

## LOS AVATARES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Por EMILIO GOMEZ ORBANEJA

Considerado el desarrollo de la Constitución de 1931 con criterio de «constitucionalista», o sea —por decirlo con cierta aproximación, aunque ya sé que no exactamente— atendiendo más al juego de las formas que a los contenidos, yo creo que puede interesar lo que pasó con el Tribunal de Garantías. El Derecho Constitucional es en buena parte, como en toda su extensión lo son el Derecho Procesal y el Derecho Internacional Privado, derecho de segundo grado. La diferencia es que se sitúa en la fuente, y no, como pasa con el Procesal, en la sanción final de las normas que reglan los contenidos sociales reales. La Constitución fija programas y prescribe formas; luego ha de venir el legislador ordinario a enfrentarse con esos contenidos reales —la familia, el comercio, la instrucción pública, la sanidad, etcétera— para darles régimen jurídico ateniéndose a tales programas y a tales formas.

Por primera vez en nuestra historia política, los legisladores constituyentes de 1931, atraídos por el modelo de Austria (por entonces, no había muchos más modelos) creaban una jurisdicción constitucional para que hiciese con las leyes lo que los otros tribunales hacen con los «supuestos de hecho» del Código Civil o del Código Penal. De modo análogo a como el juez civil, sometíendosele el caso, determina si el que ha hecho, por ejemplo, un testamento, se ha atenido a las formas y a los límites puestos por el Código Civil a la facultad de testar, ha de determinar el juez constitucional si el legislador, al hacer la ley, se ha atenido a aquellos programas y a aquellas formas. Lo cual significa, en esa graduación o construcción «en escala» (*Stufenbau*), que es la base teórica de la institución, rebajar lo que figura en los juicios ordinarios de premisa mayor al puesto de premisa menor. Esto es, hacer con el Código Civil, pongo por caso, lo que el juez ordinario hace

con el testamento de don Fulano de Tal, y hacer con la Constitución lo que el juez ordinario hace con el Código Civil. Y significa algo así como meter el Derecho Procesal en la Constitución. Lo cual nos puede animar a nosotros, constitucionalistas y procesalistas, a operaciones y juegos conceptuales nuevos y, como vamos a ver, un tanto arriesgados.

Recordemos, para empezar, cómo se planteó la institución en los artículos 121 y siguientes del texto constitucional de la II República, y cómo se complementaron y en cierta medida modificaron esos artículos en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías de 14 de junio de 1933. He de decir que en esta rememoración, siendo mi memoria pésima, me han servido mucho dos trabajos, ejemplar cada uno a su modo: el estudio del profesor Joaquín Tomás Villarroya sobre el recurso de inconstitucionalidad (1), y la tesis doctoral de la profesora Ruiz Lapeña sobre el Tribunal de Garantías (2). Quiero consignar mi deuda, y advertir que de cualquier error u omisión grave en que incurra, yo sólo soy, es claro, responsable.

El artículo 121 de la Constitución creaba el Tribunal («Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales») y fijaba sus competencias. Los cometidos que se le atribuían eran nada menos que siete, de índole muy heterogénea, desde el control de la constitucionalidad de las leyes hasta el examen de las actas de los compromisarios que habían de elegir, juntamente con los diputados, al Presidente de la República. Pero de esos cometidos, los fundamentales eran los dos primeros de la enumeración: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo de garantías individuales. Aparte de eso, se le hacía al órgano (competencia número tres) tribunal de conflictos entre el Estado y las regiones autónomas —y en esto, por lo que se refiere a Cataluña, el Tribunal hubo de emplearse más, y con mayor estrépito, polémica y desgaste, que en aquel primer cometido de la inconstitucionalidad—. Le competía también conocer de la responsabilidad criminal del Presidente de la República (con arreglo a los preceptos de una ley especial complementaria) y de otros dignatarios, y así recogía una de las atribuciones que el Senado, ahora abolido, había tenido en la Constitución de 1876.

