

EL DEBATE *JUSTICIA CONSTITUCIONAL-DEMOCRACIA* EN LOS PROCESOS CONSTITUYENTES DE 1931 Y 1978 (*)

ÁNGEL GARRORENA MORALES

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA, EL «FORMIDABLE PROBLEMA».—II. ANTECEDENTES: RAZONES «DEMOCRÁTICAS» DE LA EXCLUSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA ANTES DE 1931.—III. LAS TENSAS RELACIONES ENTRE DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA II REPÚBLICA: 1. *Cambios en la cultura jurídica del momento. La II República y el «tiempo» de la justicia constitucional en España.* 2. *La superación de ciertos obstáculos. Una nueva forma de entender a la Constitución y de percibir al Parlamento.* 3. *Pero subsiste la desconfianza: A) Vacilaciones en la decisión misma de incorporar la justicia constitucional al Proyecto de Constitución. B) Recelos durante el debate de algunas cuestiones tendencialmente conflictivas. C) Sobre las causas de tal desafecto.* 4. *En resumidas cuentas: en esta democracia representativa, a la justicia constitucional nadie la quiere.*—IV. LA PACIFICACIÓN DEL CONFLICTO *JUSTICIA CONSTITUCIONAL-DEMOCRACIA* EN LOS PROCESOS DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y DE LA LOTC: 1. *Otra circunstancia. Otras razones.* 2. *Justicia constitucional y democracia, una contraposición con escaso sentido y casi nula presencia en los debates parlamentarios de 1978 y 1979: A) La cuestión durante el debate de la Constitución. B) La cuestión durante el debate de la LOTC.*—V. CONSIDERACIONES FINALES: ¿UNA TENSIÓN SUPERADA? EL «FORMIDABLE PROBLEMA» ES EL «ETERNO PROBLEMA».

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA, EL «FORMIDABLE PROBLEMA»

Lleva razón Mauro Cappelletti cuando afirma que la lógica utilizada por el juez Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison* es impecable (nadie duda que

(*) Ponencia presentada en las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 21 y 22 de octubre de 2010.

si la Constitución es la «norma superior» del ordenamiento jurídico los jueces no deben aplicar una norma inferior que la contradiga), pero que la traslación de esta teoría a la práctica suscita problemas muy graves, todos los cuales, en el fondo, giran en torno a uno esencial y último que se convierte así en el «*formidable problema*» de la justicia constitucional. Ese problema no es otro que el que se deriva del hecho de que, con la aceptación del planteamiento anterior, unos individuos relativamente exentos de responsabilidad y sin una «*legitimidad democrática*» clara, o por lo menos nunca tan clara como la del Parlamento, adquieran la capacidad —el poder— de anular la obra del legislador, éste sí democráticamente elegido, pudiendo llegar incluso a sustituir con su propia jerarquía de valores, y quién sabe si con sus predilecciones personales, la voluntad de aquél (1). Dicho de forma más breve, el «*formidable problema*» de la justicia constitucional no es otro que su tensión con la democracia. Una tensión que es además constitutiva de este instituto, porque aceptar —como debe ser— que en todo régimen verdaderamente constitucional ha de existir un juez sobre la ley es afirmar a la vez que en nuestras democracias los poderes democráticamente constituidos, y, por lo tanto, la clase política que los habita, no tienen la última palabra. La última palabra la tiene la Constitución, lo que, a los efectos que aquí interesan, significa que la tiene —salvo reforma constitucional que lo evite, en su caso— el juez al que corresponde decir qué es lo que dice la Constitución.

Como quiera que las páginas que siguen intentan dar cuenta del debate habido sobre esta tensión *justicia constitucional-democracia* durante los procesos constituyentes de nuestra II República y de la actual Constitución española de 1978, y sabido además de que éste es un tema que cuenta con mucha historia y con una prestigiosísima literatura detrás, se entenderá que, antes de entrar de lleno en su tratamiento, desee dejar trazada una mínima rejilla teórica sobre la que poder apoyar mi trabajo cuando, como es mi compromiso, pase a analizar enseguida la referencia de ese secular debate a la experiencia constitucional española.

(1) La idea de Mauro CAPPELLETTI («El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980) no es, por lo demás, sino una observación recurrente sobre el tema que nos ocupa —tal vez la más recurrente de todas— desde la fundación misma de la justicia constitucional (recordemos que HAMILTON, en el LXXVIII de «El Federalista», ya tuvo que despejar las dudas de quienes pensaban que su introducción iba a suponer «*la superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo*») hasta nuestros días (*vid.*, por tantos otros, Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, págs. 16-17, para quien la dificultad más intensa del control judicial de la constitucionalidad en el sistema americano es que es una fuerza contra-mayoritaria y que cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional una ley tuerce la voluntad del pueblo real, ejerciendo el control no en nombre de la mayoría, sino en contra de ella).

A nuestros efectos, esa instrumental rejilla que menciono puede quedar perfectamente esbozada si convenimos que todo el debate que nos ocupa se ordena en torno a dos posiciones encontradas (defensora de la conciliabilidad de ambas categorías, la una; suspicaz respecto de tal posibilidad, la otra), y que, a su vez, el discurso cruzado de ambas actitudes se nutre de la consideración de determinados «tópicos» o lugares comunes a los que eternamente recurren una y otra, lógicamente con posiciones contrapuestas, a la hora de contrastar sus argumentos.

Para la primera, tales actitudes, juzgar a la ley es colocarse inadecuadamente por encima de ella y, por lo tanto, por encima de la voluntad de los representantes del pueblo democráticamente elegidos. Y si quienes asumen ese cometido son además los jueces, puros órganos técnicos exentos de tal respaldo popular, el problema se agudiza hasta hacer que el padecimiento de la democracia llegue a ser casi insufrible. *Sacralidad de la ley y soberanía del Parlamento* son los dos postulados matrices de los que parte esta actitud, con lo cual, si bien sus defensores no niegan que puedan existir leyes inconstitucionales, estiman que ésta es una *cuestión política* —no jurídica ni jurisdiccional— y que, en consecuencia, su corrección debe quedar confiada a un *órgano político*: al Jefe del Estado como «defensor de la Constitución» (el Lord Protector en el núm. XXV del *Instrument of Government* de Cromwell; el Presidente del Reich, en Carl Schmitt...) o, mejor aún, al propio Parlamento autor de la norma, cuya condición institucional no quedaría así en absoluto afectada (art. 372 de la Constitución de Cádiz, según veremos...).

Para la actitud contraria, en cambio, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no es en absoluto incompatible con la democracia. Antes bien, es un instrumento irrenunciable de la misma puesto que no cabe concebir una «ley democrática» contraria a la Constitución, y porque además esta institución constituye la única forma jurisdiccional eficaz de defender a la democracia de sus enemigos (2). Quienes razonan desde esta posición conside-

(2) Así lo prueba la clara relación de rechazo que existe entre justicia constitucional y dictadura. De hecho, donde la dictadura ha prosperado los mecanismos de justicia constitucional existentes han desaparecido (la abolición del Tribunal Constitucional austriaco en los años treinta del pasado siglo es un caso paradigmático), ningún sistema dictatorial se ha arriesgado a establecer un modelo sincero de control de constitucionalidad de las leyes (lo veremos sobre la propia experiencia española con las dictaduras de Primo de Rivera y de Franco), y no es una casualidad que, a la salida de las dictaduras, los nuevos regímenes suelen optar por establecer un Tribunal encargado de defender la integridad de su Constitución democrática. Para decirlo de nuevo con palabras de Cappelletti (*op. cit.*, pág. 76), lejos de existir ningún tipo de repudio entre justicia constitucional y democracia, los regímenes democráticos han encontrado en dicha justicia «*un instrumento de fundamental importancia para protegerse a sí mismos contra el retorno del mal...*».

ran, como Hamilton en el LXXVIII de *«El Federalista»*, que el hecho de que un juez inaplique una ley inconstitucional *«no supone en absoluto la superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo, sino, antes bien, la superioridad del pueblo sobre ambos poderes»* (3) o, como dice Kelsen, que donde la justicia constitucional es rechazada por antidemocrática ello sucede porque *«el órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador de Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente lo es...»*, de donde cuando *«se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador; ello se hace simplemente para disimular el deseo del poder político que se expresa en el órgano legislativo de no dejarse limitar [...] por las normas constitucionales»* (4).

Si de aquí pasamos a considerar los «tópicos» que, según dijimos, nutren desde siempre la argumentación de ambas actitudes y, por lo tanto, dan contenido al debate que nos ocupa, esos recurrentes «lugares comunes» bien podrían ser los que siguen:

Tópico uno: La aceptación o no aceptación de la justicia constitucional por la democracia guarda una clara relación con el concepto de Constitución que cada democracia maneje, de tal modo que, como advertiera Kelsen, *«una noción clara de Constitución»* (que para él *«solamente es capaz de proporcionar la teoría de la Stufenbau»*) (5) la hace necesaria y otras, en cambio, la imposibilitan. Por eso la suerte de la justicia constitucional ha sido diferente en la América del Norte, donde la Constitución fue entendida siempre como la norma suprema, superior a todos los participantes, ahí incluido el legislador, y en Europa donde —con un planteamiento muy distinto— la Constitución fue concebida tan sólo durante demasiado tiempo como la norma encargada de asegurar la superioridad de la ley, obra del Parlamento (6).

Tópico dos: La admisión o inadmisión de la justicia constitucional por la democracia, y sobre todo el modo que ésta tenga de admitirla, dependen asimismo de la concepción que en cada caso se posea de la propia democracia. Una

(3) *The Federalist Papers*, edición de Clinton Rossiter, Nueva Cork, 1961, págs. 467-468.

(4) Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 223-224.

(5) Hans KELSEN, *op. cit.*, pág. 204.

(6) Tal vez por eso escribía Edouard LABOULAYE en 1866 (*Histoire des Etats-Unis*, t. 3, París, 1866, lección 1.^a) que *«nous avons donc d'aller à l'école de l'Amérique pour apprendre qu'une constitution n'est pas une confiscation de la vie nationale au profit d'une ou de deux chambres...»*.

forma radical de entenderla en la que «*democracia*» y «*poder omnímodo de la mayoría*» se confundan convierte al control jurisdiccional de la ley en una amenaza para dicha omnipotencia difícil de soportar, mientras que una concepción abierta, plural y contrastada de la misma reclama la necesidad de un juez que resuelva desde la Constitución los lógicos litigios entre partes que ese pluralismo provoque (7).

Tópico tres: La actual transformación del Estado en Estado social ha abierto una delicada zona de fricción entre justicia constitucional y democracia que viene a unirse así a los anteriores como un nuevo «tópico» a tener en cuenta en el discurso sobre la compatibilidad entre ellas: se trata de dilucidar si el control jurisdiccional de la ley puede acabar siendo —o, a la inversa, no tiene por qué ser— un obstáculo para las decisiones más avanzadas de los Parlamentos; o, dicho de otra manera, si la justicia constitucional puede ser o no un impedimento para esa nueva forma de existir de la democracia que es la *democracia social*.

Tópico cuatro: Es también un «lugar común» de este debate el aprecio —o la falta de aprecio— de quien lo aborda por la judicatura; de hecho, de ello depende que las partes en diálogo acepten confiar en sus miembros como eficaces controladores de la constitucionalidad de la ley o, por contra, terminen hablando del «gobierno de los jueces».

Tópico cinco: Sobre la base ya del efectivo funcionamiento de un sistema de justicia constitucional, otra de las piezas clave del debate sobre su compatibilidad con la democracia pasa a serlo el mayor o menor activismo que el juez de la constitucionalidad acabe por desplegar en el desempeño de su función; baste advertir que —sin negarle a aquél el lógico margen de movimiento que necesita— toda expansión de esta actitud activista suya que mencionamos incrementa los riesgos de invasión del espacio reservado a la legítima libertad de configuración del legislador y, por lo tanto, tensa la cuerda de las ya de por sí delicadas relaciones entre justicia constitucional y democracia.

