

# LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION \*

POR

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Catedrático de Historia del Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

El profesor García Moreno ha hecho alusión en su amable presentación a mi doble condición de magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de la Universidad. Aun siendo ello cierto, y aunque también lo es que la primera de esas dos condiciones me confiere una cierta cualificación para hablar sobre las funciones del Tribunal Constitucional, quiero dejar bien sentado desde estos momentos iniciales que vengo a hablar a ustedes como profesor universitario y sólo en cuanto tal. En mi situación de excedente de la Universidad es siempre para mí muy grato volver, y más aún en ocasiones como ésta, a ocupar una cátedra universitaria desde la cual pensar en voz alta con la responsabilidad que cada profesor tiene al ejercer la libertad de cátedra, pero sólo con esa responsabilidad, es decir, sin que en modo alguno mi condición, honrosísima y pasajera, de magistrado pueda entenderse involucrada en nada de lo que aquí diga. Quede claro, pues, que llevo puesto el traje académico y no la toga de magistrado.

Como profesor, he pensado siempre que nuestra función docente sólo se justifica social e intelectualmente si cumple un doble requisito concerniente, por un lado, al objeto sobre el cual se quiera enseñar algo y, por otro, al método con el cual se trate de enseñar, método que previamente ha debido adoptar aquel que actúa como docente para aprender lo que a través de su palabra comunica a los demás. El objeto de nuestra enseñanza debe ser siempre el mismo, por más que sea susceptible de muy diversos enfoques: la realidad como problema. Y el método de la docencia, y antes de la investigación, sólo puede ser uno y siempre el mismo: la razón crítica.

Hemos de hablar sobre la realidad y no sobre el sexo de los ángeles. Pero tampoco nos justificaríamos ante la sociedad, ante ustedes, si quienes ocupamos esa sede, esa cátedra desde la cual se habla desde una posición, incluso física, de superioridad, nos dedicáramos a glosar los aspectos menos debatidos,

\* Lección inaugural del curso académico 1982-1983 en el Centro Asociado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Burgos, pronunciada el día 15 de octubre de 1982.

por triviales o por obvios, de la realidad. Debemos usar de la palabra, que es —ya lo he dicho— *logos*, es decir, razón crítica, para intentar con ella iluminar aquello que en la realidad es problema, que es casi todo.

Con esta intención acepté la invitación que se me formuló, y con ella reflexionaré ante ustedes y —espero— con ustedes, y lo haré con mucho gusto y con no menos interés, porque yo no quiero decir, como Luis Cernuda en un bello verso, que voy a callar *porque me cansa la vana tarea de las palabras*, fundamentalmente porque no la considero vana, sino llena de sentido, aunque en este caso la voz que se escuche sea sólo la mía, que es bien poca cosa. Con ella como única arma, trataré de exponer algunas ideas sobre el Tribunal Constitucional y sus funciones centradas en torno a la defensa de la Constitución española, sobre las Fuerzas Armadas y alguna de las suyas, sobre la democracia y sobre la Universidad. Ustedes dirán, si tienen la paciencia de escucharme y haciendo uso de su propia razón crítica, si tengo yo alguna para relacionar aquí y en tan breve tiempo tan numerosas y succulentas (como diría Ortega y Gasset) parcelas de la realidad, de las cuales no me negarán al menos que son ciertamente problemáticas.

Comencemos por analizar, sin tecnicismos jurídicos, pero con el rigor que el tema y la ocasión exigen, cuáles son las funciones del Tribunal Constitucional.