El texto del artículo 121 era neto, pero no concluyente. Dejaba a las propias Constituyentes —puesto que ellas mismas, por mandato expreso

(1) J. TOMÁS VILLARROYA: «El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)», en *Rev. de Inst. de Ciencias Sociales*, núm. 11, Barcelona, 1968.

(2) ROSA MARÍA RUIZ LAPEÑA: *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, tesis doctoral, Zaragoza, 1980. Ahora publicado por Editorial Bosch, Barcelona, 1983.

constitucional, habían de hacer la Ley orgánica— no pocas puertas abiertas. El Tribunal quedaba desde luego establecido, y sus competencias enumeradas. Pero ya con relación a lo que era sin duda su cometido primordial y más peculiar, el recurso de inconstitucionalidad, quedaba sin determinar en qué condiciones, con qué extensión y con qué efectos se daba. Nada de eso lo decía la Constitución, ni en ese artículo 121 ni en ningún otro, salvo, por implicación, al regular la legitimación del recurrente (que es precisamente la materia, ésta de la legitimación, en que más se apartó la Ley orgánica del texto constitucional, como veremos después). Tan no lo decía, que el artículo 124 de la Constitución a que me he referido no sólo disponía que las mismas Constituyentes votasen una ley orgánica especial, sino que marcaba cuál debía de ser el contenido de esta ley: «Establecer la extensión y efectos del recurso.»

El artículo relativo a la composición del Tribunal, el 123, no ofrecía, en cambio, posibilidad ninguna de escape. Y sucedía que, junto al que fijaba la legitimación para recurrir, era el más desafortunado de todos. El Tribunal había de componerse de veinticinco miembros, y la mayoría, legos—esto es, sin requisito ninguno que asegurase una preparación jurídica ni de otra clase, y dejando su elección directamente a la pasión política. Al presidente del Tribunal, por añadidura, lo elegían las mismas Cortes. Junto—o frente— a esa mayoría, aparte de dos vocales por razón de su cargo, el presidente del Consejo Consultivo de la República y el presidente del Tribunal de Cuentas, no había más que dos representantes de los Colegios de Abogados y cuatro catedráticos de la Facultad de Derecho.

Al discutirse el proyecto constitucional en las Cortes, tal composición fue calificada por Recasens Siches de «monstruosa». Aunque con palabras no tan duras, no se opuso menos a ella don Felipe Sánchez Román. Recuerda la profesora Ruiz Lapeña en su tesis doctoral que Duguit era contrario a la jurisdicción constitucional por la imposibilidad de dar con una composición adecuada del órgano, y leo en el estudio del profesor Villarroya que el padre de la criatura, Kelsen, en un trabajo, para colmo, reiteradamente citado por los diputados constituyentes, había señalado la conveniencia de que todo tribunal de justicia constitucional estuviese integrado por un reducido número de miembros; que su imparcialidad quedase asegurada; que se reclutasen según criterios relativamente homogéneos; que tuviesen principalmente preparación técnico-jurídica; que en todo caso gozasen de la máxima independencia frente al Gobierno, el Parlamento y los partidos. Ninguna de esas condiciones quedaba asegurada en el texto de nuestra Constitución, y alguna contrariada literalmente.

El artículo siguiente establecía la legitimación para recurrir, y a través

de ella se predeterminaba hasta cierto punto la naturaleza del recurso. Es el artículo que más se aparta del proyecto. Llovieron las enmiendas de última hora, y se aceptaron. Con notoria precipitación, antes que nadie supiera ni por aproximación cuál iba a ser la naturaleza y los límites de uno y otro recurso, se abrió la puerta a la acción popular. Conforme a ese artículo, quedaba legitimada para acudir ante el Tribunal de Garantías «toda persona individual o colectiva *aunque no hubiese sido directamente agraviada*». Pasado algún tiempo, cuando la oposición apremiaba para que se votara la ley orgánica y el Gobierno no tenía en ello ni entusiasmo ni prisa, dijo Azaña en un discurso, con un dejo de desdén, no ciertamente desusado en él, y en este caso merecido, que aquéllo, la jurisdicción constitucional y el Tribunal, corría el peligro de convertirse en «oficina de trastornados e ilusos». En un país como el nuestro, donde los locoides querulantes o querellantes se crían solos, con la acción popular tal peligro existe siempre. ¡Ay! y el contrario, y de seguro peor, cada vez más palpable en la práctica de nuestro enjuiciamiento penal: el peligro de que al esgrimirse la acción *de todos por intereses particulares*, los órganos públicos a los que se encomienda obligatoriamente su ejercicio descansen en la iniciativa ajena y se desentiendan.