Tópico seis: Muy conectado a lo anterior, pero sin confundirse con ello, está el dilema sobre la mayor o menor amplitud del parámetro desde el cual debamos

(7) De nuevo KELEN, *op. cit.*, págs. 252-253: «*si se considera que la esencia de la democracia se halla no en la omnipotencia de la mayoría sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría [...] la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea*». Para la correlación concepto de *democracia-justicia constitucional* en nuestra experiencia histórica, *vid.* Francisco RUBIO LLORENTE, «Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83, pág. 33. Por su parte, la obra de Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997, es una revisión exhaustiva de la relación que existe entre ambas categorías, planteada desde la óptica de la dignidad democrática de la ley y de la presunción de su constitucionalidad.

admitir que la ley sea juzgada. Es así porque mientras más inequívocamente esté situado ese parámetro en el terreno de las normas constitucionales configuradas como reglas, el juicio de constitucionalidad se adecuará mejor al patrón de un estricto enjuiciamiento en Derecho y el padecimiento de la democracia será menor, sin embargo, conforme nos desplazamos en el sentido del enjuiciamiento desde principios, valores o ideales inevitablemente abstractos la decisión del juez de la constitucionalidad se irá convirtiendo en una causa de desazón cada vez mayor y menos justificada para el legislador, pudiendo llegar a hacer de la autoridad del Tribunal, como dijera Kelsen, «*un poder sencillamente insoportable*» (8).

Tópico siete: Lo es la singular condición de la ley sometida a control cuando sucede que dicha ley ha sido aprobada por los propios ciudadanos en referéndum. Por supuesto, nada impide que tal norma contenga disposiciones contrarias a la Constitución, pero en este caso las luces rojas que indican riesgo para la democracia se encienden con especial severidad si, finalmente, el juez constitucional es requerido para pronunciarse sobre ella.

Tópico ocho: En el caso de que demos por cierto lo que decía Pérez Serrano cuando indicaba que, si bien todo sistema de revisión de la constitucionalidad supone una desconfianza frente al legislador, en el modelo austríaco parece que esa tensión se personaliza aún más porque «*el choque, por así decirlo, adquiere corporeidad en dos órganos situados frente a frente: el Parlamento, de un lado, el Tribunal... de otro*» (9), entonces tendríamos que convenir que la opción por un concreto modelo de justicia constitucional —y aun la distinta forma e intensidad con la que se realice dicha opción— constituye otro de los elementos de la polémica sobre la manera y grado en que el control jurisdiccional de la legalidad afecta a la democracia.

Tópico nueve: En fin, sin que haya que insistir mucho sobre ello, está claro que la forma de designación de los miembros del Tribunal Constitucional —cuando la jurisdicción concentrada sea el modelo elegido— será siempre un contenido pertinaz de la controversia sobre las relaciones entre democracia

(8) La oposición de Kelsen a la posibilidad de juzgar desde principios y aun de incluirlos en los textos constitucionales, es conocida. *Vid.* Hans KELSEN, *op. cit.*, págs. 239-242, donde, entre otras cosas, dice que «*esas fórmulas pueden jugar un papel muy peligroso precisamente en el terreno de la justicia constitucional*» (donde) «*no es imposible que un tribunal constitucional anule a una ley por el solo motivo de entender que es injusta*». «*Va de suyo —añade— que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia u otra semejante, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento del simple deseo de un colegio compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político, como es el tribunal constitucional*».

(9) Nicolás PÉREZ SERRANO, «El proyecto del Tribunal de Garantías Constitucionales y el recurso de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, 1933, págs. 8-9.

y justicia constitucional. Por resumir lo irresumible, para unos la designación desde el Parlamento u otras instancias con legitimidad democrática propia será la fórmula que consiga hacer del propio Tribunal un órgano con respaldo democrático; para otros, en cambio, esa forma de designación supondrá una intromisión dudosamente aceptable de la clase política en la formación del órgano que precisamente debe juzgar sus actos.

De todos estos «lugares comunes» se nutre, pues, el debate sobre la tensión que habitualmente admitimos que existe entre control judicial de la ley y democracia. Así es en todas partes. Y nuestro país no es una excepción, lo que nos permite pasar a comprobarlo.

II. ANTECEDENTES: RAZONES «DEMOCRÁTICAS» DE LA EXCLUSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA ANTES DE 1931

La tensión entre soberanía del Parlamento y control judicial de la ley es entre nosotros muy anterior a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales por la Constitución de 1931. Más aún, es la causa por la cual, durante décadas, fue imposible pensar siquiera en tal tipo de control. Cuantas veces se planteó el tema hasta esa fecha fue tan sólo para afirmar la incoherencia que hubiera supuesto su admisión en un sistema basado en la supremacía política del Parlamento o —como se mantuvo durante las largas etapas moderadas, sin que ello facilitara para nada las cosas— en la supremacía del Parlamento con el Rey (10).

Así encarado el problema, la posibilidad de que la ley parlamentaria contradijera a la Constitución existía, pero su revisión sólo podía corresponder a un órgano político y fundamentalmente al propio Parlamento (11), con lo cual la respuesta sempiterna al riesgo de ese conflicto fue siempre la misma: el cierre de filas de la clase política, parapetada tras su condición de poder democrático, contra todo intento de controlar jurisdiccionalmente su obra.

(10) Como ha explicado Pablo PÉREZ TREMPs, durante este largo tiempo «no cabe pensar en el control ni del legislador progresista omnipotente ni del moderado, que comparte la función de creación de normas con el Monarca; en uno y otro caso existe la barrera infranqueable del Rey o de la voluntad popular para controlar la ley». Vid. su obra *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, pág. 69.

(11) Dando cuenta de tal estado de cosas, el *Dictamen de la Comisión encargada de presentar el Proyecto de Constitución de 1869* diría en su día, bien que sin extraer de ello las necesarias conclusiones, que «... durante mucho tiempo se ha podido creer... que las Cortes, como representación del pueblo, eran las únicas a quienes tocaba velar por la conservación del derecho y por el mantenimiento de la libertad». Vid. *Diario de las Cortes Constituyentes de 1869*, núm. 37, apéndice.

Las Cortes de Cádiz así lo entendieron. De ahí que la Constitución de 1812, tras aceptar la existencia de posibles «*infracciones de la Constitución*», hiciera una explícita apelación a la democracia (al *demos* y a su representación en Parlamento) como único agente de la facultad de corregirlas. Para ello, en una triple secuencia llena de sentido, confió su corrección a los propios ciudadanos (art. 373: «*todo español tiene el derecho a representar a las Cortes o al Rey*» sobre tales quiebras de la constitucionalidad), a la Diputación Permanente de las Cortes (art. 160, según el cual a ella le corresponde «*velar por la observancia de la Constitución*»), dando «*cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado*») y a las Cortes mismas (art. 372, cuyo texto le encomienda revisar en sus primeras sesiones «*las infracciones de la Constitución que se les hubieran hecho presentes, para poner el conveniente remedio*»).

Tras la caída de Isabel II, la cuestión del posible control judicial de las leyes tan sólo surgió de manera fugaz, y sin consecuencias, durante el debate del Proyecto de Constitución de 1869. Aparte de la intervención en la que Díez Quintero se preguntaba, al hilo de otros temas, si «... *ha establecido la Constitución alguna sanción para el caso en que por alguna ley o por alguna autoridad (se) quebrantase algún artículo constitucional*», fue Figueras quien, desde la minoría republicana, introdujo el tema en el debate al interpelar a la mayoría autora del Proyecto sobre su coherencia: «¿*dónde está —diría— la consecuencia del partido progresista? Toda vez que el poder judicial no puede desobedecer, según vosotros, las leyes que sean atentatorias a la Constitución [...]; toda vez que no puede [...] negarse a aplicarlas ¿dónde está la garantía de los ciudadanos?*». «*Habéis llamado en la Constitución a la magistratura poder judicial, sin duda por una irrisión —añadió—, porque no es poder el que no tiene el derecho de decir: esta ley es contraria a la Constitución; esta ley es contraria a los derechos individuales: yo no cumplo, yo no obedezco esta ley*» (12). No obstante, ni el Diario de Sesiones recoge respuesta oficial alguna a tales requerimientos ni parece que el resto de la clase política presente en el debate la considerase necesaria. Sólo Balaguer sugirió encomendar a una Diputación Permanente de las Cortes el cuidado de velar por la observancia de la Constitución (de nuevo, el control de constitucionalidad confiado al propio Parlamento, como en Cádiz) (13), lo que demuestra que, incluso en estos momentos más avanzados, se seguía pensando que la democracia tenía sus propios recursos y que cualquier

(12) La intervención de Figueras se ubica en aquella parte de su discurso dedicada a censurar la escasa consideración en la que el citado Proyecto de Constitución —«*un proyecto jorobado*», dijo— parece tener al poder judicial. *Diario de las Cortes Constituyentes de 1869*, núm. 42, sesión del martes, 6 de abril, pág. 873.

(13) *Diario de las Cortes Constituyentes de 1869*, núm. 43, apéndice.

solución sustraída al control directo de la clase política no debía ser ni siquiera explorada.

Con la elaboración del Proyecto de Constitución Federal de la I República de 1873 parecería que nuestro constitucionalismo —nuestra democracia, por tanto— se abría por fin al instituto de la justicia constitucional. Y en no pequeña medida así fue, ya que el artículo 77 de dicho Proyecto decía 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*»; modelo americano, por tanto, levemente corregido. Sin embargo, no deja de ser más cierto que cuando decimos esto generamos una apariencia de conciliación por fin conseguida entre democracia y control jurisdiccional de la ley —y, por lo tanto, de superación de la tradicional desconfianza de la clase política hacia dicho control— que no es del todo exacta. Basta leer el artículo 70 de ese Proyecto —mucho menos citado— para percibir que la fórmula preferida por la clase parlamentaria en aquel momento seguía siendo el control político, aquí, significativamente concebido como medio o forma de no tener que llegar al control jurisdiccional. Según su tenor, que habilita un sistema de fiscalización previa a cargo del Senado y, en su caso, del Presidente de la República, ambas intervenciones resueltas como una especie de veto suspensivo: «*corresponde al Senado exclusivamente examinar si las leyes del Congreso desconocen [...] el Código fundamental*», pudiendo suspender su promulgación durante el año en curso tras analizar la cuestión en una comisión mixta Congreso-Senado; pasado ese tiempo, si el Congreso reprodujera la ley al año siguiente y el Presidente de la República pusiera objeciones a su promulgación, el Senado podría volver a suspender su entrada en vigor por otro año más. Y si finalmente el Congreso insistiera en reproducir la aprobación de la ley por tercer año ésta debería ser promulgada sin posterior objeción. Toda una prevalencia del *principio democrático* sobre el *principio de jurisdiccionalidad* que se cierra con un último y significativo párrafo cuyo texto afirma que «*sin embargo, al Poder judicial, representado por el Tribunal Supremo de la Federación, le queda la facultad de declarar en su aplicación si la ley es o no constitucional*». Parece, pues, que este «*sin embargo*» y este «*al Tribunal Supremo le queda...*» dejen bastante claras las cosas: puede que haya que llegar hasta ahí, pero todavía en el Proyecto federal de 1873 para la clase política se trata de evitar tener que llegar a ese recurso último que para ella sigue siendo el control jurisdiccional de la obra del legislador (14).

(14) Vid. Santiago A. ROURA GÓMEZ, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, 1998, págs. 185 y sigs. También Isabel CASANOVA AGUILAR, *Las Constituciones no promulgadas de 1856 y 1873*, Madrid, 2008, págs. 262 y sigs.

Si a ello añadimos, en fin, que el último contacto de la experiencia constitucional española con la justicia constitucional antes de 1931 fue el intento de la Dictadura de Primo de Rivera de pervertir tal instituto al pretender atraerlo —reducido a pura apariencia— a un imposible contexto no democrático (*vid.* el Título XI del Proyecto constitucional de 1929, en el que se atribuía la condición de Tribunal Constitucional a la Sección de Justicia del Consejo del Reino, especie de «*aula regia*» o «*Cámara privada*» (15) sometida a los criterios del dictador), la conclusión es clara: la historia de las relaciones entre justicia constitucional y democracia en nuestro país, desde 1808 hasta 1931, es tan sólo la historia de un desafortunado, pero epocalmente entendible, desencuentro.

III. LAS TENSAS RELACIONES ENTRE DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA II REPÚBLICA

1. *Cambios en la cultura jurídica del momento. La II República y el «tiempo» de la justicia constitucional en España*

La proclamación de la II República supuso cambios sensibles en todos los ámbitos de la vida pública española. Y, entre ellos, significó el final de aquella larga tradición «liberal» que había venido sosteniendo sin fisuras la incompatibilidad del control jurisdiccional de las leyes con la soberanía del Parlamento. Ahora, sin embargo, las circunstancias eran otras dentro y fuera de nuestras fronteras, y ello facilitó que pidiera hacerse un planteamiento distinto de dicha cuestión.

