

CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA: LAS EXPERIENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL Y EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Santiago A. Roura Gómez

El presente trabajo está dedicado al estudio de dos instituciones de nuestro Derecho Constitucional histórico –el Tribunal Supremo Federal (TSF, en lo sucesivo) del Proyecto Constitucional de la I República y el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC, en adelante) de la Constitución de 1931- relacionadas entre sí por una multitud de factores, en cuya consideración nos detendremos en estas páginas, que, en buena medida, se encuentran presentes también en el custodio constitucional del presente, el Tribunal Constitucional que introdujo el Título IX de la Constitución de 27 de diciembre de 1978. El motivo que anima este estudio es, pues, doble. De una parte se justifica por la posibilidad de establecer vías de conexión entre dos instituciones del constitucionalismo histórico español, pero, de otra, su interés se acentúa por lo que de dicha conexión pueda haberse proyectado al actual Tribunal Constitucional.

I. LA IDENTIDAD EN LA CAUSA: PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y ESTRUCTURA FEDERAL DEL ESTADO

Aunque no podamos detenernos ahora en profundas consideraciones sobre este particular, conviene llamar la atención sobre la estrecha vinculación, constatable históricamente, que ha unido al establecimiento de fórmulas de garantía de la Constitución –de las que los sistemas de justicia constitucional no son sino el más acabado de sus mecanismos- con la acentuación del principio democrático, por un lado, y la descentralización política, por otro. Así acontece, a poco que indagemos, tanto en la tradición constitucional fundadora del moderno constitucionalismo, los Estados Unidos de América, cuanto en las experiencias, sensiblemente más tardías, de Europa. Las razones de esta coincidencia son más que evidentes.

Sucede, en primer lugar y por lo que hace a la conexión del principio democrático con las fórmulas de justicia constitucional, que, finalmente, lo que los órganos encargados de velar por el respeto a la condición de norma suprema de la Constitución hacen no es otra cosa que rendir todas las consecuencias que se derivan de la asunción plena del principio democrático, entendido como el principio conforme al cual a los Pueblos se les reconoce capacidad para ordenar las reglas que van a presidir la organi-

zación de la comunidad política, es decir, entendido como la afirmación del Poder Constituyente del Pueblo. La asunción de este postulado es clara, en la medida que ese Poder Constituyente del Pueblo se corporeiza en el Texto Constitucional, la afirmación de la democracia exigirá el respeto de las normas que la Constitución contiene, con la consecuencia de situarla en el punto más elevado del ordenamiento jurídico¹. Así las cosas, porque la Constitución es la materialización de la voluntad del Pueblo, los mecanismos que a su defensa provean serán también consecuencia del principio democrático. Por lo que respecta al principio federal o de autonomía y su consideración como variable de singular importancia en lo que hace a la aparición de mecanismos de garantía de la Constitución, baste con recordar, de la mano del Profesor Ruipérez, que, en los Estados Federales o políticamente descentralizados, dichos mecanismos “pasan de ser unos meros instrumentos de garantía, a transformarse en elementos estructurales básicos de este modelo de Estado”². Cuando esos dos caracteres se hagan presentes en el ordenamiento constitucional de nuestro país, a su lado aparecerán los medios jurídicos de garantía de la Constitución. Esto sucede, amén de en la actualidad, en los dos “momentos cumbres del democratismo español”³, las dos Repúblicas españolas en cuyos respectivos ordenamientos constitucionales, no por casualidad, se acentuó el principio democrático –hasta alcanzar, como es evidente, a la forma de gobierno- y se introdujo la técnica federal o de autonomía como uno de los principios del nuevo Estado. En las páginas que siguen intentaremos avanzar un análisis de los aspectos más sobresalientes de los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución en las dos Repúblicas españolas.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE LA I REPÚBLICA

Nacida al abrigo de los aires democráticos y liberales que presidieron el sexenio revolucionario, la República española de 1873 incorporó a esos caracteres, ya presentes en el Texto Constitucional de 1869, una variable inédita en la tradición constitucional española, la adscripción a la forma federal de Estado. El federalismo funcionó como verdadero reactivo para precipitar la aparición de una multitud de fórmulas de garantía de la Constitución que convirtieron al Proyecto de Constitución Federal de 17 de julio de 1873 –que constituye el intento más sólido de articulación constitucional de la I República- en

¹ Esto es, en definitiva, lo que subyace, por citar tan sólo un ejemplo, al bien conocido pasaje de Alexander Hamilton en A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El federalista* (1788-1789), FCE, México, 1987, 1.ª ed., 4.ª reimpr., n.º LXXVIII, p. 332.

² J. RUIPÉREZ, *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994., p. 235. Serán, además, este tipo de caracteres los que, a la postre, servirán para diferenciar al Estado Federal de otras formas estatales que reconocen niveles de descentralización pero en las que dicha autonomía no se encuentra constitucionalmente protegida. En el mismo sentido, afirma A. LA PERGOLA [“Federalismo y Estado Regional. La técnica italiana de la autonomía a la luz del Derecho comparado”, *Revista de Política comparada*, n.º 10-11 (primavera-verano, 1984), p. 196. Recogido hoy en “El Estado Federal atenuado: descentralización del Estado Unitario y autonomía regional. 2. La técnica de la autonomía y el Estado Regional a la luz del Derecho comparado”, en el vol. *Los nuevos senderos del Federalismo*, CEC, Madrid, p. 321] que en el Estado Federal -o políticamente descentralizado- existe “la necesidad de una u otra forma de control jurisdiccional y de la Constitución rígida. No existe un sistema de autonomía sin algún tipo de control jurisdiccional, bien entendido que este control puede organizarse y ejercerse de diversas maneras”.

³ G. TRUJILLO, *Introducción al federalismo español. (Ideología y fórmulas constitucionales)*, Edicusa, Madrid, 1967, 2.ª ed., p. 49.

un verdadero crisol de sistemas de control de constitucionalidad⁴. Nos ocuparemos aquí tan sólo de uno de ellos, el que se inscribe entre los mecanismos más acabados de control de constitucionalidad a través de un órgano de naturaleza jurisdiccional.

Quizá convenga, en todo caso y antes de avanzar más en la exposición, poner de manifiesto un dato cuyo conocimiento servirá para resolver los problemas que la mera reproducción de preceptos, nunca aplicados y sobre los que las fuentes parlamentarias y doctrinales son bien parcas, ha de plantear. Vaya, entonces, por delante que en la mente de quienes diseñaron el entramado institucional de la I República española y en particular la institución de que nos vamos a ocupar, pesó de manera tan extraordinaria como perceptible el ejemplo de los Estados Unidos⁵. Esto es particularmente cierto, como enseguida veremos, por lo que se refiere a la articulación del TSF, bien que la traducción al español de la *Supreme Court* adoleciera de alguna otra característica del modelo americano sin cuya presencia el sistema presentará evidentes carencias.

Dos son los caracteres del TSF español de 1873 en cuya consideración nos vamos a detener en estas páginas: su configuración como órgano, por una parte, y el modo en que estaba llamado a ejercer el control de constitucionalidad, por otra.

El inciso final del artículo 70, en el que el Proyecto disciplina el funcionamiento del resto de controles de constitucionalidad a que hemos hecho referencia, pone en la pista de la existencia de un ulterior examen de constitucionalidad, sobre la ley ya en vigor, cuando dice que “Sin embargo, al Poder Judicial, representado por el Tribunal Supremo de la Federación, le queda la facultad siempre de declarar en su aplicación si la ley es o no constitucional”. Quedaba, así pues, claramente sentada la concentración de la función de control de constitucionalidad en el TSF, como único órgano garante de la operatividad del principio de supremacía constitucional en relación con las leyes ordinarias ya promulgadas. Los redactores del Proyecto Federal se comportaron en este aspecto, como en tantos otros, con un enorme mimetismo con respecto al ejemplo norteamericano, y es aquí donde parece residir la causa de la imperfecta formulación final.

En efecto, cuando, convencidos de la necesidad de procurar la supremacía de la Constitución en el terreno práctico, los Constituyentes traducen la experiencia norteamericana, no configuran la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad como una función del Poder Judicial globalmente considerado⁶, sino que acogen la que

⁴ Del análisis individualizado de los dos tipos de control de constitucionalidad que recogió el Proyecto Federal he tenido ocasión de ocuparme, con mayor amplitud y una perspectiva distinta de la que aquí se empleará, en dos trabajos anteriores a los que, por comodidad, me remito, “El control político de constitucionalidad en el Proyecto Federal de 1873”, *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (Derecho)*, n.º 2 (1995), pp. 151-183 y “El control jurisdiccional de constitucionalidad en el Proyecto Federal de 1873”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 86 (Anuario), pp. 457-505.

⁵ Según las propias inconcusas palabras de presentación del Proyecto a las Cortes, “hemos querido imitar la conducta de los grandes fundadores de la Federación en el mundo moderno, que con establecerla en una tierra virgen y en contra de una Metrópoli aristocrática, guardaron religioso culto à (*sic*) todo aquello que, además de ser progresivo, estaba ungido por la autoridad incontestable del tiempo”. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (DSCCREI, en adelante)*, Tomo I, apéndice 2.º al n.º 43 (17 de julio de 1873), p. 1.

⁶ Esa característica que singulariza al modelo americano de control y en donde reside la razón de ser de su adjetivación como “difuso”, término que en la segunda década del presente siglo C. SCHMITT (cfr. *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Tecnos Madrid, 1983, p. 52, nota 17) propuso para diferenciarlo del modelo concentrado que, con el tiempo, se impondrá en Europa. Para lo que hace a las notas que caracterizan, en lo que los separa y en lo que los une, a estos dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, vid., por todos, M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (Segunda época), n.º 16 (invierno, 1994), pp. 113-136.

podríamos denominar “perspectiva procesal” del *judicial review*, esto es, el ejercicio del control en tanto que incidente de un litigio de Derecho ordinario y los efectos suspensivos de la declaración de inconstitucionalidad. A ello añaden su particular traducción de la posición que, en el esquema de división de poderes del constitucionalismo norteamericano, ocupa el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, reconfigurando el, ya por entonces tradicional, vértice de la planta judicial española, el Tribunal Supremo⁷.