Ateniéndonos a lo que se dice en el título IX de la Constitución y sin descender al desarrollo de que fue objeto por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podemos afirmar que éste tiene como principales competencias las siguientes:

*Primera.*—Conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161.1.a de la Constitución española). Por medio del recurso directo contra tal o cual ley se trata de depurar el ordenamiento jurídico expulsando de él aquellas leyes o partes de leyes que sean contrarias a la Constitución. Como ésta es la norma suprema, la ley de leyes, ninguna otra norma puede ser contraria a ella y coexistir con ella. Si lo es, si no es posible interpretarla de algún modo que la haga compatible con la Constitución, debe desaparecer del ordenamiento, y el órgano constitucional competente para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las normas es el Tribunal Constitucional: él, y sólo él, cuando se trate de normas posconstitucionales. De este modo, la coherencia del ordenamiento jurídico se restablece y la primacía de la Constitución queda restaurada. Tanto cuidado se tiene en evitar la existencia de normas contradictorias con la Constitución, que en determinados y excepcionales casos, cuando se trate de estatutos de autonomía o de otras leyes orgánicas, el legislador ha previsto la existencia de un recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79 de la LOTC) para paralizar aquellos proyectos de ley que tengan tal rango y que, a juicio de quienes estén legitimados para interponerlo, parezcan ser en todo o en parte inconstitucionales.

Esta primera competencia del Tribunal es objetivamente la más importante. El Tribunal no es legislador ni tiene nunca (salvo en el supuesto del art. 55.2 de la LOTC, y aun entonces de modo muy limitado) iniciativa para plantearse si tal o cual ley es contraria a la Constitución. Pero cuando se interpone ante él

un recurso de inconstitucionalidad puede decir lo que no es ley, por ser contrario a la Constitución, y en este sentido pudo Kelsen decir del Tribunal Constitucional austríaco, por él creado en 1920, que se comportaba como legislador negativo. El español, y a través de la figura del recurso previo (que hasta ahora sólo se ha interpuesto en una ocasión, en relación con la LOAPA), puede declarar anticipadamente a su promulgación por el jefe del Estado, pero cuando el texto del proyecto de estatuto o de ley orgánica es ya definitivo, que tal texto es en todo o en parte inconstitucional, impidiendo de este modo que se convierta en ley.

Pero ¿por qué el Tribunal Constitucional español o sus hermanos y modelos de Austria, Alemania o Italia tienen atribuida tan alta competencia? Por una sola razón: *la defensa de la Constitución*. La mayor garantía de que la Constitución no es una mera declaración programática, sino una norma que obliga a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, es la existencia de un *órgano jurisdiccional* que sólo habla cuando se le pregunta y cuando le pregunta quien puede hacerlo y cuya respuesta consiste en interpretar la Constitución —con toda la amplitud que la doctrina alemana representada por Konrad Hesse, Böckenförde, Leibholz, etc., da a este término— y en decir si la norma impugnada es o no conforme con ella. Su juicio, el del Tribunal, es un juicio lógico de conformidad. Su técnica es la jurídica. Su método, la «juridificación» (perdón por el neologismo) de los conflictos políticos. Su finalidad, *la defensa de la Constitución*.

Esta misma competencia para declarar si una norma es o no inconstitucional la ejerce también el Tribunal cuando un órgano judicial, considerando que un precepto que él tenga que aplicar para resolver un caso puede ser contrario a la Constitución, se dirija al Tribunal Constitucional y le plantee lo que técnicamente se denomina la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Const. española y arts. 35 y sigs. de la LOTC).

*Segunda.*—Conocer del recurso de amparo constitucional (art. 161.1.b de la Const. española). La Constitución, en sus artículos 14 al 29 y en el 30.2, reconoce a todos los ciudadanos españoles, y con frecuencia también a quienes no lo sean («todos...», «todas las personas...»), una serie de derechos fundamentales y libertades públicas. Las primeras declaraciones europeas de derechos del siglo pasado, desde la francesa de 1789, enumeraban tales derechos, pero no proveían al ciudadano de medios jurídicos eficaces para defender sus derechos frente a las posibles violaciones de los mismos debidas a actos concretos de los poderes públicos. Nuestra Constitución, siguiendo modelos y técnicas ensayadas ya en otros países y también previstos por la Constitución de la II República, proporciona al ciudadano una tutela jurisdiccional para la defensa de sus derechos fundamentales y libertades públicas, tutela que podrá recabar inicialmente ante los tribunales ordinarios (art. 53.2 de la Const. española y art. 41.1 de la LOTC) y que, en el caso de no obtener de ellos protección satisfactoria, podrá pedir «a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