Fuera de nuestras fronteras, desde 1920 existían en determinados lugares de Europa Tribunales habilitados para juzgar a la ley (Austria, Checoslovaquia, Suiza con su singularidad, Alemania como tentativa...) que probaban con hechos la posibilidad de transitar a una nueva forma de entender las relaciones entre democracia y justicia constitucional, al tiempo que en la doctrina estaba abierta sobre dicho objeto uno de los más apasionantes debates (Kelsen, Weyr, Einsenmann, Wittmayer, Schmitt, Congresos de Profesores

(15) La expresión es de Javier ELOLA en «Justicia Constitucional», *Revista de los Tribunales*, núm. 1, 1931, págs. 3-4, cit. por Martín BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Madrid, 1981, pág. 12. Por lo demás, Javier Elola fue autor en 1928 de un *Proyecto de Tribunal de Justicia Constitucional* presentado durante la Dictadura a la Junta de Reorganización de la Justicia al que el propio autor llama «*audacia loca de mi pobre ilusión democrática...*». *Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la II República*, núm. 342, de 23 de mayo de 1933, pág. 312.

Alemanes de Derecho Público...) que haya mantenido jamás la iuspublicística europea.

Dentro de nuestro país, a su vez, las condiciones también eran nuevas. Acabábamos de salir de una dictadura, lo que facilitaba el mirar a la justicia constitucional —a la defensa de la Constitución— como un medio adecuado para «*echar las bases de un nuevo Estado y —según dijera Recasens Siches en aquellas Cortes Constituyentes— garantizar que sea imposible una vuelta a los vicios, a las corruptelas y a las violaciones que afectaron al sistema político anterior*» (16). Además, las experiencias comparadas y las aportaciones doctrinales que arriba mencionamos eran perfectamente conocidas por nuestros juristas y por nuestros políticos, como bien lo prueba la referencia constante que hicieron a ellas durante el debate de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (17). E incluso el estado general de conciencia de la sociedad española sobre la necesidad de este instituto era tal que, aun antes de la llegada de la II República, ya existían en nuestro país publicaciones y proyectos que contenían propuestas sobre el posible modelo de justicia constitucional a adoptar en España (Alvarado, Elola, Vicente de Roig, Adolfo Posada...) (18).

En estas condiciones, pues, es entendible que nuestra historia política cambiara de orientación respecto del tema que venimos analizando y que las viejas reticencias del legislador democrático frente al control jurisdiccional de su obra cedieran, en principio, para permitir que nuestro Derecho público se adecuara a los nuevos planteamientos de la cultura jurídica europea. De ahí que, después

(16) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, núm. 343, sesión de 24 de mayo de 1933, pág. 13045.

(17) *Vid.*, por ejemplo, los discursos de Elola y de Jiménez de Asúa en el debate de totalidad de la LOTGC, en los que aparecen considerados desde las tempranas propuestas de Jellinek sobre la justicia constitucional hasta los trabajos de Kelsen, Merkl, Wittmayer, Eisenmann o Schmitt sobre el tema, pasando por las intervenciones de Triepel, Dohna o Anschütz en el XXXIII y en el XXXIV Congresos de Juristas Alemanes. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núms. 340 y 342, de 18 y de 23 de mayo de 1933, para el largo discurso de Elola, y núm. 345, de 26 de mayo, para la intervención de Jiménez de Asúa.

(18) Las referencias del texto se hacen a Jorge A. ALVARADO, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920, con carta-prólogo de F. Clemente de Diego, favorable a la introducción en España del control de constitucionalidad por vía incidental. Al Proyecto de *Tribunal de Justicia Constitucional* de Elola al que ya nos hemos referido en una nota anterior, al hablar de la Dictadura de Primo de Rivera. A Vicente DE ROIG IBÁÑEZ, *La Constitución que precisa España*, Madrid, 1929, págs. 236 y sigs., donde el autor propone un Tribunal Constitucional integrado a la vez por expertos en Derecho y por políticos. Y a Adolfo POSADA, Base XXIII de sus «*Bases para la Constitución política de España*», en el Apéndice a *La reforma constitucional*, Madrid, 1931.

de que el artículo 1 de la Constitución de 1931 dijera que «*España es una República democrática...*» y su artículo 51 continuara indicando que «*la potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes...*» (lo que no es sino una ratificación inequívoca de la condición democrática de la ley), el artículo 121 de la nueva Constitución no tuviera inconveniente en añadir que «*se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de [...] el recurso de inconstitucionalidad de las leyes*».

2. *La superación de ciertos obstáculos. Una nueva forma de entender a la Constitución y de percibir al Parlamento*

Ayudó a alcanzar este punto de pacificación el que algunos de aquellos tópicos sobre los que, según dijimos, suele pivotar el debate relativo a la compatibilidad entre intereses de la democracia y aspiración a asegurar el imprescindible control de la constitucionalidad de la ley pudieran ser abordados ahora sobre patrones nuevos.

a) Eso es lo que sucedió, desde luego, por lo que respecta al concepto de Constitución. Si se leen de manera intencionada los debates parlamentarios habidos para elaborar la Constitución y, tras ello, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), se advertirá de inmediato que los constituyentes tuvieron una clara conciencia de la necesidad de manejar un concepto renovado y distinto de Constitución para poder fundamentar sobre él de forma adecuada la sumisión de los poderes democráticos al juez de la constitucionalidad. El decimonónico concepto liberal de Constitución, que la entendía como máxima expresión de la voluntad popular, pese a ser ideológicamente imprescindible, no había ayudado en nada a someter a la ley —también expresión de esa misma voluntad— al control de los jueces. Era preciso, por tanto, poner en juego —a su lado— otra concepción distinta, técnica y no sólo política, de la Norma Fundamental. Una concepción formal-normativa que además en este momento estaba ya disponible en la cultura jurídica de Occidente por obra de Kelsen y de su doctrina del Derecho por grados. Por eso, entre tantas otras referencias habidas entonces a tal concepción, cabe recordar que, durante el debate de la Constitución, Royo Villanova apeló como principal apoyo en defensa de la justicia constitucional al argumento de que «... *la relación entre una ley y la Constitución es la misma que entre un reglamento y la ley, entre un acto de ejecución y la sentencia, por esa jerarquía normativa que ha explicado y desenvuelto Kelsen (sic) en la doctrina vienesa...*». Y, algo después, durante la

elaboración parlamentaria de la LOTGC, fue Recasens Siches quien recordó a la Cámara que para resolver bien el problema de la justicia constitucional había que «... *traer a colación las modernas teorías sobre la arquitectura jerárquica del orden jurídico*» para las cuales «... *dentro de un sistema de derecho positivo sus diferentes normas y preceptos valen en la medida en que pueden ser referidos unitariamente a una norma que concede y da validez a todas las demás y que funciona como base o fundamento del sistema entero*», de donde, en el criterio de tal doctrina, toda norma «... *es Derecho y vale en la medida en que se apoya en la norma básica o fundamental del sistema jurídico, en la Constitución...*», algo que evidentemente reclama la existencia de un órgano llamado a decidir con criterios jurídicos sobre dicha referencia, esto es, sobre su constitucionalidad (19).

b) Y desde una perspectiva distinta, pero complementaria, eso es también lo que ocurrió con el primero y principal de los tópicos que durante el siglo y medio anterior había bloqueado la posibilidad misma de resolver el problema, esto es, con el convencimiento de que poner el control de la constitucionalidad de la ley en manos de un órgano distinto del propio Parlamento era una forma inaceptable de atentar contra la superioridad de éste como representación institucional del pueblo mismo y, por lo tanto, contra la dignidad democrática de la ley. Ahora (sin dejar de admitir, como hiciera Pérez Serrano, que «*todo sistema de revisión de constitucionalidad supone una desconfianza hacia el Legislativo*») (20), los procesos de elaboración de la Constitución de 1931 y de la LOTGC de 1933 comportaron la oportunidad de asistir por primera vez en la historia de nuestra democracia constitucional a la aceptación —hasta este momento nunca escuchada en unas Cortes Constituyentes— de que el control jurisdiccional de la ley no comportaba lesión alguna para la condición democrática del régimen.

Para llegar hasta ahí era preciso superar, como es lógico, el inconveniente dogma de la soberanía del Parlamento (del «*absolutismo parlamentario*», diría

(19) Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 76, de 18 de noviembre de 1931, pág. 2415, para la intervención de Royo Villanova, y *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 343, sesión de 24 de mayo de 1933, págs. 13047 y 13048, para el discurso de Recasens. Por lo demás, la atención de los constituyentes a esta nueva concepción formal de la Constitución se prueba igualmente, bien que *a contrario*, por el testimonio de quienes se manifestaron en contra de ella; tal es el caso del *Voto particular de Don Miguel Cuevas al Título III del Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 1 de agosto de 1932, elaborado por la Comisión Jurídica Asesora* (consultable en Martín BASSOLS, *op. cit.*, págs. 297 y sigs.), donde este diputado afirma que «... *este tan sugestivo sistema de racionalización [...], deslumbra por la belleza formal de lo jurídico, cierra los ojos ante el alma jurídico-política que todo texto de Derecho encierra...*».

(20) Nicolás PÉREZ SERRANO, «El proyecto de Tribunal...», *op. cit.*, pág. 8.

Elola) (21), y en esta línea el argumento más eficaz lo comenzó poniendo la Comisión Jurídica Asesora en la exposición de motivos que precedió al Proyecto de Constitución que, por encargo del Gobierno, dejó concluido el 6 de julio de 1931: por cierta que fuera la derivación democrática de las Cortes, puesto que éstas no son ni omnipotentes ni infalibles, «*la Comisión ha entendido muy conveniente —vino a decir— que no prevalezcan las leyes inconstitucionales*» (22). Así de sencilla era, pues, la cuestión. De ahí que Sánchez Román dijera —ahora durante el debate de la LOTGC— que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes «*... es una defensa precisa contra un peligro concreto: el peligro del abuso anticonstitucional del legislador*», lo que, lejos de ser una amenaza para la democracia, es su mejor amparo porque «*... quien vive en una democracia, vive [...] con la condición de que la norma constitucional sea como la limitación [...] de toda la actividad creadora de las mayorías parlamentarias...*» (23). Y fuera del debate parlamentario lo dejaría igualmente claro don Nicolás Pérez Serrano en un influyente trabajo suyo referido al Proyecto de LOTGC en el que, al analizar el papel que le iba a corresponder al recién creado Tribunal de Garantías, llegaría a afirmar que: «*... el Tribunal va a discutir algo que en nuestra técnica venía asistido de presunción de soberanía, y casi de santidad: la eficacia de la ley*», y ése es precisamente —añadiría— su «*nobile officium*» porque «*el Tribunal de Garantías es la Constitución misma: es la seguridad de que el texto de ésta y su espíritu no quedarán subvertidos por una Cámara equivocada*» (24), a la postre, de que esa Cámara ya no es ni soberana ni absoluta porque la Constitución está por encima de ella.

3. Pero subsiste la desconfianza

Lo anterior significa, pues, la aceptación por parte de nuestro constitucionalismo, a la altura de 1931, de una forma diferente y positiva de entender las relaciones entre el control jurisdiccional de la ley y la ultimidad hasta entonces

(21) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 340, sesión de 18 de mayo de 1933, págs. 12945-12946.

(22) *Anteproyecto de Constitución de la República Española que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora, 6 de julio de 1931*. Su texto puede verse en Santos JULIÁ, *La Constitución de 1931*, Madrid, 2009; apéndice documental, pág. 171 para la cita que aquí se hace.

(23) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 344, sesión de 25 de mayo de 1933, pág. 13097.

(24) Nicolás PÉREZ SERRANO, «El proyecto de Tribunal...», *op. cit.*, págs. 8-9.

indiscutida del Parlamento, máxima expresión institucional de la democracia. Sin embargo, por debajo de esta nueva actitud que parecería indicar el fin de la vieja tensión entre justicia constitucional y democracia representativa, y aun a veces entreverada o confundida con ella, encontramos también en los debates de la Constitución y de la LOTGC la persistencia de una no menos visible disposición de rechazo hacia el control jurisdiccional de la obra del Parlamento que, vista su intensidad, se nos convierte —más allá de la verdad oficial— en la auténtica cara de la posición de aquellas Cortes Constituyentes respecto del tema que nos ocupa. La justicia constitucional entró, pues, en nuestra historia constitucional, pero la desconfianza de la democracia —de la clase política democrática— hacia ella no desapareció. Muy al contrario, se mostró significativamente activa.