A diferencia del artículo que establecía la composición del tribunal, que, como hemos dicho, no pudo soslayarse, este otro de la legitimación sí se soslayó. Cupo hacerlo, con astucia, porque el texto no distinguía entre uno y otro recurso, incluso entre uno y otro de los demás cometidos o competencias del tribunal. El texto constitucional decía que cualquier persona, aún no agraviada, podía acudir ante el tribunal, pero no para qué ni cómo. Fue Sánchez Romás, al discutirse la ley orgánica, el que dio con la solución. Empleó un doble argumento. Señaló, por un lado, que la Constitución decía que cualquier persona podía acudir al tribunal, pero sin especificar el título o finalidad concreta con que cada uno pudiera hacerlo. Adujo, por el otro lado, que según el artículo 124, era la ley orgánica, y no la propia Constitución, la que había de fijar la extensión y efectos de los recursos, y que en esta materia precisamente entraba la legitimación. Hubiese podido añadir —y acaso lo hiciera, y en todo caso el argumento estaba ya implícito— que entrase o no directamente la legitimación en la materia dejada para la ley orgánica, se trataba de objetos recíprocamente condicionados.

Ahora pasemos a plantearnos qué naturaleza tenía esa famosa «ley orgánica especial» que el artículo 124 de la Constitución mandaba votar a las mismas Cortes Constituyentes para establecer la extensión y efectos del recurso.

Con esto entro en el tema central de este ensayo y nos preparamos para analizar el asunto más atrayente, desde un punto de vista técnico, que se le

ofreció en su corta vida al Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República.

Que esa ley completaba o integraba *materialmente* la Constitución no lo discutirá nadie. Si la Constitución hubiese establecido por sí misma la extensión y los efectos del recurso de inconstitucionalidad (y me referiré especialmente a él) no hubiese exigido de las propias Constituyentes que lo hiciesen en una ley orgánica especial. Ni cabe decir que eso que tuvo que establecer la ley especial se relacionaba con el texto constitucional como una ordenación reglamentaria con la ley que desarrolla y pormenoriza. Porque el texto constitucional, sobre eso que había de hacer la ley especial, no decía absolutamente nada que cupiera luego desarrollar y particularizar.

Precisemos que la Constitución encomendaba a las mismas Cortes Constituyentes la elaboración de tres leyes: ésta, la orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de que estamos tratando; la de Congregaciones religiosas (artículo 25), y la ley estableciendo el procedimiento para exigir la responsabilidad criminal del Presidente de la República (ante el mismo Tribunal de Garantías). Pues bien, de las tres, sólo respecto de la última empleaba la Constitución en su artículo 85 la denominación «ley constitucional». A la nuestra la llamaba simplemente «ley orgánica especial».

Esta diferencia en la denominación fue lo que llevó a negarle carácter constitucional. Veremos en seguida cuál fue la opinión doctrinal más autorizada. Veremos después la posición de los parlamentarios durante la deliberación. Pero expongamos todos los datos del problema.

El solo hecho de que la ley fuese votada por las Cortes Constituyentes, incontestablemente no la hacía sin más constitucional. Otras muchas leyes aprobaron las Constituyentes que ni por los requisitos de su formación, ni por su materia, eran constitucionales, aun cuando viniesen exigidas por los propios postulados o principios de la Constitución. Por ejemplo, no lo eran ni la ley del divorcio, ni la de reforma agraria, ni la del Estatuto de Cataluña, ni la abundante legislación de instrucción pública. Por otro lado, ¿hasta qué punto seguían siendo constituyentes las Cortes después de promulgada la Constitución? Se dijo entonces por un comentarista muy autorizado que desde esa fecha habían dejado de ser constituyentes *stricto sensu*. Ya el empleo del *stricto sensu* implica una matización que nos pone en el camino de algún otro factor. Y creo que no cabe decir: hasta ese día y esa hora eran constituyentes las Cortes, y a partir de ese punto son ordinarias y no pueden hacer más que leyes ordinarias. Ocurre que nadie negó que la ley regulando el procedimiento para exigir la responsabilidad criminal del Presidente de la República careciese de carácter constitucional. ¿Por qué

