Il Mulino, Bolonia, 1989.

BENEYTO, José María:

- *Apocalipsis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés*, Gedisa, Barcelona, 1993.

BERGER, Gaston, CHEVALLIER, Jean-Jacques y otros:

- *Federalismo y Federalismo Europeo*, Tecnos, Madrid, 1965.

BERMEJO, José Luis:

- "Estudio Preliminar" a Ramón Salas y Cortes, *Lecciones de Derecho Público Constitucional* (1821), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. IX-L.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo:

- voz << *costituzionalismo* >> en la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Giuffrè, Milán, 1962.
- *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, 3.ª ed.
- *Introducción al Derecho Constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones modernas y 1988-1990: Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del Este europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

BISKUPIC Joan y WITT, Elder:

- *Congressional Quarterly's Guide to the U. S. Supreme Court*, Congressional Quarterly Inc., Washintong, D. C., 1996, 3.ª ed., vol II.

BLACK, Antony:

- *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.:

- *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.
- "La supremacía de la ley y sus consecuencias en la Teoría Constitucional de la Revolución francesa", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* n.º 6 (1994), pp. 77-112.
- *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990.

BLAS GUERRERO, Andrés de

- "Aproximación a la historia del constitucionalismo español", en A. de Blas (comp.) y otros, *Introducción al sistema político español*, Teide, Barcelona, 1982.

BLONDEL, André:

- *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Étude critique comparative: États-Unis - France)*, Recueil Sirey/Paul Roubaud, Paris/Aix-en-Provence, 1928.

BODIN, Jean:

- *Los seis libros de la República* (1576), Tecnos, Madrid, 1985.

BRAUD Philippe y BURDEAU, François:

- *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, Montchrestien, Paris, 1992, 2.^a ed.

BRECHT, Arnold.

- *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

BRYCE James:

- *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (1905), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, con "Estudio Preliminar" de Pablo Lucas Verdú.

BURDEAU, Georges, HAMON Francis y TROPER, Michel:

- *Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1991, 22.^a ed.

BURGESS, Jonh W.:

- *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, La España Moderna, Madrid, 1922, 2 vols.

BURKE, Edmund:

- *Reflexiones sobre la revolución francesa* (1790). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1978.

C

CABO DE LA VEGA, Antonio de:

- *Constitución española de 1978*. Biblioteca Nueva. Madrid, 1996.

CABO MARTÍN, Carlos de:

- *La crisis del Estado social*. PPU, Madrid, 1986. 1.ª ed., reimpr.
- "Historia del pensamiento, Teoría del Estado y Derecho Constitucional. A propósito de Hobbes y Montesquieu (En torno a una formulación metodológica del Profesor Lucas Verdú)", *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano, 1984), pp. 77-93.
- *La República y el Estado liberal*. Túcar, Madrid, 1977.
- *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*. I. (*Formas precapitalistas y Estado moderno*), PPU, Barcelona, 1988.
- *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*. II. *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, PPU, Barcelona, 1993.

CALZADA CONDE, Rogelia:

- "La garantía normativa de la rigidez: ¿Especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?", en la obra colectiva *Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, vol. I, pp. 385-406.
- "Poder Constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial", en la obra colectiva *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, vol. II, pp. 1.096-1.111.

- "El principio configurador y garantista en la Constitución de Cádiz", en Juan Cano Bueso (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1989, pp. 141-168.
- *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita), Salamanca, 1987, 2 vols.

CALZADA CONDE, Rogelia y RUIPÉREZ, Javier :

- "El Senado español: ¿auténtica Cámara de representación territorial?", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6 vol. I (julio-diciembre, 1988), pp. 123-131.

CANO BUESO , Juan (ed.):

- *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1989.

CANOSA USERA, Raúl:

- *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Trivium, Madrid, 1992.
- "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 67 (enero-marzo, 1990), pp. 125-150.

CAPPELLETTI, Mauro:

- *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1979, 1.ª ed., 8.ª reimpr.
- *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1955.
- "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (mayo-agosto, 1986), pp. 9-46.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond:

- *Contribution a la théorie Générale de l'État*, Sirey, París, 1920, 2 tomos.
- *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Economica, París, sine data (pero 1984), reimpr. de la ed. de 1931.
- *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

CARLYLE, A. J.:

- *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, Fondo de Cultura Económica, México/Madrid/Buenos Aires, 1982, reimpr. de la ed. de 1942.

CARRILLO, Marc:

- *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios (La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

CASCAJO CASTRO, José Luis:

- "Acerca de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2 (primavera-verano, 1990), pp. 107-118.
- "El Consejo Constitucional francés", en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. I, pp. 643-662.
- "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 199 (1975), pp. 149-198.
- "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 1 (enero-febrero, 1978), pp. 243-255.

- "Notas sobre el amparo constitucional", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp.
 - "Notas sobre el ordenamiento constitucional de la Segunda República: la distribución de competencias en el Estado Integral", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 36 (II) (mayo-agosto, 1993), pp. 13-27.
 - *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B. (eds.):
- *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1988.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, y GIMENO SENDRA, Vicente:
- *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CICCONETTI, Stefano Maria:
- *La revisione della Costituzione*, CEDAM, Padua, 1972.
- CICERÓN, Marco Tulio:
- "Sobre las leyes" (51, a. C.), en el vol. *Sobre la República. Sobre las leyes*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 139-243.
- CLAVERO, Bartolomé:
- *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - *Institución histórica del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
 - *Manual de Historia constitucional de España*, Alianza, Madrid, 1989.
 - "Por una historia constituyente: 1869, de los derechos a los poderes", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7 (septiembre-diciembre, 1990), pp. 79-97.
- COLOMER VIADEL, Antonio:
- *El sistema político de la Constitución española de 1837*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

CONSTANT, Benjamín:

- "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (1819), en el vol. *Del espíritu de conquista. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 63-93.
- "Principios de Política", en el vol. *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 3-205.

CONTINI, Giuseppe:

- *La revisione costituzionale in Italia*, Giuffrè, Milán 1984, reimpr. inalterada.

CONTRERAS, Manuel:

- "La reforma de la Constitución", en M. Ramírez (ed.) y otros, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pp. 403-421.
- "Sobre el Título X de la Constitución española: De la reforma constitucional", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 37 (1992), pp. 303-315.

CONTRERAS, Manuel y MONTERO, José Ramón:

- "Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la II República española", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 23-63.

CORCUERA ATIENZA, Javier:

- "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", *Historia Contemporánea*, n.º 6 (1991), pp. 15-45.