En el diseño que los Constituyentes de la I República imprimieron a este Tribunal podemos afirmar que pesó sobremanera la previsión constitucional sobre su función como órgano de interpretación de la Constitución Federal, en particular en los litigios que enfrentasen al Estado Central con los Regionales. En lo que, según todo parece indicar, es una muestra del deseo por establecer una institución de solución de controversias territoriales a la que no sea posible achacar una inclinación “centralista”, configuran un TSF con una composición propia de un órgano con especial vinculación con los miembros⁸. Parece que a los federalistas españoles constaba la línea descrita por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano desde el establecimiento de la *judicial review*⁹, que, como se sabe, se había mostrado como uno de los factores más influyentes, desde el punto de vista del Derecho, en pro de la cohesión entre todos los territorios de la Federación a partir de la interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales que establecen los poderes de la organización política central.

Esta última circunstancia sirve para explicar la peculiar configuración que tiene el Tribunal Supremo en el Proyecto Federal español de 1873. Quienes redactan el Texto procuran evitar el surgimiento de un Tribunal que desconozca los derechos de los Estados Regionales que habrían de integrar la República y, en consecuencia, diseñan un Tribunal Supremo compuesto por “tres Magistrados por cada Estado de la Federación” (art. 73), resultado de lo cual es una institución en la que, sin perder por ello su condición de órgano federal¹⁰, la presencia de elementos de procedencia regional adquiere dimensiones desproporcionadas. Con ello, por otra parte, lejos de solventar el problema de la imparcialidad de la decisión, se acaba agravando, al hacer siempre hincapié en la procedencia territorial de quien, por la alta posición que ocupa, debe ser ajeno a tal consideración¹¹. Pero, por lo que a nosotros importa ahora, de la composición del Tribunal se desprende claramente que en la mente de los redactores del Proyecto gravitaba de modo fundamental la concepción del Tribunal Supremo como Tribunal de conflictos territoriales y tal vez esto venga a confirmar la idea de hallar el verdadero origen del

⁷ Vid., en relación con la evolución, en lo que es anterior y posterior al momento que comentamos, del Tribunal Supremo, J. F. LASO GAITE, “Aportación a la historia del Tribunal Supremo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 23 (1969), pp. 567-636.

⁸ Para lo que hace al modelo de composición y la función de los “órganos federales con especial vinculación con los miembros” en el organigrama institucional de los Estados Federales, así como a su diferenciación con respecto a los que adolecen de dicha vinculación, cfr., por todos, R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, FCE, México, 1948, pp. 113-121.

⁹ Vid., en relación con los perfiles de esta labor jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano, CH. G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley (Ca.), 1932, 2.^a ed., pp. 232 y ss.; A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. (Étude critique comparative: États Unis-France)*, Sirey/Paul Roubaud, París/Aix-en-Provence, 1928, pp. 68 y ss.; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience méricaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard et Cia., París, 1921, pp. 38 y ss.

¹⁰ Cfr., en el mismo sentido, R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., p. 116; J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 170-171.

¹¹ Cfr., en el mismo sentido, aunque referido al supuesto del Tribunal de Garantías, a que luego aludiremos, E.L. LLORENS, *La autonomía en la integración política*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 283-284.

control de constitucionalidad en el Proyecto de 1873, al menos en lo que hace a su faceta jurisdiccional, en la propia naturaleza federal del Texto.

Ocurre, sin embargo, que a la concentración en un único órgano de la función de control no se siguió, como era de esperar y como sucede en la actualidad con los Tribunales Constitucionales del modelo europeo, una especialización en la materia constitucional, ni tan siquiera la creación de un proceso autónomo de control. El TSF seguía siendo en el diseño del Proyecto de 1873 el supremo órgano jurisdiccional de aplicación del Derecho ordinario –al menos del Derecho ordinario de la Federación– y, por consiguiente, más que de “función de control” como faceta separada del resto del trabajo del Tribunal, habría que hablar –y de hecho así lo hace el articulado del Proyecto– de una “facultad” de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes en el marco de los litigios de Derecho ordinario que debiese solventar. El control de constitucionalidad en manos del TSF no gozaba, así pues, de substancia propia y apartada del resto de funciones jurisdiccionales del Alto Tribunal, sino que surgía como un incidente procesal. El Proyecto no deja lugar a dudas en este sentido cuando, como se ha visto, el artículo 70 se refiere a la “facultad” del TSF de declarar “en su aplicación” la inconstitucionalidad de la ley.

A esta naturaleza incidental del control los redactores del Texto de 1873 añadieron la característica que le suele acompañar en los modelos hoy conocidos de control de constitucionalidad y que estaba y está presente todavía en el sistema americano, los efectos suspensivos de la eventual declaración de inconstitucionalidad. El artículo 77 del Proyecto así lo establece al reconocer la facultad del Pleno del TSF de, “En el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución (...), suspender los efectos de esta ley”. Se introducía así el control de constitucionalidad deferido a un órgano jurisdiccional, al que la controversia sobre la conformidad de una ley a la Constitución habría de llegarle por vía incidental y cuyas consecuencias no eran otras que la suspensión, para el supuesto concreto, de la ley viciada.

Fácilmente se perciben de lo dicho, los problemas que habría de suscitar, de haber llegado el Proyecto a ser Constitución vigente, tal amalgama de elementos distintos, y en cierto modo contrapuestos, como lo son la concentración de la función de control en un único órgano, el control *incidenter* y los efectos suspensivos e *inter partes* de la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad. Al no consignar la facultad de revisión de la constitucionalidad de las leyes como una atribución de todos los órganos jurisdiccionales, sólo las normas que fuesen de aplicación por parte del TSF podrían llegar a ser objeto de un eventual control, pudiendo provocarse, dado que por imperativo de las reglas de competencia funcional no todos los asuntos llegarían al conocimiento del Alto Tribunal, situaciones materialmente injustas en aquellos litigios que no tuvieran acceso al Tribunal Supremo. Sucedió además, y esto podría haber llegado a restar operatividad al modelo, que el Proyecto de 1873 somete al Poder Judicial al mismo régimen de división que el resto de poderes, contando, por ello, cada Estado Regional con el suyo propio¹². El problema podría haber llegado a solventarse en la práctica por la adopción de la doctrina –no ajena a nuestra tradición jurídica– del precedente jurisprudencial, estableciéndose el carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, ora federales, ora estatales, de la jurisprudencia del TSF. Esto es, por otra parte, lo que sucede en el modelo norteamericano con las resoluciones del Tribunal Supremo,

¹² La tríade clásica de la división horizontal de poderes montesquieuiana se dividía, por imperativo del art. 101 del Proyecto, también verticalmente, de suerte tal que cada Estado Regional contaba con su Poder Judicial. En esto también el Proyecto era tributario de las experiencias federales anteriores, en particular los supuestos suizo y norteamericano, por quienes nuestro más insigne federalista, Francisco Pi, había mostrado una admiración especial. Cfr., en este último sentido, F. PI Y MARGALL, *Las Nacionalidades* (1877), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 144-147.

donde los efectos suspensivos e *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad se acaban convirtiendo en efectos derogatorios de validez general, de modo similar a lo que sucede con la jurisprudencia constitucional de los Tribunales adscritos al modelo concentrado.

Por lo que al control sobre la legislación estatal se refiere, si no hubiese sido posible el acceso de tales normas al Tribunal Supremo -esto es, si se hubiese establecido tajantemente el principio conforme al cual sólo los Tribunales estatales aplican Derecho de los Estados y sólo los federales Derecho federal, cosa poco probable- una posible solución, al menos parcial, podría haber consistido en la introducción por parte de las Constituciones de los Estados, de un organismo similar al TSF, un órgano que culminase la organización jerárquica piramidal del Poder Judicial en cada Estado y que vendría a suplir la falta de control de la legislación estatal. Estos Tribunales aplicarían, como no podía ser de otra forma, como parámetro de validez de sus resoluciones sobre la constitucionalidad de una ley, tanto la Constitución Federal como la Constitución particular del Estado a que perteneciese, pues así lo exige un elemental principio de primacía de la Constitución Federal¹³.

Sí se contaba, sin embargo, con una específica previsión constitucional en relación con un tipo de proceso que habría de resolver el TSF, el que hoy conocemos como materia conflictual. En efecto, por virtud de los artículos 78 y 79 del Proyecto, se defería al TSF, el entendimiento de los “litigios entre Estados” y de los “conflictos entre los Poderes públicos de un Estado”. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 101 ordenaba a los Estados “someter sus diferencias a la jurisdicción del TSF”. Se instituía, en definitiva, al TSF como garante de la paz interior de la Federación, estableciendo nítidamente el principio, de aplicación general en las diversas manifestaciones del federalismo, conforme al cual los miembros de una Federación renuncian, cuando a esta se incorporan, al uso de la fuerza como medio de solventar sus controversias --una expresión que contiene el propio Proyecto-, residenciando en un órgano de la Federación, su solución a través de los cauces del Derecho¹⁴. Es ésta, precisamente, la función que más aproxima al TSF a su imagen de garante del reparto vertical de poderes, la que, según hemos indicado, más influencia debió de tener a la hora de determinar la forma de provisión de las plazas de Magistrado. Esta importancia no determinó, sin embargo, una previsión expresa en el Proyecto constitucional del cauce procesal adecuado para poner en marcha la controversia conflictual, circunstancia que, en otro lugar¹⁵, hemos interpretado como la aplicación de la regla general de actuación del TSF en el marco de procesos de Derecho ordinario. En la materia conflictual, al versar ésta sobre actos de los poderes públicos, parece que la actuación del TSF habría de inscribirse en el proceso contencioso-administrativo, solución avalada por la existencia, desde 1870 y en el momento en que el Proyecto se redacta, de una Sala especial del Tribunal Supremo para esta materia¹⁶. En cualquier caso, frente a la regla establecida para la inconstitucionalidad

¹³ Cfr., en tal sentido y por todos, J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., p. 52. En perfecta consonancia con ello, el art. 99 del Proyecto establecía una prohibición expresa a la legislación estatal, al indicar que “Los Estados no podrán legislar ni contra los derechos individuales, ni contra la forma republicana, ni contra la unidad y la integridad de la Patria, ni contra la Constitución federal”.

