

# EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS REPUBLICANO, OBJETO DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

## THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE SPANISH SECOND REPUBLIC: SUBJECT OF CONSTITUTIONAL HISTORY

Sebastián Martín Martín  
Universidad de Sevilla

**Recensión de:** Pablo Álvarez Bertrand, *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, KRK, Oviedo, 2017).

### I

Pocos periodos de nuestra historia han sufrido tanto maltrato historiográfico como la II República. Su comprensión ha estado siempre mediatizada por su dramática conclusión y por la disposición ideológica del analista. Los obstáculos epistemológicos que han impedido formarse una visión cabal de su complejidad y dinámica han sido normalmente los siguientes<sup>1</sup>: en lugar de examinarla y enjuiciarla con arreglo a las coordenadas histórico-políticas vigentes en el momento de su implantación y desenvolvimiento, se le imponen parámetros sublimados de enjuiciamiento de presunta vigencia universal con el consiguiente resultado condenatorio; al interpretarse la República en función de su abrupto final, todos los presuntos fallos y errores supuestamente cometidos por sus actores principales o por sus instituciones son considerados responsables o promotores directos o indirectos del golpe de Estado y la guerra civil subsiguiente, con el efecto indirecto y tácito de exoneración o descarga de responsabilidad de los auténticos culpables de la barbarie; este tipo de aproximación desemboca además de forma natural en dos variantes correlativas: se parte de la tesis del *error* o *confusión* de los actores republicanos, que, por obnubilación, fanatismo u oscuridad e insuficiencia de ideas, no apreciaron las cosas correctamente, o no calibraron con precisión las consecuencias de sus actos, provocando el mal que acabó con la República, derivándose así en múltiples ejercicios de *historia contrafáctica*, centrados en reprochar a los republicanos el no haber actuado de otro modo, uno que supuestamente habría permitido esquivar la conflagración final; por último, esta concatenación analítica, en una pragmática de la historia como *magistra vitae*, concluye elevando la República a una suerte de contraejemplo que evitar y condenar en la muy democrática actualidad, historiándose entonces aquel pasado con claros objetivos de presente.

De más está advertir aquí que los fundamentos sociológicos y culturales de estos vicios historiográficos los proporciona el resultado de la guerra y la

---

<sup>1</sup> Abordo *in extenso* la cuestión en “De la condena retrospectiva al análisis contextualizado: cuarenta años de historiografía sobre el Estado republicano (1975-2015)”, en E. González Calleja, Á. Ribagorda (eds.), *Luces y sombras del 14 de abril: la historiografía de la Segunda República española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2017, 21-74.

construcción de nuestra autorepresentación colectiva, hasta niveles de insondable profundidad, por parte de la dictadura. Solo el relativo desplazamiento cultural propiciado por el movimiento de recuperación de la memoria y el descrédito en el que se ha sumido el sistema político vigente han permitido trastocar la sensibilidad con la que se contemplaba la República.

Los obstáculos mencionados han estado muy vivos en lo que se refiere a la historiografía más propiamente constitucional sobre aquel régimen, incluida la que se ha dedicado, de un modo u otro, al Tribunal de Garantías. Ya es revelador que “los testimonios parlamentarios” del proceso constituyente de 1978 al respecto de esta institución fuesen “evasivos, parcos y muy cautelosos”, predominando “un propósito de subrayar las diferencias” que la separaban de nuestro actual Tribunal Constitucional y “un vigoroso intento de superación y de rectificar las deficiencias técnicas y las limitaciones estructurales y políticas” del órgano republicano<sup>2</sup>. Idéntica actitud se pudo percibir además en la doctrina triunfante a principios de los años 1980, apenas comenzaba a institucionalizarse el nuevo Estado constitucional español.

En este sentido, resulta paradigmático el texto de Francisco Rubio Llorente, plasmación de un discurso inaugural pronunciado el 25 de octubre de 1980, titulado *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*<sup>3</sup>. El autor, junto a Eduardo García de Enterría y Jerónimo Arozamena, había preparado el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado prácticamente sin alteraciones en octubre de 1981. Su breve prospección historiográfica estaba movida por el afán de ubicar y orientar el nuevo órgano más que por conocer el republicano. Su propósito consistía, según sus propias palabras, en extraer del análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales “algunas advertencias acerca de lo que con en el actual Tribunal Constitucional debe hacerse y debe evitarse”. Y la principal tacha de la Corte republicana no era otra, a su juicio, que la de formar “un órgano político” en vez de un “auténtico órgano jurisdiccional”. Su “composición casi disparatada”, establecida según ese infame “criterio político”, desvió sus actuaciones e hizo que “no fue[se] tomado en serio” en su época.

El Tribunal de Garantías solo podía proporcionar entonces un contramodelo sobre el que instituir el actual Tribunal Constitucional. Si aquel había sido un despreciable órgano politizado, este sería ya ese “auténtico órgano jurisdiccional” capacitado para “interpretar la Constitución con arreglo a criterios estrictamente jurídicos”<sup>4</sup>. Mas, ¿por qué habían cometido tal dislate los constituyentes republicanos? En primer término, por la “confusión” reinante “acerca de cuál [era] la auténtica naturaleza de una institución de este género”, como evidenciaba

---

<sup>2</sup> Martín Bassols Coma, “Estudio preliminar”, en Id. (ed.), *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, CEPC, Madrid, 2010, p. 27.

<sup>3</sup> Publicado en la Revista de Derecho político, 16 (1982-83), 27-38. Citaremos las pp. 30-1, 33 y 36.

<sup>4</sup> *Post festum*, no pueden menos que suscitar cierta ironía los términos ingenuos de este primer tiempo constitucional: según Rubio Llorente, las reglas de elección introducidas por la Ley Orgánica “aseguran que, en la medida de lo posible, en la designación de los miembros del Tribunal, predominen las consideraciones de carácter técnico sobre las estrictamente políticas”, *op. cit.*, p. 34.

su frecuente asimilación al Senado. Resultaba además ostensible la incongruencia absoluta entre las exigencias de una genuina “jurisdicción constitucional”, esto es, técnica y neutral, no política y parcial, y los “presupuestos teóricos” de las Cortes Constituyentes, de clara matriz rousseaniana; refractarios, pues, a “la posibilidad de establecer límites a la acción del legislador”. Pero entonces, si se partía de ese jacobinismo legicéntrico, ¿por qué se sintió la necesidad de fundar el Tribunal de Garantías? Por “mimetismo”, por el inconsistente “deseo de tomar como modelo lo más moderno”, respondía Rubio Llorente.

He aquí, por tanto, un ejemplo de percepción historiográfica del Tribunal de Garantías marcada por dos cifras: la utilidad para fines políticos presentes (la legitimación mediante un contraejemplo histórico de un órgano actual) y la condena retrospectiva del objeto examinado, que toma como fundamento de su desprecio el “error”, la “confusión”, el “mimetismo” o cualquier otra tacha subjetiva de los actores históricos.

Este enfoque epistemológico de partida, muy sobredeterminado por la urgencia de legitimar el sistema constitucional de 1978, llegó a inspirar en ciertos aspectos básicos impecables ejercicios coetáneos de comparación institucional de tono jurídico-formalista y fines, ya sí, científicos: para Pedro Cruz Villalón, autor del ensayo referido, el debate republicano en torno a la instauración del Tribunal de Garantías revelaría “una confusión bastante extendida en torno a la naturaleza y a la razón de ser del control de constitucionalidad”<sup>5</sup>. Su carácter híbrido y las propias reticencias que despertó su fundación mostrarían “las resistencias del constitucionalismo europeo a admitir sin ‘arrepentimientos’ la lógica de la supremacía de la norma constitucional”. El resultado final estuvo, en fin, marcado por una “*politización*” del órgano de naturaleza “*objetiva*, es decir, derivada tanto de la estructura impuesta al mismo como de la excesiva acumulación de fines”<sup>6</sup>.

Este tipo de interpretaciones historiográficas críticas con funciones políticas presentes son habituales en los ciclos constituyentes, cuando las representaciones sobre nuestro pasado común evidencian toda su valencia constructiva y legitimadora<sup>7</sup>. La comparación tácita subyacente entre el modelo republicano y el actual, con la censura e incomprensión correspondientes del primero, estuvo, en efecto, muy presente en las primeras monografías dedicadas a la cuestión publicadas a primeros de los años 1980. Se estaba entonces convencido de que “la causa última del fracaso imputado al Tribunal de

---

<sup>5</sup> Pedro Cruz Villalón, “*Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*”, *Revista Española de Derecho constitucional*, 2, n° 5 (1982), pp. 118, 128 y 146.