Los derechos fundamentales y libertades públicas (el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la libertad ideológica, la libertad de expresión, los derechos de carácter procesal, el derecho de reunión o el de asociación y tantos

otros) obtienen así una garantía jurisdiccional eficaz y los ciudadanos pueden protegerlos y hacerlos valer frente a cualquier acción u omisión de cualquier poder público.

Pero importa destacar que cada vez que el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado ante él por un ciudadano actúa no sólo en defensa de *ese* derecho concreto de *ese* individuo en particular, sino que simultáneamente actúa en *defensa de la Constitución*, pues logra que los preceptos de la misma que confieren el derecho en cuestión prevalezcan frente a los actos contrarios procedentes de cualquier poder público.

*Tercera.*—El artículo 161.1.c de la Constitución española establece que el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. Desde la Constitución de 1978, España está construyendo una nueva estructura estatal, un Estado complejo o compuesto. El eje de tal construcción consiste en residenciar determinadas competencias en lo que, para entendernos, vamos a llamar órganos centrales del Estado o Estado en sentido estricto, y en permitir que otras competencias puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas (que también son Estado en una acepción más amplia del término) en virtud de sus respectivos estatutos.

Esta construcción está, ciertamente, sembrada de dificultades, pero también de mecanismos jurídicos para controlar que tanto el proceso de estructuración de las Comunidades como la actuación de sus órganos se mantenga dentro de los cauces marcados por la Constitución. De ahí que exista un órgano constitucional, precisamente el Tribunal Constitucional, encargado de resolver los conflictos de competencias que surjan (y surgen muchos a propósito de la interpretación, sobre todo, del artículo 149 de la Constitución) entre el Estado y cada Comunidad, de modo tal que las sentencias nuestras resuelvan imperativamente para ambas partes cada conflicto en virtud de la interpretación conjunta de la Constitución, del estatuto correspondiente y de tal o cual disposición normativa de la Comunidad. Al hacer esto, al ejercer esta delicadísima competencia, el Tribunal garantiza la unidad y la complejidad del Estado, el equilibrio entre el todo y las partes, y todo ello por medio de la Constitución y *en defensa de la misma*, contra la cual no puede prevalecer ninguna norma o acto de ninguna Comunidad.

Debo confesar a ustedes que lo que estamos haciendo en el Tribunal es algo apasionadamente difícil (y pongan ustedes a su gusto el acento en el adverbio o en el adjetivo), pero quiero decir también, sin necia y falsa modestia, que, a tenor de lo que sobre nuestras sentencias escriben o dicen juristas, políticos, órganos de opinión e incluso las partes interesadas, lo estamos haciendo bien. Y esto conviene que se diga (aunque comprendo que tiene muy poco valor que lo diga yo) para que el ciudadano sepa que los resortes jurídicos previstos por la Constitución para que actúen *en defensa de la Constitución* funcionan satisfactoriamente.

Hacia 1932, Carl Schmitt acuñó con relación al Tribunal Constitucional austríaco la expresión *der Hüter der Verfassung*, esto es, lo llamó el guardián o defensor de la Constitución. En el magnífico discurso que en julio de 1980 pronunció el actual presidente de nuestro Tribunal Constitucional en la sesión

solemne de su constitución, el profesor García Pelayo hizo ver que «en todo caso es menester que quede claro que el Tribunal Constitucional no es el único órgano obligado a defender la Constitución ni la vía jurisdiccional el único camino para su defensa». Es verdad que, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, y dado que todos los demás órganos constitucionales están sujetos en cuanto a la constitucionalidad de sus actos al control del Tribunal, sin posible apelación frente a sus decisiones, «el Tribunal es, en su orden, el defensor supremo de la Constitución».