CORWIN, Edward S.:

- *The Constitution and what it means today*, University Press, Princeton (N.J.), 1973, 13.ª ed. revisada por H. W. Chase y C. R. Ducat.
- "We, the people", en el vol. *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1963, reimpr. de la ed. de 1914, pp. 79-108.

- "The Establishment of Judicial Review. I". *Michigan Law Review*, vol. IX (1910), pp. 102-125.
- "The Establishment of Judicial Review. II". *Michigan Law Review*, vol. IX, n.º 4 (febrero, 1911), pp. 283-316.

CRISAFULLI, Vezio:

- *Lezioni di Diritto Costituzionale. 1. Introduzione al Diritto Costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici - Stato e Costituzione - Formazione della Repubblica italiana)*, CEDAM, Padua, 1970, 2.ª ed., revisada y aumentada.
- *Lezioni di Diritto Costituzionale. II.1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, CEDAM, Padua, 1984, 5.ª ed., enteramente revisada y puesta al día.
- *Lezioni di Diritto Costituzionale. II.2. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte Costituzionale)*, CEDAM, Padua, 1984, 5.ª ed., enteramente revisada y puesta al día.

CRISAFULLI, Vezio y PALADIN, Livio (dirs.) y otros:

- *Comentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padua, 1990.

CRUZ VILLALÓN, Pedro:

- *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- "Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5 (mayo-agosto, 1982), pp. 115-146.

CH

CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier y PISSER-KOUCHNER, Evelyne:

- *Historia del pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1987.

CHELLI, Enzo:

- "La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico", en G. Amato y A. Barbera (eds) y otros. *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1991, 3.ª ed., pp. 297-313.

CHEVALLIER, Jean-Jacques:

- *Storia del pensiero politico*, Il Mulino, Bologna, 1989, 3 vols.

CHEVALLIER Jean-Jacques y CONAC, Gérard:

- *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nous jours*, Dalloz, Paris, 1991, 8.ª ed.

CHOFRE SIRVENT, José:

- *Significado y función de las Leyes Orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.
- *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

CHUECA, Ricardo:

- *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

D

D'ALBERGO, Salvatore:

- *Costituzione e organizzazione del potere nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Turín, 1991.

DEL VECCHIO, Giorgio:

- *Lo Stato moderno e i suoi problemi*, Giappichelli, Turín, 1967.

- *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias (1810-1813)*.

- *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (1869-1871)*.

- *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española (1873)*.

- *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española (1931-1933)*.

DÍAZ, Elías:

- *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Barcelona, 1988, 8.ª ed. (revisada), 6.ª reimpr.

DICEY, Albert Venn:

- *Introduction to the study of the law of the Constitution* (1885), Macmillan Pess Ltd., Houndmills, Basingstoke, Hampshire y Londres, 1959, 10.ª ed.

DIETZE, Gotfried:

- "America and Europe-Divide and Emergence of Judicial Review", *Virginia Law Review* vol. 44, n.º 8 (diciembre, 1958), pp. 1.233-1.272

DÍEZ DEL CORRAL, Luis:

- *El liberalismo doctrinario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 4.ª ed.

DOGLIANI, Mario:

- *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto Costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1985.

DOGLIANI, Mario y LUTHER, Jörg:

- *Sussidiario di Diritto Costituzionale*; Giappichelli, Turín, 1995, 3.ª ed.

DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUM, Javier María:

- "Los años revolucionarios", en M. Pérez Ledesma (coord.), *El Senado en la Historia*, Senado, Madrid, 1995, pp. 146-184.

DONOSO CORTÉS, Juan:

- *Lecciones de Derecho Político (1836-1837)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DORADO PORRAS, Javier:

- *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos

Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid/Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

D'ORS y otros (eds.):

- *El Digesto de Justiniano*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

DUGUIT, Leon:

- *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, con "Estudio Preliminar" de Pablo Pérez Tremps.

DURAND, Charles:

- *Les États Fédéraux. Etude de Droit Constitutionnel Positif*, Sirey, París, 1930.

- "El Estado Federal en el Derecho positivo", en G. Berger y J.J. Chevalier, *Federalismo y federalismo europeo*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 171-213.

DUVERGER, Maurice:

- *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1982, 6.ª ed., 2.ª reimpr.

- "Les monarchies républicaines", *Pouvoirs* n.º 78 (1996), pp. 107-120.

DWORKIN, Ronald:

- "Bork's Jurisprudence", *The University of Chicago Law Review*, vol. 57 (1990), pp. 657-677.

E

EINAUDI, Mario:

- *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto Giuridico della R. Università, Turín, 1931.

EISENMANN, Charles:

- *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (1928), Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1986.

ELSTER, John:

- "Limiting majority rule: the alternatives to judicial review in the revolutionary epoch", en Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*. Kluwer Law International, La Haya, 1995, pp. 3-21.

ENGELS, Friedrich:

- "Los bakunistas en acción. Informe sobre la sublevación española del verano de 1873", en el vol. K. Marx y F. Engels, *Revolución en España*, Ariel, Barcelona, 1973, 4.ª ed., pp. 191-214.

ESMEIN, A.:

- *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, Sirey, París, 1927, 8.ª ed., revisada por Henry Nezard, 2 tomos.

ESPOSITO, Carlo:

- "Capo dello Stato", en la *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1960, vol. VI, pp. 224-246, recogido posteriormente en el vol. *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 3-56 y, actualmente, en el vol. *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altre saggi*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 1-64.

- *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milán, 1964, reimpr. inalterada de la ed. de 1934.

F

FÁBREGAS DEL PILAR, José María:

- "La reforma constitucional", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 166 (1935), pp. 401-404.

- "El Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (octubre, 1933), pp. 563-566.

FALLER, Hans Joachim:

- "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 7 (enero-febrero, 1979), pp. 47-68.

FAURÉ, Christine:

- *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica/Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.

FERGUSON, Jonh H., y MCHENRY, Dean E.:

- *The American System of Government*, MacGraw Hill, Nueva York/Toronto/Londres, 1950, 2.ª ed.

FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor:

- *Orígenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor, Barcelona 1976, reedición de la ed. de 1928.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro y PARICIO, Javier:

- *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, CEURA, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo:

- "El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de la ley", *Revista de Derecho Público* (julio-agosto, 1933), pp. 234-236.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:

- *Las leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad. En torno al art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco:

- *Las Constituciones históricas españolas. (Un análisis histórico-jurídico)*, Civitas, Madrid, 1986, 4.ª ed.
- "La defensa extraordinaria de la República", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 105-135.

- "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/Editorial Jurídica E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, pp. 43-94.
- "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n.º 75 (curso 1989-90), pp. 303-334.