<sup>6</sup> Cabría en este sentido pensar que la politización sufrida por el actual Tribunal Constitucional se debería entonces a razones puramente *subjetivas*. Sin embargo, la institucionalización del poder legislativo en términos proclives a la patrimonialización bipartidista permite apreciar causas originarias bien *objetivas*. De igual modo, la elección más o menos abierta de vocales por corporaciones profesionales o municipales, así como el conocimiento de procedimientos de responsabilidad penal de las altas magistraturas, no desemboca por necesidad en la parcialidad aborrecible del juicio.

<sup>7</sup> Ignacio Fernández Sarasola, “*Aproximación a la historiografía constitucional española*”, en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (ed.), *Historia e historiografía constitucionales*, Trotta, Madrid, 2015, p. 133.

Garantías Constitucionales radicaba en la falsa imagen que se forjaron los propios constituyentes [...] de las implicaciones que comporta la instauración de un sistema de justicia constitucional”, y si finalmente se abrazó el “control de constitucionalidad de las leyes” fue “sin una depurada reflexión sobre su alcance”<sup>8</sup>. Como destilado conclusivo de investigaciones exhaustivas acerca de la formación de aquel órgano se afirmaba que “el Tribunal de Garantías se llevó a la Constitución de 1931 en un *clima de confusión* acerca de lo que significaba un órgano de Justicia Constitucional”, pues, entre otras cosas, “la problemática general del tema no había cobrado madurez a nivel teórico ni tampoco a través de una experiencia práctica consolidada –propia o ajena– dentro del Continente”<sup>9</sup>. Esa “confusión” se hizo patente en lo que se refiere a sus “*funciones*”, atribuyéndosele “competencias de lo más variopinto y dispar”, así como a su “*naturaleza*”, propiciando “su composición errática y disparatada”, que “lo convertía en órgano político”. Entre otros motivos, por eso, desde su propia configuración parlamentaria hasta la misma elección de sus vocales, estuvo “marcado por la *politización*”<sup>10</sup>.

Lo peculiar es que, a través de estas obras pioneras, cristalizó una suerte de doxa en torno al Tribunal de Garantías que ha ido transmitiéndose a generaciones sucesivas de constitucionalistas en forma de lugares comunes, conclusiones implícitas y juicios lapidarios sin corroboración documental. Si todavía se entiende que el debate sobre su composición estuvo presidido por “anhelos de politización”, su conformación final se califica de “mixtura contrahecha y antagónica con la genuina naturaleza técnico-jurídica” de un Tribunal Constitucional<sup>11</sup>. Se sigue así sosteniendo que toda la articulación del órgano, tanto constitucional como legislativa, “mostraba que los constituyentes carecían de una noción clara de los sistemas de justicia constitucional”, y el finalmente adoptado “tenía una composición que prejuizgaba una tendencia a la

---

<sup>8</sup> Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, edición de 1981, pp. 15-6. En la edición de 2010, que será la que empleemos de ordinario si no se indica lo contrario, aunque se utilizan las mismas expresiones, esa “falsa imagen” ha dejado de ser ya la “causa última” de un “fracaso”, p. 28.

<sup>9</sup> Rosa M<sup>a</sup> Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. XVII y XXI. Ciertamente no existía experiencia acreditada en el continente europeo, pero sí, y muy abundante, en los Estados Unidos, con una intervención de la Corte Suprema en el control de constitucionalidad de las leyes bien conocida por estos lares. La “madurez” teórica del asunto de las relaciones entre ley, juez y constitución alcanzaba niveles de construcción que poco tienen que envidiar a los actuales, por no decir que los superan.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. XXII-I. Debe apuntarse que Lapeña ya señalaba que el contexto de excepcionalidad y politización social circundante también explicaba la instrumentalización partidista del órgano y el sesgo de algunas de sus decisiones. Comparados con los de Rubio Llorente, sus juicios sobre la justicia constitucional actual y el riesgo subsistente de su instrumentalización y “polarización política” en escenarios de presión resultan mucho más precavidos y realistas: así, con un tono hoy profético, señalaba que “la Justicia constitucional puede resolver determinados conflictos ‘en el sistema’, pero no los problemas ‘del sistema’, en los que no puede ser un sustituto de quien esté llamado a resolverlos”, de ahí que le pareciese “un grave yerro utilizar la Justicia constitucional como sustitutivo de los ordinarios canales de responsabilidad y control de los regímenes democráticos” (pp. XX-XXI).

<sup>11</sup> Héctor Álvarez García, “*La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española*”, *Revista de Derecho político*, 80 (2011), pp. 194 y 197.

politización manifiesta”, entre otras cosas por la “escasa capacitación técnica exigida” a la mayor parte de los vocales<sup>12</sup>.

Digamos, pues, que continúa existiendo un consolidado consenso en torno a esta visión, fraguada ya durante la dictadura, pero decantada en la primera doctrina democrática. Y tal consenso dista de circunscribirse solo a círculos jurídicos especializados, alcanzando el ámbito más general de la difusión del saber constitucional entre nuestros futuros juristas. Así, en uno de los manuales más solventes de la asignatura se vincula el presunto carácter erróneo de su composición con el hecho de que el Tribunal de Garantías naciese “herido de muerte” e “irremediablemente condenado al fracaso”.<sup>13</sup>

Ha tenido que escribirse desde posiciones muy concernidas con el descrédito en el que se ha sumido el régimen constitucional actual, y desde la crítica más elemental a las presuntas virtudes de neutralidad política exhibidas por expertos designados por partidos, para poder trascender la habitual comparación tácita entre 1931 y 1978 resuelta en la condena del momento republicano. Y es que el ambiente presente facilita la comprensión contextualizada y libre de gravámenes censores del órgano instituido en 1933, pudiéndose ya afirmar que “tanto la composición del Tribunal [de Garantías] como la elección de sus miembros respondían a la filosofía republicana”, una filosofía proclive a basar las instituciones en la “participación” de los círculos involucrados en sus decisiones más que en designaciones elitistas o expertocráticas<sup>14</sup>. Si por razones de contexto y presiones golpistas, el órgano, en algunas de sus decisiones, se torció, no cabe seguir cerniendo sobre la totalidad del mismo la anterior condena retrospectiva, pues “la mala práctica no autoriza la descalificación teórica”<sup>15</sup>. Que el propósito de la designación participada de sus vocales era cultivar el republicanismo de las instituciones, y la adhesión de sus miembros a los principios del nuevo régimen, lo demostraría además la reforma prevista en tiempos del Frente Popular dirigida a modificar “la organización y métodos de elección” con el fin precisamente “de asegurar la fidelidad de los vocales al espíritu constitucional”, pudiéndose proceder al cese de los magistrados cuando actuaran “con manifiesta hostilidad a las instituciones republicanas que la Constitución consagra”<sup>16</sup>.

Las distancias tomadas respecto de nuestro presente, marcadas no solo por la crisis político-institucional sino también por la cuestión catalana, permiten así una visión más desprejuiciada de nuestro pasado constitucional. Por otro lado, lo que interesa a la historiografía es ante todo el conocimiento de ese pasado, no su

---

<sup>12</sup> Luis I. Gordillo, “*El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española: enseñanzas de una primera experiencia española de justicia constitucional*”, en L. I. Gordillo, S. Martín, V. Vázquez, *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 143 y 150. Apúntese que en la p. 144 atempera su abrazo a la conocida doctrina del “error” y la “falta de conocimiento o preparación” de sus interlocutores históricos.

<sup>13</sup> Javier Pérez Rojo, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 15º ed., 733.

<sup>14</sup> Rafael Escudero Alday, *Modelos de democracia en España: 1931 y 1978*, Península, Barcelona, 2013, p. 178.

<sup>15</sup> Bartolomé Clavero, “*Desapego de República y cortocircuito de derechos (A propósito de Rafael Escudero Alday, Modelos de democracia en España: 1931 y 1978)*”, *Quaderni Fiorentini*, 43 (2014), p. 1068.

<sup>16</sup> M. Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, pp. 35 y 126-8.

utilización pragmática actual, aún más inconveniente de lo habitual ante la falta de necesidad de legitimar la creación de institución alguna. Se ha dicho con razón que es hora de revisar el “juicio histórico negativo” sobre el órgano republicano “a la luz de las nuevas investigaciones historiográficas”<sup>17</sup>. Ahora se pueden cargar las tintas en el “clima de gran crispación política y social” para explicar el protagonismo “involuntario” y sobrevenido del Tribunal, y aunque se siga considerando defectuosa su “composición interna” se entiende que su “instrumentalización política fue debida principalmente a la acción de los partidos y de las organizaciones económicas y sociales que pretendieron [...] resolver por la vía jurisdiccional contiendas que solo podían solucionarse por vía de la negociación política, social o sindical”<sup>18</sup>.