esa diferencia? Pues pura y simplemente porque la Constitución llamaba constitucional a una ley y no a la otra, y ello, por descontado, con absoluta independencia de que las Cortes que hacían una y la otra ley de la misma manera hubiesen dejado o no de ser constituyentes. Lo cual significa que si la Constitución hubiera llamado constitucional a la ley que mandaba hacer en el artículo 124, como había hecho en el 85, nadie hubiese negado tal carácter a la ley orgánica del Tribunal. El contenido, determinado por la propia Constitución, en nada cambiaba porque se la llamase de una u otra manera. Luego estamos empleando un concepto puramente formal de ley constitucional.

Negando resueltamente el carácter constitucional de la ley orgánica, nuestro maestro de todos, don Nicolás Pérez Serrano, venía en fin de cuentas a hacer este mismo planteamiento. Decía primero: «El Tribunal de Garantías es una pieza constitucional y del máximo relieve, pero su ley orgánica no lo es.» Pero matizaba luego: «Por la *materia* que regula y por el hecho de que hayan de hacerla las propias Constituyentes, tendrá un valor *de facto* superior a las leyes ordinarias.» ¿No es esto reconocer implícitamente que así como empleamos un concepto material y otro formal respecto de la ley en general, debiéramos, para entendernos bien, distinguir entre ley constitucional en sentido material y en el formal?

Si mi querido maestro don Nicolás pudiese oírme, replicaría que no postulo nada que no hubiera ya indicado él. Porque la verdad es que, firme en sus trece al negar carácter constitucional a la ley orgánica, añadía a lo que he ido citando lo siguiente: «Cuando la Constitución dice ley orgánica *especial*, esto se refiere más bien a su naturaleza interna que a su categoría formal.» Luego si trasladamos a la ley constitucional el binomio formal-material, ley constitucional en sentido formal será la aprobada con unos determinados requisitos, la que no se puede modificar o suprimir por Cortes ordinarias, etc. Pero con todo esto no estamos diciendo absolutamente nada de lo que sea *per se*, de lo que sea por dentro, «internamente», como escribía Pérez Serrano, una ley constitucional. Y añadía nuestro maestro: «El Tribunal de Garantías es una pieza constitucional del máximo relieve... [Luego] su ley orgánica, pese a no tener la consideración estricta [¿o digamos, formal?] de una ley constitucional, por su índole, por su materia —por la materia que norma— tendrá un valor más alto que las simples y habituales leyes ordinarias.»

Pero entonces, ¿por qué no dar un paso más y decir que el Tribunal de Garantías era sí una pieza del máximo relieve, pero una pieza incompleta, y que la ley orgánica y especial que la completaba, votada por las propias Cortes Constituyentes por exigencia constitucional, no sería consti-

tucional formalmente (en cuanto no la llamaba así la Constitución, aunque sí especial y, por tanto, no ordinaria), pero sí materialmente. En seguida se verá adónde quiero ir a parar: a lo que es la meta de esta divagación. Antes quisiera apuntar un hecho curioso en la historia parlamentaria de la II República. Ello fue que al discutirse el proyecto y votarse la ley orgánica, se cambiaron en este punto los papeles. Quienes defendieron con más ardor el carácter constitucional de la ley fueron los representantes calificados de la oposición, esto es, los que o no habían dado su voto a la obra legislativa de la República o no querían ya solidarizarse con ella. Y eran voces autorizadas de los bancos del Gobierno, que presentaba el proyecto, las que negaban a la ley tal carácter.