FERRANDO BADÍA, Juan:

- *La Primera República española. (Historia político-parlamentaria de la República de 1873)*, Edicusa, Madrid, 1973.

FERRERO, Guglielmo:

- *El Poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*, Tecnos, Madrid, 1991.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela:

- "Notas acerca del recurso de amparo electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 25 (enero-abril, 1989), pp. 135-150.

FRAILE CLIVILLÉS, Manuel:

- *Introducción al Derecho Constitucional español*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1975.

FRIEDRICH, Carl Joachim:

- *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1966, 2.ª ed.
- *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y en América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 2 tomos.
- *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Tecnos, Madrid, 1968.

FUENTESECA, Pablo:

- *Historia del Derecho romano*, Europa Artes Gráficas, Madrid, 1987.

G

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo:

- "La discusión sobre el método en Derecho Público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46 (enero-abril, 1996), pp. 11-37.

GARCÍA ALVÁREZ, Manuel B.:

- "Political Autonomy in Spain: A republican solution", *El Político*, n.º 1 (1977), pp. 86-103.
- "La voluntad regional como origen de la autonomía política en la II República", *Sistema*, n.º 14 (julio, 1976), pp. 73-93.

GARCÍA CANALES, Mariano:

- *El problema constitucional de la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

GARCÍA COTARELO, Juan:

- "Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional", *Revista de Derecho Político/UNED*, n.º 33 (1991), pp. 29-75.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo:

- "La Constitución como norma jurídica", en E. García de Enterría y A. Predieri, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1984, 2.ª ed., 2.ª reimpr., pp. 97-158.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- "El Derecho Constitucional como Derecho", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 15 (otoño, 1982), pp. 7-20.
- "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (enero-abril, 1981), pp. 35-131.

- "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10 (enero-abril, 1984), pp. 11-61.

GARCÍA LÓPEZ, Eloy:

- "Estudio Preliminar" a William Gerard Hamilton, *Lógica Parlamentaria/Parliamentary Logick o de las reglas del buen parlamentario*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 7-232.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad:

- *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*, Cortes Generales/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

GARCÍA-PELAYO, Manuel:

- "Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 37-38 (enero-febrero, marzo-abril, 1948), pp. 53-122.
- *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1987, 1.ª ed., reimpr.
- "La división de poderes y su control jurisdiccional", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 18-19 (verano-otoño, 1983), pp. 7-16.
- *Escritos políticos y sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

GECK, Wilhelm Karl:

- "Nombramiento y <<status>> de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22 (enero-abril, 1988), pp. 175-220.

GERBER, Carl Friedrich von:

- *Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1981.

GHISALBERTI, Carlo:

- "voz << *Costituzione (Premessa storica)*>>, en la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XI, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 133-139.

GICQUEL, Jean:

- *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Monchrestien, París, 1987.

GINER, Salvador:

- *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 1994, 9.^a ed. aumentada y puesta al día.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim:

- *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1989, 4.^a ed. totalmente refundida y aumentada, 3.^a reimpr.
- "¿Revisar la/ o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43 (enero-abril, 1995), pp. 9-23.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J.:

- *Los conflictos entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

GÓMEZ ORFANEL, Germán:

- *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan:

- *El Estado Unitario-Federal. La Autonomía como principio estructural del Estado*, Tecnos, Madrid, 1985

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (ed.) y otros:

- *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (coord.):

- *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

GRANT, James Allan Cliford:

- *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963.

GUICHOT, Joaquín:

- *Estudios sobre la Constitución de los Estados-Unidos*, Eduardo Perié y Félix Perié, Sevilla/Madrid, 1869, 2.^a ed.

H

HAINES, Charles Grove:

- *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley (Cal.). 1932, 2.^a ed.

- *A Government of laws or a Government of Men. Judicial or Legislative Supremacy*, University of California Printing Office, Los Angeles (Cal.), 1929.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John:

- *El Federalista* (1787-1788), Fondo de Cultura Económica, México, 1987, 1.^a ed. 4.^a reimpr., con "Prólogo" de G. R. Velasco.

HAMILTON, William Gerard:

- *Lógica parlamentaria/Parliamentary Logick o de las reglas del buen parlamentario* (1808), Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

HAMPSHER-MONK, Iain:

- *Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx*, Ariel, Barcelona, 1996.

HARRINGTON, James:

- *La república de Océana* (1656), Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

HAURIOU, Maurice:

- *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, París, 1925.

HAZARD JR., Geoffrey C.:

- "The position of the Supreme Court in the contemporary constitutional system of the United States", en G. Lombardi (ed.) y otros, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 161-195.

HELLER, Hermann:

- "Ciudadano y burgués" (1932), en el vol. *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 241-256.

- "¿Estado de Derecho o dictadura?", en el vol. *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 283-301.

- *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, 1.ª ed., 11.ª reimpr.

HENNESSY, C. A. M.:

- *La República Federal en España. Pi y Margall y el movimiento republicano federal 1868-1874*, Aguilar, Madrid, 1967.

HESSE, Konrad:

- "Concepto y cualidad de la Constitución", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 2.ª ed., pp. 1-29.

- "Constitución y Derecho Constitucional", en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Hyde y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 1-15.

- "La interpretación constitucional", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 2.^a ed., pp. 31-54.
- "Límites a la mutación constitucional", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 2.^a ed., pp. 79-104.
- *Derecho Constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.
- "La fuerza normativa de la Constitución", en el vol. *Escritos de Derechos Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 2.^a ed., pp. 55-78.

HOBBS, Thomas:

- *Leviatán* (1651), Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 2.^a ed., 2.^a reimpr., Parte II, Cap. 26.

HUMBOLDT, Wilhelm von:

- *Los límites a la acción del Estado* (1792), Tecnos, Madrid, 1988.

J

JEFFERSON, Thomas:

- "Autobiografía", en el vol. *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 3-119.
- "Notas sobre Virginia" (1782), en el vol. *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987, pp. 185-297.

JELLINEK, Georg:

- *Fragmentos de Estado* (1896), Civitas, Madrid, 1981.
- *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- *Teoría General del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

JENNINGS, Ivor:

- *The Law and the Constitution*, Londres, 1938.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael:

- *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis:

- *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Editorial Reus, Madrid, 1932.

JULIÁ, Santos:

- "Gobernar ¿para quién? Debilidad de partidos y representación de intereses en la II República", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 137-158.
- *Manuel Azaña. Una biografía política. Del Ateneo al Palacio Nacional*, Alianza, Madrid, 1990.

JUTGLAR, Antoni:

- *Pi y Margall y el federalismo español*. Taurus, Barcelona, 1975, 2 vols.