A) *Vacilaciones en la decisión misma de incorporar la justicia constitucional al Proyecto de Constitución*

Esa desconfianza se hizo patente, desde luego, en la forma nada clara en que se produjo la propia inclusión de la justicia constitucional en el texto de la Constitución. Por remontarnos al origen de los hechos, el Gobierno encomendó a la Comisión Jurídica Asesora, presidida por don Ángel Osorio, la elaboración de un Anteproyecto de Constitución de la República Española que aquella elevó al Gobierno solicitante el 6 de julio de 1931. Ese Anteproyecto contenía una opción decidida y firme a favor de la justicia constitucional ya que su texto proponía la creación de una jurisdicción constitucional habilitada para conocer no sólo del control de la constitucionalidad de la ley (25), sino también de un amplio catálogo extendido a muchas otras cuestiones. «*Se crea, con función general y soberana sobre todo el territorio nacional —decía su art. 100— una alta jurisdicción constitucional, que tendrá competencia para estatuir, definitivamente, sobre: a) La inconstitucionalidad de la leyes...*», cometido al que los apartados siguientes sumaban la resolución de los conflictos territoriales, el amparo, la responsabilidad criminal del Jefe del Estado y de otras magistraturas, y la validez de las elecciones. Sin embargo, el citado Anteproyecto no fue del agrado del Gobierno que, distante de él en muchos aspectos («*El Socialista*» de 3 de julio de 1931 se refirió al mismo como «*el engendro constitucional de*

(25) La previsión del Anteproyecto incluía tanto la posibilidad del *recurso directo* (art. 102, donde se indica qué autoridades son competentes para entablarlo) como la vía del *control indirecto* mediante consulta elevada por el órgano judicial que estuviera conociendo del caso (art. 78).

Osorio y compañía) (26), optó por abandonarlo y trasladar a las propias Cortes Constituyentes controladas por su mayoría el encargo de redactar el oportuno Proyecto de Constitución. Dicho Proyecto, elaborado por la Comisión parlamentaria creada al efecto y presidida por don Luis Jiménez de Asúa (27), no incluía ya en su versión inicial (18 de agosto de 1931) la atribución al Tribunal de Garantías Constitucionales del control de la constitucionalidad de las leyes. Lejos de ello, su artículo 117 excluyó toda mención del recurso de inconstitucionalidad y su artículo 118 vino a sustituirlo por un mal diseñado control de carácter político en el que, mientras que al Tribunal le correspondía tan sólo una mera facultad de denuncia, la decisión final sobre la adecuación o inadecuación de la *ley democrática* a la Constitución española volvía a quedar en manos del Parlamento, del Presidente de la República y, en última instancia, del pueblo mismo a través del referéndum: «*Si el Tribunal de Garantías Constitucionales —podía leerse en su texto— considera que una ley es contraria a la Constitución, la denunciará en un informe motivado al Presidente de la República, el cual la devolverá al Parlamento para que la revise. Revisada por el Parlamento, el Presidente de la República podrá confirmar el acuerdo o someter la ley a referéndum.*»

De este modo, la fiscalización jurisdiccional de la ley, pieza imprescindible de toda justicia constitucional, no estuvo en el texto del Proyecto que aquellas Cortes comenzaron a discutir ni tampoco, con toda probabilidad, en la intención del Gobierno y de buena parte de los sectores de la Cámara. Tan es así que, cuando todavía la redacción del artículo 118 era la que acabamos de ver, dos enmiendas presentadas a su texto y bastante respaldadas, de las que hablaremos después, las de los diputados Xirau y Franco, pretendieron ir más allá y lograr incluso la desaparición del Tribunal mismo (esto es, la eliminación *in integrum* de la justicia constitucional), sustituyéndolo por un Consejo Nacional o Consejo de la República con un diseño próximo al de una Segunda Cámara parlamentaria.

Cómo fue posible que, sobre estos presupuestos, el control de constitucionalidad de la ley terminara entrando en el Proyecto de Constitución es una historia realmente rocambolesca, extraña a cualquier práctica parlamentaria conocida y

(26) La inclusión del recurso de inconstitucionalidad en el Anteproyecto no fue la causa única, y ni siquiera principal, de la oposición suscitada por éste, pero sí pudo acabar influyendo. Según Santos JULIÁ, fue sobre todo la doble oposición de la Iglesia católica (en razón del tratamiento dado a ciertas cuestiones) y del Partido Socialista Obrero Español, que lo consideró retardatario y aun reaccionario en algunos extremos, lo que motivó que el Gobierno no lo hiciera suyo. *Vid. La Constitución de 1931, op. cit.*, págs. 40-42.

(27) *Proyecto de Constitución de la República Española*, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 22, de 18 de agosto de 1931, apéndice 4.º

jamás aclarada. En la sesión de 26 de noviembre de 1931, cuando ya se estaba en mitad de la discusión de las enmiendas presentadas al Título X relativo a «*Garantías y reforma de la Constitución*», el Presidente de la Cámara anunció que la Comisión autora del Proyecto había «*redactado de nuevo los artículos*» del mismo o, lo que es igual, que se venía —sin explicación alguna— a una redacción distinta de la que inicialmente propusiera el 18 de agosto. Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión, pidió la palabra para confirmar que así era. Y el Secretario de la Cámara procedió a dar lectura del «*nuevo dictamen*», según la denominación que el Presidente de las Cortes utilizó para referirse a tal documento. En su texto (28), el antes artículo 117 quedó numerado como artículo 121, su enunciado pasó además a incluir como competencia primera del Tribunal de Garantías Constitucionales «*el recurso de inconstitucionalidad de las leyes*», y aquel artículo 118 que contenía la rebuscada fórmula de control político que ya vimos desapareció sin ninguna justificación que diera cuenta de las razones de tan radical cambio de criterio (29).

Años más tarde, durante el debate de totalidad de la LOTGC de 1933, Sánchez Román quiso retomar el tema para buscar alguna aclaración a lo entonces sucedido: «*¿Qué pasó, pues —se preguntó—, para que en la Constitución apareciese de pronto suprimido el artículo 118 [...] y en su lugar se introdujese, en primera línea del artículo 121, al determinar las competencias del Tribunal de Garantías, el recurso de inconstitucionalidad de las leyes?*» A lo que él mismo se contestaría: «*Pues pasó algo que yo propiamente no estoy en condiciones de precisar, porque yo creo que lo que ocurrió entonces es que no pasó nada, a saber: que este problema no se hizo objeto de una meditación (suficiente)...*» (30), oído lo cual, Jiménez de Asúa, Presidente de aquella Comisión parlamentaria en 1931, se creyó en la necesidad de apostillar lo escuchado con su más auto-

(28) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 81, de 26 de noviembre de 1931.

(29) Para algún autor, la explicación estaría en que el día anterior Elola había presentado una enmienda en la que se daba nueva redacción a los artículos 117 a 120 del Proyecto y se proponía incluir en el artículo 117 el control de la inconstitucionalidad de las leyes. *Vid.* Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros», en *Revista de Derecho Público*, núm. 111, 1988, pág. 289. Sin embargo la enmienda de Elola fue debatida en la sesión del 26 de noviembre —la misma en la que la Comisión anunció su nuevo texto— y rechazada porque la Comisión, además de no estar de acuerdo en atribuir al Tribunal la competencia sobre conflictos, ya había aceptado, *motu proprio*, el contenido de sus propuestas. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 80, de 25 de noviembre de 1931, Apéndice 1.º, para la enmienda de Elola, y *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 81, de 26 de noviembre de 1931, para su debate y rechazo.

(30) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 344, sesión de 25 de mayo de 1933, pág. 13095.

rizado criterio: «¿Cómo surge en nuestro texto constitucional el Tribunal de Garantías? —dijo— [...] Yo quisiera en este punto dar alguna explicación a mi amigo D. Felipe Sánchez Román [...]. No debe olvidarse, en todo problema que se relacione con la Constitución, que entonces fuimos nosotros acuciados, no sólo por las gentes, sino por los propios parlamentarios, para que diéramos cima a la Constitución, que se hizo [...] en sólo veinte días. Y ahora no somos sólo nosotros, sino otros muchos, los que lo lamentan. Pues bien, en aquel momento [...], contra mi opinión personal, mis compañeros de Comisión, incluso mis propios compañeros de partido, compusieron aquel artículo a que el Sr. Sánchez Román se refería ayer, artículo en el cual el Parlamento y, en último extremo, el pueblo [...] era el único que podía enmendar la ley supuestamente inconstitucional...» (31).

Era, sencillamente, la confirmación de algo que Sánchez Román ya sospechaba desde antes y que a nosotros nos interesa sobremanera recoger: «Esto revela —había dicho en una intervención suya anterior— que el criterio político de las Cortes Constituyentes no estaba muy definido en punto tan trascendental, y que entró la institución [...] en las horas fatigosísimas de los debates finales de aquel esfuerzo parlamentario que hicieron las Constituyentes» (32). O, lo que es igual, que aquel régimen democrático (la Comisión que elaboró el Proyecto de Constitución y aun buena parte de sus compañeros de la mayoría, según le hemos oído decir a Jiménez de Asúa) no tenían nada claro ni lo que quería hacer con la justicia constitucional ni casi su compatibilidad con la democracia y aun su existencia. De ahí que no sea nada extraño el que algo parecido (de nuevo, titubeos del Gobierno frente al mejor trabajo de la Comisión Jurídica Asesora) volviera a suceder en 1933 durante la elaboración de la ley reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales (33).

(31) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 345, sesión de 26 de mayo de 1933, pág. 13114. A la cuestión se refirió, asimismo, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA en su obra *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, 1932, pág. 474; pero lo hizo tan sólo para reiterar que la Comisión acordó dar nueva redacción a los preceptos citados y suprimir el artículo 118, sin añadir a ello explicación alguna.

(32) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 344, sesión de 25 de mayo de 1933, pág. 13095.

(33) Efectivamente, durante el proceso de elaboración de la ley reguladora del Tribunal, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933, de nuevo, el Gobierno encargó a la Comisión Jurídica Asesora a mediados de 1932 la elaboración de un Anteproyecto de Ley que, redactado y debatido por su Subcomisión del Tribunal de Garantías Constitucionales presidida por don Nicolás Pérez Serrano, de quien pasa por ser obra muy directa, todavía hoy es tenido por un modelo de rigor y acierto en la forma de tratar a la justicia constitucional (su texto puede verse, según dijimos, en Martín BASSOLS, *La jurisprudencia...*, *op. cit.*, págs. 413 y sigs.). Y otra vez el Gobierno prefirió enviar a las Cortes el 23 de diciembre de dicho

B) *Recelos durante el debate de algunas cuestiones tendencialmente conflictivas*

Superadas esas vacilaciones iniciales, la desconfianza de los constituyentes respecto de la justicia constitucional volvió a hacerse presente (unas veces para ser despejada, otras no) al hilo del debate de algunos de aquellos objetos —*tópicos* los denominamos— con relación a los cuales dijimos que es habitual que su tensión con la democracia aparezca.

(i) Entre las cuestiones que hicieron aflorar tales recelos estuvo el dilema sobre la posibilidad o imposibilidad de revisar en sede jurisdiccional la constitucionalidad de las leyes aprobadas en referéndum. El tema, lógicamente, no se planteó mientras no hubo que concretar los detalles del modelo en el texto de la futura LOTGC. Pero, llegado ese momento, el artículo 26 del Proyecto correspondiente a tal norma exhibió bien a las claras la oposición inicial de aquella democracia a dicha posibilidad: «*No serán objeto del expresado recurso —decía su texto— las leyes que hayan sido aprobadas en referéndum.*» Hizo falta que, en la doctrina, Pérez Serrano aclarara las cosas puntualizando que, aunque en principio parezca que nada se puede hacer contra la voluntad del pueblo manifestada en referéndum, «*no es tan sencillo el caso*» porque «*el Cuerpo electoral no es el pueblo, aunque constituya su más autorizado órgano de expresión en ocasiones*» (34); y fue necesario asimismo que, dentro del debate parlamentario, Recasens Siches —utilizando una argumentación similar— dijera que «*... si se para mientes con alguna detención en el tema, nos daremos cuenta de que [...] el Cuerpo electoral*», cuando actúa a través del referéndum, no es la «*... expresión nuda, perfecta e ilimitada del principio democrático*», sino tan sólo un órgano más (controlable, por tanto) de la democracia (35), para que el

año un Proyecto distinto y muy corregido a la baja. La razón la dio el propio Presidente del Consejo de Ministros al presentar en Cortes el Proyecto del Gobierno: si tal Proyecto contenía severos recortes respecto del Anteproyecto elaborado por la Comisión, vino a decir, era porque el Consejo de Ministros había considerado que éste era «*sumamente difícil, extraordinariamente complicado y de consecuencias que pueden ser de gran resonancia en el funcionamiento y en la Constitución de la República*» (*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, pág. 9694). Reservas y recelos, pues, una vez más.