Tratándose de una ley cuya constitucionalidad material misma se puso en tela de juicio desde el momento mismo que se discutía, parece que las cosas tenían que haber sucedido al revés.

Había diversas razones para sostener que la ley orgánica del Tribunal llamado a controlar la constitucionalidad de las leyes no se atenia ella misma a la Constitución. Al redactar el anteproyecto, la sección de la Comisión jurídica asesora, presidida precisamente por Pérez Serrano, mostró una ponderada tendencia hacia una «tecnificación». Quedaba naturalmente sin tocar, porque no podía tocarse, la composición del órgano. Respecto a la legitimación, se apuntaba el deslizamiento de que ya hemos hablado. Pero la tendencia a escapar del modelo austríaco de nulidad normativa *erga omnes* para ir a un supuesto modelo americano, cambiando el recurso de inconstitucionalidad en excepción o cuestión prejudicial, limitando la legitimación al agraviado y dejando el efecto de la inconstitucionalidad material reducido al caso concreto, todo eso culminó en el Parlamento. Salvo algunas voces aisladas que se hicieron oír, ni la oposición ni el Gobierno tenían interés en ajustarse estrictamente a lo que establecía el texto constitucional, sobre todo en materia de legitimación.

Lo que hizo, en cambio, estallar la discordia fue la Disposición final que consiguió introducir el Gobierno. Se trataba, en efecto, de una bomba. Esa Disposición final excluía del recurso toda la legislación anterior, dejándolo abierto sólo para las leyes que se votaran con posterioridad. Consecuentemente, toda la obra de las Constituyentes —que el Gobierno declaraba haberse dado más prisa en acometer, relegando la propia ley orgánica— quedaba así exenta del control cuya extensión y efectos regulaba esa misma ley orgánica. Estalló la bomba, digo, y nadie, o casi nadie, se preocupó de discutir si estaba bien o mal que el control de la constitucionalidad jugase sólo respecto de los preceptos propiamente dichos de la Constitución y no respecto de sus principios; ni de que cualquier persona no direc-

tamente agraviada se hubiera quedado sin el recurso; ni de que éste, para el agraviado mismo, se viese convertido en una excepción prejudicial deferida en el procedimiento correspondiente al Tribunal de Garantías; ni de que la inconstitucionalidad material de una ley, a diferencia de la formal, quedase reducida de nulidad normativa a mera inaplicabilidad en el caso concreto; ni, en fin, de si los demás efectos de la sentencia se ajustaban o no a la Constitución, porque la Constitución no decía nada de ellos, ni la ley orgánica tampoco.

Como nadie se preocupó de nada de eso (salvo, cuando surgió el caso, de tales efectos no regulados), cifámonos a la Disposición final.

Decía así literalmente:

«Quedan exceptuados 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.»

Henos aquí metidos en un círculo vicioso, de naturaleza lógico-jurídica, que pocas veces se habrá podido aislar de forma tan neta. ¿Podía atacarse por inconstitucionalidad ese texto? De hecho, se le hizo objeto de impugnación ante el Tribunal de Garantías en un recurso que luego examinaré, y veremos con qué habilidad —y yo pienso, con qué acierto— el Tribunal resolvió el caso.

El círculo vicioso consistía en que para articular y fundar el recurso contra una u otra disposición de la ley especial orgánica, había que basarse en ella misma. Como cualquier otra ley orgánica y procesal, ésta, la del Tribunal de Garantías, no contenía la premisa mayor del juicio de fondo, que estaba en los preceptos —y no en los principios— de la propia Constitución. La materia reglada por la ley orgánica era otra, a saber: los límites —la extensión— y la legitimación del recurso, en suma, las condiciones de su admisibilidad, así como los efectos del fallo. Cabía decir —y por supuesto se dijo— que la Disposición final, al excluir del recurso toda una etapa legislativa en bloque, vulneraba el espíritu de la Constitución, que no era otro que someter a control todas las leyes sin distinción. Pero aquí de nuevo se nos cierra el círculo, ya que la propia ley orgánica, al trazar, por mandato de la Constitución, la extensión del recurso, había empezado por excluir los principios, dejando sólo los preceptos.