No solo la descomposición del presente y la consiguiente impostura de su idealización facilitan la comprensión del pasado. Hubo claves teóricas depositadas desde el inicio en el debate doctrinal que prevenían frente a la celebración de la técnica ante los supuestos males de la politización. La crítica a la supuesta neutralidad del experto viene de lejos. La naturaleza en última instancia política del juicio de constitucionalidad no era desconocida. Se apuntó bien pronto que su introducción resultaba congruente no tanto con la figura de una Constitución “rígida” como con la de una Constitución “normativa”, con vocación de transformar la realidad adecuándola a los valores políticos (polémicos) en ella consagrados. La defensa de un orden constitucional de tal modo concebido no podía ser sino labor de alta connotación política, y no pura orfebrería técnico-formal<sup>19</sup>.

La cuestión es que con la experiencia acumulada y sobre la base de presupuestos metodológicos bien meditados se está ya en plena disposición de conocer las claves que llevaron a establecer el Tribunal de Garantías como un órgano coherente con una determinada mentalidad. Como se insistirá después, no fue el fruto de una “confusión” envolvente, sino de una complicada y congruente síntesis política, acorde con la dinámica propia de todo proceso realmente constituyente<sup>20</sup>. Tampoco fue consecuencia del “error” o del “desconocimiento” sobre las implicaciones del control de constitucionalidad, dada la solvencia teórica y jurídica de los actores involucrados y el conocimiento de las experiencias estadounidense y austriaca precedentes. Menos aún expresó un infantil e impremeditado deseo de imitar innovaciones extranjeras, pues se trató de una elección deliberada y debidamente tamizada para adecuarla al contexto español. Que se terminase adoptando se explica porque no toda la filosofía política que servía de inspiración entroncaba con Rousseau en su sentido más vulgar, con su voluntad general uniforme ante la que debían allanarse todas las voluntades particulares. La arquitectura republicana respondía, por el contrario,

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 36. Se trata de un parecer no incluido, claro, en la edición de 1981.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>19</sup> Apuntaba la cuestión Pedro de Vega García, “*Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (1979), pp. 93-118.

<sup>20</sup> La incompreensión de las dinámicas realmente constituyentes (descalificadas como dechado de desacuerdos, conflictos y confusiones) manifestada desde la atmósfera espiritual de otro momento constituyente, justo el del 76-82, revela aspectos bien interesantes acerca de las funciones y rendimientos del relato de la ‘reconciliación’ que presidió nuestra transición y acerca también de su verdadero alcance constitutivo.

a una profesión explícita de fe pluralista, como mostraban el tratamiento jurídico de los sindicatos y la cuestión laboral, el de la autonomía regional y la propia experiencia de los partidos políticos. El entero edificio gravitaba además sobre una muy peculiar concepción de los derechos y las libertades, que si no podían continuar siendo considerados naturales y preestatales, sí debían entenderse como límites insorteables y fines innegociables del poder público<sup>21</sup>, lo que obligaba a establecer garantías reforzadas justo como la encarnada por el propio Tribunal de Garantías. Y desde luego no fueron las reticencias a asumir con todas sus consecuencias la supremacía de la Constitución lo que guió el establecimiento de aquel órgano. Lo que lo hizo posible fue la conciencia bien arraigada de la supremacía de una norma fundamental que aspiraba a gozar de una normatividad real, y no puramente retórica<sup>22</sup>. Harina de otro costal era la cuestión de a quién encomendar su protección, pues muy bien podía mediar la fundada sospecha de que atribuir a un colegio elitista de expertos en derecho dicha alta misión política podría traducirse justo en su contrario, esto es, en el vaciamiento de los propósitos constituyentes por obra de la interpretación de la jurisdicción constitucional.

## II

La cuestión, por tanto, es que a día de hoy se dan mejores condiciones culturales para acometer un análisis historiográfico menos hipotecado de nuestra primera Corte Constitucional. Si desde las primeras monografías escritas en democracia se intentó trascender “la visión puramente negativa” fabricada por la doctrina franquista “para destacar aspectos más expositivos, institucionales y de estricta técnica jurídica”<sup>23</sup>, lo cierto es que ahora se trabaja en un contexto político más desencantado y se cuenta con un acervo bibliográfico mayor que facilitan su reconstrucción objetiva.

Cabría entonces afirmar que la monografía que pasamos a comentar entronca con la mencionada serie de estudios sin intencionalidad política, preocupados ante todo por esclarecer el entramado técnico-jurídico de la institución, tarea que se aborda ya con un conocimiento suficientemente trabado del contexto, no solo del político general, sino, sobre todo, del jurídico-constitucional en particular, lo que libera el relato de las habituales y anacrónicas enmiendas a la totalidad. Para ser más precisos, diría que, en mi personal lectura, resultan de especial valor científico en este libro aquellas claves y conclusiones que permiten trascender el comentado canon de lectura asociado a la cifra ‘1978’, el cual, a pesar de todo, continúa revelándose como prisma perceptivo subsistente en numerosos pasajes y comentarios. Concretemos en ejemplos esta primera y preliminar calificación de la obra.

El autor parte de presupuestos metodológicos muy atinados. Se halla perfectamente prevenido frente al “común error” del llamado “presentismo”, esto es, de “contemplar las instituciones [pretéritas] con conceptos jurídicos más

---

<sup>21</sup> Sebastián Martín, “*Derechos y libertades en el constitucionalismo de la Segunda República*”, Ana Martínez Rus, Raquel Sánchez García (eds.), *Las dos repúblicas en España*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 2018, pp. 43-78.

<sup>22</sup> Pedro de Vega García, “*Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*”, p. 98.

<sup>23</sup> Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, pp. 30 y 36.

propios del momento presente que del periodo histórico analizado” (p. 26). Por eso es plenamente consciente de que proyectar las categorías consensuadas en la actualidad sobre el proceso constituyente republicano “implicaría olvidar el contexto histórico en el que se desarrolló el debate, condicionado por un bagaje ideológico radicalmente diverso del actual” (p. 96).

Con apreciable olfato historiográfico, indica que lo más “desconcertante” del “objeto de estudio” en la historiografía es, por esa misma sensación de perplejidad que provoca, lo “más interesante” (p. 123). En efecto, aquello procedente del pasado que al observador contemporáneo resulta incoherente es lo que da la clave de acceso a la alteridad pretérita. La mala historiografía condena esta otredad como expresión de ingenuidad, de yerro, de insuficiencia de raciocinio o de desorden mental; la buena, en cambio, sabe que su misión consiste en descifrar la gramática que hace a ese objeto “desconcertante” plenamente congruente con una mentalidad determinada, con unos intereses específicos o con un contexto concreto.

El autor se halla también sobre aviso de otra mala costumbre de la historiografía sobre la República: la de elevar testimonios individuales a la condición de prueba palmaria de las condenas retrospectivas lanzadas. Tales testimonios informan, a lo sumo, de críticas coetáneas recibidas por una determinada medida o institución, no de la mentalidad cristalizada en ellas, y en ningún caso son depositarias de mayor razón absoluta respecto del espíritu encarnado en el órgano de que se trate, aleación siempre de pareceres e intenciones en contraste. Tales testimonios suelen además expresar los intereses y experiencia particulares de quienes los formulan, con lo que malamente podría guiar un conocimiento objetivo del TGC la opinión personal de quien se hallaba “desencantado por la falta de institución del Senado” y agraviado por su rotunda destitución como Presidente de la República (p. 114).

Mérito especial de su trabajo es, por otro lado, anotar con todo el acierto el punto de partida de las Cortes Constituyentes y su insoslayable *vis atractiva*, que condicionaba los contenidos de sus acuerdos. Muy poco se insiste en que, frente a la costumbre de reunir en las exposiciones historiográficas generales “República y guerra civil”<sup>24</sup>, la fisonomía republicana es incomprensible si se desconecta de su afán de romper con la dictadura pasada, mientras los factores centrales de la configuración del régimen franquista son endógenos al fascismo sublevado. Teniendo muy presente este contraste con el pasado inmediato, que a la narrativa convencional pasa generalmente desapercibido, el autor subraya cómo algunos de los aspectos centrales del TGC constituían “fórmula de reacción frente a las violaciones de derechos que habían sido registradas en la dictadura de Primo de Rivera” (p. 176). Respondían además, muy particularmente, al modo como se había instituido la jurisdicción contenciosa en la España de la Restauración, esto es, blindando frente a toda revisión judicial lo atribuido a la potestad discrecional. Con eso se lograba la esterilidad de los “mecanismos jurisdiccionales existentes para lograr la tutela de los derechos” y se “dejaba heridas de muerte las garantías de los derechos fundamentales” (pp. 179-80). Si la Constitución se quintaesenciaba, según el juicio de los republicanos, en su parte dogmática, y si la protección de ésta invitaba a instituir una Corte

---

<sup>24</sup> Santos Juliá (coord.), *República y guerra civil*, Espasa, Madrid, 2004; Julián Casanova, *República y guerra civil*, Crítica – Marcial Pons, Barcelona, 2007.