Pero hay también otras instituciones a las que la Constitución encarga la misión de defenderla: así, el Rey, las Cortes y el Gobierno en determinados supuestos, el Defensor del Pueblo y las Fuerzas Armadas. Reflexionemos sobre el artículo 8.1 de la Constitución, donde se dice que las Fuerzas Armadas «tienen como misión (entre otras) defender... el ordenamiento constitucional», y comparemos esa garantía con la que realiza el Tribunal.

Para éste, el Derecho es el instrumento técnico, el ámbito y el trámite de su actuación: «*id possumus quod de iure possumus*». El Tribunal defiende jurídica y jurisdiccionalmente la Constitución frente a violaciones singulares y parciales de la misma cometidas por actos que, al menos formalmente, se revisten también de apariencia jurídica: tal ley, un decreto-ley, una sentencia judicial. La Constitución no especifica cuándo y cómo deben las Fuerzas Armadas defender el ordenamiento constitucional, pero de la propia naturaleza de aquéllas parece inferirse que tal defensa debe tener lugar cuando el ataque al Estado constitucional sea violento y lo ponga en peligro de subsistir. No, pues, frente a actos formalmente jurídicos y de efectos parciales, sino frente a actos violentos y de efectos totales. Las Fuerzas Armadas son así el instrumento *constitucional* que el Estado *constitucional* posee para defender el ordenamiento constitucional frente a *agresiones o situaciones límite e inconstitucionales*, sean éstas procedentes del exterior o del interior del Estado, del exterior o del interior de las propias Fuerzas Armadas. Y en cualquier caso, las Fuerzas Armadas han de actuar subordinadas al Rey, pues a éste le corresponde, según el artículo 62.b de la Constitución, «el mando supremo de las Fuerzas Armadas», y subordinadas también al Gobierno de la nación, que es quien dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (art. 97 de la Constitución).

En 1795, y en un preciso ensayo filosófico titulado *La paz perpetua*, Kant escribió que «los ejércitos permanentes —*miles perpetuus*— deben desaparecer por completo con el tiempo. Los ejércitos permanentes son una incesante amenaza de guerra para los demás Estados, puesto que están siempre dispuestos y preparados para combatir. Los diferentes Estados se empeñan en superarse unos a otros en armamentos, que aumentan sin cesar (...). Añádase a esto que tener gentes a sueldo para que mueran o maten parece que implica un uso del hombre como mera máquina en manos de otro, del Estado».

No creo que el utópico deseo de Kant sea realizable, y a ésta, a la realidad problemática, habíamos convenido en atenernos. Por otra parte, no sería justo olvidar que en ese mismo momento en que escribía Kant —gran entusiasta de la Revolución francesa— el ejército nacional francés, criatura de la Revolución, supo salvar a ésta en un doble frente compuesto por las demás naciones europeas y por los franceses contrarrevolucionarios. Bien es cierto que ese

mismo ejército nacional tuvo su Napoleón, que, golpe tras golpe, supo adueñarse del poder y personalizarlo desde el Directorio al Imperio, pasando por el Consulado.

Pero esa latente contradicción entre un ejército nacional y permanente como instrumento necesario de defensa exterior (cuando no de imperialismos inconfesados) y como cuna de tentaciones bonapartistas ha sido resuelta en los países europeos (únicos a los que debemos compararnos) desde hace muchos decenios. En todos ellos, salvo esporádicas y efímeras excepciones, el ejército correspondiente ha aceptado de buen grado su papel de institución para la defensa exterior y su condición de institución subordinada a los superiores órganos constitucionales de cada Estado.