¹⁴ En relación con la renuncia del *ius belli* en su faceta interna como característica propia de los Estados Federales, cfr. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, 1.ª ed., reimpr., pp. 350-360 y 365-366; M. MOUSKHELI, *Teoría jurídica del Estado Federal*, Aguilar, Madrid, 1931, pp. 341-346; J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 163 y ss.

¹⁵ Vid. S. ROURA, “El control jurisdiccional...”, cit., pp. 482-483.

¹⁶ Vid. voz «Tribunal Supremo de Justicia», en L. MOUTÓN Y OCAMPO *ET AL.*, *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, *sine data*, Tomo XXX, pp. 433-445.

dad de las leyes, en los procesos en que se resolviesen conflictos territoriales, al tener estos como base material los actos administrativos, la sanción anudada a su inconstitucionalidad habría de ser, forzosamente, la nulidad¹⁷.

En definitiva, el TSF estaba llamado a inaugurar la incorporación de los mecanismos jurisdiccionales de defensa de la Constitución al constitucionalismo español, los defectos apuntados en su configuración no empecen, a nuestro juicio, la elevada consideración que, en tanto que precedente directo de las modernas instituciones de justicia constitucional, merece. No en vano el TSF “se convertía así en el primer tribunal constitucional, no sólo de la historia del Derecho público español, sino también del europeo”¹⁸. Y su importancia deviene aún mayor en la medida en que habrá que esperar hasta la proclamación de la II República para encontrar una institución similar¹⁹.

III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA II REPÚBLICA

La asunción completa del carácter supremo del Texto Constitucional no tiene entrada en España, como Derecho vigente, hasta que en el Título IX de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 se introduce, como garante de la supremacía constitucional, el TGC. El Constituyente de 1931 procedía, de este modo, a culminar el proceso de racionalización del poder²⁰ que, más como aspiración que como realidad, había comenzado, para nosotros, con la promulgación del Texto de Cádiz. En las páginas que siguen intentaremos esbozar la imagen del TGC desde los dos puntos de vista desde los que acabamos de contemplar a su predecesor en 1873, esto es, desde una perspectiva orgánica, en primer lugar y desde el prisma del funcionamiento del control de constitucionalidad y la materia conflictual²¹.

¹⁷ Como el propio H. KELSEN (“La garanzia giurisdizionale della Costituzione: la giustizia costituzionale”, en el vol. *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 165) hizo ver, en los actos administrativos, al agotar su efectos en aplicaciones singulares, “la cosa va da sé”.

¹⁸ J. F. MERINO MERCHÁN, *Regímenes Históricos españoles*, Tecnos, Madrid, 1988., p. 148.

¹⁹ Consideración aparte merecen dos hitos más en nuestra Historia Constitucional en los que se ha intentado arbitrar alguna suerte de organismo de control, con alguna similitud con el de constitucionalidad. Esas dos experiencias son las constituidas, en primer lugar, por el “Consejo del Reino” del Anteproyecto de Constitución de la dictadura de Primo de Rivera, en 1929 y en segundo lugar, por el “recurso de contrafuero”, introducido por la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967. Se trata, sin embargo y en ambos casos, de artificios técnicos insertos en documentos de gobierno perfectamente adscribibles a la categoría loewensteniana de “Constitución semántica” (cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, 2.ª ed., reimpr., pp. 218-219.), carentes, por tanto, de verdadera significación desde el punto de vista del Derecho Constitucional y explicables, tan sólo y al menos en el supuesto de 1929, como consecuencia de la difusión que, en el tiempo en que fueron formulados, tenían las teorías kelsenianas sobre la necesidad de incorporar un proceso de control de constitucionalidad a las instituciones del constitucionalismo europeo.

²⁰ En este mismo sentido, cfr. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Delagrave, París, 1928, p. 33; C. OLLERO, *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 146; F. RUBIO LLORENTE, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político/UNED*, n.º 16 (invierno, 1982-1983), p. 29.

²¹ Nuestra actitud se encontraría justificada por un doble orden de consideraciones. Primero, porque es en el control de constitucionalidad donde se encuentra la verdadera *ratio essendi* de la existencia misma de la institución; y segundo, porque, habiendo afirmado la extraordinaria trascendencia de la forma descentralizada de Estado en orden a la aparición de la justicia constitucional, la materia conflictual trasluce, en buena medida, dicha trascendencia. Cfr., en todo caso, para estos como para el resto de los cometidos del TGC, R. M.ª RUIZ LAPENA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Bosch, Barcelona, 1982, *passim*.

A) El Tribunal de Garantías desde una perspectiva orgánica

El TGC republicano se configuró como un órgano constitucional²², en cuanto que fue establecido por el Código Fundamental de 1931 entre los altos organismos de la República para contribuir a la formación de la voluntad unitaria del Estado, desarrollando una misión de garantía de la observancia de la Constitución que lo colocaba en una posición central en el esquema de distribución de funciones del régimen político de la II República. Piénsese que la principal competencia del TGC se traducía en una no despreciable capacidad de intervención en la conformación de la voluntad de la República en materia legislativa²³, confiriéndole el *status* de intérprete último del Texto Constitucional y, en este sentido, resulta de evidente relevancia la concreción por parte del Tribunal de los límites que el Constituyente había dispuesto a la libertad de elección política del legislador²⁴. La interpretación de la Constitución sería, desde la perspectiva del órgano constitucional, la misión más relevante de las que tenía señaladas el Tribunal de Garantías. Bien es verdad que, cuando surge la institución española de control de constitucionalidad, el desarrollo de las teorías en torno a la función de los órganos de justicia constitucional se encontraba en un estadio considerablemente menos evolucionado.

²² Sobre los órganos constitucionales, en general, cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1981, pp. 412-420; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, 3.ª ed., pp. 187-197; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 1983, p. 159. La idea de considerar un órgano constitucional al TGC subyace, a nuestro entender, en las palabras de N. PÉREZ SERRANO [“El proyecto del Tribunal de Garantías y el control de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público* (1933), p. 9], para quien “si (...) ha de cumplir con buena fe su misión, necesita arrancar de la Constitución directamente su fuerza: es un Poder casi, porque nace a la vez que los otros, deriva sus facultades de la Carta Constitucional y no puede estar supeditado en modo alguno, ni explícita ni larvadamente, a los demás Poderes del Estado. El Tribunal de Garantías es la Constitución misma: es la seguridad de que el texto de ésta y su espíritu no quedarán subvertidos por una Cámara equivocada. No cabe que ningún otro órgano del Estado lo mediatice”.

²³ Este tipo de influencia, más o menos directa, sobre la política legislativa del Estado, de los Tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional, fue puesta de manifiesto, en relación con la actividad desarrollada por la *Corte Costituzionale* italiana, por el Prof. V. CRISAFULLI, quien afirmó la incidencia de las decisiones del alto Tribunal italiano, “y en general de cualquier órgano de justicia constitucional, (...) sobre el *indirizzo* político-legislativo”. Vid. el relato que sobre su intervención en el coloquio celebrado en Roma el 30 de marzo de 1977, se contiene en J. L. CASCAJO CASTRO, “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 1 (enero-febrero, 1978), p. 247. En concreto, a los órganos constitucionales de garantía, como el TGC o nuestro Tribunal Constitucional, suele reconocérseles su actividad como determinadores del *indirizzo politico di garanzia*, una suerte de subdivisión que, especialmente desde la doctrina italiana, se reconoce en la actividad de orientación política que, globalmente considerada, se predica de todos los órganos constitucionales del Estado. Vid., en relación con todo ello, E. CHELLI, “La sovranità, la funzione di governo, l’indirizzo politico”, en G. AMATO Y A. BARBERA (eds.) y otros, *Manuale de Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1991, 3.ª ed., p. 302; P. BARILE, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 1987, 5.ª ed., p. 269.

²⁴ La virtualidad que hubiera podido alcanzar la interpretación del Texto Constitucional podría venir de la mano del gran número de cláusulas generales, expresivas de un compromiso dilatorio, que éste contenía. Es por ello que se ha podido afirmar que, “En el caso de la Constitución que estamos examinando, su parte dogmática contiene una serie de formulaciones genéricas y abstractas (cosa que es común en este tipo de disposiciones), y por otro lado de contenido lo bastante nuevo en nuestro constitucionalismo como para plantear problemas en su interpretación. (...) La pretendida asepsia de la interpretación se hace más difícil en estas condiciones, recayendo sobre enunciados abstractos y con un contenido ideológico innegable”. Vid. R. M.ª RUIZ LAPENA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., pp. 87-88. No se pierda de vista, en este sentido, el importante papel que, en esta labor, hubiera podido jugar la constitucionalización de los derechos sociales que nace, precisamente en esta época y de la que, como se ha dicho, el Texto republicano era paradigmático ejemplo.

nado, como no podía ser de otra manera, que el actual²⁵. No por ello resulta menos cierto, sin embargo, que la tendencia “natural” de aquellos primeros Tribunales Constitucionales les hubiese conducido, con el paso del tiempo, a ocupar esa posición capital dentro del sistema jurídico-político que ocupan hoy²⁶.

Sentada, de este modo, la condición de órgano constitucional que en el TGC concurría, cumple preguntarse por su naturaleza de órgano jurisdiccional. El TGC venía a representar la asunción por el Constituyente de 1931 de las formulaciones más vanguardistas en torno al carácter jurídico de la función de defensa de la Constitución. Desde el entendimiento de la Constitución como norma jurídica, como la norma jurídica suprema, lógico resulta que la aplicación de sus enunciados y su contraste con la legislación ordinaria haya de reputarse también como una operación de técnica jurídica²⁷. No es posible, dado que ello excedería los límites del presente trabajo, exponer

²⁵ El excesivo formalismo de las primeras elaboraciones doctrinales en torno a la justicia constitucional no hubiera favorecido la función integradora que hoy se le reconoce a la institución. Y así, por ejemplo, la reconducción de la inconstitucionalidad material a un problema de procedimiento [cfr., por todos, Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (1928), Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1986, pp. 17-20] o la visión kelseniana de la sentencia que declara la inconstitucionalidad como ley negativa o abrogativa (Cfr. H. KELSEN, “La garantía...”, cit., p. 173). Sin embargo, este lastre que para el desarrollo de la jurisdicción constitucional, en el sentido que finalmente tomó tras la II Guerra Mundial, supondrían teorías como las que acabamos de apuntar hubiera dejado de ser tal a medida que, por la vía de los hechos, los órganos de justicia constitucional hubiesen podido demostrar su “inocuidad” para el correcto funcionamiento del Estado democrático. Piénsese que, en gran medida, las obras de los primeros grandes teóricos de la justicia constitucional estaban encaminadas a demostrar, precisamente, el carácter de órgano inerte de los Tribunales Constitucionales. Lógico resultaba, por ello, que, en respuesta al movimiento doctrinal que reputaba altamente peligrosa y profundamente antidemocrática la instauración de tales modelos de control de constitucionalidad, la tendencia de sus defensores no fuese la extensión del modelo teórico que diseñaban.