Fijémonos en que la Disposición final, con habilidad (habilidad que le faltó en cambio al redactor en el último inciso, como veremos luego), dice: «... el recurso de inconstitucionalidad *derivado de esta ley.*» Y, en efecto,

no había recurso de inconstitucionalidad que pudiera articularse y abrirse camino sino en virtud de la ley orgánica misma. Se podía aún razonar: «Pero la Disposición final sólo forma parte de esta ley como un añadido, como una adición externa a ella, de tal suerte que suprimida queda el texto legal intacto.» Esto es verdad, pero ¿cómo hacer valer la inconstitucionalidad de esa Disposición aisladamente, si el recurso sólo lo tenía el agraviado por la aplicación de una ley, y esa Disposición final, por sí misma, directamente, no agraviaba a nadie ni podía ser objeto de aplicación lesiva por ningún otro tribunal o autoridad administrativa? Porque su destinatario *exclusivo* era el propio Tribunal de Garantías.

La única posibilidad consistía en denunciar su inconstitucionalidad pre-judicialmente, al recurrir de la inconstitucionalidad lesiva de una ley anterior a la orgánica. Esto es lo que en efecto intentó ante el Tribunal el Duque de Fernán-Núñez, en el recurso a que me refería antes, como camino necesario para poder hacer valer la inconstitucionalidad de ciertas normas de la Ley de Reforma Agraria pretendidamente contrarias al artículo 25 de la Constitución.

El problema de atacar una ley con fundamento en la ley misma, se asemeja mucho a esas paradojas lógicas que desde los sofistas griegos de los siglos VII y VI antes de Cristo se ofrecen como divertimientos sin solución. Se trata siempre de lo siguiente: partiendo de una proposición dada, se llega por deducción lógica impecable a otra proposición contradictoria de la proposición primera. Recordemos alguno de los más populares de esos juegos de escuela. Por ejemplo, la aseveración de que todos los cretenses mienten, hecha por un cretense. O la divertida y un poco más complicada historia de Protágoras y su discípulo, que ya he traído yo otra vez a cuento a propósito de las teorías de la cosa juzgada. O, sencillamente, la paradoja que se encierra en la frase corriente, que todos decimos, «no hay regla sin excepción». Pues esa proposición también es, en sí misma, una regla, y consecuentemente, según lo que ella afirma, tiene que tener excepción; luego hay reglas sin excepción.

No se piense que me estoy escapando de nuestro problema de Derecho Constitucional. Al contrario, estoy acercándome tanto a él, que en seguida nos vamos a encontrar en la circunstancia histórica concreta: en el año de 1935, en aquel palacete de la calle de San Bernardo donde se alojaba el Tribunal, y con el recurso del señor Duque de Fernán-Núñez ante nosotros.

En esos divertimientos paradójicos se trata siempre de proposiciones sobre todos los miembros de una cierta clase de cosas u objetos (los cretenses, las reglas), de tal manera que, o las proposiciones o las cosas a que las proposiciones se refieren son, a su vez, miembros de esa clase. En el ejem-

plo de los cretenses, el que lo dice es él mismo un cretense. En el ejemplo «no hay regla sin excepción», la proposición es a su vez una regla.

Bertrand Russell propuso a principios de este siglo una solución para escapar del círculo vicioso en que esas paradojas nos encierran. Pienso que es muy útil tener en cuenta esa solución, que se resume en pocas palabras, para el problema jurídico-constitucional que tenemos planteado.

El argumento de Russell consiste en lo siguiente: Todas esas entidades lógicas que nos parecen semejantes —decía— no pertenecen al mismo tipo, sino que se ordenan en una escala jerárquica de tipos radicalmente diferentes entre sí; y, en especial, aquello que comprende todos los objetos de una misma clase no es del mismo tipo que los objetos mismos. Así, en «no hay regla sin excepción» se trata indudablemente de una regla, pero no del mismo tipo que aquellas de las que se predica que tienen excepción, las cuales son reglas sobre cosas, mientras «no hay regla sin excepción» es una regla sobre reglas. Con lo cual el encadenamiento lógico falla y nos escapamos del círculo vicioso.