No voy a decir, porque es obvio y he prometido hablar de problemas y no de obviedades, que la historia de España desde 1814 hasta 1936 está plagada de golpes de Estado militares. No me interesa tampoco ahora tratar de las complejas razones de tal fenómeno, en modo alguno imputables *sólo* a los militares. En la ocasión presente, con frialdad académica y con propósito analítico más que conclusivo, voy a tratar tan sólo de exponer qué sucedería en el hipotético supuesto de que la reciente serie de golpes frustrados no haya terminado, y al filo de esta reflexión enlazaré otra tendente a esclarecer si tiene o no sentido jurídico el precepto final del artículo 8 de la Constitución (aque!, recuérdenlo ustedes, que, entre otras, impone a las Fuerzas Armadas la misión de defender «el ordenamiento constitucional»). En relación con ese doble objetivo creo razonable formular las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup>) El desarrollo económico, cultural y social de España y el relativo equilibrio entre las clases de esta sociedad es equivalente al de cualquier otra nación del Occidente europeo. Esta no es una sociedad dispuesta a dividirse en dos mitades antagónicas.

2.<sup>a</sup>) Nuestra Constitución democrática no es un disfraz anacrónico o exótico para esta sociedad, sino un traje hecho por ella misma a su medida, esto es, la forma de organización política que la inmensa mayoría de este pueblo cree que le conviene.

3.<sup>a</sup>) Un golpe violento (y no son concebibles otros) contra la democracia y la Constitución, hipotéticamente procedente de un grupo sin duda minoritario de las Fuerzas Armadas, colocaría al resto de las mismas en la ineludible obligación de cumplir con esa defensa del ordenamiento constitucional. Como no hay por qué suponer que no cumplieran con tal misión, esto significa que un presunto golpe desencadenaría *eo ipso* la división entre las Fuerzas Armadas y el enfrentamiento armado dentro de ellas.

4.<sup>a</sup>) Tal vez el precepto final del artículo 8 sea superfluo, pues las Fuerzas Armadas de cada Estado son, lo digan o no sus respectivas Constituciones, que suelen no decirlo, el instrumento legítimo para luchar contra la violencia ilegítima. Pero puesto que lo cierto es que ahí está, de él se deriva una consecuencia ineludible: cada miembro de las Fuerzas Armadas sabe que ése, el de defender el ordenamiento constitucional, es el mandato que el pueblo le da. No el único, ciertamente, pero sí el aplicable a la situación hipotética que analizamos. De todos modos es evidente que el mejor modo de defender la Constitución es no atacarla; en este caso, la mejor defensa es el no-ataque.

5.<sup>a</sup>) Como no hay en absoluto ninguna razón para dudar de la radical

lealtad del Rey al régimen constitucional y sí numerosísimos motivos y evidencias innegables de su identificación radical e inquebrantable con la Constitución, es de todo punto patente que un golpe contra la Constitución sería también y simultáneamente un golpe contra el Rey.

6.ª) La defensa de la Constitución es un deber de todos los ciudadanos, y ante una situación límite y violenta es lógico inferir que serían muchos los que, recordando o no aquel fragmento de un poema de Heráclito («luche el pueblo por su ley como por sus murallas»), asumirían la defensa del régimen que ese mismo pueblo se ha dado. Dicho sin gritos ni demagogia, sino con honda preocupación y a media voz: un ataque violento contra el ordenamiento constitucional desencadenaría muy probablemente una nueva guerra civil, que sólo algunos egoístas visionarios —necesariamente locos, necesariamente pocos— pueden querer.

Como resultado de mi análisis llego al convencimiento de que nos encontramos ante una encrucijada que puede plantearse así: o el Derecho o el caos. Y es claro que el Derecho amenazado no es el que encierra la Ley Hipotecaria o el Reglamento de la Ley de Montes, sino la Constitución como expresión jurídica de la soberanía popular. Así, pues, o la Constitución o el caos.