(34) Nicolás PÉREZ SERRANO, «El proyecto de Tribunal...», *op. cit.*, pág. 11.

(35) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 343, de 24 de mayo de 1933, págs. 13051-13052. En un párrafo posterior Recasens afirma: «*... nuestra Constitución, para la elaboración de las leyes, ha creado dos órganos con competencias delimitadas, a saber: el Parlamento y el referéndum, o sea, el Cuerpo electoral. Las leyes votadas en referéndum no son expresión directa de una democracia inmediata; son leyes sencillamente...*».

texto final de la LOTGC omitiera en su entonces artículo 28 toda referencia a las leyes adoptadas en referéndum y, por lo tanto, a su exclusión del control encomendado al Tribunal de Garantías Constitucionales.

(ii) Otro de los temas cuyo planteamiento permitió que aquella clase parlamentaria manifestara su intranquilidad por la posible existencia de fricciones entre justicia constitucional y democracia, tuvo que ver (sobre la base de la influyente lectura de la obra de Edouard Lambert) (36) con el miedo a que la actuación del juez de la constitucionalidad llegara a significar, también entre nosotros, como en EEUU, un peligro para la obra social del legislador y, por lo tanto, para la democracia en su nueva condición de *democracia social*. Durante su larga intervención en el debate de totalidad de la LOTGC ya Elola (que acreditó poseer un detallado conocimiento de la obra de Lambert) mostró esa inquietud al recordar insistentemente que en América «... cuando (se puso) *en marcha una legislación social del trabajo [...] los Tribunales de los Estados Unidos [...] se pusieron al lado de los elementos tradicionalistas, y sus decisiones constituyeron una parálisis social...*» (37). Temor que Sánchez Román (38) tuvo que contrarrestar indicando que ese «... *argumento, cuando lo trasplantamos aquí ahora, es un argumento totalmente falso. Porque [...] ese Tribunal actuaba sobre una vieja Constitución de tipo liberal, y, naturalmente, todo avance en la legislación social que se hiciera pugnaba abiertamente con la Constitución. Pero [...] con la Constitución que hemos votado, donde todos los avances de carácter social están en proyección suficiente, [...] eso no puede ocurrir aquí; al contrario, aquí lo constitucional será hacer cada día una legislación más progresiva...*».

(iii) No hubo, en cambio, igual fortuna al intentar superar otro de los motivos de desconfianza que aquella democracia hizo suyos frente a la justicia constitucional: el relativo a la amplitud del parámetro desde el cual el juez de la constitucionalidad puede declarar la inconstitucionalidad de la ley y, dentro de dicha cuestión, el que alude a la posibilidad de que ese parámetro pueda ensancharse hasta incluir el juicio desde principios y no sólo desde reglas. En este

(36) E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux Etats Unis*, Paris, 1921.

(37) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 342, de 23 de mayo de 1933, pág. 13007. Su información está tomada sin duda del capítulo VII de la obra de Lambert en el que el autor describe la introducción del *recall* de los jueces en Oregón y otros Estados, así como informa sobre la propuesta del ex presidente Theodore Roosevelt en 1911, partidaria de llegar al *recall* o revisión de las decisiones judiciales mediante voto popular, cuestiones ambas que Elola aborda en su discurso.

(38) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 344, de 25 de mayo de 1933, pág. 13096.

caso, las luces rojas se encendieron porque el artículo 32 del Anteproyecto de la LOTGC elaborado por la Comisión Jurídica Asesora en 1932 preveía que: «*Se entenderá que una ley es inconstitucional [...]: cuando infrinja o contradiga las normas o los principios consagrados en la Constitución de la República.*» Más aún, porque por ese mismo tiempo Pérez Serrano, mentor de aquel Anteproyecto, pasó a defender con lucidez en la doctrina que esta apertura a los principios constituía un notable avance técnico: aunque «*es de justicia proclamar que la amplitud excesiva en este orden puede ser peligrosa*» —llegó a decir, en implícita referencia a la conocida posición *antiprincipios* de Kelsen—, la cuestión no es ésa sino saber si «*no obstante, [...] no cabe que una ley hábilmente trazada no choque abiertamente con ningún artículo de la Constitución y falte, sin embargo, a los principios básicos de nuestra nueva Carta fundamental*» (39). En su concepto, ese riesgo existía y era el que legitimaba la arriesgada apuesta que el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora acababa de hacer a favor del control desde principios.

Es natural, pues, que la clase política intuyera la existencia aquí de una amenaza nada menor para la ley elaborada por ella y, por lo tanto, para la democracia. En consecuencia, aquella alusión al control desde principios que el artículo 32 del Anteproyecto contenía, desapareció del Proyecto de LOTGC que finalmente el Gobierno acordó remitir a las Cortes. La razón la daría Recasens Siches, decidido opositor de esta extensión del parámetro, durante el debate parlamentario: «*El Gobierno se dio cuenta, supongo —dijo— de que esta segunda parte (la que mencionaba a los principios) era algo superlativamente peligroso. Significaba, en puridad y dicho en pocas palabras, trasladar la política del ámbito parlamentario al seno del Tribunal de Garantías Constitucionales [...]. Significaba atar en lo futuro al Parlamento y al Gobierno....*», porque «*... un Tribunal de Justicia no puede nunca [...], sin poner en grave peligro la vida del Estado, decidir en la interpretación de principios políticos que han sido lanzados como vaga orientación en un texto constitucional, pero que no han plasmado en auténticos preceptos de Derecho*» (40).

(iv) Y todavía hubo una última y más grave muestra de recelo frente a la acción del juez de la constitucionalidad que este régimen democrático ni siquiera quiso disimular. Se trata del miedo a que el Tribunal de Garantías pudiera declarar inconstitucionales algunas de las leyes aprobadas por las Cortes republicanas entre 1931 y 1933, justo aquella parte de su obra que esas Cortes

(39) Nicolás PÉREZ SERRANO, «El proyecto de Tribunal...», *op. cit.*, pág. 13.

(40) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 343, de 24 de mayo de 1933, pág. 13050.

consideraban más avanzada, casi revolucionaria, y, por lo tanto, imprescindible para la implantación del nuevo sistema democrático, de donde —así— el conflicto entre justicia constitucional y democracia estaba servido.

La inconcebible y muy burda solución que aquella democracia ideó para sortear tal «peligro» consistió, sencillamente, en incorporar a la LOTGC una Disposición final cuyo texto decía que: «*Quedan exceptuadas del recurso de inconstitucionalidad [...] las leyes aprobadas por las actuales Cortes con anterioridad a la presente (ley)*». Como era de esperar, contra dicho precepto se alzaron muchas y muy fundadas voces en defensa de la coherencia del sistema de justicia constitucional que la Constitución de 1931 había establecido. El recurso de inconstitucionalidad que la Constitución prevé —dijo Recasens dentro del debate parlamentario— «... *no se ha establecido para lo futuro [...]. No tiene sentido pensar que la legislación, a partir de mediados de 1933, haya de ser constitucional y, en cambio, aquella que se haya elaborado (antes) esté exenta de todo control*» (41). Y con mayor dureza aún se expresó Legaz Lacambra en la doctrina: «... *sustraer a la competencia de aquél (del Tribunal) las leyes del período revolucionario —leemos en un atendible trabajo suyo— equivale a considerar la Constitución como un valor inferior a la revolución, y, por tanto, negar en su base el progreso jurídico implicado en la justicia constitucional...*» (42).

No cabía, pues, decirlo más claro. Sin embargo, Gomariz, portavoz de la Comisión de Justicia, explicó las razones —nada jurídicas— que estaban detrás de aquella Disposición final y de la parcial cancelación de la justicia constitucional que su texto comportaba: «*Quiénes creemos que en estos dos años de República hemos hecho leyes justas [...] queremos rodearlas del prestigio de que no sean revisables constitucionalmente, porque eso exasperaría a los que aspiraban a que se realizase una obra más eficazmente revolucionaria aún que la ejecutada por nosotros [...]; quienes pensamos así [...] no podemos admitir que ellas y sus complementos puedan someterse a la revisión fría de un Tribunal que vamos a crear nosotros mismos, nosotros, que hemos inspirado esas leyes...*» (43). En definitiva, pues, desconfianza desembozada y neta de la democracia respecto de la actuación de la justicia constitucional que deja a la intemperie la gravedad de la tensión vivida entonces entre ambas.

(41) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 348, de 1 de junio de 1933, pág. 13241.

(42) Luis LEGAZ LACAMBRA, «El Estado de Derecho en la actualidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933, pág. 792.

(43) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 348, de 1 de junio de 1933, pág. 13238.

C) *Sobre las causas de tal desafecto*

Si hubiera que concretar las causas de este llamativo desafecto por la justicia constitucional, podríamos decir —admitida la inevitable simplificación de la realidad que todo esquema comporta— que esas causas son tres, relacionadas una vez más con esos «lugares comunes» sobre los que dijimos que suele versar el presente debate. Son ellas:

a) En primer lugar, el concepto radical de democracia del que aquella República partió, un concepto extremado y celoso de la condición última del pueblo y de la voluntad de sus diputados que no ayudaba precisamente a mirar sin recelo al instituto de la justicia constitucional (44): «*Queremos hacer una Constitución que arranque del propio pueblo [...]. Decimos que el Poder emana del pueblo [...] y [...] hacemos residir el Poder legislativo en el pueblo...*» (45), dijo Jiménez de Asúa en su condición de Presidente de la Comisión redactora del Proyecto de Constitución al presentar su texto a las Cortes. Y no deja de ser expresivo de la influencia que esta concepción de la democracia tuvo en la actitud de los constituyentes el hecho de que cuando en 1933 el propio Jiménez de Asúa hubo de aclarar —según vimos— las razones por las cuales el control de constitucionalidad de las leyes no apareció entre las atribuciones del Tribunal de Garantías en la versión primitiva de aquel Proyecto de Constitución, su explicación (tras precisar que ésa no fue, sin embargo, su posición personal) aludiera sin dudar al ambiente de «*embriaguez liberal*» (no cabe decirlo mejor) que en aquel momento esa democracia vivía, un ambiente que, en razón de su extremo purismo, llevó a los redactores de aquel texto —dijo— a pensar «*... que el Parlamento, la más directa expresión de la democracia, no debía ser sojuzgada por Poder alguno, por Tribunal alguno*» (46).

Después, como sabemos, esas resistencias cedieron y la figura del control de constitucionalidad de la ley, bien que en extrañas circunstancias, acabó incor-

(44) Así lo ha visto Francisco RUBIO LLORENTE («Del Tribunal de Garantías Constitucionales...», *op. cit.*, pág. 33), para quien la situación mencionada «... es fácilmente explicable por la buena y simple razón de que la jurisdicción constitucional es una institución absolutamente discordante con [...] la idea de democracia dominante en (aquellas Cortes constituyentes)..., la de la democracia rousseauiana, la de la democracia jacobina radical que no entiende la posibilidad de establecer límite a la acción del legislador...».

(45) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 28, sesión de 27 de agosto de 1931, págs. 642-648.

(46) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 345, sesión de 26 de mayo de 1933, pág. 13114.

porándose al Proyecto constitucional y, desde él, a la Constitución. Pero sobre cómo aquella visión radical de la democracia no dejó nunca de afectar a la justicia constitucional nos da buena cuenta el hecho de que al final de esta etapa, tras las elecciones de febrero de 1936, el Gobierno del Frente Popular remitiera a las Cortes un Proyecto de reforma de la LOTGC con el que intentaba «... *evitar que la defensa de la Constitución resulte encomendada* —como, en su concepto, ya estaba sucediendo— *a quienes tengan una convicción o un interés contrario a la salud del régimen*» (47), esto es, a aquella concepción extremada y populista de la democracia que caracterizó a la II República en sus inicios y que ahora el Frente Popular creía ver en peligro.