En ese argumento de Russell hasta hay algo que suena como aquella teoría de la graduación jerárquica de Kelsen, el padre de la criatura.

Cualquier juicio político que nos merezca la Disposición final de la ley orgánica del año 1933, es incuestionable que no era, igual que toda la ley orgánica a que pertenecía, una ley sobre cosas, sobre contenidos reales de la vida social —el comercio, la tenencia de tierras, el matrimonio, el orden público—, sino una ley sobre leyes, y consecuentemente, por la materia que reglaba, era, materialmente, una ley constitucional o integrada en la Constitución. Y ofreciendo ella, y ella sola, el modo de impugnar las otras leyes, técnicamente se excluía impugnarla a ella con las armas que ofrecía respecto de cualquier otra ley.

El tema vino, como he dicho, al Tribunal. El caso está perfectamente descrito en el trabajo de Tomás Villarroya. Pero no estoy conforme con la crítica que hace de la resolución que se dictó y con las consecuencias que saca de ella.

Al recurrente, a quien habían agraviado al quitarle las tierras sin indemnización por su condición anterior de Grande de España —contra, según él, la norma del artículo 25 de la Constitución que prohibía privilegios fundados, entre otras cosas, en diferencias de clase— al recurrente, digo, no le interesaba nada atacar sin más la Disposición final, ni podía hacerlo, porque la ley orgánica no admitía una acción puramente declarativa de nulidad. Lo que le interesaba era que se declarase la inconstitucionalidad material de la Ley de Reforma Agraria en aquella parte que le habían aplicado a él. Y el único camino que tenía es el que usó: aducir la inconstitucionalidad

lidad de la Disposición final como prejudicial, como declaración condicional o de paso, para abrir la vía del recurso contra las normas de fecha anterior que le habían producido el agravio.

La situación paradójica se puso bien de manifiesto en el dictamen que el Consejo de Estado hubo de emitir al elevar el recurso al Tribunal. En esos dictámenes preceptivos, ni el Consejo de Estado ni, en su caso, el Tribunal Supremo, entraban, claro es, en la cuestión de fondo de la inconstitucionalidad, materia que quedaba reservada al Tribunal de Garantías. Pero sí analizaban la admisibilidad del recurso según sus requisitos legales —los fijados precisamente por la ley orgánica— que no eran sólo requisitos de forma.

Pues bien, el Consejo de Estado —y aquí está la paradoja— consideraba admisible la impugnación de la Disposición final ateniéndose estrictamente a la Disposición final. Venía a decir el dictamen: 1. La Disposición final cierra el recurso de inconstitucionalidad respecto de la legislación anterior a ella misma. 2. La ley orgánica, con su disposición final, no es anterior a ella misma. 3. Luego, *con arreglo estrictamente a lo que dispone la Disposición final*, está abierto el recurso contra la Disposición final.

No entro a discutir si en rigor tiene sentido afirmar de algo que no es anterior o posterior a sí mismo; pues los conceptos de anterioridad y posterioridad, o de contemporaneidad, son relativos, y exigen cuando menos dos términos. Dejo de lado tal cuestión y volvamos a considerar cómo estaba redactada la Disposición final. Dije antes que, para su propósito, muy hábilmente en su inciso inicial. Fue muy torpe, en cambio, en lo que seguía. Si en vez de decir «quedan exceptuadas las leyes aprobadas con anterioridad a la presente», hubiese dicho «queda abierto el recurso de inconstitucionalidad para todas las leyes que se promulguen a partir de la presente», la situación hubiera sido absolutamente la misma, tanto formal como materialmente, pero el Consejo de Estado, *con su argumento*, no hubiera podido dar dictamen favorable a la admisión del recurso a trámite.

Veamos cómo resolvió el Tribunal tan singular asunto, y haré un comentario al comentario que hace el profesor Villarroya de la resolución.