Al llegar aquí creo haber cumplido mi propósito, que era el de analizar y no el de extraer conclusiones y menos aún profecías. Creo que este país ha optado por uno de los términos de ese dilema y que su elección es irreversible. Pero no quiero insistir en esa línea ni ofrecer soluciones apoyadas en razones que no sabría decir si procedían de mi mente o de mi corazón. En una sede universitaria no es posible resolver estos problemas: basta con plantearlos correctamente. Y, a mi juicio, el dilema es éste: por medio de la Constitución, protegida por instituciones como el Tribunal Constitucional y por otras de actividad jurídico-política, este país puede resolver y está resolviendo sus múltiples problemas singulares. Contra ella ningún problema particular quedaría resuelto y se engendrarían otros muchos, empezando por los inherentes a una guerra civil más o menos duradera. O la Constitución o el caos. O el Derecho o el caos. Pero el Derecho entendido no como un instrumento ciego del cual puede hacerse un uso alternativo contra el propio Estado, sino como expresión de ese mismo Estado democrático, de modo que no es legítima cualquier invocación al Derecho ni lo es, en absoluto, el uso del Derecho del Estado para destruir a este mismo Estado, que antes que Estado *de Derecho* es eso, *Estado*, y que no puede asistir impávido a su propia destrucción por el simple hecho de que ésta opere en ocasiones con armas aparentemente jurídicas, porque el Estado no puede suicidarse.

Y termino por donde empecé. Ocupo una cátedra universitaria y desde ella he analizado racionalmente determinados problemas reales que nos inquietan. Habría podido limitarme a una exposición elusiva de la realidad, pero si hubiera hablado cediendo a esa cómoda tentación tendría ahora la sensación de haberme traicionado a mí y a ustedes. Por el contrario, he creído oportuno hacerlo así y aquí porque entiendo que la Universidad no puede ser escuela de escapistas ni lugar donde se repitan tales o cuales mitos o ideas, mera caja de resonancia para que en ella (como en otro contexto, pero en ocasión parecida, dijo muy certeramente el rector que nos preside), en lugar de pensar nosotros mismos, otros piensen por nosotros y al expropiar nuestro

propio pensamiento nos incapaciten por siempre jamás para comprender la realidad que nos circunda y nos concierne. A la Universidad se viene para pensar, para hacer ciencia y para transmitirla.

Una de esas ciencias, pendularmente mitificada y desprestigiada a lo largo de la historia, es la ciencia jurídica (o «ars», o «técnica», o como prefieran ustedes llamarla). Por medio del Derecho intentamos los hombres racionalizar nuestros conflictos, ordenar y organizar nuestra convivencia con el mínimo de coacción posible. Por medio del Derecho y del Estado, que es a un tiempo producto y productor del Derecho, el hombre ha ido sustituyendo y reduciendo la violencia y garantizando la paz social.

La forma de Estado que conviene en este tiempo a sociedades como la nuestra y que funciona satisfactoriamente en otros países semejantes y cercanos al nuestro es el Estado democrático y social de Derecho. En él, y sólo en él, es posible realizar lo que Karl Popper calificaba como principios básicos de la democracia: controlar a los gobernantes y cambiarlos por otros, si así lo quieren los ciudadanos, sin recurrir a la violencia. Desde 1978 tenemos en España un Estado de estas características. En él, y por medio de instrumentos exclusivamente jurídicos, el Tribunal Constitucional interpreta y defiende la Constitución y la construcción de un Estado social y democrático de Derecho en el que la configuración de las Comunidades Autónomas no pone en cuestión —antes bien renueva y fortalece— la unidad de la nación española. Entre la política y el Derecho, siempre entendido como forma y expresión de un Estado democrático y no utilizable de ningún otro modo alternativo contra el propio Estado, esa tarea es posible, está siendo realidad, realidad problemática, pero pacífica. Así, pues, ¿para qué recurrir a la violencia? ¿A qué o a quiénes beneficiaría el caos? Bajo esa simbiosis de ética, utopía y técnica jurídica que es la Constitución como norma jurídica suprema, aquí y ahora este pueblo puede y quiere convivir en paz y en libertad.

Que nadie destruya su esperanza.