²⁶ En esta línea de reafirmar la posición privilegiada del TGC en el organigrama institucional de la República se encuadra la competencia que, por virtud del art. 120 de la Constitución, se le otorgaba para dirimir los conflictos que enfrentasen al Tribunal de Cuentas de la República con otros organismos, en concreto con “aquellos de rango inferior que manejan fondos del Estado, como las corporaciones sindicales y otros” [*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (DSCCREII, en adelante)*, Tomo V, n.º 80 (25 de noviembre de 1931), p. 2.628]. Cfr., en relación con tal extremo, A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 207-213. No es posible, sin embargo, identificar tal función con la atribución de la solución de conflictos entre órganos constitucionales con que modernamente se ha investido a Tribunales Constitucionales, toda vez que el Tribunal de Cuentas no era, en puridad un verdadero órgano constitucional, sino que dependía de las Cortes, ejerciendo sus funciones por delegación de éstas.

²⁷ La consideración del control de constitucionalidad como una operación de naturaleza jurisdiccional no conducía de forma automática, sin embargo, a la aceptación del modelo que el TGC representaba. Así, por ejemplo, A. POSADA (*La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel espagnol, Paris, 1932*, p. 217) estimaba más oportuno que “le Tribunal constitutionnel devait faire partie -avec pleine substantivité- du Tribunal suprême de Justice”. Por su parte, A. Royo Villanova se pronunciaba en favor del modelo de “control difuso”, en los siguientes términos: “Esto del Tribunal Constitucional (...) es un tinglado austriaco copiado de la Constitución austriaca (...). La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley es un problema jurisdiccional de técnica jurídica que en la Constitución no puede corresponder más que al Poder judicial; a él corresponde en los Estados Unidos, que es donde se intentó y es el tribunal Supremo el que declara inconstitucional una ley”. Vid. *DSCCREII*, Tomo V, n.º 81 (26 de noviembre de 1931), p. 2.667; vid., también, abundando en su razonamiento, p. 2.668. La opción por ese “modelo americano” de justicia constitucional no dejará de tener su traducción, como veremos, si bien en el terreno de los efectos de las sentencias, cuando en 1933 se apruebe la L.O.T.G.C. Sin embargo, por lo que al problema del órgano que ejerce el control se refiere, existían razones poderosas que desaconsejaban optar por dejar en manos del Poder Judicial el control de constitucionalidad de las leyes, entre ellas, la enorme desconfianza hacia una judicatura tradicionalmente incapaz de afirmar la efectividad jurídica, la fuerza de obligar de la Constitución. Vid., en este sentido, las palabras del Sr. Castrillo, contestando a la intervención de A. Royo, en la misma sesión de las Cortes Constituyentes (pp. 2.668-2.669). En el mismo sentido, pero en el marco de la discusión sobre la Ley Orgánica del TGC (LOTGC, en adelante), afirmaba Elola: “hablando del recurso de inconstitucionalidad, me opuse a que de él entendieran los Tribunales de justicia españoles. ¿Por qué? Porque no habían obtenido el suficiente desarrollo, la mayoría de edad necesaria para que asumiesen una función tan interesante en un pueblo vestido a la moderna”. Vid. *DSCCRE*, Tomo XX, n.º 342 (23 de mayo de 1933), p. 13.011.

aquí la problemática en torno a la juridicidad de la función de aplicación de la norma de mayor contenido político de todo el ordenamiento. Sucede además que, en razón del momento en que el TGC fue instaurado, unas consideraciones que partiesen del estado actual de evolución de la jurisdicción constitucional podrían resultar, a nuestro juicio, escasamente clarificadoras de la auténtica entidad del Alto Tribunal. Resulta, en todo caso, incuestionable que el modelo en que se inspira el TGC, el modelo al que realmente respondía, no podía conducir más que a afirmar la naturaleza jurisdiccional de la función de control. Otra cosa es, desde luego, que los condicionantes que rodearon el momento constitucional republicano condujesen a formulaciones ambiguas y, aparentemente al menos, negadoras de la condición de órgano jurisdiccional que el TGC estaba condenado a ostentar y que incluso alguno de los caracteres de su configuración constitucional distasen considerablemente de la imagen tradicional de este tipo de órganos.

A la naturaleza constitucional y jurisdiccional del TGC cabe añadir aún dos notas caracterizadoras: su condición de órgano independiente y de órgano federal..

Por lo que al primero de los aspectos citados se refiere, será preciso tratar la problemática de la independencia desde dos puntos de vista distintos, aunque, no por ello, desconectados: la independencia del Tribunal en cuanto órgano y la independencia personal de sus miembros. Ambas facetas de una misma condición de independencia revertirán en la posibilidad de que el Tribunal de Garantías pueda desarrollar su cometido con idoneidad.

La independencia del órgano en cuanto tal se define a partir de la fijación de los elementos estructurales que de él son predicables. En este sentido, el TGC, como una exigencia de su condición de órgano constitucional, se sujeta a las directrices sobre su funcionamiento marcadas al efecto en el Título IX de la Constitución republicana. En tanto en cuanto es del propio Texto Constitucional de donde el Tribunal extrae su capacidad de actuación, su autonomía quedará garantizada toda vez que el resto de órganos y poderes del Estado no se encuentran facultados para intervenir, suprimiendo o adicionando competencias, en la configuración general del Tribunal de Garantías. Su independencia se asegura, de este modo, con rango constitucional, toda vez que, en principio, sólo a través de la modificación formal del Texto Fundamental se podría hacer variar tal diseño. Ahora bien, siendo ello así, no es menos cierto, sin embargo, que, consciente o inconscientemente, el Legislador Constituyente de 1931, prolijo hasta el detalle en otros aspectos, no acabó de modelar a la perfección, como sabemos, su principal órgano garantista. Esto posibilitó, como veremos más adelante, que mediante la emanación de la Ley Orgánica a que se remitía el artículo 124 de la Constitución republicana, el legislador ordinario realizase cambios de orientación de una elevada trascendencia en aspectos esenciales para el funcionamiento del Tribunal y, señaladamente, en la que, sin duda, se presentaba como la más importante de sus competencias, el recurso de inconstitucionalidad. En la medida en que, con esta remisión se dio lugar a que se pusiesen en entredicho incluso el modelo de jurisdicción constitucional al que se adscribía nuestro órgano de justicia constitucional, tal remisión resulta criticable. Y ello aun cuando reconozcamos que, pese a tal error, era indudable la impronta del sistema europeo en la concepción que la Constitución tiene del Tribunal de Garantías. La gravedad procede en este caso, a nuestro juicio, de que fuera la propia Constitución quien posibilitara, no importa si acertadamente o no, que se llegase a abrir un debate en torno a la indeterminación formal del modelo²⁸. Debate que, obviamente, no se hubiera pro-

²⁸ Así, por ejemplo, el diputado Gil Robles llegó a afirmar que, con la regulación que al recurso de inconstitucionalidad daba la LOTGC, se había configurado un Tribunal de Garantías que se inscribía en "un sistema que tiene más elementos del americano que del austriaco, a pesar de que este último era, a nuestro juicio, el más conforme con el espíritu y aun con la letra misma de la Constitución". Vid. *DSCREII*, n.º 349 (2 de junio de 1933), p. 13.270.

ducido si el Texto Constitucional hubiese preceptuado los efectos que habrían de anudarse a la sentencia que declarase la inconstitucionalidad²⁹.

Debe señalarse igualmente, en relación con la independencia orgánica del Tribunal, que éste contaba con la posibilidad de darse su propio reglamento de organización y funcionamiento. Es ésta una característica que suele distinguir, en la práctica totalidad de los ordenamientos constitucionales, a los órganos supremos del Estado³⁰. Bien que, para el caso del TGC republicano, su capacidad de darse un reglamento no dimanaba directamente de la Constitución, circunstancia de la que se deriva la no consideración del reglamento del TGC -y lo propio sucede con la *Corte Costituzionale* italiana- como fuente primaria del Derecho³¹. La naturaleza del reglamento del TGC quedaría así a caballo entre el reglamento de desarrollo de la legislación formal y los reglamentos elaborados y aprobados por el mismo órgano para el que se dan, como sucede con los reglamentos parlamentarios. De ahí que, aunque la fase de elaboración se residenciase en el propio TGC, su aprobación cayese dentro de la potestad reglamentaria ordinaria del Ejecutivo³².

Por lo que a la independencia de los miembros del TGC se refiere, entrar en su examen supondrá plantearse la problemática de la composición de este órgano constitucional. Sin duda, se trata de uno de los aspectos de la institución resueltos con menor fortuna. El escaso acierto en la redacción de las normas relativas a la composición del Tribunal se agravaba dado que era la propia Constitución la que imponía la procedencia de los Magistrados³³. No estuvo especialmente acertado el Constituyente de 1931 en

²⁹ En este sentido, es menester indicar que, habida cuenta esta pretendida indeterminación formal del de justicia constitucional en el Texto Constitucional, no han faltado autores que han llegado a pronunciarse en favor de la consideración del TGC como el exponente de un sistema "mixto", a medio camino entre el americano y el europeo. Cfr., en tal sentido, M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 48. No creemos, sin embargo, que tal interpretación sea la más correcta para configurar cabalmente al TGC. Es verdad que, en la regulación de este órgano, nuestro Legislador republicano, tanto el Constituyente como el ordinario, introdujo algunos elementos extraños al comúnmente llamado modelo europeo, austriaco o kelseniano de justicia constitucional. Ello no obstante, todo parece indicar que, tanto partiendo de la regulación del Título IX de la Constitución de 1931, como con el posterior desarrollo orgánico, asiste la razón a P. CRUZ VILLALÓN (*La formación...*, cit., p. 335) cuando afirma que "el modelo español es una variante del «sistema europeo» hasta ese momento representado por los modelos checoslovaco y austriaco, y no un *tertium genus* situado en algún lugar del camino entre el sistema americano y el europeo".