K

KELSEN, Hans:

- "Chi dev'essere il custode della Costituzione?", en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 229-291. (Traducción española, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Esencia y valor de la democracia*, Ediciones Guadarrama, Barcelona, 1977, 2.ª ed.
- "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (Dibattito presso l'istituto internazionale di diritto pubblico)" en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 207-214.
- "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)", en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 143-206.

- "Le giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1º ottobre 1920", en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 3-45.
- *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, 15.ª ed.
- *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986, 5.ª ed.

KRIELE, Martin:

- *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

KURLAND, Philip B.:

- "The rise and fall of the <<doctrine>> of separation of powers", *Michigan Law Review*, vol. 85 (diciembre, 1986), pp. 592-613.

L

LABOULAYE, Edouard:

- *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, E. Perié y Compañía Editores, Sevilla, 1869.
- *Questions constitutionnelles*, Charpentier et C^{ie}., Libraires-Éditeurs, París, 1873.

LABRIOLA, Silvano:

- *Storia della Costituzione italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.

LADERO, Miguel Ángel:

- "Introducción" a Juan de Salisbury, *Policraticus* (1159), Editora Nacional, Madrid, 1984.

LAFUENTE, Modesto y VALERA, Juan:

- *Historia General de España*, Montaner y Simón, Barcelona, 1890.

LAMBERT, Edouard:

- *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard & C^{ie}, 1921.

LA PERGOLA, Antonio:

- "La Confederación. 1. El tipo arcaico: Compact Clause y evolución del sistema constitucional americano: de los <<Articles of Confederation>> al Estado federal", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, cit., pp. 89-109.

- "El federalismo como proceso", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, cit., pp. 19-86.

- "Federalismo y Estado Regional. La técnica italiana de la autonomía a la luz del Derecho comparado", *Revista de Política comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano, 1984), pp. 191- 222.

- "Federalismo y regionalismo: el caso italiano", en G. Trujillo (coord.) y otros, *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979 (recogido hoy, con el rótulo de "La experiencia italiana en los albores del nuevo ordenamiento español", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 295-313.

- "El Estado Federal atenuado: descentralización del Estado Unitario y autonomía regional. 2. La técnica de la autonomía y el Estado regional a la luz del Derecho comparado", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 315-352.

- "El Estado federal de origen pacticio y los residuos de la Confederación. 1. La <<irrelevancia>> del proceso formativo en las definiciones comunes del concepto de Estado federal", en el vol. *Los nuevos senderos*

del federalismo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 193-206.

- "Premessa" al vol. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. V-XI.

- *Residui <<contrattualistici>> e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milán, 1969.

- "Residuos de la Confederación en el Estado Federal. 2.1. El problema de la revisión constitucional y el contractualismo de Calhoun", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 229-252.

LASO GAITE, Juan Francisco:

- "Aportación a la historia del Tribunal Supremo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 23 (1969), pp. 567-636.

LASSALLE, Ferdinand:

- *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Júcar, Madrid/Gijón/Barcelona, 1978.

LAVAGNA, Carlo:

- *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1986, 6.ª ed. puesta al día.

LEIBHOLZ, Gerhard:

- *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

LEWIS, Anthony:

- "Preserving the System: The Role of Judges", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 14 (otoño, 1986), pp. 1-19.

LIIPHARD, Arend:

- *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, Ariel, Barcelona, 1987.

LIVINGSTON, William S.:

- *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford, 1956.

LOCKE, John:

- *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, 1986, 1.ª ed., 6.ª reimpr.

LOEWENSTEIN, Karl:

- *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, 2.ª ed., reimpr.

LOLME, Jean Louis De:

- *Constitución de Inglaterra, o descripción del Gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras monarquías de Europa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

LOMBARDI, Giorgio (ed.) y otros:

- *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985.

LÓPEZ, Joaquín María:

- *Curso político-constitucional. Lecciones explicadas en la Cátedra de política constitucional de la Sociedad de Instrucción Pública de Madrid, desde el 29 de noviembre de 1840 en adelante*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando:

- *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución española de 1978*, Civitas-Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.

LÓPEZ-AMO, Ángel:

- "Prólogo" a Carl Schmitt, *Interpretación europea de Donoso Cortés*, Rialp, Madrid, 1963, 2.ª ed., pp. 13-26.

LÓPEZ GUERRA, Luis:

- "El Tribunal Constitucional y el principio <<stare decisis>>", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. II, pp. 1.433-1.455.

LÓPEZ RUIZ, Francisco:

- "Los conceptos de <<todo>> y <<parte>> aplicados al estudio de los Estados compuestos", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 49 (enero-abril, 1997), pp. 145-167.

LORENTE SARIÑENA, Marta:

- *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y LUCAS VERDÚ, Pablo:

- *Manual de Derecho Político. I. Introducción y Teoría del Estado*, Tecnos, Madrid, 1987.

LUCAS VERDÚ, Pablo:

- *Curso de Derecho Político. I. Introducción: Concepto, método, escuelas. Vertiente histórica del Derecho político. El Derecho constitucional en el marco del Derecho político*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed., 2.ª reimpr.

- *Curso de Derecho Político. II. La crisis de la teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoría de la Constitución en el marco del Derecho político*, Tecnos, Madrid, 1986, 3.ª ed., 2.ª reimpr.

- *Curso de Derecho Político. IV. Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Tecnos, Madrid, 1984.

- "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo. (La <<ideología constitucional>> del Profesor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político/UNED*, n.º 13 (primavera, 1982), pp. 7-52.

- "Estado de Derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo institucionales de su interrelación", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 33 (mayo-junio, 1983), pp. 7-48.
- "Estudio Preliminar" a James Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (1905), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. IX-XLII.
- *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría consitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.
- "Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional", en el vol. *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1959, tomo II, pp. 107-132.
- "Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 83 (enero-marzo, 1994), pp. 9-28

LUCHAIRE, François:

- *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980.

LUTHER, Jörg:

- *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Giappichelli Editore, Turín, 1990.

LL

LLORENS, Eduardo L.:

- *La autonomía en la integración política*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

M

MAQUIAVELO, Nicolás de:

- *Discursos sobre la primera década de Tito Livio (1527)*, Alianza, Madrid, 1987.
- *El Príncipe. Comentado por Napoleón Bonaparte*, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1949, 7.^a ed.

MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio:

- *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

MARCUELLO, Juan Ignacio y PÉREZ LEDESMA, Manuel:

- "Parlamento y Poder Ejecutivo en la España contemporánea", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 93 (julio-septiembre, 1996), pp. 17-38.