Naturalmente, a partir de la vigencia de esta peculiar concepción de la democracia hay que entender que, a contrapelo de aquellas manifestaciones —vistas en su lugar— que daban por superada la idea de la omnipotencia del Parlamento, y aun en clara contradicción con ellas, se siguieran escuchando en aquellas Cortes expresiones que daban testimonio de la pertinaz permanencia de tal criterio. Por puntear tan sólo algunos ejemplos, nada menos que como una consecuencia de la necesidad de «*conservar la soberanía del Parlamento*» explicó la Comisión redactora del Proyecto de Constitución la inicial exclusión del control de constitucionalidad de las leyes (48). De «... *Tribunal superpuesto a la democracia parlamentaria*» (49) habló Miguel Cuevas en el Voto particular que añadió al Anteproyecto de LOTGC elaborado por la Comisión Jurídica Asesora. Y a la existencia de «... *una gran cantidad de opiniones que se aterran, que no aceptan que el Parlamento pueda encontrar derogada su labor por un decisión del Tribunal de Garantías*» (50) pudo referirse, en fin, Sánchez Román durante el debate de dicha Ley Orgánica.

b) En segundo lugar —a la postre, otro de los grandes tópicos que suelen comparecer en el debate sobre la justicia constitucional—, jugó asimismo aquí la desconfianza hacia el juez entendida como resquemor hacia un juzgador al que se percibe como *juzgador no-democrático*. En esta ocasión, esa desconfianza se manifestó —desde posiciones cruzadas— tanto respecto del juez ordinario

(47) La cita que se hace en el texto corresponde a la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de la LOTGC que el Gobierno depositó en las Cortes el 20 de abril de 1936. En términos similares se habían expresado antes los Manifiestos electorales del Frente Popular, de 16 de enero de 1936, y del Front D'Esquerres de Catalunya, de 4 de febrero de dicho año.

(48) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 28, sesión de 27 de agosto de 1931, págs. 642-648.

(49) Puede consultarse en Martín BASSOLS, *op. cit.*, pág. 326, para la cita que se hace en el texto.

(50) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, págs. 13192-13195.

(con relación al cual se reprodujeron los inveterados prejuicios que conocemos: «*el juez, dentro de su Poder jurisdiccional, no puede invadir en forma alguna las prerrogativas del Parlamento, enjuiciando sobre ellas...*» porque —diría Javier Elola— «... *los jueces tienden, evidentemente, al conservadurismo; son eminentemente conservadores, por no decir retrógrados...*») (51) como respecto del Tribunal de Garantías Constitucionales al que Royo Villanova se refirió durante el debate del Proyecto de Constitución como ese «*tinglado austriaco*», «*un Tribunal exótico, sin tradición ninguna en nuestra historia jurídica*» que «... *se pone por encima del Parlamento...*» (52) y Xirau llegó a calificar de «... *deformidad jurídica [...] espantos(a)*» (53).

c) En fin, en entendible coherencia con las otras dos causas mencionadas, colaboró también a tal estado de cosas el nunca definitivamente abandonado gusto de buena parte de aquella clase política por las formas propias del control político —no jurisdiccional— de la constitucionalidad de las leyes. No otra explicación tiene que el Proyecto de Constitución que redactó inicialmente la Comisión parlamentaria encargada de ello optara, según vimos, por atribuir al Tribunal de Garantías una mera facultad de denuncia e informe mientras que confiaba la decisión definitiva sobre la constitucionalidad de la ley al propio Parlamento, al Presidente de la República y al pueblo en referéndum, fórmula que, según dijera Jiménez de Asúa, pese a no ser de su gusto, contaba con la complacencia de los demás miembros de la Comisión y de sus propios compañeros de partido. Y tampoco es posible atribuir otro significado al hecho de que, en su arranque, el debate sobre el Título de la Constitución relativo a la justicia constitucional pivotara en torno a dos enmiendas, las de los diputados Xirau Palau, y Franco López, cuyo texto proponía la creación de un Consejo de la República (el primero) o de un Consejo Nacional (el segundo) con funciones muy similares a las que en toda Europa se estaban atribuyendo a los Consejos o Segundas Cámaras de muchos Parlamentos y cuyo claro designio era ocupar el lugar institucional que debía corresponder al Tribunal de Garantías Cons-

(51) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 76, de 18 de noviembre de 1931, págs. 2416 y 2417. En idéntico sentido, Castrillo: «*los jueces tienen que aplicar siempre la norma jurídica, sin averiguar otra cosa más, porque lo manda el Poder legislativo...*», *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 81, de 26 de noviembre de 1931, pág. 2669.

(52) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 81, de 26 de noviembre de 1931, pág. 2667; en una intervención anterior suya ya había advertido que «*el sistema democrático exige que el Gobierno esté enteramente emparedado entre un Parlamento soberano y una Justicia independiente, sin tingladillos intermedios...*», *vid. Diario de Sesiones*, núm. 76, de 18 de noviembre, pág. 2417.

(53) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 80, de 25 de noviembre de 1931, pág. 2639.

titucionales (54). Para Martín Bassols, se trata del «... último y desesperado intento de provocar la instauración del Senado» y de «... uno de los ataques más contundentes a la instauración de un control de constitucionalidad de las leyes» (55). Y, sin duda, es así, porque si bien es cierto que tales enmiendas fueron rechazadas, de lo ajustado de su votación (144 votos en contra frente a 135 a favor) se deduce que aquélla no era ni mucho menos una opinión aislada. Lo que sucedió, sencillamente, diría años más tarde Fernández Castillejo (56), es que buena parte de aquellos parlamentarios eran entonces partidarios de la creación de un Senado y, al no lograr imponerlo, intentaron convertir al Tribunal Constitucional, transformado en Consejo Nacional o Consejo de la República, en el sucedáneo de esa Segunda Cámara con funciones de mediación política pero sin cometido jurisdiccional alguno (57).

Por lo demás, esta aspiración a sustituir el Tribunal de Garantías Constitucionales por un Senado entendido como pieza de equilibrio entre poderes (a la postre, un modo de intentar acabar con la omnipotencia de la Primera Cámara, como también hubiera significado la actuación del Tribunal Constitucional, pero por procedimientos no jurisdiccionales) perduró a lo largo de toda la II República según se desprende de la larga lista de testimonios que así lo avalan. Entre ellos, el de Azaña («Nosotros hemos tenido siempre la idea de que el organismo llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, implantado por la Constitución (es) un modo relativo de sustituir al Senado...»), llegó a decir (58) o el de Indalecio Prieto, quien, contrario en su día a la introducción de la Segunda Cámara, acabó exclamando, sin embargo, en un determinado momento, vistas las complicaciones que el Tribunal comenzaba a crear: «Prefiero mil veces el Senado.» Testimonios a los que hay que sumar el recuerdo de que, al final ya del régimen republicano, el Gobierno de Alejandro Lerroux depositara todavía

(54) Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 70, de 6 de noviembre de 1931, apéndice 4.º para la enmienda de Xirau, y núm. 80, de 25 de noviembre de 1931, apéndice 9.º, para la enmienda de Gabriel Franco. Para su debate y votación, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núms. 80 y 81, de 25 y de 26 de noviembre de 1931.

(55) Martín BASSOLS, *La jurisprudencia...*, op. cit., pág. 28.

(56) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 345, de 26 de mayo de 1933, pág. 13106.

(57) Según las enmiendas de Xirau y de Franco, la Constitución no debería haber incluido órgano jurisdiccional alguno encargado de controlar la constitucionalidad de la obra del legislador, y el Consejo propuesto por ellas —órgano político, en suma— se habría ocupado, entre otros cometidos, de buena parte de las otras competencias (conflictos territoriales, responsabilidad de Altas magistraturas...) que el Proyecto atribuía al Tribunal de Garantías Constitucionales.

(58) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 401, pág. 15319. La intervención de Azaña se produjo durante el proceso de elección de los primeros Vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales.

el 5 de julio de 1935 en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Reforma de la Constitución (59) cuyo verdadero autor era el entonces Presidente de la República, don Niceto Alcalá-Zamora, en el que se insistía, con denodado interés, en la necesidad de recuperar la idea —nunca desaparecida— de sustituir el Tribunal Constitucional por un Senado a fin de solucionar así, en clave política y no en clave jurisdiccional, los manifiestos desajustes del sistema (60).

4. *En resumidas cuentas: en esta democracia representativa, a la justicia constitucional nadie la quiere*

En síntesis, a lo que nos enfrentamos, pues, es al extendido recelo de la clase política republicana respecto del control jurisdiccional de las leyes en el que muchos no dejaron de ver nunca una amenaza. Nada lo probaría mejor que el sorprendente, pero revelador, desliz en el que incurriera don Álvaro de Albornoz, entonces Ministro de Justicia y meses después primer Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, durante el debate de aquella Disposición final de la LOTGC que excluía del control de constitucionalidad a las leyes anteriores a 1933. Una ocasión difícil para él, puesto que se trataba de defender lo indefendible, y en la que no encontró mejor forma de salir del atolladero que acudir a decir en el hemiciclo lo que —son sus palabras— «... *todos decimos en los pasillos y en el salón de conferencias*»: el escaso aprecio que la clase política tenía respecto de la institución cuya ley reguladora se estaba debatiendo, escaso aprecio que convertía en hipocresía la actitud de quienes ahora se rasgaban las vestiduras ante la decisión del Gobierno de eximir de control a determinadas leyes, fundamentales para la República.

«Entre los muchos comentarios que esta discusión de las Cortes viene suscitando —comenzó diciendo Álvaro de Albornoz—, leía yo ayer noche en un periódico, uno de este tenor: “La realidad es que esta ley del Tribunal de Garantías Constitucionales no la quiere nadie; no la quiere la mayoría, no la quieren las

(59) El Proyecto de Reforma de la Constitución del Gobierno Lerroux se publicó en el *Diario de Sesiones de la Cortes*, núm. 218, apéndice 4.º, de 5 de julio de 1935.

(60) De ello acabó dando cuenta el ya expresidente Alcalá-Zamora en una obra publicada en 1936 en la que afirmaba, por ejemplo, que para él la más adecuada de las soluciones relativas a la correlación Senado-Tribunal de Garantías era aquella que establecía el Senado y hacía desaparecer «con evidente ventaja» el Tribunal; o que, en su criterio, «*el recurso de inconstitucionalidad de las leyes nacionales, probablemente no tendría razón de ser, restablecido el Senado y subsistiendo el veto*». Vid. Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *Los defectos de la Constitución*, Madrid, 1936. Hay reedición de editorial Civitas, *Los defectos de la Constitución y Tres años de experiencia constitucional*, Madrid, 1981, págs. 151 y 249 para las citas anteriores.

oposiciones, desconfían de ella, ante ella temen, recelan incluso los juristas de la Cámara”. Yo no llegaré a tanto como ese comentario periodístico, pero creo que no incurriría en demasiada exageración si dijese que, en el fondo, eso es verdad. [...] ¿Por qué esto, Sres. Diputados? ¿Por qué en el fondo ningún político ve con simpatía este proyecto de ley de Garantías Constitucionales? Por una razón: porque todos los políticos tienen la convicción íntima y profunda de que la defensa de la Constitución es no una función jurisdiccional, sino una función política [...]. En el fondo, yo estoy seguro de que los distintos elementos políticos de la Cámara, y acaso algunos de los insignes jurisconsultos que se sientan en ella, coinciden en esto: en que la defensa de la Constitución es una función política, en que la anulación de una ley por anticonstitucional no puede hacerse por una jurisdicción [...] sin politizarse [...] y en que por encima del Parlamento no puede haber nada que desconozca ni suprima ni cercene su soberanía [...] y afirmo —me atrevo a hacerlo— que ésta es una convicción, en el fondo, compartida por todos los hombres con una representación política que se sientan en esta Cámara, sobre todo si ella es una representación política popular y democrática» (61).

Como es lógico, hubo reacciones a esta intervención (es verdad que pocas y torpes) (62). Pero nada logró despejar la certeza de su indiscreto desliz: para decirlo con sus propias palabras, que en esta República a la justicia constitucional «no la quiere nadie» y que ninguno de nosotros «incurriría en exageración si dijese que, en el fondo, eso es verdad».

IV. LA PACIFICACIÓN DEL CONFLICTO JUSTICIA CONSTITUCIONAL-DEMOCRACIA EN LOS PROCESOS DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y DE LA LOTC

1. Otra circunstancia. Otras razones

Menos espacio necesitaremos para referir cómo se desarrolló el debate sobre la compatibilidad entre control jurisdiccional de la ley y democracia en

(61) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 349, de 2 de junio de 1933, págs. 13287-13289. El discurso de Álvaro de Albornoz incluye muchos otros elementos interesantes. Así, la afirmación de que se deseaba un Senado y, al no lograrlo, «como sustitutivo o sucedáneo [...] se llegó al Tribunal de Garantías Constitucionales»; o la pregunta sobre si ello fue un acierto, a lo que contestó que «no lo fue seguramente».