Cuando llegó el recurso al Tribunal se habían derogado ya en una parte, y cuando se falló se habían derogado en su totalidad, las normas legales de 1932 que el recurso atacaba. Y lo que es más, se habían anulado todos los efectos de la aplicación de esas normas y repuesto la situación anterior. Yo creo resueltamente (acaso me equivoque) que no hay jurisdicción constitucional en el mundo, sea con el sistema austríaco, sea con el indirecto de Norteamérica del control de la inconstitucionalidad por los tribunales ordinarios, que declare la inconstitucionalidad de una ley que ya no rige, salvo

tal vez a fin de anular los efectos que haya producido su aplicación y que perduren. El Tribunal de Garantías declaró no haber lugar al recurso por *falta de interés*, sin más. ¿Y cómo iba a entrar a pronunciarse sobre la presunta inconstitucionalidad de la Disposición final, si el interés en esa declaración sólo podía ser indirecto y reflejo, medio para el otro, el directo, que ya no existía? Me parece que el Tribunal de Garantías hizo lo que en buena técnica procedía: eludir la declaración sobre la norma condicionante al quedar excluida por adelantado la declaración condicionada. Porque excluida ésta, habrá que reconocer que cualquier pronunciamiento sobre la Disposición final hubiera trascendido por fuerza del caso concreto, entre otras razones, porque faltaba ya el caso concreto.

En la motivación de la sentencia, el Tribunal de Garantías añadía, seguramente no expresándose bien, que ningún juez aplica leyes que ya no existen. Arrancada de su contexto, la afirmación escandaliza al comentarista con razón, pues claro es que todo juez aplica siempre leyes derogadas (a los hechos y actos jurídicos ocurridos durante su vigencia), pues en otro caso daría efecto retroactivo a la ley nueva. Pero la motivación quería indicar otra cosa. Lo que no hace nunca el juez es aplicar la ley, nueva o vieja, a una situación o «supuesto de hecho» que ya no exista en el momento de la sentencia. Y recordemos que en el recurso de inconstitucionalidad la ley atacada es el supuesto de hecho y la Constitución la norma aplicable.

\* \* \*

Para terminar, muy brevemente, quiero apuntar dos notas vividas de aquella experiencia un tanto borrada por los años. La primera es que pese a la composición del Tribunal y al origen y compromisos partidistas de los más de sus miembros, al cabo de cierto tiempo prevaleció la ponderación y un gran sentido de la responsabilidad común. Vistas las cosas desde fuera, parecería que no fue así. Existen sentencias del pleno hasta con diez votos particulares (entre otras, la del asunto que he examinado). Votos particulares marcados, las más de las veces, por el tinte partidista del firmante. La grieta fue, en realidad, mucho menos profunda de lo que esto da a entender. Porque hay quien vota para que prevalezca su criterio y hay quien vota en contra de la mayoría justamente para hacer el voto particular. No siempre el que formula el voto particular desearía que la resolución no fuese la aprobada.

La composición que la Constitución dio al Tribunal de Garantías —«monstruosa» según la frase de Recasens— no impidió que de hecho prevaleciera el buen sentido. No excluiré a nadie del mérito, pero en principio

se debió al núcleo más tecnificado. Citaré a mis dos maestros de la Universidad, los profesores Beceña y Traviesas, y al profesor Ruiz del Castillo; y no quiero dejar de incluir también a don José Pedregal, una de las personas más equilibradas que he conocido.

La segunda nota es consecuencia de la primera. El Tribunal se empleó sobre todo en los recursos de amparo de las garantías individuales. En aquellos años de pasión y agitación política y de endurecimiento del poder frente a sus contradictores, la protección que dio el Tribunal a los ilegalmente agraviados no distinguió de campo. Basta hojear en la *Gaceta* las sentencias para ver quiénes son los reparados en una y otra etapa, la más larga de 1934 a 1936 y la que se abrió con las elecciones de ese último año.

La jurisdicción constitucional de la República, destinada a encauzar las querellas políticas, no se bastó, bien a nuestra costa lo sabemos, a asegurar la paz civil de España. Pieza de aquel trágico fracaso, el paso fugaz del Tribunal de Garantías Constitucionales por nuestra triste historia no deja de ser aleccionador.