MARCUS, Mareva:

- "The Founding Fathers, *Marbury v. Madison*- And So What?", en Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, La Haya, 1995, pp. 23-50.

MARKS, Thomas C, Jr. y COOPER, John F.:

- *State Constitutional Law*, West Publishing Company, St. Paul (Minn.), 1988.

MARTIN-PANNETIER, Andrée:

- *Institutions et vie politique françaises de 1789 à nous jours*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1989, 2.^a ed.

MARTINES, Temistocle:

- *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1992, 7.^a ed, revisada y puesta al día.
- voz <<indirizzo politico>>, *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXI, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 134-171.

MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana (comp.):

- *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús:

- "El incumplimiento del convenio colectivo en la jurisprudencia federal norteamericana", *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 16 (octubre-diciembre, 1983), pp. 577-600.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel:

- *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Valencia, 1978

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich:

- *Revolución en España*, Ariel, Barcelona, 1973, 4.ª ed.

MCILWAIN, Charles Howard:

- *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

MEILÁN GIL, José Luis:

- "El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española", en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, ENAP, Madrid, 1971, pp. 543-599.

MERINO MERCHÁN, José Fernando:

- *Regímenes históricos españoles*, Tecnos, Madrid, 1988.

MERRYMAN, John Henry:

- *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris:

- "La Constitution de Cadix", *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle* (1933), pp. 48-62.
- *Les Constitutions de l'Europe nouvelle. Avec dix-huit textes constitutionnels*, Delagrave, París, 1928.

- *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934.

- "La nouvelle Constitution espagnole", *Revue Politique et Parlementaire*, n.º 10 (1932), pp. 127-132.

MITCHELL, Ralph:

- *CQ's Guide to the U.S. Constitution*, Congressional Quarterly Inc., Washington D. C., 1994.

MONTERO GIBERT, José Ramón:

- "La CEDA: el partido contrarrevolucionario hegemónico de la II República", en Manuel Ramírez (ed.) y otros, *Estudios sobre la II República española*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 89-128.

MONTESQUIEU:

- *Espíritu de las leyes* (1748), Imprenta de Don Marcos Bueno, Madrid, 1845, 2 vols.

- *Del espíritu de las leyes* (1748), Tecnos, Madrid, 1987.

MORABITO, Marcel y BOURMAUD, Daniel:

- *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Monchrestien, París, 1993, 3.ª ed.

MORODO, Raúl:

- "Constitución, legalidad, legitimidad", *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, n.º 26 (marzo, 1963), pp. 55-67.

- "Derecho y realidad sobre la reforma constitucional y sus límites", *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 3 (1966), recogido hoy en E. Tierno Galván y R. Morodo, *Estudios de pensamiento político*, Túcar, Madrid, 1976, pp. 193-223.

- "Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional", en E. Tierno Galván y R. Morodo, *Estudios de pensamiento político*, Túcar, Madrid, 1976.

- *Los orígenes ideológicos del franquismo: Acción Española*, Alianza, Madrid, 1985.

MORTATI, Costantino:

- "Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1952), pp. 29 y ss.
- *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1976, 9.^a ed, reelaborada y puesta al día, 2 tomos.
- voz "Costituzione (Dottrine generali)", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1962, tomo XI, pp. 139-214.

MOSCA, Gaetano:

- *Historia de las doctrinas políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.

MOUSKHELI, Michel:

- *Teoría jurídica del Estado Federal*, Aguilar, Madrid, 1931.

MOUTON Y OCAMPO, Luis, ALIER Y CASI, Lorenzo M^a, OLIVER RODRIGUEZ, Enrique, y TORRE BALLESTE, Juan:

- voz << Tribunal Supremo de Justicia >>, en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, *sine data*, Tomo XXX, pp. 433-445.

N

NIETO, Alejandro:

- "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102 (enero-diciembre, 1983), pp. 371-415.
- *Los primeros pasos del Estado Constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.

O

OCKHAM, Guillermo de:

- *Sobre el gobierno tiránico del papa (1339-1340)*, Tecnos, Madrid, 1992.

OLIVER ARAUJO, Joan:

- *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991.

OLLERO, Carlos:

- *El Derecho Constitucional de la postguerra (apuntes para su estudio)*, Bosch, Barcelona, 1949.
- "Derecho Político, Ciencia Política y Derecho Constitucional", *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano, 1984), pp. 59-75.
- "El Derecho Político como Ciencia Política", *Revista de la Universidad de Madrid*, n.º 7 (1953), pp. 347-365.
- *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

OLTRA, Joaquín:

- *América para los no americanos. Introducción al estudio de las instituciones políticas de los Estados Unidos*, EUB, Barcelona, 1996.

ONCKEN, Guillermo:

- *Historia Universal*, Nueva edición ilustrada, corregida y ampliada cuidadosamente, Tomo XXXII *Época de la Revolución francesa, del Imperio y de la guerra de liberación*, Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1929.

OTTO, Ignacio de:

- *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

P

PACE, Alessandro:

- "La << naturale >> rigidità delle costituzione scritte". *Giurisprudenza Costituzionale* (noviembre-diciembre, 1993), pp. 4.085-4.134, traducido hoy en Alessandro Pace y Joaquín Varela. *La rigidez de las Constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 9-80.

PACTET, Pierre:

- *Textes de droit constitutionnel*. Librairie Générale de Droit et jurisprudence, París, 1994, 3.^a ed.

PACHECO, Joaquín Francisco:

- *Lecciones de Derecho Político* (1845), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, con "Estudio Preliminar" de Francisco Tomás y Valiente.

PADUA, Marsilio de:

- *El defensor de la Paz* (1324), Tecnos, Madrid, 1989.

PAINE, Thomas:

- *Los Derechos del Hombre: respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1984.
- "El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)" (1776), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- "Disertación sobre los principios del buen gobierno" (1795), en el vol. *El sentido Común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 69-96.

PARDO FALCÓN, Javier:

- "Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 72 (abril-junio, 1991), pp. 243-258.

PARICIO, Javier:

- *Historia y fuentes del Derecho romano*, CEURA, Madrid, 1992, 2.ª ed. refundida.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro:

- "Rilegendo il <<Defensor Pacis>>" en en vol. *Saggi si storia del pensiero politico. Dal medioevo alla società contemporanea*, Francoangeli, Milán, 1992, pp. 135-167.

PAU VALL, Francesc (coord.):

- *Parlamento y opinión pública*, Tecnos/Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, 1995.

PÉREZ LEDESMA, Manuel (coord.):

- *El Senado en la Historia*, Senado, Madrid, 1995.