Constitucional, era, en buena medida, por el pasado de conculcación sistemática de los derechos del que se procedía.

La configuración del órgano no se dio en el vacío ni estuvo guiada por una fiebre jacobina desconectada de la realidad. Se querían corregir perversiones bien a la vista entonces que la obra acierta al recordar. El recinto en que se discutió su consagración constitucional y su posterior desarrollo legislativo no se adecua a la imagen tergiversadora y vejatoria de un parlamento cainita y banderizo. También se apunta el dato en nuestra monografía. El autor tiene así presentes los consensos de partida y las sanas transacciones que informaron la labor de las Constituyentes, en materias tan sensibles como la de la laicidad (p. 62) o la propiedad privada (p. 343). Podría decirse entonces, a nuestros efectos, que existía un acuerdo más o menos extendido sobre la necesidad de instituir un mecanismo de defensa de una Constitución a la que todos atribuían rango supremo y conveniencia consiguiente de salvaguardia, centrándose el debate en los resortes más adecuados para tal finalidad y no en el mayor o menor valor de la norma fundamental.

Buen conocedor del “modelo” de derechos adoptado por la Constitución republicana, el autor ofrece una perfecta ubicación del mismo, en la que se percibe el peso específico de que aún gozaba en toda la sistemática la mentalidad liberal, al concederse clara “preponderancia a los derechos civiles o de libertad” en materia de amparo (p. 199). Destaca también otro aspecto fundamental, que se le torna transparente justo por su hábil manejo de las doctrinas jurídicas y constitucionales entonces en circulación. Se trata de un factor que entra en directa tensión con uno de los lugares comunes centrales del, digamos, “relato del 78”, esto es, con la doctrina del “error” y la “confusión” de los constituyentes republicanos. Y es que esta obnubilación y desorientación colectivas resultan inverosímiles en un contexto marcado por el “alto nivel de conocimiento esgrimido por todos los participantes”. En la discusión del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC, en adelante), se revelaría así un “perfecto dominio de las tendencias doctrinales españolas y extranjeras de la época” (p. 146) en esta materia particular que no permite hablar a la ligera de clima de desvarío general.

Su conocimiento exhaustivo de toda la dimensión técnico-jurídica y jurídico-procesal de la institución le permite concluir con solvencia la adecuación rigurosa del TGC a su propio estatuto funcional en puntos centrales como, por ejemplo, el del “cumplimiento de los requisitos de admisión” de los recursos (p. 307). A ello se suma la principal virtud de la presente investigación, su manejo y conocimiento a fondo de la jurisprudencia emanada de la Corte, sobre lo que se harán ulteriores consideraciones. Baste ahora indicar que su concienzudo estudio da verificación a la regla científica a tenor de la cual cuanto más investigación se realiza menos lugares comunes (o menos constructos ideológicos) se movilizan. Como se verá, la desprejuiciada y contextualizada consulta de la actividad jurisprudencial del Tribunal le permitirá formular juicios más ponderados acerca de su legado, huyendo así de las descalificaciones fulminantes lanzadas por otros autores (p. 20, n. 12) en las que la intensidad del rechazo a la institución pasada es inversamente proporcional al volumen de fuentes manejado y a la profundidad de la reflexión realizada.

Y, con todo, la obra de Pablo Álvarez Bertrand no llega a liberarse del corsé ‘setentayochista’, que, siendo naturalmente legítimo en la órbita política, produce

relativas distorsiones en la construcción historiográfica. Son principalmente las dos ya mencionadas: la condena retrospectiva y descontextualizada con la consiguiente propensión a la enmienda contrafáctica.

También en sus páginas se alude a la “confusión respecto al modelo que debía elegirse” (p. 108) –muy presente “en el debate constitucional” pero con “un nuevo episodio” durante la discusión de la LOTGC (p. 147)–, a los “errores de planteamiento en su composición”, a la “ausencia de una idea clara de partida” (p. 108), a la consiguiente “falta de rumbo” manifestada en el proceso de su configuración (p. 112), a la final “implicación [del órgano] en asuntos políticos” y al “lastre evidente” que supuso la “composición o factor humano del Tribunal”, que “dio primacía a la introducción de componentes de orden democrático o representativo” (p. 161).

La respuesta convencional a estas disfunciones comparece cuando se afirma que su formación “podría haber sido afrontada y resuelta con una mayor neutralidad”, o que “habría sido deseable que el perfil de los miembros fuera mayoritariamente jurídico” (p. 161). Llega a señalarse en este mismo sentido que “si se hubiese respetado la redacción inicial del Anteproyecto de Constitución”, esto es, una redacción que apostaba de manera inequívoca por un modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad, “no se habrían originado los conflictos posteriores que desembocaron en la confusión” (p. 132).

No puede existir equivocación donde tantos investigadores de solvencia han apreciado “confusión”, error y desatino, se pensará. Efectivamente, el TFG “no [fue] el resultado de un proyecto político claro, sino más bien el resultado final de un proceso acompañado de altibajos y bruscos cambios de rumbo”<sup>25</sup>. Pero estos rasgos, más que vicios, son atributos propios de un proceso de ruptura y revolución política como el que se estaba atravesando. Más que falta de claridad por desconocimiento del objeto y sus implicaciones existía polémica de agendas confrontadas en un escenario donde casi nada se consideraba preconstituido. La dificultad de llegar a acuerdos y transacciones en momentos políticos inaugurales no puede asimilarse a un clima de insuficiencia perceptiva. Podía no estar clara la síntesis llamada a aglutinar el deseo compartido de blindar la Constitución republicana, aunque sí que parecía más o menos generalizada la reticencia de dejar en manos de los jueces una tarea considerada político-constitucional. Las idas y venidas, los discursos de los protagonistas y sus retractaciones, más que inconsecuencias que han de producir “nuestro asombro” (p. 145), son síntomas típicos de ciclos históricos acelerados donde se acumulan los cambios y se desconoce la cristalización llamada a triunfar, son readaptaciones forzadas a un contexto vertiginoso, que exige a veces, para la defensa de los mismos principios, y ante los cambios permanentes, un trastocamiento drástico del propio criterio.

No hubo así tanta carencia de norte u oscuridad de axiomas cuanto esforzada laboriosidad para alcanzar una síntesis entre polos en tensión, pues no se querían dejar desprotegidos los derechos y la propia Constitución pero tampoco atribuir su garantía a un estamento politizado, sesgado y mayoritariamente antirrepublicano, como el de los jueces, o a un colegio de expertos carente de toda representatividad. De ahí, por ejemplo, que la propuesta

---

<sup>25</sup> Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, p. 309.

de control de constitucionalidad recogida en el proyecto parlamentario de Constitución estableciese la apelación resolutive al pueblo. Lo decisivo, en mi opinión, es concluir que lo que ha solido apreciarse como desviación –la ausencia de claridad, la discrepancia de criterios, la discusión y el choque de preferencias– no es más que un rasgo coherente con una coyuntura histórica muy determinada, marcada por su vocación constituyente.

Lo peculiar de la obra que comentamos es que la entrada en ella de los lugares comunes la coloca en tensión con afirmaciones suyas de tono opuesto. Ya se ha mencionado uno de los ejemplos más evidentes al respecto: la incongruencia entre la confusión de ideas y la formidable preparación de los actuantes, todos al tanto de las opciones institucionales disponibles. Hay otro caso donde se puede observar cómo el autor tiene muy presente la singular fisonomía política del momento que estudia. Como bien se sabe, la LOTGC exoneró del control de constitucionalidad a todas las leyes que la antecedían, obra de las Cortes Constituyentes aún en vigor, exoneración que se ha denominado “*bill* de indemnidad al Gobierno”<sup>26</sup>. Apoyado en la *communis opinio* de los juristas de la época (y de la actualidad), el autor considera la excepción como “circunstancia altamente reprobable” (p. 125), pero al mismo tiempo descende a la razón de “contexto” que la hacía congruente: se vivía una “verdadera ruptura respecto al período monárquico”, por lo que “la coyuntura mostraba verdaderos problemas para poner en tela de juicio la constitucionalidad de la labor del legislativo” (p. 126), mucho más si éste se atribuía naturaleza constituyente.