³⁰ Tal poder de autorreglamentación se justifica en la circunstancia de que es sobre los órganos constitucionales, independientes entre sí, sobre los que se apoya el régimen político y la Constitución suele conferirles la facultad de disciplinar su organización para evitar interferencias en dicha independencia. Cfr., en tal sentido, G. ZAGREBLESKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese/Edizione Giuridiche, Economiche, Scientifiche, Turin, 1984, pp. 195-196 y, por lo que se refiere en especial al reglamento del órgano de justicia constitucional, pp. 201-205.

³¹ Cfr., en tal sentido, *loc. ult. cit.*, p. 202; A. PIZZORRUSO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, vol. II, pp. 327-331.

³² En opinión de R. M^a. RUIZ LAPEÑA (*El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 146) esta circunstancia no puede extrañar, por cuanto que "Si el Tribunal no se concibe como poder, lógico es que su autonomía no alcance hasta el límite de establecer su propio reglamento y que éste adquiera vigor sin necesidad de la colaboración del poder político".

³³ El art. 122 del Texto Constitucional preceptuaba la siguiente composición del TGC: Un Presidente designado por el Parlamento, sea o no diputado, el presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93, el presidente del Tribunal de Cuentas de la República, dos diputados libremente elegidos por las Cortes, un representante por cada una de las regiones españolas, elegido en forma que determine la ley, dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República, cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España.

este punto. El asunto, además, no es, en absoluto, baladí³⁴. En efecto, la composición del órgano que va a ejercer la jurisdicción constitucional determinará el grado de independencia que sea predicable de dicho órgano. Coadyuvará, igualmente, al entendimiento del Tribunal como un verdadero órgano jurisdiccional y puede ser, a la postre, una de las claves de la funcionalidad de la justicia constitucional. He ahí donde residía la gravedad del desacierto del Constituyente republicano a la hora de establecer el modo de formarse el Tribunal. El artículo 122 incumplía la práctica totalidad de las directrices que, para este particular, había señalado H. Kelsen³⁵, como uno de los aspectos que debían ser cuidados cuando se procediese a la introducción del modelo concentrado de control de constitucionalidad. El número de vocales del TGC era, a todas luces, incompatible con un correcto funcionamiento y además, dada su variada procedencia, al combinarse vocales que lo eran por razón del cargo que ostentaban -"natos"- con vocales electivos, la duración de su mandato resultaba desigual, contribuyendo a la confusión y asegurando pobremente el grado razonable de durabilidad en el puesto de Magistrado del Tribunal de Garantías que hiciese posible la emanación de una, más o menos continua, línea jurisprudencial. La independencia orgánica del Tribunal republicano con respecto, en especial, al Legislativo, era más que discutible. El nombramiento directo del Presidente del TGC por el Congreso se presentaba así como el símbolo de una posición de permanente desconfianza del segundo con respecto al órgano de justicia constitucional. La designación de vocales parlamentarios comportaba además el pernicioso efecto de la posible traslación a un órgano jurisdiccional de controversias que competen a instancias de diverso carácter. Cualquier pretensión de ver un signo de independencia personal en tales vocales, aunque estos actuasen en la práctica desvinculados de su grupo político, cosa harto improbable, resultaba imposible. Añádase a ello que la formación jurídica de los vocales del TGC sólo quedaba garantizada en seis de ellos.

No era, sin embargo, en su más que desacertada composición donde residía el germen del fracaso del TGC, ésta tan sólo era un exponente más de la asunción forzada de la jurisdicción constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución por parte de los Constituyentes republicanos, tanto de aquellos que, por su fidelidad al régimen, concebían una defensa esencialmente política³⁶, cuanto de aquellos otros que, por-

³⁴ No era de la misma opinión E. Ortega y Gasset, quien postulaba que la composición del Tribunal de Garantías no se incluyese en el Texto Constitucional. "Yo quisiera llamar la atención de la Cámara [decía] sobre la improcedencia de recargar la Constitución, como venimos haciendo, con detalles mínimos, con tanto pormenor, que, creyendo de buena fe que aportan perfecciones y garantías, lo que hacen es atarnos las manos (...) este artículo que organiza el Tribunal y que llega al detalle de decir cuántos y quiénes tienen que formar parte de él, cosa que sería más propia de la ley especial, de la ley orgánica...". Vid. *DSCCREII*, Tomo V, n.º 81 (26 de noviembre de 1931), p. 2.670. Conocido el art. 122 de la Constitución republicana, cierto es que hubiese resultado mucho más favorable que la composición del TGC se regulase en su Ley Orgánica, aunque tan sólo fuese por la facilidad con la que se hubiese podido proceder a su mejora mediante la reforma de la misma, sin tener que proceder a la modificación del Texto Fundamental. No por ello, sin embargo, asiste la razón al orador. Lo que hubiera sido beneficioso circunstancialmente, devendría en grave falta si la procedencia de los vocales del Tribunales estuviese formulada en términos más acertados. En la discusión en la Constituyente destaca la opinión de Javier Elola, para quien los miembros del Tribunal deberían ser elegidos directamente por el Pueblo, lo que aseguraría, a su juicio, una mayor legitimación democrática del órgano. Dicha legitimación, bien que indirecta, era reconocida, en cambio, por el Diputado Sr. Castrillo. Cfr. *DSCCREII*, Tomo V, números 82 y 81 (27 y 26 de noviembre de 1931), pp. 2.711 y 2.672, respectivamente.

³⁵ Cfr. H. KELSEN, "La garanzia...", cit., pp. 174-176, donde se enumeran una serie de condiciones que deben evitarse en aquellos que compongan los órganos de justicia constitucional, condiciones que resultaban predicables de la mayor parte de los miembros TGC.

³⁶ La más llamativa de estas posiciones será la representada por Álvaro de Albornoz, quien, pese a ocupar la cartera de Justicia en el Gobierno que presenta el Proyecto de LOTGC, postula abiertamente un modelo de defensa política de la Constitución apoyado sobre la figura del Presidente de la República. Cfr., en tal sentido, su intervención parlamentaria con ocasión de la "defensa" que del citado Proyecto le competía, en *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), pp. 13.268-13.270. El colofón a tal despropósito lo pondrá el propio Parlamento cuando, en uso de las atribuciones que le confería el art. 122 de la

que se oponían a la vigencia efectiva del Texto Constitucional, se mostraban contrarios también a la recepción de cualquier mecanismo que viniese a asegurar su posición de supremacía. Por supuesto que la composición del Tribunal de Garantías era caótica, desde luego que la regulación en este punto no iba a favorecer en absoluto, su consideración como órgano jurisdiccional³⁷. Ello no obstante, dichos defectos se multiplicaron por los intereses particulares de los operadores políticos. Sin embargo, incluso con una composición tan desacertada como la prevista en el artículo 122 de la Constitución de 1931, las posibilidades de un correcto funcionamiento de la institución hubieran sido mucho mayores si la clase política española hubiese creído en la virtualidad funcional del TGC. Esta falta es, a nuestro juicio, considerablemente más grave que la composición menos acorde con la que se tenga por ideal³⁸.

La perspectiva orgánica del TGC finaliza con el examen de su condición de órgano federal. Ya se ha tenido ocasión de señalar la relación estrecha que, tanto desde el punto de vista de los principios cuanto desde la materialización práctica de los mismos en nuestro propio pasado, vincula al fenómeno de la división territorial del poder con la aparición de la justicia constitucional. Esto mismo acontece con el TGC republicano, al que se inviste, en efecto, del carácter de órgano federal guardián de la división competencial³⁹. Esta atribución del TGC fue, sin duda, la que indujo al Constituyente a incluir

Constitución, decide elegir al diputado Álvaro de Albornoz como Presidente del TGC. Al hacerlo así, las Cortes republicanas escogían a un verdadero demócrata, condición indispensable, desde luego, para aquel que haya de ocupar tal puesto. Sin embargo, estaban nombrando también a una de las personalidades políticas que había demostrado a las Cortes su desconfianza hacia la viabilidad de un modelo de defensa jurisdiccional del Texto Constitucional. Sirva el dato como muestra del ambiente poco propicio en que ve la luz el TGC.

³⁷ Cfr., en el mismo sentido, P. CRUZ VILLALÓN, "Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5 (mayo-agosto, 1982), p. 137; *La formación...*, cit., pp. 379 y ss.

³⁸ Tal vez un ejemplo de nuestro pasado más reciente ayude a clarificar lo que intentamos poner de manifiesto. Un Tribunal como el actual Tribunal Constitucional español, con una composición técnicamente correcta, un número de funciones, hasta el momento al menos, razonable, con una configuración como verdadero órgano jurisdiccional que nadie pone en duda, fue, durante algún tiempo, la instancia donde alguna fuerza política de oposición quiso reabrir debates perdidos en el Parlamento. Para ello contó con la inestimable ayuda de un recurso, felizmente desaparecido de las atribuciones del Tribunal, el recurso previo de inconstitucionalidad. Éste, que persiste aun para lo relativo a los tratados internacionales, no fue más que el instrumento que sirvió para reflejar una actitud, cuanto menos desconocedora, sino poco respetuosa con la auténtica naturaleza y función de nuestro Tribunal Constitucional. Cfr., en tal sentido J. PÉREZ ROYO, "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra Leyes Orgánicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (mayo-agosto, 1986), pp. 131-170. Por ello es posible concluir, a nuestro juicio, que tanto o mayor peso podrá tener en la viabilidad de los órganos de justicia constitucional una correcta delimitación de sus rasgos fundamentales como la concepción que de él tengan y el uso que de tal institución hagan quienes tienen constitucionalmente atribuida facultad para hacerlo actuar.

