

EN TORNO A LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL APARTADO PRIMERO DEL ART. 57 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 *

POR

PILAR MELLADO PRADO y YOLANDA GOMEZ SANCHEZ
Departamento de Derecho Político de la UNED

SUMARIO

PRELIMINARES.—I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.—II. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL APARTADO PRIMERO DEL ARTICULO 57 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: A) *Configuración conceptual del principio de igualdad*; B) *La preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono: discriminación o excepción al principio de igualdad*; C) *La elaboración del artículo 57,1 de la Constitución*; D) *La inconstitucionalidad del artículo 57,1 de la Constitución*.—III. SOLUCIÓN JURÍDICA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 57,1 DE LA CONSTITUCIÓN: A) *La reforma constitucional*; B) *La extensión de las competencias del Tribunal Constitucional*; C) *Efectos de la reforma del artículo 57,1 de la Constitución o de su posible declaración de nulidad o inconstitucionalidad*.—IV. CONCLUSIONES.

PRELIMINARES

El artículo 1,3 de la Constitución española de 1978 establece que: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria»; y el título II de nuestro Texto fundamental regula detalladamente los aspectos de la Corona como institución del Estado.

Nuestra intención, en estas breves notas, es señalar un hecho que, aunque obviado por la casi totalidad de la doctrina jurídica y política, supone, a nuestro juicio, una clara vulneración del principio de igualdad constitucionalizado: el orden de sucesión en el trono español.

No es nuestra intención cuestionar la funcionalidad de la Monarquía parlamentaria en cuanto forma política del Estado, ni poner en tela de juicio otros

* El presente artículo fue redactado en 1984. Por las razones expuestas al comienzo del presente número se ha demorado su publicación hasta la fecha, en la que ya ha acontecido, el 30 de enero del presente año, el juramento de la Constitución por S. A. R. D. Felipe de Borbón, según preceptúa el artículo 61.2 de la Constitución.

aspectos de la configuración de la Monarquía que pueden parecer tan incoherentes como el que es objeto de este trabajo; por el contrario, nuestra preocupación se centra exclusivamente en lo que, con cierta licencia gramatical, podríamos llamar «descalabro jurídico» cometido en la redacción que presenta el artículo 57,1 de la Constitución española. Nos estamos refiriendo a la preferencia del varón a la mujer en el orden sucesorio español, por entender que se trata de una verdadera conculcación del principio de igualdad. Se nos podría decir, claro está, que la Monarquía en sí, como forma de Gobierno, es una constante vulneración de ese principio desde el momento en que no todos los españoles podemos acceder a la Jefatura del Estado. Sin embargo, mientras que la herencia en una determinada familia, la Familia Real, es un elemento intrínseco y consustancial a la naturaleza de la institución monárquica —de forma que sin dicho elemento desaparece tal institución—, el sexo masculino no es un factor connatural a la Monarquía. Si lo fuera no habría lugar a preferencias; sencillamente, la mujer habría estado perpetuamente excluida del trono; lo que históricamente no ha sucedido y que tiene además su más clara expresión en nuestros días en tres de las más arraigadas Monarquías parlamentarias europeas: Gran Bretaña, Dinamarca y Holanda.

Es, precisamente, este circunscribir nuestro ámbito de estudio a un aspecto tan concreto de la regulación constitucional sobre la Corona lo que nos ha permitido, a pesar de nuestros respectivos y divergentes puntos de vista sobre la conveniencia y la aceptación de la Monarquía como forma política, desarrollar una opinión común respecto a un problema tan específico como es el de la sucesión en el trono de España, considerando que la forma en que se establece en la Constitución tal sucesión vulnera el principio básico de igualdad, señalado, por otro lado, como «valor superior» de nuestro ordenamiento jurídico por la propia Constitución.