Y es que lo que puede contemplarse en el bienio de 1931-33 es un tenso y bienintencionado intento de equilibrismo sumamente quebradizo, ya que la misión autoimpuesta consistía nada menos que en fundar un nuevo Estado, rigiendo aquí un vector de ruptura neta con lo existente, pero tratando al mismo tiempo de introducir en la arquitectura institucional las garantías y los contrapesos propios del sistema constitucional y democrático que se quería constituir, rigiendo en este caso un vector de límite y contención. Hacer una revolución política mediante poderes representativos severamente acordonados era una tarea íntimamente paradójica que daba lugar a medidas como ese “*bill* de indemnidad”, despreciable, en efecto, en contextos de estabilidad constituida, pero comprensible en circunstancias como la estudiada.

¿Quiere todo esto decir que no pueden interponerse censuras y críticas a la obra republicana? No. Entiéndase bien la postura aquí defendida. Si se aspira a comprenderla, debe entonces indagarse en el contexto que la alumbró y en la mentalidad y sentir colectivo que encarnó. Emplear patrones normativos sublimados y contingentes –como se insistirá al final– condena a un acercamiento anacrónico. Esto no impide, por tanto, lanzar objeciones inmanentes a la propia institucionalidad examinada. Atendidos sus engranajes internos, y el ambiente en que se forjaron y desarrollaron, pueden perfectamente localizarse disfunciones. Es algo, de hecho, que el autor realiza con cierta frecuencia, y de manera, a mi entender, certera: cuando considera “el texto constitucional una base inestable” para “el modelo de garantía jurisdiccional” (p. 112), al identificar “subterfugios” argumentativos empleados en

---

<sup>26</sup> Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, op. cit., p. 324.

la discusión parlamentaria con fines políticos precisos (p. 143), cuando aprecia “cierta incoherencia” entre el modelo constitucional de los derechos y su garantía “por la vía del recurso de amparo” (p. 198), al esgrimir razones procesales de fondo para sustentar su posición crítica (p. 291), cuando plantea observaciones a sentencias sobre la base de la propia legislación que éstas aplican (p. 316) o al detectar “contradicción en la doctrina del Tribunal” por incoherencia “con sus propios actos” (p. 351). En todos estos casos se proclaman críticas que no estorban, sino que contribuyen al mejor conocimiento del objeto abordado.

### III

La monografía de Álvarez Bertrand cuenta con cuatro grandes bloques temáticos. En el primero se reconstruye la “concepción de los derechos fundamentales” dominante en la cultura jurídica española de los años 1930 y en el pensamiento político de las Constituyentes. El segundo aborda la tortuosa configuración del Tribunal como órgano de garantía de la Constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes, basculando todo el debate en torno a las preferencias encontradas por una “garantía política” o por otra de tipo “jurisdiccional”. El tercero recorre las diferentes clases de recurso de los que conocía el Tribunal de Garantías, a través de los cuales podía desempeñar su misión de garante de los derechos. Y el cuarto, en el que se condensa la aportación más sustancial de la investigación, encara la doctrina jurisprudencial emanada de autos, providencias y sentencias sobre el contenido y los límites de numerosos derechos fundamentales, manejando no solo la jurisprudencia procedente del conocimiento de recursos de amparo, sino toda su obra interpretativa, incluida, en posición muy destacada, la registrada en los votos particulares.

La economía de su exposición se caracteriza por dos cifras: su vocación sistemática, digna de elogio y muy presente en el segundo y el cuarto bloques, y el tono técnico-jurídico. Este último aspecto resulta fundamental para cercar las expectativas que la obra está llamada a satisfacer. En ella no se realiza una aproximación histórico-política, que ilustre la trayectoria de los magistrados constitucionales, detalle los pormenores de los casos ventilados o identifique a los diferentes actores involucrados en los procesos sustanciados ante el TGC. Lo que la obra ofrece es una reconstrucción del costado jurídico (procesal y sustantivo) del órgano. Podría aventurarse así una posible distinción entre la historia constitucional realizada de modo preferente por constitucionalistas y la elaborada de forma prioritaria por historiadores, o por juristas-historiadores, más atenta a esa dimensión jurídico-formal la primera y a los aspectos de historia socio-política la segunda. No debe hacerse una prelación apriorística entre ambas, pues las dos cuentan con prestaciones de interés.

El enfoque técnico-constitucional ofrece efectivamente rendimientos explicativos muy valiosos, y nuestra obra es un ejemplo claro de ello. Se diseccionan jurisdicciones a veces confundidas (pp. 190-1).<sup>27</sup> Se conoce al detalle

---

<sup>27</sup> Especial interés tiene, en efecto, la distinción entre los tribunales de urgencia previstos por la Ley de Orden Público, que eran las propias Audiencias provinciales instituidas para el conocimiento de determinados delitos, y los previstos para dar más eficaz tramitación a los recursos de amparo. Esta suerte de “desconcentración” de la garantía de los derechos por parte de la jurisdicción constitucional, que muy bien podría haberse abierto a experiencias de justicia

la dinámica de las suspensiones y las limitaciones de derechos fundadas en motivos de orden público, con todas las implicaciones que esto tuvo en la actuación del TGC. El alcance exacto de su intervención garantista en materia de amparo queda igualmente delimitado: se restablecía “el derecho lesionado, pero en ningún caso imponiendo la obligación de indemnizar al agraviado” (p. 215). Conociendo al dedillo la normativa constitucional, la legislación republicana y la jurisprudencia dictada en interpretación suya, logra identificar con precisión las aportaciones doctrinales del TGC (p. 281-2). El autor no se ha impuesto, a través, por ejemplo, de la consulta de prensa histórica, la tarea de reconstruir los hechos juzgados por el tribunal o de identificar a los actores políticos involucrados en cada proceso, y aunque esta decisión pueda a veces despertar la intriga del lector (*v. gr.* p. 315), lo cierto es que resulta la más apropiada para suministrar un conocimiento jurídicamente “puro” de su aportación doctrinal, evitando las ponderaciones habituales en torno a la mayor o menor politización de sus sentencias.

Sin embargo, quizá exista un caso en que esta falta de contextualización socio-política sí genere cierta extrañeza. Es en el análisis de las sentencias posteriores a agosto de 1936 (pp. 326-7), que, dada la ruptura vivida en el propio órgano, no pueden ser examinadas en línea de continuidad con la jurisprudencia anterior. Los cambios drásticos provocados por la sublevación y la guerra en su composición y número de vocales, y en sus propias reglas de funcionamiento, introdujeron una mutación tan profunda, que, a mi juicio, no permiten incluir la jurisprudencia de estas fechas en el análisis general<sup>28</sup>.

Teniendo presente la existencia previa de varios acercamientos monográficos al órgano republicano o a algunas de sus funciones, cabe preguntarse entonces dónde radica la aportación central de la obra. Aparte de la vocación sistemática de su presentación, y del muy saludable gesto de trabajar con las cartas metodológicas siempre boca arriba, diría que lo que distingue su aproximación es el manejo diestro de las obras teóricas y de los comentarios constitucionales de la época, lo que le permite realizar un encuadre refinado del objeto, guiado por la pertinente pregunta de hasta qué punto “existió una traslación” de los principios difundidos en la doctrina “a las personas encargadas de elaborar el derecho constitucional” (p. 50). Pocas obras de historia constitucional del periodo evidencian un estudio tan serio del derecho político español (y extranjero) y de la historia político-constitucional del primer tercio del siglo XX, siendo sin embargo referencias imprescindibles para captar el marco categorial en el que se desenvolvían los agentes históricos y para identificar también las continuidades y rupturas respecto de los intervalos anteriores.

A este respecto, tan solo realizaría dos puntualizaciones críticas, referidas a un mismo autor, y sin mayor importancia, pero reveladoras de algunos lugares comunes de nuestro constitucionalismo que no se corresponden, sin embargo, con la realidad. Pese a las apariencias léxicas, Llorens no importó la doctrina de la integración de Smend (pp. 50, 200 y 301), a la que, por el contrario, se opuso

---

popular, introduce matices interesantes en la opción republicana, distante, al menos en ese aspecto, de su imagen de órgano de competencia concentrada.

<sup>28</sup> *Vid.* Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, 129 ss.

con notoria energía y con originalidad argumental<sup>29</sup>. Y tampoco fue Smend el “verdadero padre intelectual” del “Estado integral”, inspirado más bien, y directamente, en los proyectos constitucionales de Hugo Preuss<sup>30</sup>.