(62) *Vid.* en el *Diario de Sesiones* citado las intervenciones de Sánchez Román,, de Salazar Alonso y de Valle. También las apostillas con las que interrumpieron su discurso los diputados Castrillo, Elola o Marial.

los inicios del sistema constitucional hoy vigente. Y ello, sencillamente, porque ese debate apenas existió. Las circunstancias en 1978 eran otras, muy distintas de las de la II República, y eso hizo que la aceptación de la justicia constitucional como un elemento necesario del Estado de Derecho no fuera cuestionada en ningún momento.

Algunas coincidencias sí existieron con la situación de 1931. Igual que entonces, acabábamos de salir de una dictadura —la del general Franco— y ello, como a la salida de tantas otras experiencias autoritarias, facilitó la posibilidad de ver en la justicia constitucional un instrumento adecuado para asegurar, mediante la supremacía de la Constitución, la vigencia de la democracia. Además, el régimen de Franco —como el de Primo de Rivera— había ideado un remedo autoritario de control de constitucionalidad (el *recurso de contrafuero*, encomendado al Consejo del Reino) cuya nula eficacia probó una vez más la inconciliabilidad de dicho instituto con los regímenes no democráticos (63). Y, desde una perspectiva más extensa, la sociedad española estaba imbuida de un deseo de cambio y de apertura a nuevas experiencias democráticas, que —salvadas ciertas distancias nada menores— podía parangonarse con la sentida en los comienzos de la II República.

Sin embargo, al lado de estas coincidencias operaron también ahora otros elementos con los que el régimen republicano no pudo contar y que acreditan la diferencia existente entre ambas ocasiones.

Por centrarnos en lo que aquí interesa, la existencia de Tribunales Constitucionales había dejado de ser por entonces en Derecho comparado la experiencia apenas iniciada —frustrada incluso— de unos pocos regímenes para convertirse en una de las piezas imprescindibles de las nuevas democracias salidas de la Segunda Guerra Mundial.

Además, la concepción racional-normativa de la Constitución (esa de la que dijimos que reclama necesariamente la existencia de un juez de la constitucionalidad) había adquirido una aceptación tan generalizada en nuestra doctrina que prácticamente todos los sectores del mundo del Derecho de este país eran fervorosos partidarios de ella y, por lo tanto, de la incorporación de dicha figura al nuevo sistema constitucional. De hecho, todos pensaban, como escribiera García de Enterría en aquellos momentos, que: «*El tema del Tribunal Constitu-*

(63) *Vid.* artículos 59 y sigs. de la Ley Orgánica del Estado, de 1967. De su mediatización por el poder autocrático da buena cuenta el hecho de que el recurso se estableciera como un «*recurso ante el Jefe del Estado*» (art. 59) aunque hubiera que entablarlo ante el Consejo del Reino. Y, más aún, que la Comisión Permanente de las Cortes sólo pudiera promoverlo contra disposiciones del Gobierno, y en cambio el Consejo Nacional del Movimiento en todo caso (art. 60), lo que reducía a este órgano, y, por lo tanto, al partido único, el control de las leyes.

cional es posiblemente [...] aquel en que esta Constitución se juega, literalmente, sus posibilidades y su futuro» (64).

Y, más allá de lo anterior, sucedió sobre todo que el concepto de democracia que los constituyentes de 1978 tenían y trasladaron al nuevo texto constitucional no era ya —como ha significado Rubio Llorente (65)— el concepto liberal, radical e intransigente, casi jacobino que, según vimos, albergaron los hombres de la II República, sino aquel otro, más cercano al pluralismo anglosajón, que la piensa como una forma de convivencia abierta a la transacción y al consenso, y en la que, por tanto, cobra mayor sentido la existencia de un juez capaz de resolver desde la Constitución las diferencias surgidas entre los participantes. Por reducirnos al testimonio de Adolfo Suárez, que tan importante papel jugó en la transición al nuevo modelo constitucional, «*la democracia parlamentaria supone [...] —dijo en el Pleno del Congreso, durante la elaboración del texto constitucional— no solamente que gobierna la mayoría, conforme a la esencia del principio democrático, sino que [...] esa mayoría se integra a sí misma y explaya su capacidad de imperio en parlamento, esto es, en diálogo*», lo que convierte, en definitiva, a la democracia en una «*estructura dialogal*» (66).

2. Justicia constitucional y democracia, una contraposición con escaso sentido y casi nula presencia en los debates parlamentarios de 1978 y 1979

Resultado, pues, de la convergencia de tales factores fue la aceptación diríase que «natural» de la justicia constitucional por el nuevo régimen, con lo cual —si descontamos las esporádicas referencias que veremos enseguida— desapareció del debate parlamentario de aquel momento cualquier alusión mínimamente atendible al tema de su conciliabilidad o inconciliabilidad con la democracia.

(64) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pág. 36.

(65) Francisco RUBIO LLORENTE, «Del Tribunal de Garantías...», *op. cit.*, pág. 34.

(66) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 31, Pleno de 31 de octubre de 1978. Al suyo podrían unirse muchos otros testimonios. Así, Herrero de Miñón en la sesión de 5 de mayo de 1978, para quien el pueblo que la Constitución toma en cuenta «... es el pueblo en el ágora y no el pueblo en la calle», razón por la cual «nos opondremos a los intentos de la llamada profundización de la democracia, capaz de disolver al Estado mismo, porque la democracia estatal válida es la democracia representativa», y Roca Junyent, quien en la sesión de 5 de mayo de la Comisión de Asuntos Constitucionales insistiría en que la nueva idea de democracia incluye el consenso y obliga a contar con todas las opciones democráticas.

A) *La cuestión durante el debate de la Constitución*

Durante la elaboración de la Constitución, la incorporación de la justicia constitucional al armazón estructural del nuevo Estado se dio por supuesta sin reserva alguna. El Anteproyecto de Constitución publicado en el BOCG de 5 de enero de 1978 incluyó en sus artículos 150 a 156 un Tribunal Constitucional, sin que conste que en los trabajos preparatorios nadie se opusiera a ello o propusiera un sistema de control diferente. Las enmiendas presentadas al mismo tocaron aspectos singulares de la regulación dada al Tribunal, pero en ningún momento lo cuestionaron o pidieron su desaparición (67). Y el debate posterior del texto, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, se redujo a intentar corregir meras imperfecciones técnicas sin abrir jamás una reflexión seria —para estos constituyentes, carente de sentido— sobre la posible contradicción entre jurisdicción constitucional y calidad democrática de las decisiones sometidas a su escrutinio. Es significativo que durante el debate general del Proyecto de Constitución habido en el Congreso de los Diputados (sesión de 5 de mayo de 1978) los distintos grupos parlamentarios apenas se refirieran a la justicia constitucional [sólo Fraga recordó, sin más, que «... *Alianza Popular* [...] defiende [...] la idea de un tribunal constitucional que haga de la Constitución una norma efectiva» (68)], y que en el resto de los trabajos constituyentes del Congreso únicamente el diputado Peces-Barba intentara hacer una fugaz teoría del control de constitucionalidad dotada de algún vuelo dogmático, con referencias al *Bonham case*, a la sentencia *Marbury v. Madison*, a Kelsen o a Cappelletti (69).

Es la evidencia de que la incorporación de la justicia constitucional al texto de la futura Constitución se daba por supuesta, y de que, por lo tanto, ese esfuerzo teórico se consideraba innecesario. De ahí que, durante el largo proceso de elaboración de la Constitución, la cuestión que nos ocupa nada más se rozara —sólo rozarla— al hilo del debate de la enmienda núm. 35 depositada por Licio de la Fuente en la que este diputado proponía otorgar legitimación para

(67) El texto de las enmiendas puede consultarse en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 60 a 500.

(68) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pág. 2046.

(69) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 91, de 16 de junio de 1978, págs. 3434-3435. Más extenso, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, sesión de 20 de julio de 1978, núm. 115.

interponer el recurso de inconstitucionalidad a 25.000 ciudadanos con su firma. Sólo en esta oportunidad se pudo escuchar alguna voz que, sobrepasando el objeto de tal enmienda y refiriéndose a la condición de dicho recurso como recurso directo contra la ley, llegó a deslizar alguna duda sobre la compatibilidad de esta forma directa de suscitar el control con la soberanía del Parlamento. Fue el diputado Solé Tura quien, desde el grupo parlamentario comunista, dejó simplemente apuntada tal inquietud: «... *ya de por sí* —dijo— (el texto del precepto tal como está) *puede producir esta inseguridad jurídica, puesto que, de hecho, constitucionaliza el recurso de inconstitucionalidad por vía de acción, y esto puede llegar a producir, incluso, la transformación del Tribunal Constitucional en una especie de tercera Cámara...*».

En todo caso, la enmienda de Licinio de la Fuente fue rechazada por razones distintas a las expresadas por Solé Tura, y —de momento— el tema quedó ahí.

B) *La cuestión durante el debate de la LOTC*

La elaboración de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, iniciada cinco meses después de aprobada la Constitución, supuso una nueva oportunidad en la que el discurso parlamentario bien hubiera podido abrirse a la consideración de las, en potencia, difíciles relaciones de la justicia constitucional con los intereses de la clase política democrática. No hubo, con todo, grandes novedades. La aceptación de la justicia constitucional siguió siendo la regla. Y de nuevo el mencionado tema salió a relucir tan sólo ocasionalmente en el trabajo de los parlamentarios, aunque esta vez lo hiciera para dar lugar a manifestaciones de recelo bastante más rotundas y explícitas, verbalmente más extremadas incluso que las habidas durante el debate constituyente.

En concreto, fue la discusión de las enmiendas presentadas a los apartados *d)* y *e)* del artículo 2 del Proyecto de la LOTC, cuyo texto atribuía al Tribunal Constitucional competencia para conocer de los conflictos surgidos entre órganos del Estado [apartado *d)*] y para decidir, en recurso previo, sobre la inconstitucionalidad de las leyes orgánicas y de los tratados internacionales [apartado *e)*], cometidos ambos que la Constitución no le encomendaba ella misma, la que dio lugar a que —en el Congreso de los Diputados, fundamentalmente— se oyeran intervenciones según las cuales, bajo determinadas condiciones y en determinados asuntos, la actuación decisoria del Tribunal Constitucional y la soberanía del Parlamento venían a resultar inconciliables.

Así, durante el debate del apartado *d)* —conflictos entre órganos del Estado— Roca Junyent señaló que, con la atribución al Tribunal de la resolución de

tales conflictos, de los que las Cortes podían ser parte, éstas estaban abdicando de su superior posición institucional a favor del juez de la constitucionalidad: «Sus Señorías sepan —dijo— que a partir de ahora ya no son soberanas. [...] El Tribunal Constitucional podrá decir (que la competencia es de otro). Y nosotros aquí tan callados y respetuosos, porque, en definitiva, el Tribunal Constitucional así lo dice» (70). Desde el grupo socialista, Pons Irazazábal añadió, a su vez, que cuando el mencionado conflicto entre órganos afecta a las Cortes Generales «... no parece que pueda resolverse sentando al Parlamento en el banquillo del Tribunal Constitucional» (71). Y finalmente, con mayor dureza e intención (confirmando así una actitud que, según vimos, el grupo comunista ya había apuntado durante el debate del texto constitucional), Solé Tura terminó diciendo que «... esta Ley Orgánica [...] crea una institución, como es el Tribunal Constitucional, que no sólo en sí mismo, sino además, por el contenido que le estamos dando, puede convertir el edificio parlamentario [...] en pura letra muerta»; «... hemos creado —añadió, dejando expresa mención de las censuras más tópicas que a la justicia constitucional se suelen hacer— un organismo que no ha sido elegido por el electorado, que no es directamente controlable, que tiene una duración en cuanto al ejercicio del cargo por parte de los Jueces muy superior al de una legislatura, que se sitúa por encima del mismo y puede acabar invalidando la propia actividad del Parlamento [...]». De ahí que concluyera hablando nada menos que de *dictadura del Tribunal*, en los términos que siguen: «Se ha hablado aquí —diría— de dictadura constitucional; puede parecer un término excesivo, pero creo que es un término exacto porque se puede llegar por este camino a una verdadera dictadura del Tribunal Constitucional que acabe convirtiendo al Parlamento en un órgano absolutamente secundario» (72).

En fin, en idéntica línea se produjo la discusión del apartado e) —control previo de las leyes orgánicas y de los tratados— dentro de la cual Roca volvió a oponerse a semejante forma de control por considerar que, con él, «...cuando la Cámara se ha pronunciado y ha hecho un acto de soberanía entonces el Tribunal Constitucional [...] constituido por doce grandes magistrados, de gran respeto,

(70) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 23, sesión de 23 de julio de 1979, pág. 216.