A pesar del ámbito concreto que nos hemos señalado para este trabajo —la sucesión en el trono—, no se nos oculta que la Monarquía parlamentaria en general y la propia regulación que de ella se hace en la Constitución española actual presenta otros varios aspectos conflictivos, como puede ser la aceptación del principio de primogenitura, que sin duda merecerían igual atención. Sobre uno de estos aspectos problemáticos, también contenido en el apartado primero del artículo 57 de la Constitución, nos detenemos brevemente en este trabajo, aunque hemos renunciado, en base al fin originario perseguido, a su desarrollo exhaustivo; nos referimos a la constitucionalización de los derechos hereditarios del actual Príncipe de Asturias.

Para llevar a cabo nuestro propósito, demostrar la vulneración del principio de igualdad en el orden sucesorio establecido en la Constitución de 1978 y situar esta vulneración a nivel constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico debíamos, previamente al desarrollo de nuestro tema central, explicar y desarrollar, aunque fuera brevemente, la teoría defendida por un sector de la doctrina alemana que ya hace bastante tiempo ha señalado la posibilidad de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales o, lo que es lo mismo, la existencia en un mismo texto constitucional de normas absolutamente incompatibles.

Esta teoría, también acogida por la jurisprudencia constitucional alemana, nos permite articular la conceptualización de la conculcación del principio de

igualdad que señalamos y elaborar nuestra propia tesis al respeto; aunque, desde luego, no es el propósito de este trabajo profundizar ni poner en entredicho los fundamentos últimos de esta doctrina que defiende la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, a la que nos adherimos, a efectos de este estudio, tal y como ha sido expuesta y defendida por sus creadores.

Por último, quisiéramos señalar que en nuestro proyecto nos han guiado exclusivamente motivos jurídicos y que nuestro fin es poner de manifiesto lo que para nosotros es una clara vulneración del principio de igualdad, fundamentándola jurídicamente, de forma que nuestros argumentos resulten válidos para unos y otras.

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

¿Es posible aceptar que la propia Constitución contenga en sí misma normas inconstitucionales? El problema de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales ha merecido la atención de autores y tribunales a partir, principalmente, de la segunda posguerra mundial, y muy especialmente en Alemania. No es, por tanto, un enfoque novedoso o un problema inédito, aunque sí es un aspecto poco desarrollado en cuanto a la profunda problemática que encierra. Obviamente, aceptar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales supone abrir un camino, no dudamos que altamente peligroso, por el que puede llegarse a cuestionar el contenido de los textos constitucionales, cuando éstos han supuesto el baluarte inquebrantable del ordenamiento jurídico. Supone igualmente cuestionar la infalibilidad del constituyente capaz, en este caso, de aceptar normas constitucionales que vulneren los propios principios fundamentales que la Constitución pretenda implantar, lo que, a su vez, supone aceptar la existencia, dentro del Texto constitucional, de valores superiores de carácter suprapositivo.

En su obra *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Otto Bachof¹ se enfrenta directamente con el problema de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales y considera que son dos los supuestos en que puede darse la inconstitucionalidad de este tipo de normas:

1. La ruptura de la Constitución escrita: dentro de la que pueden apreciarse los siguientes casos:

- a) Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales;
- b) Inconstitucionalidad de leyes reformadoras de la Constitución;
- c) Inconstitucionalidad de normas constitucionales que contradicen a normas constitucionales de rango superior;
- d) Inconstitucionalidad por no haberse producido la derogación de una norma constitucional de modo expreso;
- e) Inconstitucionalidad por contradecir normas de Derecho natural que han sido recibidas por la Constitución.

¹ Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, 1951.