Junto al manejo de la cultura constitucional circundante, nuestra obra destaca además, como se ha dicho, por su profundo estudio de doctrina emanada del TGC. Como afirma el prologuista de la obra y director de la tesis de la que procede, Ignacio Fernández Sarasola, han sido muy pocos los “estudiosos” que han “analizado la jurisprudencia” del Tribunal de Garantías con semejante detenimiento. Este ágil manejo de las interpretaciones de los magistrados constitucionales le ha permitido así responder a numerosos “interrogantes” que habían quedado sin despejar por investigaciones anteriores, suministrando de esta forma el “núcleo dogmático” que inspiró la doctrina jurisprudencial de aquella Corte (pp. 14-5). En esa aspiración, razonablemente satisfecha y consistente, según las propias palabras del autor, en “extraer una Teoría General de los Derechos Fundamentales a la vista de la lectura de la jurisprudencia” del TGC, se cifra, a mi juicio, buena parte de lo más valioso de este estudio.

#### IV

No es misión del presente comentario adelantar las aportaciones que el TGC realizó en cada uno de los derechos examinados por el autor. Baste con resaltar que su conocimiento exacto de la jurisprudencia disponible, con sus proporciones, contenidos, procedimientos, vías de despliegue y modos de expresión, le permite ofrecer una reconstrucción completa de los principios interpretativos decantados por nuestros primeros jueces constitucionales. Es ese conocimiento el que le autoriza además a contar cómo la doctrina jurisprudencial del TGC delimitó el ámbito de ejercicio de los diferentes derechos y a resaltar con solvencia algo ya destacado en las primeras obras, pero aquí tematizado y comentado con toda precisión, a saber: la “importante labor correctora de las restricciones gubernativas a los derechos fundamentales” que aquel órgano desempeñó (p. 281, pp. 366-7), su particular combate contra la “mala praxis administrativa” de sancionar sin motivar por razones de orden público conductas vinculadas al ejercicio de las libertades (pp. 327-9, p. 353).

Con todo, una de las partes que entiendo más relevantes de toda la exposición es su relato del “pulso entre la garantía política y la garantía jurisdiccional” a la hora de establecer el control de constitucionalidad (p. 146). Es asunto mejor conocido, pero sigue encerrando subido interés. En él me voy a detener para concluir, no solo con la finalidad de seguir ponderando los méritos de nuestra monografía, sino con el intento de ensayar algunas explicaciones alternativas a las acostumbradas.

---

<sup>29</sup> Sebastián Martín, “Autoconservación contra nación. Lecturas de la Integrationslehre de Rudolf Smend en el derecho político de los años treinta” (en proceso de evaluación).

<sup>30</sup> Es un error traslaticio cuya primera formulación la encuentro en Francisco Tomás y Valiente, “El ‘Estado integral’: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada”, en Id., *Obras completas*, III, CEPC, Madrid, 1997, p. 2049 ss. Esta interpretación ha sido enmendada por Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Dykinson – Universidad Carlos III, Madrid, 2016.

Álvarez Bertrand acierta, a mi entender, al considerar como novedad radical republicana “la instauración en la práctica de un verdadero sistema garantizador de la tutela de los derechos fundamentales con control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes”. El Consejo del Reino del Anteproyecto constitucional de la dictadura de Primo no pudo ser, como se sugirió en su momento, “inspiración inmediata del Tribunal de Garantías”<sup>31</sup>, dada, entre otras cosas, “la participación del Rey en la obra legislativa” y en la propia conformación de dicho órgano consultivo (p. 102). A la pregunta originaria de Rubio Llorente de por qué, pese al jacobinismo imperante, se optó por fundar una Corte Constitucional, el autor responde también con acierto señalando el deseado carácter de “norma suprema” de la Constitución de 1931 como razón fundamental (p. 156). Los elementos de encuadre, desde la ruptura con el régimen anterior hasta la impronta constitucional de la revolución republicana, quedan así bien asentados.

Pero han de faltar más elementos de fijación si aún se sienten perplejidades ante “la reticencia española a la introducción de un control puramente jurisdiccional” (p. 114). La “creciente pérdida de prestigio del Parlamento” (*ibid.*) que podía jugar a su favor es muy dudoso que resulte aplicable al momento republicano, signado más bien por el vigor de la cámara tras casi una década suspendida. Era, por el contrario, la afirmación simultánea de la soberanía parlamentaria y de la supremacía constitucional la que, implicando en cierto modo la cuadratura de un círculo, generaba todas las tensiones y titubeos. Las “concepciones de carácter sociológico y político” que todavía, en efecto, predominaban en la “ciencia jurídica” española pueden ser alegadas como motivos de bloqueo mental ante una revisión técnico-formal, pero lo cierto, como se insistirá al final, es que era esta predominancia la que promovía por entonces en muchos casos el propio control de constitucionalidad, según demostraba el caso de uno de sus más eximios defensores en España, Eduardo L. Llorens, pero también de otros constitucionalistas alemanes, como Heinrich Triepel.

El autor no deja de indicar cuáles fueron los motivos de fondo de estas renuencias: por un lado, la “convicción íntima” de que “la defensa de la Constitución” era “función política” y no “jurisdiccional” (p. 127), y por otro, la “desconfianza hacia unos tribunales ordinarios que pudieran invadir los límites de la soberanía parlamentaria” en el ejercicio de esa función de naturaleza política (p. 155). Como Martín Bassols apuntó también en su momento<sup>32</sup>, “la permisividad final respecto de la instauración de un sistema de control jurisdiccional” se explica en buena parte por la vinculación constitucionalizada de los jueces a la ley, lo que impedía que desempeñasen una embozada “defensa política” de la Constitución (p. 144). De ahí que Álvarez Bertrand alegue con tino el trasvase que se estaba produciendo de aquella difidencia a los jueces ordinarios hacia “un órgano creado *ad hoc* para el desempeño del control de constitucionalidad” (p. 155).

¿Era una transferencia justificada o se estaba colocando “la venda antes” (p. 140, n. 30) de que brotase la herida? Por traer un caso significativo, poco capricho había en esta extendida inclinación si tenemos en cuenta las denuncias

---

<sup>31</sup> Se daba la sugerencia en la mejor exposición sintética que teníamos disponible: Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>32</sup> Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, edición de 1981: p. 16, edición de 2010: pp. 34 y 40.

expresadas por Javier Elola sobre las “inconsecuencias y transgresiones constitucionales”, la “intromisión insoportable” en la labor parlamentaria de la judicatura estadounidense y la tendencia “al conservadurismo” de los jueces, muchas veces “retrógrados” en sus creencias, lo que les llevaba a “desnaturalizar en absoluto el sentido de las Constituciones y el sentido de la democracia”<sup>33</sup>. El contexto para hacer históricamente inteligible la refracción a la garantía jurisdiccional de la Constitución se corresponde, por tanto, con los antecedentes entonces conocidos acerca de la politización de la justicia. Tocqueville, con su interpretación del poder judicial en Norteamérica como un poder de revisión solo activo “a instancia de un asunto particular y no en una confrontación abierta e interesada frente a la ley que pudiera llevarle a ser el enemigo de un partido político concreto” (p. 110), no puede proporcionar ya un punto de partida idóneo para la correcta ubicación de este escenario. Se trataría más bien de movilizar la tratadística crítica desde el caso *Lochner vs. New York* (1905) en adelante, pues obras como las de Edouard Lambert, Charles G. Haines y Louis B. Boudin demostraban con abundancia de materiales cómo la magistratura estadounidense, con la consagración de principios interpretativos de índole moral y jurídico-natural, y de remota conexión constitucional, había logrado colocarse en muchos casos sensibles por encima de las asambleas con resultados particularmente desastrosos<sup>34</sup>.

La cuestión es que este debate había saltado a suelo europeo, entre otros motivos, por la obstinada e ilegítima auto-atribución de la revisión judicial de las leyes que había realizado la magistratura alemana. Esta arrogación contó con amplia e insistente cobertura doctrinal, condensada en el tratamiento teórico del principio de igualdad ante la ley como un mandato constitucional de moralidad de las leyes cuyo acatamiento debía ser controlado por los jueces<sup>35</sup>. A todo ello acompañaba además una militante y sesgada actuación judicial encaminada a la neutralización de la legislación más avanzada en materia social o familiar. Algo bien conocido en España, con las reivindicaciones permanentes de los conservadores en favor de otorgar la presidencia de los Jurados Mixtos a jueces profesionales, bien conscientes de su mentalidad clasista y corporativa.