³⁹ Si la existencia de ese principio descentralizador es, en efecto, una de las constantes del Texto republicano, no es menos cierto que la problemática de la división territorial del poder político, y en concreto, la de la forma en que tales instancias de poder adquirirían representación en la toma de decisiones en el seno de la organización política estatal, planeó también sobre el debate surgido con ocasión del establecimiento del TGC. En efecto, la exclusión del Senado como segunda Cámara parlamentaria provocó que algunos sectores de la Constituyente desearan reabrir el debate en torno a este punto con ocasión de la discusión sobre el TGC. Tal era el sentido de las enmiendas de los Diputados Xirau y Franco, que, en términos similares, pretendían la introducción de una suerte de Consejo, adjetivado "de la República" y "nacional", respectivamente. Vid. sus textos en *DSCREII*, Tomo V, apéndice 4.º al n.º 70 y apéndice 9.º al n.º 80. Sólo fue sometida a discusión la enmienda del diputado Xirau, toda vez que Franco, al ver rechazada la primera, redactada en términos muy similares, decide retirar la suya. Lo que con estas mociones alternativas se pretendía, no era sino la definitiva sustitución del modelo de garantía jurídica de la Constitución que representaba el Tribunal por una suerte de segunda Cámara que operase como freno, con carácter preventivo, de la actuación del Congreso. No fue éste, sin embargo, el único reflejo que el desechado Senado tendría en la configuración del Tribunal. De hecho, la correlación entre ambas instituciones tuvo también consecuencias en la composición del Tribunal, en la medida en que en éste tenían asiento un vocal por cada una de las Regiones españolas, autónomas o no. Es menester destacar, en relación con esa imperfecta asunción de la naturaleza

entre sus vocales a los representantes de las Regiones. Incurría así la Ley Fundamental de 1931 en el mismo error que el Texto de 1873. En ambos casos, el precepto relativo a la composición del órgano que resuelve los litigios territoriales aleja a éste de su consideración como instancia jurisdiccional federal para intentar presentar un organismo de corte arbitral⁴⁰. Se desconocía, de esta suerte, que lo importante en la configuración de los órganos de resolución de conflictos territoriales es que, asegurando su independencia orgánica y funcional, se haga posible la emanación de resoluciones justas, que aquí vale tanto como decir fundadas en Derecho, y no inspiradas por la filiación política o la procedencia territorial de quienes las dictan⁴¹.

La principal de las competencias del TGC en este terreno se concretaba en la solución de los conflictos surgidos a partir de la aplicación de las normas, constitucionales y estatutarias, de distribución de competencias, ya se tratase de fiscalizar normas con rango de ley -en cuyo caso estaríamos en presencia de una manifestación concreta del control de constitucionalidad-, ya de otras disposiciones, que vendrían a constituir, propiamente, la materia conflictual⁴². Importa señalar, en relación con ello, que el Legislador orgánico de 1933 fue consciente de la naturaleza materialmente constitucional de los Estatutos de Autonomía, que, en la medida en que venían a concretar las materias de competencia regional, fueron incluidos, por el artículo 29.2, en el parámetro de validez de las leyes de los entes autónomos⁴³. Piénsese que los Estatutos de Autonomía eran, por imperativo del artículo 11 del Código Constitucional, “la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma”, formando parte del ordenamiento jurídico del Estado español. Derivada de esta posición de superioridad que el propio Texto Constitucional reconocía, el único Estatuto que entró en vigor con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica del TGC (LOTGC, en lo sucesivo) -esto es, en puridad, el único Estatuto que entró en vigor-, el Estatuto catalán, contenía previsiones sobre su reform⁴⁴. De esta suerte, a la categoría materialmente superior de los Estatutos, se añadía un cierto grado de superioridad también en el ámbito formal, toda vez que, por obra de la introducción de un procedimiento de reforma, se convertían en normas, sino supremas, sí cuasi-supremas⁴⁵.

jurisdiccional del TGC por parte del Constituyente republicano, que el art. 19 del Texto Constitucional introdujo como una de las atribuciones del Alto Tribunal la apreciación de la necesidad de dictar una ley estatal armonizadora de las disposiciones de las Regiones autónomas, materia que, a todas luces, pertenece a un terreno distinto de aquél en el que el TGC debía desarrollar su función, puesto que, como parece evidente, tal decisión sólo puede fundarse en un juicio de razonabilidad política. Cfr., en el mismo sentido que el aquí expuesto, R. M^o. RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías...*, cit., p. 336.

⁴⁰ La crítica debe acentuarse en relación al TGC, toda vez que en él tenían representación ya no sólo las regiones que hubiesen accedido a su condición de autónomas, sino también aquellas otras que, por no haber puesto en práctica los mecanismos constitucionalizados de acceso a la autonomía, continuaban con el *status* de territorios directamente dependientes de la organización política central.

⁴¹ Piénsese que, como entonces se afirmó, “Cuanto mayor sea la importancia que se atribuya a la procedencia territorial de los jueces, menor es la confianza en la imparcialidad del tribunal, el cual no posee entonces la calidad moral en que ha de fundarse su competencia”. Vid. E. L. LLORÉNS, *La autonomía...*, cit., p. 284.

⁴² Cfr., por lo que se refiere al significado y a la tramitación de estos procesos ante el TGC, R. CANO-SA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 33-38.

⁴³ No se mostraba conforme con la inclusión de los Estatutos en el parámetro de validez de las leyes regionales N. PÉREZ SERRANO, cfr., de este autor, “El Proyecto...”, cit., p. 14.

⁴⁴ Así el Título V (“de la modificación del Estatuto”), de la Ley de 15 de septiembre de 1932 por la que se aprueba el Estatuto de Cataluña. Lo propio hicieron, con posterioridad, los otros dos Estatutos regionales que llegaron a ser plebiscitados durante la vigencia del régimen republicano, los Estatutos vasco y gallego. Esta circunstancia ha servido, como se sabe, al Constituyente de 1977-78 para singularizar en la Disposición Transitoria 2.ª a estos territorios sin necesidad de nombrarlos directamente.

⁴⁵ Cfr., en este sentido, J. RUIPÉREZ, *La protección...*, cit., pp. 300-301.

B) El recurso de inconstitucionalidad y el Tribunal de Garantías

Si, como acabamos de ver, la fortuna no guió, precisamente, las disposiciones constitucionales que configuraron el *status* del TGC, en lo relativo a su principal cometido, la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, lo poco que el Texto Constitucional dice y lo mucho que omite tampoco contribuyeron a la formación de un modelo técnicamente acabado. Alrededor del TGC, tanto durante la elaboración de la Constitución, como durante la redacción de la LOTGC en 1933 o las tempestuosas elecciones de sus vocales, se entretijeron discusiones que ninguna relación guardaban con el que estaba llamado a ser el custodio constitucional. Sin embargo, su reproducción al hilo de debates sobre el TGC sirve para poner de manifiesto problemas más profundos que los que pudieran surgir a partir de una mera divergencia sobre la manera de ordenar técnicamente un recurso concreto. Del breve análisis de algunas de las discusiones que se plantearon con ocasión de la necesidad de dar forma definitiva a un recurso de inconstitucionalidad apenas pergeñado en la Constitución, se podrán concluir, por eso, divergencias de mucho más hondo calado y, lo que finalmente resulto fatal para la República, de ciertamente difícil conciliación.

Nuestra reflexión discurre, por ello, en torno a la forma que se dio finalmente al control de constitucionalidad. Dicho estudio comporta el indudable beneficio, además, de traslucir el dilema al que se enfrentan los Constituyentes republicanos y en el que se encuentra el germen del fracaso del TGC como institución protectora de la Constitución: el establecimiento de un mecanismo moderno de defensa de la Constitución por unos diputados que, en gran parte, o bien concebían un modelo político de salvaguardia del Texto, en las antípodas del control jurisdiccional de constitucionalidad, o bien sencillamente negaban la existencia del problema⁴⁶.

En el debate en torno al recurso de inconstitucionalidad, especialmente en la elaboración de la LOTGC, centraron la discusión dos cuestiones que el Texto Constitucional no había dejado perfectamente delimitadas: la extensión de la legitimación para recurrir⁴⁷ y la licitud de la Disposición final de la LOTGC que excluía del

⁴⁶ La tensión entre ambas concepciones se hace patente en el propio Texto Constitucional, como tendremos ocasión de ver. El debate de la LOTGC es, precisamente, el terreno donde las vacilaciones y desconfianzas de los Constituyentes en este particular se mostrarán abiertamente. Cfr., en el mismo sentido que el expresado en el texto, F. RUBIO LLORENTE, "Del Tribunal de Garantías...", cit., p. 33. El Prof. Rubio aventura, como posible explicación de la paradoja apuntada, el tradicional mimetismo de nuestros legisladores y la necesidad de una jurisdicción de conflictos territoriales. De acuerdo con P. CRUZ VILLALÓN (*La formación...*, cit., p. 309) "cabe dar ya una respuesta cuanto menos complementaria a la pregunta de Rubio Llorente (...). Puede decirse que, en 1931, el principio de primacía de la norma constitucional y su garantía jurisdiccional han calado lo suficiente como para adquirir legitimidad propia". Parece que, como hemos venido apuntando, el Texto de 1931, por propia coherencia, necesitaba del TGC tanto como del establecimiento de una tabla de derechos fundamentales o de un mecanismo de división de poderes.