(71) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 23, sesión de 23 de julio de 1979, págs. 218 y 219. También Martín Toval, de socialistas de Cataluña: no es posible dotar al Tribunal «... de poder político suficiente para enervar las decisiones del legislativo, expresión de la soberanía popular», *id.*, pág. 220.

(72) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 23, sesión de 23 de julio de 1979, págs. 221 y 222.

de gran tradición, de gran formación, pero doce hombres al fin y al cabo... (pasa a) tomar decisiones no de trascendencia política, sino de trascendencia clarísimamente política [...] y juzgar sobre lo que es materia que debe ser objeto del pronunciamiento de las Cámaras [...] Esto es grave —concluyó—, esto prejuzga seriamente todo el futuro desarrollo de nuestra Constitución y, sobre todo, viene a suponer una enorme losa encima del edificio parlamentario [...], una grave amenaza de que no podamos ejercer, nosotros los Diputados, la soberanía que el pueblo ha depositado en esta Cámara» (73). Como en su intervención lo vería también Solé Tura, con la aceptación de este recurso previo «... lo que estamos discutiendo es [...] dónde está el centro de gravedad de nuestro sistema, si el centro de gravedad se sitúa en el Parlamento y en sus relaciones con el Gobierno o si el centro de gravedad se sitúa en el Tribunal Constitucional, que es un órgano no elegido por el electorado —el reproche se repite—. Éste es el tema —concluyó— [...] (saber si) el centro de gravedad no se situará allí donde han dicho los millones de electores, sino que se situará en un tribunal incontrolable» (74).

Palabras duras, por tanto. No obstante, salvado el concreto episodio que reseñamos y reducida a su exacta intención la intensidad verbal que alcanzaron algunas de la expresiones allí vertidas, el resto de la discusión del Proyecto de la LOTC no reveló la existencia de recelo o resquemor alguno por parte de aquella clase política respecto del control jurisdiccional de la obra del Parlamento o de los demás poderes actuantes con legitimidad democrática. Se diría que a un tiempo nuevo había correspondido una nueva mentalidad y, con ella, una comprensión más actual y rigurosa —más correcta, por tanto— de la condición enteramente justificable de las modernas democracias.

V. CONSIDERACIONES FINALES: ¿UNA TENSION SUPERADA? EL «FORMIDABLE PROBLEMA» ES EL «ETERNO PROBLEMA»

¿Significa esta franca e incontestada aceptación de la jurisdicción constitucional por el nuevo régimen en sus momentos fundacionales que, a partir de 1978, la existencia de fricciones entre democracia y justicia constitucional debe darse por desaparecida y que, por lo tanto, la suya es, a partir de ahora, una tensión razonablemente superada?

(73) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 23, sesión de 23 de julio de 1979, págs. 216 y 217.

(74) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, núm. 23, sesión de 23 de julio de 1979, pág. 230.

Pues depende de lo que queramos decir con ello. Podría entenderse así si lo que queremos significar con tales asertos es que dicha tensión ha quedado amortiguada en buena medida por el normal funcionamiento de las instituciones, cuya generalizada aceptación ha frenado —más al principio, menos en los momentos presentes— el riesgo de que tal tirantez llegue a aflorar de una manera más preocupante. Pero no si lo que se intenta afirmar es que, en razón de esa positiva actitud mostrada por todos al inicio, las inercias de contrario signo que constitutivamente subyacen a la adopción de decisiones en democracia y al control jurisdiccional de tales decisiones han dejado de existir. Esto no era nada esperable y, por lo tanto, no ha sucedido, como la práctica se ha encargado de demostrar (bien que en situaciones puntuales y respecto de prácticas u objetos determinados) tanto por lo que hace a la actitud de la clase política como por lo que se refiere a los modos de actuación de nuestro juez de la constitucionalidad.

Comenzando por lo segundo, esto es, por el comportamiento del Tribunal Constitucional, de su lado queda, sobre todo, la largueza con la que el mismo ha hecho suya esa tendencia de la mayoría de los Tribunales Constitucionales actuales a ensanchar el patrón de la constitucionalidad cuya singular trascendencia consiste en dotar por estas vías a dichos Tribunales de una libertad creadora tal sobre la norma enjuiciada que, en su generosa holgura, resulta difícil de conciliar con el legítimo margen de configuración conferido por la Constitución al legislador democrático y sólo al legislador democrático. La no siempre bien medida aceptación de la posibilidad de decidir desde principios y no desde reglas (75), el censurable uso que el Tribunal ha hecho a veces de la técnica de las sentencias interpretativas, o el recurso a determinadas formas de actuar tan extrañas al modelo establecido como la de declarar la invalidez de la ley parlamentaria a través de las sentencias de amparo (más exactamente, desde sus fundamentos y ni siquiera desde su fallo, para mayor despropósi-

(75) *Vid.*, entre otras, SSTC 53/1985, 113/1989, 107/1996 o 212/1996. Sobre tales decisiones, Víctor FERRERES, *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, págs. 81 y sigs., también 122 y sigs. Por lo que hace a mi opinión, en un trabajo anterior me mostré partidario de la posibilidad de resolver la inconstitucionalidad de la ley desde principios constitucionales. Y aún sigo pensando así, pese a lo que parece sostenerse en el texto. La clave para entenderlo está en que mi posición ha consistido siempre en concebir a tan delicado parámetro como un modo de resolver —muy excepcionalmente— supuestos de manifiesta inconstitucionalidad difíciles de cubrir desde una regla constitucional, y no como una forma de abrir el juicio de constitucionalidad al libre decisionismo del juzgador, cosa que es muy distinta y que, no obstante, constituye la conclusión a la que llegan muchas veces quienes defienden dicha posibilidad. *Vid.* Ángel GARRORENA, «Valores superiores y principios constitucionales», en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, 1997.

to) (76), han conducido a que sean los propios Magistrados quienes expresen su malestar por el hecho de que, a su juicio, el Tribunal esté traspasando en ocasiones las líneas rojas de la democracia al ocupar con sus decisiones un espacio que no le pertenece: «*Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador... (¡nada menos que (al) poder legislativo, representación del pueblo!)*» (77), se puede leer en el voto particular que acompaña a determinada sentencia, y de la incómoda sensación de haber caído «... *en el puro decisionismo o en la justicia del Cadí...*» (78) se habla —por no hacer más larga esta lista— en otro voto disidente, lo que nos confirma en la sospecha de que no todo está tan claro en el modo de asumir el Tribunal Constitucional sus relaciones con la democracia.

Del lado de la clase política, a su vez, también ha terminado por aparecer bajo distintas especies su inveterado recelo hacia la actuación del juez de la constitucionalidad y aun su correlativo deseo de controlarlo. La relación de muestras de desconfianza y de intentos de mediatización de la justicia constitucional que se le pueden achacar a la misma no es ni mucho menos pequeña. Incluye desde la utilización del Tribunal Constitucional como instrumento de confrontación política entre partidos hasta el retraso de años en renovar su composición para influir en la orientación de sus decisiones, y desde la calculada recusación de Magistrados a fin de ajustar las matemáticas del órgano hasta el intento de modificar la ley reguladora del Tribunal para acoplarla a las propias conveniencias, pasando —por supuesto— por la conversión del procedimiento de designación de los Magistrados en un modo de situar en el Tribunal a «los próximos» (a los que piensan como yo sin necesidad de recibir instrucciones) y no de cubrir con dignidad un encargo institucional tan delicado. Son todas ellas, a la postre, muestras de la prevención que la clase política sigue teniendo respecto de la existencia de una justicia constitucional independiente y prestigiada. Tal vez por ello, el recurso al argumento clave que las fuerzas políticas suelen oponer, en democracia, a la justicia constitucional (¿quiénes son éstos para juzgar lo que nosotros hemos aprobado en Parlamento como legítimos representantes de los ciudadanos?) ha terminado por aparecer también en nuestra

(76) Me he ocupado de ello en mi trabajo «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», publicado en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 12-13, 2000-2001, págs. 137 y sigs.

(77) STC 53/1985, proyecto de ley de despenalización parcial del aborto. Voto particular del Magistrado Rubio Llorente.

(78) STC 222/1992, extensión del beneficio de la subrogación arrendataria entre cónyuges a quienes hubieran convivido *more uxorio*. Voto particular del Magistrado Álvaro Rodríguez Berjío.

experiencia. Amén de otros supuestos menos llamativos, así ha sucedido últimamente con ocasión de la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña respecto de la cual el Tribunal Constitucional —aparte ahora otros aspectos que pudieran merecer una valoración diferente— se ha visto sometido por parte de la clase política a una muy acre campaña de desautorización precisamente basada en motivos de los que la propia clase política era la principal responsable (79). Y valga advertir, si ello fuera preciso, que no es ésta una cuestión que tenga que ver —o que tenga que ver únicamente— con la singularidad de la norma enjuiciada en esa oportunidad; lejos de ello (ése, al menos, es el aspecto que aquí interesa atender), es la evidencia de que entre nosotros «democracia» y «control judicial de la obra del legislador democrático» siguen respondiendo a inercias claramente encontradas.

¿Es, en fin, esta persistente tensión entre justicia constitucional y democracia una realidad que deba sorprendernos? Pues está claro que no. Muy al contrario, se trata tan sólo de la certidumbre —comprobada aquí con datos pertenecientes a la experiencia constitucional española— de que la condición complicada y difícil de las relaciones entre *democracia* y *control jurisdiccional de la democracia* pertenece a la naturaleza misma de las cosas. Dicho de otra manera, que aquel «*formidable problema*» del que hablaba Cappelletti y del que nosotros quisimos partir es el «*eterno problema*».

RESUMEN

La tensión existente entre *justicia constitucional* y *democracia*, esto es, entre la necesidad de someter a la ley al control de los jueces y la obvia legitimidad democrática del Parlamento, autor de la misma, es sin duda un tema clásico —se diría que casi

(79) Dejando aparte ahora movilizaciones sociales o manifestaciones en la calle, cuyo claro sentido tendía a deslegitimar desde la democracia la resolución que el Tribunal adoptase, el Presidente Montilla se preguntó el 24 de mayo de 2010 en su comparecencia ante la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado si una institución como el Tribunal podía poner «*en riesgo la relación política e institucional de Cataluña con España*», una relación convenida por el Parlamento de Cataluña y por las Cortes Generales a las que se había añadido el referendo del propio pueblo catalán (*Diario de Sesiones de la Comisión General de Comunidades Autónomas*, sesión de 24 de mayo de 2010). Jordi Pujol, en una entrevista publicada el 20 de junio en ABC, afirmó que «*al final una ley [...] aprobada por el Parlamento catalán, negociada después en Madrid con el Gobierno, discutida y modificada y finalmente aprobada por las Cortes y refrendada por el pueblo de Cataluña es disecada, discutida y manoseada por (el Tribunal Constitucional)*». Y desde Ezquerra Republicana, su líder Joan Puigcercós declaró, tras conocerse el fallo, que su partido «*no acatará*» la sentencia pues lo único que respeta «*es la voluntad del pueblo de Cataluña expresada en las urnas*» (prensa del 30 de junio de 2010).

eterno— del Derecho Constitucional desde que dicho control se intentara por primera vez en el constitucionalismo americano (*vid.* lo que dice Hamilton en el LXXVIII de «*El Federalista*»). En consecuencia, este trabajo analiza esa tensa y difícil relación en el interesante marco de la experiencia constitucional española, prestando para ello una atención singular al debate abierto sobre dicho tema durante los procesos de elaboración de la Constitución de la Segunda República (un debate ciertamente muy rico y esclarecedor para el objeto que nos ocupa) y de la actual Constitución española de 1978.

PALABRAS CLAVE: justicia constitucional; democracia; Tribunal Constitucional; jueces; constitucionalismo español.

ABSTRACT

The notorious tension that goes between *judicial review of legislation* and democracy, which means, between the necessary submission of legislation to judiciary control and the unquestionable democratic legitimization of the Parliament, law maker, is certainly a classic —perhaps, eternal— subject in the Constitutional Law History since the American constitutionalism imagine the aforesaid control (*vid.* Hamilton, *The Federalist Papers*, LXXVIII). Accordingly, this study analyzes that tense and intricate relation between *judicial review* and *democracy* in the context of the spanish constitutional experience with particular attention to this discussion during the process of elaboration and debate of the 1931 Spanish Constitution (certainly lively and enlightening) and of the 1978 Spanish Constitution in force.

KEY WORDS: judicial review of legislation; democracy; Constitutional Court; judges; spanish constitutionalism.