PÉREZ PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel:

- "Sobre Constituciones y revoluciones burguesas", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 20 (invierno, 1983-1984), pp. 7-13.

PÉREZ ROYO, Javier:

- *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 2.ª ed.

- "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (mayo-agosto, 1986), pp. 131-170.

- "Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 12 (mayo-agosto, 1992), pp. 233-249.

- *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, 3.ª ed.

- "Jefatura del Estado y democracia parlamentaria", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 39 (mayo-junio, 1984), pp. 7-27.

- "La reforma de la Constitución", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 22 (primavera, 1986), pp. 7-60.

- *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

- *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.

PÉREZ SERRANO Nicolás:

- "Cien años de Derecho Político" (1958), en *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo II, pp. 869-927.

- *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

- "Constitucionalismo y codificación" (1953), recogido en el vol. *Escritos de Derecho político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo II, pp. 719-732.

- "La Diputación Permanente de Cortes en nuestro Derecho Constitucional histórico" (1933), en el vol. *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo I, pp. 167-192.

- "La evolución de las Declaraciones de Derechos" (1950), en *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo I, pp. 453-530.

- "Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario" (1960), en *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo II, pp. 985-1.060.

- "La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)", en *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo II, pp. 769-838.

- "El Poder Constituyente" (1947), recogido en el vol. *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, tomo I, pp. 251-316.

- "El problema de la <<desconstitucionalización>>", en *Escritos de Derecho Político*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, vol. II, pp. 756-768.
- "El proyecto del Tribunal de Garantías y el control de constitucionalidad", *Revista de Derecho Público* (1933), pp. 7-15.
- *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, 2.^a ed.

PÉREZ TREMPES, Pablo:

- "Presentación" a la obra de L. Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. III-XVIII.
- *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

PI Y MARGALL, Francisco:

- *Lecciones de federalismo. Recopiladas por Joaquín Pi y Arsuaga*, Seguí, Barcelona, sine data.
- *Las Nacionalidades* (1877), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, con una "Introducción" de Jordi Solé Tura.
- "El reinado de Amadeo de Saboya", en el vol. *El reinado de Amadeo de Saboya y la República de 1873*, Seminarios y Ediciones S.A., Madrid, 1970, pp. 51-110.

PIZZORSSO, A.:

- *Garanzie costituzionale*, en *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Zanichelli/Il foro italiano, Bolonia-Roma, 1981, pp. 1-311.
- *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 2 vols.

PLATÓN:

- "Las Leyes o De la Legislación", en *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1991, 2.^a ed., 10.^a reimpr., pp. 1.265-1.516.

- "La República o De la Justicia", en *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1991, 2.^a ed., 10.^a reimpr., pp. 653-844.

PORRAS RAMÍREZ, José María:

- *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.

PORTERO MOLINA, José Antonio:

- "Algunas cuestiones en el Derecho Político español: 1875-1900", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 18 (noviembre-diciembre, 1980), pp. 71-100.
- "Algunos problemas de la representación política", *Sistema*, nº 118-119 (marzo, 1994), pp. 247-257.
- "La constitucionalización de los partidos políticos en la historia constitucional española", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 1 (enero-marzo, 1978), pp. 251-279.
- "Contribución al debate sobre la reforma del Senado", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 87 (enero-marzo, 1995), pp. 81-105.
- "Elecciones, partidos y representación política", en J. J. González Encinar (coord.), *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 133-148.
- "Sobre la representación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 10 (septiembre-diciembre, 1991), pp. 89-119.

PORTERO MOLINA, José Antonio y MÁIZ, José Ramón:

- *As instituciones políticas no Estatuto de Autonomía para Galicia*, Parlamento de Galicia, La Coruña, 1988.

POSADA, Adolfo:

- *Estudios sobre el Régimen Parlamentario en España*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1996.

- *Guía para el estudio y aplicación del Derecho Constitucional de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, *sine data*.
- *La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel espagnol*, Sirey, París, 1932.
- *Principios de Derecho Político -Introducción-*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1884.

POULLAIN, Bernard:

- *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París/Aix-en-Provence, 1990.

PRÉLOT, Marcel y BOULOUIS, Jean:

- *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Daloz, París, 1990, 11.^a ed.

PRESTON, Paul:

- *La destrucción de la democracia en España. Reforma, reacción y revolución en la Segunda República*, Alianza, Madrid, 1987.

R

RADBRUCH, Gustav:

- *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milán, 1962.

RAMÍREZ, Manuel (ed.) y otros:

- *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.
- *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982.
- *Estudios sobre la II República española*, Tecnos, Madrid, 1975.

RAMÍREZ, Manuel:

- *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985.

- "La agrupación de intereses en la II República: Partidos y Grupos", en Manuel Ramírez (ed.) y otros, *Estudios sobre la II República española*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 27-46.

- *Las reformas de la II República*, Túcar, Madrid, 1977.

- *Sistema de partidos en España (1931-1990)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo:

- *Corso di Diritto Pubblico*, Zanichelli, Bolonia, 1989, 2.^a ed., 6.^a reimpr.

REYES, Rodolfo:

- *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y Amparo*, Espasa Calpe, Madrid, 1934.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María:

- "Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19 (enero-abril, 1987), pp. 53-73.

ROMANO, Santi:

- "Le prime Carte costituzionali", en el vol. *Scritti Minori*, Giuffrè, Milán, 1990, reimpr. de la ed. de 1950, Tomo I, pp. 317-330.

- *Scritti Minori*, Giuffrè, Milán, 1990, reimpr. de la ed. de 1950, 2 tomos.

- *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1969.

ROMERO MORENO, José Manuel:

- *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

ROURA GÓMEZ, Santiago A.:

- "El control jurisdiccional de constitucionalidad en el Proyecto federal de 1873", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 86 (Anuario, 1996), pp. 457-505.
- "El control político de constitucionalidad en el Proyecto Federal de 1873", *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho*, n.º 2 (1995), pp. 151-183.

ROUSSEAU, Jean-Jacques:

- *El contrato social o principios de derecho político* (1762), Tecnos, Madrid, 1992.
- "Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma" (1771), en el vol. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 51-158.

ROYO VILLANOVA, Antonio:

- *La Constitución española de 1931. Con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta castellana, Valladolid, 1934.

RUBIO LLORENTE, Francisco:

- voz "Constitución", en J. J. González Encinar (ed.) y otros, *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 119-126.
- "Constitución española", en el vol. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 33-40
- "La Constitución como fuente del Derecho", en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Dirección General de lo Contencioso del Estado/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, pp. 54-73.