⁴⁷ La Constitución no había trabado ligazón alguna, salvo en el supuesto de la legitimación de los órganos jurisdiccionales para la consulta de inconstitucionalidad, entre los sujetos legitimados para acudir ante el TGC y los distintos procesos por éste solventados. En el n.º 5º del art. 123 se había incluido la legitimación para "Toda persona, individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada". En la mente del introductor de dicha fórmula, el diputado Balbontín, tal precepto confería a todos los ciudadanos el carácter de guardianes de la Constitución, en el entendimiento de que "una ley anticonstitucional agravia a todos los ciudadanos, no sólo a las personas individuales a quienes vulnera en sus intereses materiales (...) éste es el ideal de la democracia: que cada ciudadano sienta como propia la herida injusta cara a otro, no sé porqué (...) se le ha de impedir a ese ciudadano generoso, que no ha sido atacado en sus intereses materiales, sino sólo en su sensibilidad democrática (...) que reaccione contra la ley inconstitucional". Vid. *DSCCREII*, Tomo V, n.º 82 (27 de noviembre de 1931), p. 2.721-2.723. La enmienda venía a reproducir el ideal kelseniano, conforme al cual "La garanzia maggiore sarebbe certamente quella di autorizzare un' *actio popularis*: il tribunale dovrebbe esaminare la regolarità (...) su domanda di chiunque. In questo modo, l'interesse politico alla eliminazione degli atti irregolari verrebbe senza dubbio soddisfatto nel modo più pieno". Obviaba, sin embargo, Balbontín, la conclusión del razonamiento del jurista austriaco, en cuya opinión "Non è tuttavia raccomandare questa soluzione perchè essa comporterebbe un pericolo troppo elevato di azioni temerarie ed il rischio di un intollerabile intasamento dei ruoli". Vid. H. KELSEN, "La garanzia...", cit., p. 194.

recurso todas las leyes anteriores a ella misma⁴⁸. Estrechamente ligado con ambas cuestiones se encontraba el problema del carácter -ordinario o Constituyente- de las Cortes de 1933, toda vez que, desde de su reunión el 14 de julio de 1931, no habían conocido solución de continuidad. Esta naturaleza controvertida de las Cortes se traducía en el distinto carácter de la legislación por ellas aprobada y, señaladamente, la LOGTC. Ocurría, además, que, como no podía ser de otra manera, las leyes aprobadas a continuación de la Constitución constituían la prolongación “natural” de ésta. Se trataba, en todo caso, de normas de elevada trascendencia, toda vez que venían a formar el *corpus* más primario de desarrollo de las previsiones constitucionales.

No por este motivo, sin embargo, podía afirmarse cabalmente la naturaleza excepcional de los poderes con que se hallaban investidas las Cortes republicanas, incluso cuando se siguiesen intitulando como Constituyentes. Piénsese que lo que caracteriza al Poder Constituyente y lo que hace soportable su condición de potestad libérrima, es, precisamente, la nota de su inmediatividad⁴⁹. Concluida la redacción de la Constitución, la única ley que, por expreso mandato de aquélla, podría considerarse en paridad con ella misma sería la ley que regulaba la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente de la República⁵⁰. Fuera de ella, el resto de la legislación republicana, por más que desde un punto de vista material viniese a formar parte del entramado constitucional⁵¹, carecía de tal naturaleza⁵². Sentado lo anterior, cualquier opción tomada por la LOTGC que se entendiese contraria a lo predeterminado por la Constitución habría de reputarse, por tanto, ilegítima.

Desde tal entendimiento, contraria, sino a la letra sí a la intención del Constituyente, fue la restricción de la legitimación popular que operó el artículo 30.1 de la LOTGC, que sólo concedía acción de inconstitucionalidad “al titular del derecho que resultare agraviado por aplicación de aquélla”. Piénsese que, aunque no faltase razón a algún diputado al afirmar que “La Constitución, que es lo que yo leo, no dice más que lo que he expresado [sujetos legitimados y competencias del TGC sin ligazón alguna]

⁴⁸ La LOTGC nacía como necesario complemento de la parca, en algunos extremos, regulación constitucional sobre el TGC. El art. 124 de la Constitución de 1931 remitía expresamente a una “ley orgánica especial votada por estas Cortes” el establecimiento de la extensión y efectos de todos los recursos de que habría de conocer el Tribunal. Conforme a la controvertida Disposición Final de la LOTGC: “Quedan exceptuadas del recurso de inconstitucionalidad derivado de esta ley, cuya vigencia comenzará al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Madrid, las leyes aprobadas por las actuales Cortes con anterioridad a la presente.”

⁴⁹ Esto es, que actúe, como afirmó J. DONOSO CORTÉS [*Lecciones de Derecho Político* (1836-1837), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 72], como “el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hierde a la víctima y se extingue”.

⁵⁰ Esto es, la ley de 1 de abril de 1933 que, ya que así lo había ordenado el art. 85 de la Constitución, tenía “carácter constitucional”.

⁵¹ Dichas leyes, y entre ellas la LOTGC, integrarían parte de la Constitución material, en el sentido que a este término otorga E. STEIN (*Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 10), esto es, “todas las normas del Derecho Político; es decir, aquellas normas de Derecho Público interno del Estado como un todo”. Sin embargo, formalmente constitucionales, sólo podían ser reputados el Texto de 9 de diciembre de 1931 y la ley de 1 de abril de 1933. Lo relevante de tal distinción reside en la circunstancia de que “sólo participan de la primacía propia del Derecho Constitucional aquellas normas que están contenidas en la Constitución escrita [o, lo que es lo mismo, en la Constitución escrita y en las leyes, la ley en este caso, aprobadas posteriormente con el carácter de constitucional]. Las demás normas del Derecho Político pueden ser modificadas en cualquier momento por los órganos estatales competentes (...) En cambio, cuando una ley es contraria a la Constitución escrita, es nula, es decir, no puede ser obedecida por nadie” (*loc. ult. cit.*, pp. 10-11).

⁵² En el mismo sentido que el expresado en el texto se pronunció L. Recaséns Siches, vid. *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 343 (24 de mayo de 1933), p. 13.055. De diversa opinión era el Diputado Elola [en el mismo Tomo, n.º 342, (23 de mayo de 1933), p. 13.014], para quien “las Cortes Constituyentes, convocadas como tales, no pierden su substancia en tanto sigan reunidas; podrán actuar como Cortes ordinarias en menesteres previstos para Cortes ordinarias, pero continúan siendo Constituyentes en el sentido de lograr exhaustivamente la Constitución, en su texto y en su complemento”.

(...) el art. 123 abre la puerta a determinadas entidades y personas sin decir para qué”⁵³, no es menos cierto que todos los diputados conocían, no en vano eran los mismos que habían aprobado el Texto Constitucional, que la inclusión la legitimación popular adquiriría su pleno sentido únicamente cuando se ponía en relación con el recurso de inconstitucionalidad⁵⁴. Era, de este modo, la propia ley encargada de dar forma definitiva al TGC la que se apartaba de la Constitución y, al, hacerlo “habremos hecho un Tribunal de Garantías Constitucionales que lleva en sí un vicio de nulidad, porque es inconstitucional la ley misma”⁵⁵.

La polémica abierta con la restricción de la legitimación se completaría con las otras dos grandes opciones del legislador orgánico de 1933 en la materia, el *bill de indemnidad* (la Disposición Final de la ley, en la terminología de Ossorio y Gallardo) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, aspectos ambos cuya constitucionalidad fue puesta en duda.

La Disposición Final, como vimos, excluía del objeto del recurso de inconstitucionalidad todas las leyes anteriores a la LOTGC. Toda vez que el artículo 121 de la Constitución no había operado distinción alguna entre las leyes que pudiesen ser sometidas al juicio del TGC, las críticas a tal restricción fueron ingentes. Sucedió además, y esto subyacía a la mayoría de las intervenciones parlamentarias en contra de la Disposición, que la legislación excepcionada del examen de constitucionalidad formaba parte, al menos en términos políticos, de la gran obra transformadora que la República se había impuesto y, con ello, parecía evidenciarse el temor de que toda esa normativa de naturaleza materialmente constitucional y políticamente controvertida, pudiese llegar a reputarse contraria a la Constitución⁵⁶.

Sin embargo, con independencia de que se crea o no políticamente procedente la creación de una esfera del ordenamiento inmune a la fiscalización del TGC, no puede desconocerse que tal opción era posible por la desconstitucionalización que en esta materia había operado el artículo 124 del mismo Texto Constitucional. Éste, al prescribir que habría de ser la LOTGC la llamada a regular la extensión del recurso de inconstitucionalidad, como del resto de procesos constitucionales, estaba abriendo la posibilidad de conformación libre por el legislador orgánico de extremos como aquel al que se

⁵³ La intervención, de Ossorio y Gallardo, en *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.187.

⁵⁴ Otra cosa era, desde luego, que no se explicase cómo la Asamblea Constituyente había aceptado la enmienda en tal sentido de Balbontín, lo cual, como apunta P. CRUZ VILLALÓN (*La formación...*, cit., p. 317), sorprendió al mismo proponente. La explicación, a juicio de N. ALCALÁ ZAMORA (“Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en el vol *Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y Constitucional*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 534) en un descuido de la Cámara. Si bien, incurra la Constitución en tal error, “salvo que se infrinja la Constitución en la Ley Orgánica [el texto procede de una conferencia en la Agrupación socialista de Santiago de Compostela el 9 de marzo de 1933, con anterioridad, por tanto, a la redacción definitiva del art. 30 LOTGC], cualquiera puede poner en movimiento al Tribunal de Garantías” (p. 535). Es de destacar que el que fuera primer Presidente de la República, relacionaba la acción popular en el proceso constitucional con los correspondientes precedentes en los procesos criminal y contencioso-administrativo. Vid., al respecto, nota 76 a la p. 534.

⁵⁵ Las palabras corresponden a la intervención del diputado Salazar Alonso, en *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 347 (31 de mayo de 1933), p. 13.184.

⁵⁶ Cfr., en este sentido, la opinión de L. Recaséns Siches en *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 348 (1 de junio de 1933), p. 13.241. Las palabras del Ministro de Justicia, A. de Albornoz, no dejan duda al respecto cuando afirma: “nosotros queremos excluir toda la obra realizada por estas Cortes y queremos excluirla por motivos políticos (...), porque con ello creemos que cumplimos con nuestro deber; no sólo (...) las leyes de doctrina, las leyes de pensamiento constitucional, sino también aquellas otras de defensa republicana, a veces leyes duras que hemos tenido que dictar en ocasiones con repugnancia de nuestros sentimientos de hombres de leyes y hasta con alguna violencia de nuestra conciencia de juristas”. Vid. *DSCCREII*, mismo Tomo, n.º 349 (2 de junio de 1933), p. 13.288.

refirió la comentada Disposición Final. Por tal motivo, parece poder inferirse que la LOTGC no contradecía, en este punto, el mandato del Constituyente⁵⁷.