Son estos los antecedentes que explican las fundadas reticencias de muchos constituyentes a la garantía jurisdiccional, o la defensa que del control difuso o de la residencia del mismo en el Tribunal Supremo (pp. 135-6) hizo la derecha más recalcitrante. Lo que la interpretación judicial de la constitucionalidad había puesto en evidencia respecto de las leyes progresistas seguía rigiendo respecto de los mandatos contenidos en una Constitución de signo social. Al igual que la Corte Suprema había podido encontrar anclaje constitucional para armar su *test of reasonableness* frente a las leyes sociales de las asambleas, un órgano de magistrados bien podía fundarse en principios constitucionales como el de igualdad, o en toda la dimensión liberal subsistente en la norma fundamental, para frenar las acometidas transformadoras impulsadas por la legislación. No

---

<sup>33</sup> Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, pp. 43-4.

<sup>34</sup> E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, Marcel Giard, Paris, 1921; Ch. G. Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts, 1930; L. B. Boudin, *Government by Judiciary*, William Godwin, New York, 1932.

<sup>35</sup> Sebastián Martín, *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Comares, Granada, 2017, 566-96.

había transferencia indebida de desconfianza sino difidencia ante un mismo fenómeno: el carácter constitutivo, pero relativo y dependiente de valores culturales y políticos, de la interpretación judicial sea la que fuere la instancia que la ejercitase. Y tampoco fue una mala digestión de Schmitt, provocada por una extemporánea traducción de su *Hüter der Verfassung*<sup>36</sup>, la que extravió a los constituyentes en su insistencia de introducir contrapesos político-representativos en un órgano de empaque jurisdiccional<sup>37</sup>. Era la perfecta consciencia del peligro que entrañaba atribuir a un colegio de expertos la defensa de una Constitución transformadora la que estaba guiando las decisiones.

Esta conciencia no solo queda insuficientemente esclarecida si no se trae a colación el fenómeno entonces evidente de la intensa politización judicial, que llevaba a los juristas republicanos más insignes a rechazar expresamente la legalización en Alemania del control de constitucionalidad de las leyes<sup>38</sup>. Es que la proyección sobre la misma de categorías doctrinales de acuñación abstracta – como la de los modelos “austriaco” o “norteamericano”<sup>39</sup>– puede que oscurezca aún más el asunto. No solo por la distorsión que de por sí pueda generar la superposición de tipos ideales sobre una realidad compleja, susceptible de ser desvelada sin referencia a su mayor o menor ajuste a cánones previos, sino también porque se han asentado en la conciencia del constitucionalismo unas categorizaciones discutibles de lo que eran el modelo austriaco con su patronazgo kelseniano y el norteamericano.

---

<sup>36</sup> Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, pp. 327-8, y citado en nuestra obra en p. 124 n. 52. La traducción del título de Schmitt no se publicó “fuera de todo contexto” sino en el contexto más pertinente posible.

<sup>37</sup> Efectivamente, como el autor sabe ver, Javier Elola aplicó “la teoría de Schmitt con el punto de partida de Kelsen (entender una Constitución en sentido formal)” (p. 124), cuando el pensador católico desenvolvía sus argumentaciones en el plano de la constitución “material” o “existencial” del pueblo, cuyo mejor custodio y protector, a sus ojos, no era otro que un Jefe de Estado de elección popular dotado de poderes ilimitados durante los estados de excepción. Ahora bien, Schmitt distaba de no simpatizar con la colocación de la justicia por encima de los parlamentos sociales. Defendió esta capacidad de revisión desde bien pronto en su dictamen *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, De Gruyter, 1926. Pensaba que las disposiciones intervencionistas de los Estados sociales eran propensas a “dispensas” y “privilegios” contrarios al principio de igualdad, y la defensa de los derechos adquiridos quebrantados solo podía corresponder a la justicia: *Teoría de la Constitución* (1928), Alianza, Madrid, 1982, p. 162. Atribuir a los jueces la capacidad para decidir sobre la justicia de las leyes era, al fin y al cabo, otra forma de socavar el sistema parlamentario, sustituyéndolo por una suerte de *Justizstaat* que Schmitt estaba lejos de repudiar: “*Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich*” (1931), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 229. Si, no obstante, prefería defender, en 1932, un Estado “gubernativo” frente a uno “jurisdiccional” (*Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 7-10) es porque pensaba que la acción constitutiva y antipluralista de un ejecutivo reforzado era más apropiada para los tiempos excepcionales que se vivían que la de una justicia encaramada sobre la ley. Lo que le repugnaba de la posición de Kelsen no era, pues, que los jueces controlasen la constitucionalidad (material) de las leyes, sino que tal control se tuviese que ceñir a cuestiones inequívocamente jurídico-positivas de naturaleza preferentemente formal, como ahora se recordará.

<sup>38</sup> Franz Neumann, “*Contro una legge sul controllo della costituzionalità delle leggi del Reich*” (1929), Id., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Il Mulino, Bologna, 1983, pp. 65-86.

<sup>39</sup> Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, ed. 1981: pp. 41 ss.; ed. 2010, pp. 50 ss. y 63 ss.; Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, pp. 326 ss., hablando acertadamente de decantación de un “modelo español”.

Así, el llamado modelo austriaco atribuido a Kelsen se correspondería con un control de la constitucionalidad de las leyes realizado por un solo órgano técnico y fundamentado en el articulado y en los principios registrados en la Constitución. Por su parte, el norteamericano vendría caracterizado por su carácter difuso y sus efectos *inter pares*. Ahora bien, puede que lo genuino del sistema normativista fuese, sí, su concentración en un órgano técnico de expertos, pero su contracción a cuestiones de incompatibilidad jurídico-formal, con exclusión de cualquier tipo de razonamiento o interpretación ético-material. Y ello a causa de dos atributos inconfundibles de la teoría formalista: su repudio relativista a toda manifestación de iusnaturalismo (de absolutismo moral) en el razonamiento jurídico y su crítica consiguiente al carácter ideológico de la casta de los juristas, incluidos los jueces, cuando esgrimían su mejor preparación para identificar lo justo. Por eso se encontraba Kelsen muy lejos de dar prioridad a la interpretación que realizase un colegio de magistrados técnicos de los valores constitucionales sobre la dimanada del colegio de representantes, por más que la legitimidad de éste procediese de ficciones como la “soberanía del pueblo”<sup>40</sup>. Por otro lado, lo propio del llamado modelo estadounidense en aquel instante no era, como se cree, los efectos *inter pares*, esto es, localizados e inocuos respecto del poder legislativo, del control de constitucionalidad, sino la evidencia de que, con la revocación particular de leyes, se allanaba el terreno a recursos ulteriores propiciándose un bloqueo y una autocensura de las asambleas, que terminaban así limitadas de pleno por un poder, el judicial, que se les colocaba en pie de igualdad.

Con estas precisiones, las fuentes pueden decirnos cosas de signo opuesto a las que creemos. Con la entrada de juristas técnicos entre los miembros del TGC se estaban “recogiendo las ideas de Kelsen” (p. 148, n. 49), de acuerdo, pero no se le traicionaba al tratar de restringir sus competencias. Era así muy kelseniano denunciar –como lo hizo Luis Recasens– la “indefectible politización” del órgano a la que conduciría extender el “parámetro de control” a los “principios” constitucionales (p. 152). Su introducción en el Anteproyecto de LOTGC no tenía por qué representar entonces “una actitud de principio muy favorable a la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución”, tal y como ha podido entenderse<sup>41</sup>, sino más bien una puesta a disposición de una minoría elitista de esa supremacía con riesgo cierto de que la aprovechara para neutralizarla, tal y como hacían sospechar numerosas actuaciones judiciales previas. Por eso quizá no quepa adscribir sin forzaduras al “sistema americano” la decisiva intervención de Miguel Cuevas con su voto particular<sup>42</sup>, pues su eliminación de los “principios” como parámetro de control y la restricción de los efectos por inconstitucionalidad material (de *erga omnes* a *inter pares*) se encontraba en plena sintonía con la posición de Kelsen de limitar al máximo el control moral de la legislación por parte de un cuerpo de magistrados.

---

<sup>40</sup> Hans Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928*, De Gruyter, Berlin, 1928.

<sup>41</sup> Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 322. Se recoge la idea en nuestra obra, que habla de “defensor del modelo norteamericano”, en p. 137.