"La jurisdicción constitucional en España", en el vol. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 409-440.

- "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 27-37.

RUDOLF, Wallace M. y RUDOLF, Janet L.:

- "The Limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication", *Nebraska Law Review*, vol. 63 (1984), pp. 84-123.

RUIPÉREZ, Javier:

- "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n.º 75 (enero-marzo, 1992), pp. 233-258.

- "*Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: La Unión Europea como forma moderna de Confederación (Una primera aproximación)*", Ponencia presentada al Congreso de Derecho Constitucional "El constitucionalismo en la crisis del Estado social", celebrado en Oñate-Bilbao los días 27 a 29 de marzo de 1995, original mecanografiado que manejo por cortesía del autor, 56 páginas.

- *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995.

- "*Constitución y Estado Social. Transformaciones del concepto liberal-burgués de Constitución en el tránsito del Estado liberal al Estado social*", Memoria presentada al concurso-oposición para la provisión de una Cátedra de Derecho Constitucional, celebrado en La Coruña los días 3 y 4 de abril de 1997, 385 páginas.

- "*Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional Democrático*", de próxima publicación en la *Revista de la Facultad de*

Derecho de la Universidad de La Coruña, original mecanografiado que manejo por gentileza del autor, 62 páginas.

- *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996, 2.ª ed., reimpr.

- "Funciones de la reforma constitucional en el moderno Estado Constitucional Democrático", de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*, original mecanografiado que manejo por deferencia de su autor, 53 páginas.

- "Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 81 (julio-septiembre, 1993), pp. 73-102

- "Principio dispositivo, distribución de competencias y naturaleza constitucional de las normas estatutarias", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 5 (verano, 1991), pp. 83-110.

- *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994.

- "La reforma constitucional en el Estado Federal", *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2 (primavera-verano, 1990), pp. 57-104.

- *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidade da Coruña, La Coruña, 1995.

RUIZ, Gregorio:

- *Federalismo judicial. (El modelo americano)*, Civitas-Caixa Advocats, Madrid, 1994.

RUIZ LAPEÑA, Rosa Mª:

- *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982.

S

SABINE, Georges:

- *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980. 1.ª ed., 10.ª reimpr.

SALAS Y CORTÉS, Ramón:

- *Lecciones de Derecho Público Constitucional* (1821), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982. con "Estudio Preliminar" de José Luis Bermejo.

SALISBURY, Juan de:

- *Policraticus* (1159), Editora Nacional, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis:

- *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 4.ª ed., revisada y ampliada.
- "Sobre la Constitución de Cádiz", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 30 (septiembre-diciembre, 1990), pp. 9-26.
- "Las primeras Cátedras españolas de Derecho Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 126 (noviembre-diciembre, 1962), pp. 157-167.

SÁNCHEZ MARÍN, Andrés:

- *Constitucionalismo español 1808-1978*, Zaquizami, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ-MEJÍA, María Luisa:

- *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo posrevolucionario*, Alianza, Madrid, 1992.

SANDULLI, Aldo Maria:

- "Sulla << posizione >> della Corte Costituzionale nel sistemna degli organi supremi dello Stato", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1960), pp. 705-727, recogido hoy en el vol. *Scritti Giudidici. I. Diritto Costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1990, pp. 399-423.

6

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente:

- *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1887, 3.ª ed.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso:

- "La teoría del órgano en el Derecho Administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 40-41 (enero-marzo, 1984), pp. 43-85.

SANZ CID, Carlos:

- *La Constitución de Bayona. Labor de redacción y elementos que a ella fueron aportados, según los documentos que se guardan en los archivos nacionales de París y los papeles reservados de la biblioteca del Real Palacio de Madrid*, Editorial Reus, Madrid, 1922.

SARTORI, Giovanni:

- *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1988.
- *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, Alianza, Madrid, 1987.

SCHMITT, Carl:

- *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, con "Prólogo" de Pedro De Vega.
- *La dictadura. Desde los orígenes del pensamiento moderno hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 1985.
- *Interpretación europea de Donoso Cortés*, Rialp, Madrid, 1963, 2.ª ed., con "Prólogo" de Ángel López-Amo.
- *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, 1.ª ed., reimpr., con "Presentación" de Francisco Ayala.

SCHNEIDER, Hans-Peter:

- "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales", en el vol. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115.
- "La Constitución. Función y estructura", en el vol. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 40-52.
- "Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico", en el vol. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 53-69.
- "Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental, en el vol. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15-33.
- "El Estado Federal cooperativo. Problemas actuales del federalismo en la República Federal de Alemania", en el vol. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 223-245.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph:

- "¿Qué es el Estado llano?" (1788), en el vol. *¿Qué es el estado llano? precedido del Ensayo sobre los privilegios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 31-147.

SIMÓN TOBALINA, Juan Luis de:

- *El Estado autonómico y sus matices federales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

SMEND, Rudolf:

- "Ciudadano y burgués en el derecho político alemán" (1933), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 247-268.

- "Constitución y Derecho Constitucional" (1928), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 37-245.

SOBOUL, Albert:

- *Compendio de la historia de la Revolución francesa*, Tecnos, Madrid, 1989, 1.ª ed., 5.ª reimpr.

SOLÉ TURA, Jordi:

- "Introducción" a Francisco Pi y Margall, *Las Nacionalidades*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. I-XXXIV.

SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo:

- *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985, 13.ª ed.

SPAGNA MUSSO, Enrico:

- *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1990, 3.ª ed.
- *Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1983.

STAËL, Madame de:

- "Sobre las circunstancias actuales que pueden poner término a la Revolución y sobre los principios que han de servir de base a la República en Francia" (1798), en el vol. *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 76-263.

STEIN, Ekkehart:

- *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973.

STERN, Klaus:

- *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

SZRAMKIEWICK, Romuald y BOUINEAU, Jacques:

- *Histoire des institutions 1750-1914. Droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale*, LITEC. París, 1996, 13.ª ed.

T

TAJADURA TEJADA, Javier:

- "Los preámbulos constitucionales en el Derecho histórico español", *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales*. Derecho, n.º 2 (1995), pp. 217-251.

THAYER, James B.:

- "The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review* vol. VII n.º 3 (25 de octubre de 1893), pp. 129-156.

TIERNO GALVÁN, Enrique:

- *Leyes Políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed. reimpr.