De modo paralelo, la tercera gran cuestión a la que se enfrenta el legislador orgánico de 1933, la regulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, aparece incluida entre las remisiones que efectúa el artículo 124 de la Constitución de 1931, toda vez que éste alude expresamente a los efectos de los recursos solventados por el TGC. Desde este punto de vista, las conclusiones vertidas al hilo de la delimitación por la LOTGC del objeto del recurso resultan aquí igualmente aplicables. Pero, siendo incontrovertida la posibilidad de actuación del legislador sobre los efectos del recurso, no resultaba tan claro el *quantum* de dicha intervención, esto es, si a la LOTGC tocaba únicamente decidirse por los efectos *ex tunc* o *ex nunc*, o estaba facultada también para pronunciarse por la nulidad o la mera inaplicabilidad como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. El principal escollo con el que, en este sentido, se encontraban los redactores de la Ley orgánica no era otro que el de conciliar su intención con el modelo en el que se había inspirado el Constituyente, que configuró al Tribunal de Garantías sobre la base del sistema europeo⁵⁸, en tanto que, si se reconocía esta opción en la Constitución, devendría ilegítimo su cambio vía ley ordinaria.

Planteada en estos términos la discusión, la posibilidad de optar por el sistema de sentencia de inconstitucionalidad con efectos suspensivos quedará expedita cuando la habilidad dialéctica de diputados de la talla de Sánchez Román, Recaséns y Ossorio, haga que el propio Jiménez de Asúa, claro partidario del modelo “austriaco” llegue a afirmar: “No hay, en efecto, en la Constitución, ningún precepto que imponga ésta o aquella dirección”⁵⁹. Una vez que la mayoría de la Comisión de justicia y de la propia Cámara aceptan la visión que del recurso de inconstitucionalidad, tras la indetermina-

⁵⁷ Es por ello que resultaba, a nuestro entender, acertada la opinión del diputado Gomáriz, para quien “el artículo 124 dice que una ley especial, una ley orgánica especial, ésta, votada por estas Cortes, establecerá (...) la extensión y efectos de los recursos. (...) ¿A qué puede aplicarse este recurso por extensión? A éstas o a las otras materias legislativas, a estos o a los otros actos de gestión: esta es su extensión”. Vid. *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 349 (2 de junio de 1933), p. 13.267. Cfr., en contra, R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, “El tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de la ley”, *Revista de Derecho Público* (julio-agosto, 1933), pp. 234-235. Para este autor, la restricción operada en el objeto del recurso por obra de la LOTGC carecía de validez alguna, de suerte tal que “quien quiera podrá impugnar de inconstitucionales, no sólo las leyes de fecha posterior, sino todas las anteriores dictadas a partir del 9 de diciembre de 1931, fecha de la Constitución”. Del mismo modo, en opinión de J. TOMÁS VILLARROYA [“El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)”, *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, n.º 11 (1968), p. 15], “la ley ofrecía la curiosa y deplorable particularidad de que, siendo una norma destinada a velar por la pureza y regularidad del orden constitucional era, en algunos de sus extremos, de muy dudosa constitucionalidad. Su disposición final, que recortaba la materia del recurso, infringía netamente el artículo 121 de la Constitución”.

⁵⁸ Cfr., en este sentido, N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, Editorial Revista de Dercho Privado, Madrid, 1932, p. 326. En apoyo de esta tesis intervienen, como oradores más destacados, L. Jiménez de Asúa y J. Elola. En opinión de este último “la Cámara se inclinó de manera determinada al tipo austriaco”. En esta inteligencia, no cabía lugar a discusión alguna. Para Elola, sólo si no existiese el TGC sería posible dar entrada a los efectos suspensivos. En un modelo de Constitución rígida que no contase con un órgano de jurisdicción constitucional los jueces estarían obligados, para dar cumplimiento al principio de supremacía, a proceder al examen de constitucionalidad de las normas que aplican. Sin embargo, existiendo el TGC, la única vía de contacto con el sistema americano será la del art. 100 -la consulta o cuestión de inconstitucionalidad-, y no ya en lo que se refiere a los efectos, sino sólo en lo que hace a las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria. Cfr., en este sentido, *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.123. En un sentido similar, para el diputado y penalista L. Jiménez de Asúa, “si todas las demás leyes ordinarias han de estar dentro de su esfera [de la Constitución], parece obvio que aquellas que ataquen a la Constitución no deben prevalecer, no deben existir, no para el caso particular, sino que deben anularse para todos los casos.” *Loc. ult. cit.*, p. 13.127.

⁵⁹ *DSCCREII*, Tomo XX, n.º 345 (26 de mayo de 1933), p. 13.128.

ción constitucional, tienen estos diputados, los mismos presentarán una serie de enmiendas⁶⁰, destinadas principalmente a la ordenación procesal del recurso, que fueron aceptadas casi de forma automática, con una escasa discusión. Y así, efectivamente, fue aprobada la enmienda⁶¹ presentada, entre otros, por los tres parlamentarios antes citados y que zanjaba, de modo definitivo, la cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad⁶². A partir de este momento, será obligado distinguir entre dos manifestaciones distintas de la inconstitucionalidad, la motivada por vicios formales, a la que se anuda la consecuencia de la nulidad, y la proveniente de incongruencia material entre la norma y el Texto de la Constitución, en cuyo caso aquélla resultará únicamente inaplicada al caso concreto de que se trate⁶³. Sin embargo, será necesaria una distinción adicional, toda vez que si la ley materialmente inconstitucional es una ley regional, también para ésta se prescribe la nulidad⁶⁴. En cualquier caso, la sentencia que declare la inconstitucionalidad tendrá efectos constitutivos o *ex nunc*.

En definitiva, al Texto Constitucional de 1931 se incorporó una institución encargada de asegurar su observancia que es una buena muestra de las contradicciones que acompañaron a todo el constitucionalismo de entreguerras. El TGC conoció el mismo destino que la República española de este siglo. Su incapacidad para llevar a término la labor de defensa de la Constitución de 1931 no parece, sin embargo, que deba imputarse a las imperfecciones de todo orden habidas en su configuración, algunas de las cuales hemos resaltado aquí. Parece, por el contrario, que tales imperfecciones, antes que la causa, son la consecuencia de la tensión permanente en que vive el régimen republicano desde su mismo nacimiento. Por encima de consideraciones de detalle, la gran enseñanza que reporta el estudio del precedente republicano, como, en puridad, de los mecanismos históricamente dados de defensa constitucional, reside en la constatación de la necesaria implicación plena de todos los operadores, jurídicos y políticos, en la tarea de conservar la Constitución. Sólo en esa situación de normalidad constitucional, como señala H.-J. Faller⁶⁵, será posible la actuación de la jurisdicción constitucional

⁶⁰ Su texto puede verse en el *DSCCREII*, Tomo XX, apéndice 1.º al n.º 345 (25 de mayo de 1933), pp. 1-2.

⁶¹ Cuyo texto pasó, de este modo, a convertirse en el art. 42 de la LOTGC, a cuyo tenor: “1. Las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto regional respectivo, producirán la total anulación de aquélla, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. 2. Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material, únicamente producirán efectos en el caso concreto del recurso o consulta”.

⁶² Cfr., en relación con ello, la exposición de P. CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 326-330.

⁶³ En opinión de N. ALCALÁ-ZAMORA (“Significado...”, cit., p. 513) esta distinción entre manifestaciones formales y materiales de la inconstitucionalidad es el correlato, en materia constitucional, del tradicional sistema de fundamento dual del recurso de casación, en tanto que casación por infracción de las reglas formales del proceso y casación por infracción de ley.

⁶⁴ Esta es la conclusión a la que debe llegarse por virtud de lo preceptuado en el art. 59.1 b) de la LOTGC. Aunque la Ley del Tribunal tratase esta materia en sede de conflictos entre el Estado y las Regiones, lo cierto es que la regulación por una ley, ya del Estado, ya de las Regiones, de una materia que no caiga dentro de su ámbito de competencias, en tanto que éstas vienen fijadas por el Texto Constitucional y los Estatutos de Autonomía, en lo que se traducirá no es sino en un vicio de inconstitucionalidad, y es, por tanto, materia propia del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Ciertamente puede no resultar sencillo, en ocasiones, proceder al deslinde entre ambas figuras, pero el problema se oscurecía aun más en el caso de la experiencia republicana, toda vez que la regulación procedimental de lo que se denominaba “cuestiones de competencia legislativa”, se apartaba de las normas específicas para la forma de proceder para el caso del recurso de inconstitucionalidad. Cfr., en relación con todo ello, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 392-395.

⁶⁵ Cfr. H. J.FALLER, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), n.º 7 (enero-febrero, 1979), p. 68.

como baluarte eficaz de la Constitución. Parece, desde luego, que tras las tan escasas como breves y fracasadas experiencias de afirmación de la supremacía constitucional en la Historia de nuestro constitucionalismo, la tentativa emprendida con la aprobación, de la que conmemoramos ahora el vigésimo aniversario, de la vigente Constitución ha adquirido unos visos de durabilidad ciertamente alentadores, en particular si los comparamos con la proverbial inestabilidad de las acometidas democráticas españolas. En cualquier caso, haber transitado por caminos bien distintos de los que se trazaron los Pueblos en los que la semilla de la libertad germinó tempranamente ha supuesto –y, sin duda, habrá aún de suponer– la constatación de determinados vicios, casi endémicos, de la articulación de la vida democrática. Vicios que, porque no se concretan en lagunas normativas o deficiencias técnicas, sino que inciden en carencias de formación democrática, patentes incluso en algunos responsables políticos de la más diversa orientación ideológica, no compete denunciar ni solventar al Tribunal Constitucional. La permanencia y consolidación del régimen democrático habrá de venir de la mano de la extensión a toda la ciudadanía de una verdadera cultura política democrática, de la intensificación de la participación de los ciudadanos –individualmente, en agrupaciones de intereses o, desde luego, a través de los imprescindibles partidos políticos– en los asuntos públicos. Una participación que, por cierto y como algún autor europeo ha reconocido⁶⁶, puede funcionar como determinante de una jurisdicción constitucional “de mínimos”, contraponible al protagonismo, en ocasiones excesivo, que han adquirido los Tribunales Constitucionales en la Europa del último tercio del siglo.

⁶⁶ Así P. HÄBERLE, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución”, en el vol. *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, pp. 15-46.