Así, lo que se interpreta como “influencia directa del modelo norteamericano en el español”, esto es, el efecto *inter partes* de la inconstitucionalidad material finalmente incluido en la LOGTC, podría ser mucho más austriaco y mucho menos norteamericano de lo que habitualmente se cree. Más austriaco por cumplir mejor el mandato kelseniano de restringir la superioridad de la interpretación jurisprudencial de la Constitución sobre la parlamentaria. Pero menos norteamericano también a la vista de los efectos en última instancia generales, de bloqueo de la actividad parlamentaria, que había cobrado la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. La actividad de la judicatura norteamericana alentaba además lo contrario de lo propugnado por el normativismo: abrir las compuertas al razonamiento jurisprudencial sobre la base de principios jurídico-éticos plasmados en la Constitución para poder controlar la (supuesta) justicia de las leyes. No se estaba entonces imitando su ejemplo sino guareciéndose contra sus implicaciones, que eran las que perseguían todos los autores partidarios del control de constitucionalidad basado en parámetros en última instancia morales.

El problema historiográfico va de todos modos más allá de la proyección de estos modelos. La cuestión controvertida es el mero hecho de partir de una preferencia absoluta por el control concentrado de magistrados técnicos. Esta preferencia puede resultar técnicamente comprensible en un debate de actualidad, pero introduce interferencias notables a la hora de narrar la fundación y actividad del TGC. Y es que una cosa es historiar la génesis y funcionamiento de una institución, para lo que se requiere el conocimiento pormenorizado de la coyuntura histórica en que se alumbró, y otra muy diferente es hacer la defensa en la historia de un modelo institucional elevado discutiblemente a la perfección. Esto último no es historiar tanto como legitimar sirviéndose de la historia. No afirmo que tal sea la orientación de nuestro estudio. Por razones políticamente comprensibles, conforma más bien la propensión primordial de una mirada cristalizada en los primeros 1980, pero que sigue estando presente, aquí y allá, entre las páginas de esta monografía. Mi modesta opinión es que la historiografía debe liberarse completamente de este prisma y evitar examinar el TGC dando por hecho que un modelo de control de la constitucionalidad es, en sustancia y por necesidad, superior a los demás.

Entiéndaseme bien. No reprocho –al menos aquí– esa convicción como posible parámetro técnico-constitucional de uso presente. Sostengo que la preferencia actual por una fórmula en lugar de otra no sirve como parámetro histórico-constitucional. Y ello por un motivo fundamental: porque contribuye a criticar anacrónicamente y no a esclarecer contextualizadamente el objeto estudiado. Ya se ha indicado que la creencia de que la “garantía jurisdiccional” es por necesidad superior resulta incongruente con la fisonomía de un proceso constituyente, con su congénita indeterminación conflictiva, para cuyo conocimiento es preferible partir de premisas relativistas, que realcen la contingencia de las instituciones políticas y la relativa aleatoriedad presente en el momento de su configuración. Esta creencia quita además de la vista o contribuye a minimizar los antecedentes empíricos que llevaban a desconfiar de ese tipo de garantía. Elevada a dogma, hace susceptible de censura todo paso que alejaba de su institucionalización, ahorrándonos la tarea de desentrañar los motivos que impulsaban esos alejamientos. Partir de esa preconcepción favorable a la garantía jurisdiccional lleva a rechazar enérgicamente opiniones que se

limitaban a dar manifestación sensata de un sentir coherente con un contexto dado (p. 127)<sup>43</sup>, que es el que se trata de dilucidar. En definitiva, de ser un modelo técnico razonable en la actualidad se transfigura en canon de enjuiciamiento de actores e instituciones pasadas, a los cuales, más que juzgarlos, se trata de comprenderlos en su propio ambiente.

Diría más. El carácter absorbente de esta preferencia ha hecho que pasen desapercibidas algunas evidencias históricas que la contradicen. El primer Anteproyecto constitucional de la Comisión Jurídica Asesora pudo apostar, sí, por una garantía jurisdiccional, pero recurriendo ya a factores políticos “con objeto de que la sociedad viese a los altos jueces más libres de prejuicios profesionales y de espíritu de cuerpo”<sup>44</sup>. El “perfil técnico muy bajo” de sus componentes contrasta, sin embargo, con el elevado número real de juristas que trabajaba en el TGC, con la labor fundamental de asesoramiento que prestaba el muy poco citado cuerpo de letrados de aquel órgano<sup>45</sup>, y con el papel protagonista que precisamente tuvieron los juristas especializados en las sentencias más polémicas, que hicieron que se granjease la fama de “órgano politizado”<sup>46</sup>. Por otra parte, se suele olvidar que el episodio menos edificante de su labor como garante de la Constitución con motivo de la constitucionalidad de la ley catalana de cultivos arrancó precisamente a causa de un caso masivo de neutralización judicial de legislación socialmente progresiva<sup>47</sup>, con lo que la actuación del TGC, más que síntoma de la complejidad política de sus componentes, fue un eslabón más, el último e irrecusable en este caso, del combate judicial contra las leyes sociales y en favor de la propiedad privada, dato que daba por tanto razones a quienes temían una jurisdicción constitucional.

Haciendo una historia contrafáctica de signo alternativo, podría afirmarse entonces que la posible mayoría derechista que acaparó el TGC no habría cambiado de signo por la procedencia judicial, la preparación técnica o el perfil académico de sus integrantes. Habría sido probablemente muy parecido, pues los cuerpos universitarios y de la magistratura se hallaban sobredeterminados por esta hegemonía conservadora y no habían sido depurados ni remplazados por la “revolución” republicana. Tampoco habrían mediado excesivas diferencias porque su elección hubiese correspondido en proporciones diferentes al Parlamento, al Gobierno, a las regiones o a los municipios, visto el vuelco político del otoño de 1933 y la subversión derechista del orden local.

---

<sup>43</sup> Se comparte el rechazo a los planteamientos de Álvaro de Albornoz con Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, p. 334.

<sup>44</sup> Eran palabras de la exposición de motivos transcritas por Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>45</sup> Al que pertenecían catedráticos de derecho constitucional como Carlos Sanz Cid y Teodoro González García: Sebastián Martín, “*Modernización doctrinal, compromiso técnico, desafección política. Los juristas ante la Segunda República*”, en L. I. Gordillo, S. Martín, V. Vázquez (eds.), *Constitución de 1931*, cit., pp. 70-1.

<sup>46</sup> Me refiero a la sentencia de la ley catalana de cultivos, cuya redacción final se basó en una segunda ponencia compuesta por Francisco Becuña y Carlos Ruiz del Castillo, ambos catedráticos, de derecho procesal y de derecho constitucional respectivamente, que trabajaron junto a un exaltado Víctor Pradera.

<sup>47</sup> Narra los antecedentes, con sus “abundantes resoluciones judiciales de desahucio a favor de los cultivadores directos”, Martín Bassols, “*Estudio preliminar*”, *op. cit.*, pp. 96-7.

Su obra habría sido muy probablemente la misma a pesar de que se hubiesen cumplido las enmiendas lanzadas en la actualidad. También nos habríamos encontrado con una “remisión directa al principio de igualdad” a la hora de aplicar “el control de constitucionalidad” (p. 50, p. 199), y no así “en el ámbito del recurso de amparo” (p. 294). El citado principio habría servido para lo que doctrinalmente pudo servir, esto es, para retirar la legislación que combatía derechos adquiridos considerados ilegítimos tachándola de discriminatoria, como expresó el voto particular favorable a la declaración de inconstitucionalidad de la Base de la Ley de Reforma Agraria que permitía la expropiación sin indemnización de la “Grandeza de España” (p. 299, p. 325). Nos habríamos vuelto a encontrar muy probablemente con una “defensa a ultranza” de la libertad de comercio e industria frente a las facultades intervencionistas del Estado (p. 345)<sup>48</sup>. Pero también a tropezar con un órgano “firme” en su “defensa” de derechos como la libertad de circulación (p. 337), de expresión (p. 350) o de reunión (p. 358) con uso de una argumentación jurídicamente sólida impropia de esa corte “disparatada” fruto de la “confusión” a que el constitucionalismo doblado en historiografía nos había acostumbrado.

Enviado el (Submission Date): 15/04/2018

Aceptado el (Acceptance Date): 2/05/2018

---

<sup>48</sup> Por seguir haciendo esta ‘otra’ historia contrafáctica, el requisito exigido por la jurisprudencia del TGC para practicar el intervencionismo económico, a saber, que se realizase a través de “una ley elaborada formalmente por el Poder legislativo” (p. 344), podría haberse transformado, como había sucedido en Alemania, en una exigencia –basada en el principio de igualdad– de “generalidad” a dicha ley difícilmente asequible para un tipo de legislación con destinatarios particulares (corporaciones empresariales y cárteles industriales).