TOCQUEVILLE, Alexis De:

- *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 1.ª ed., 4.ª reimpr.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco:

- "La Constitución de 1978 y la Historia del constitucionalismo español", *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo L (1980), pp. 721-751, recogido hoy en el vol. *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 125-151.
- "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en Miguel Rodríguez-Piñero, Jerónimo Arozamena Sierra, Luis López Guerra, Francisco Rubio Llorente y Francisco Tomás y Valiente, *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio Internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal

- Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 15-34.
- "La defensa de la Constitución", en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 13-22.
 - "Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español", en el vol. *Códigos y Constituciones. (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 153-173.
 - "Estado e Iglesia, 1808-1978", en el vol. *Constitución. Estudios de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 115-148.
 - "El << Estado Integral >>: Nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada", en el vol. *La II República española. El primer bienio. III Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España, dirigido por M. Tuñón de Lara*, Siglo XXI de España Editores, S. A., Madrid, 1987, pp. 379-395.
 - "Estudio Preliminar" a Agustín de Argüelles, *Discursos*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1995, pp. IX-LXXIX.
 - "Estudio Preliminar" a Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones de Derecho Político* (1845), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. IX-LV.
 - "Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *Anuario de Historia del Derecho Español* Tomo LXV (1995), pp. 13-125.
 - "Los jueces y la Constitución", en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 85-84.
 - *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1992, 4.^a ed., 5.^a reimpr.

- "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", *Sistema*, n.º 17-18 (abril, 1977), pp. 71-88.
- "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 101-111.
- "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, n.º especial XI (1986), pp. 13-38, recogido hoy en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 63-84.
- "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 23-60.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín:

- *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 6.ª ed.
- "El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, n.º 11 (1968), pp. 11-52.
- *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

TORRES DEL MORAL, Antonio:

- *Constitucionalismo histórico español*, Átomo, Madrid, 1990, 3.ª ed.

TRICOT, Bernard, HADAS-LEBEL Raphaël y KESSLER, David:

- *Les institutions politiques françaises*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques & Dalloz, París, 1995.

TRIEPEL, Heinrich:

- *Derecho Público y Política*, Civitas, Madrid, 1986, reimpr.

TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo:

- "La constitucionalidad de las leyes", en el vol. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1970, pp. 5-77.
- *Introducción al federalismo español (Ideología y fórmulas constitucionales)*, Edicusa, Madrid, 1967, 2.ª ed.
- "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 7 (enero-febrero, 1979), pp. 145-159.
- "Pi y Margall y los orígenes del federalismo español", en Gastón Berger, Jean-Jacques Chevallier y otros, *Federalismo y Federalismo Europeo*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 321- 352.
- "Il Tribunale Costituzionale come <<interprete supremo>> della Costituzione nella prospettiva del processo democratico spagnolo", en G. Lombardi (ed) y otros *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 117-125.

TUÑÓN DE LARA, Manuel:

- *Tres claves de la Segunda República. La cuestión agraria, los aparatos del Estado, Frente Popular*, Alianza, Madrid, 1985.

TUSSEL GÓMEZ, Javier, RUIZ MANJÓN, Octavio, y GARCÍA QUEIPO DE LLANO, Genoveva:

- "Apéndices: los resultados electorales", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 237-270.
- "Las Constituyentes de 1931: unas elecciones de transición (I)", *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, n.º 12 (invierno, 1981-1982), pp. 189-233.

U

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio y URRETAVIZCAYA AÑORGA, Iñaki:

- "Descentralización política y justicia constitucional en la II República", *Revista de las Cortes Generales* n.º 36 (tercer cuatrimestre, 1995), pp. 137-167.

V

VANOSI, Jorge Reinaldo A.:

- *Teoría Constitucional. I. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- *Teoría Constitucional. II. Supremacía y control de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

VARELA SUANZES, Joaquín:

- "Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 36 (septiembre-diciembre, 1992), pp. 71-104.
- "Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 45 (septiembre-diciembre, 1995), pp. 347-365.
- "La monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant (Inglaterra como modelo)", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10 (septiembre-diciembre, 1991), pp. 121-138.
- "Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, n.º 55 (enero-marzo, 1987), pp. 123-195.
- "Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale", *Giurisprudenza Costituzionale* (septiembre-octubre, 1994), pp. 3.313-3.338, recogido hoy

en A. Pace y J. Varela, *La rigidez de las Constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 81-114.

- *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

VATTEL. Emer De:

- *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de nations et des souverains* (1758), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1959.

VEGA. Pedro De:

- "Comentario al Título IX. Del Tribunal Constitucional", en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 337- 357.

- "Comentario al Título X. De la reforma constitucional", en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 359- 368.

- "Constitución y Democracia", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983, pp. 63-85.

- *Estudios político-constitucionales*, UNAM, México, 1987, 1.^a ed., reimpr.

- "La función legitimadora del Parlamento", en F. Pau Vall (coord.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos/Asociación española de Letrados de Parlamentos, Madrid, pp. 229-240.

- "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 7 (enero-febrero, 1979), pp. 93-118.

- "Problemi e prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna", en G. Lombardi (ed.) y otros, *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 127-137.
- "Prólogo" a *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, edición, notas e índice de Antonio De Cabo De la Vega, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, pp. XIII-XXVIII.
- "Prólogo" a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 11-24.
- voz <<Reforma constitucional>> en J. J. González Encinar (ed.) y otros, *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 799-809.
- *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988, 1.ª ed., reimpr.
- "Significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) n.º 44 (marzo-abril, 1985), pp. 25-45.
- "Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", *Revista de Política comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano 1984), pp. 395-426.

VELASCO, Gustavo R.:

- "Prólogo" a Alexander Hamilton, James MADISON y Jonh JAY, *El Federalista* (1787-1788), Fondo de Cultura Económica, México, 1987, 1.ª ed. 4.ª reimpr., pp. VII-XXIV

VERGOTTINI, Giuseppe de:

- *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

W

WHEARE, Kenneth C.:

- *Las Constituciones modernas*, Labor, Barcelona, 1975, 2.ª ed.

- *Federal Government*. Londres-Nueva York-Toronto, 1953, 3.^a ed.

WOOD, Gordon S.:

- "The origins of judicial review". *Suffolk University Law Review*, vol XXII, n.º 4 (1988).

Y

YARDLEY, D. C. M.:

- *Introduction to British Constitutional Law*, Butterworths, Londres/Dublín/Edimburgo, 1990, 7.^a ed.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo:

- "Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione", en la obra colectiva *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II. *Su le fonti normative e altri temi di vario diritto*, CEDAM, Padua, 1985, pp. 915-935.

- *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988, nueva edición.

- *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese/Edizione Giuridiche, Economiche, Scientifiche, Turín, 1984.

- "El Tribunal Constitucional italiano", en la obra colectiva *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Servicio de Bibliotecas



1700759563