2. La ruptura de la Constitución escrita; con la que podemos señalar los siguientes supuestos:

a) Inconstitucionalidad por contradecir los principios esenciales no escritos que establecen el sentido de la Constitución (*Verfassungssin*);

b) Inconstitucionalidad por violación del Derecho constitucional consuetudinario;

c) Inconstitucionalidad por quebrantar el Derecho natural que no ha sido recibido expresamente por la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, la opinión de Bachof es fundamentalmente una superación del formalismo positivista, y en lo que se refiere a nuestro trabajo, debemos hacer hincapié especialmente en el apartado c) del supuesto de ruptura de la Constitución escrita y en el apartado a) del supuesto de ruptura de la Constitución no escrita. Opción que intentaremos desarrollar a continuación como fundamento de nuestra propia tesis.

Por su parte, Gottfried Dietze² ha estudiado el problema de la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales a través de la jurisprudencia de los Tribunales alemanes. Jurisprudencia que refleja la posibilidad de la existencia de estas normas inconstitucionales dentro del propio texto constitucional. Así, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Würtemberg-Baden admitió, en sentencia del 1 de noviembre de 1950, aunque, desde luego, con ciertas reservas, que la Constitución puede contener un Derecho de carácter suprapositivo, que habría quedado, de alguna manera, incorporado al Derecho positivo por el propio constituyente, mediante el reconocimiento por parte de éste de ciertos derechos inalienables configurados como basamento del orden social y político. Aceptado que puede existir este Derecho suprapositivo en el Texto constitucional, es relativamente fácil aceptar que pueda haber normas constitucionales que choquen contra él o que pueda darse, al menos como hipótesis, dicha contradicción. Pero es que, además, en este caso, el Tribunal Administrativo de Würtemberg-Baden varió radicalmente su doctrina anterior, que era de rechazo total hacia la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Por su parte, el Tribunal de Estado de Hesse y el Tribunal Superior administrativo de Lüneburg adoptaron decisiones semejantes sobre la inconstitucionalidad de normas constitucionales, admitiendo, por tanto, tal posibilidad.

Con todo, fue el Tribunal Constitucional de Baviera el que, a partir de 1948, adoptó una postura más clara respecto a este problema. Comenzó por aceptar que los derechos fundamentales existen fuera del Derecho positivo y que deben ser respetados aun antes de haber sido recibidos por el propio Derecho positivo. Con ello el Tribunal sentaba la opinión de que existe un Derecho suprapositivo merecedor del mismo respeto que el Derecho positivo. En 1949, el Tribunal empleó este principio ya sentado con anterioridad en un caso en el que se cuestionaba la posible vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 118 de la Constitución bávara con relación al artículo 14,4 del mismo texto constitucional (en el que se fijaba una barrera del 10 por 100 en el sistema electoral respecto de los candidatos). Lo más

² Gottfried Dietze, «Unconstitutional constitutional norms? Constitutional development in postwar Germany», en *Virginia Law Review*, núm. 1, vol. 42, enero 1956.

importante es que el Tribunal volvió a aceptar la posibilidad de vulneración por un artículo de la Constitución de otros principios (en este caso el principio de igualdad) contenidos en ella.

En 1950 el Tribunal volvió a examinar, a través de un recurso que le fue presentado, la constitucionalidad o no de normas constitucionales. En concreto, sobre la constitucionalidad del artículo 184 de la Constitución bávara, que establecía que las leyes promulgadas contra el nacionalsocialismo y el militarismo o que intentaran eliminar sus consecuencias no quedaban afectadas o restringidas por la Constitución. En el recurso se argumentaba que, como esas leyes hacían discriminaciones contra ciertas personas, violaban los principios generales de la Constitución y los derechos fundamentales contenidos en ella. El Tribunal, nuevamente, admitió la posibilidad de que existieran normas constitucionales inconstitucionales, posibilidad que basó en los siguientes argumentos:

«El hecho de que una norma constitucional forme parte de la Constitución no implica necesariamente que por definición sea imposible una norma constitucional nula. Hay principios constitucionales fundamentales que son de naturaleza tan elemental y expresión de un Derecho que precede a la Constitución, que el mismo constituyente está vinculado a ellos. Otras normas constitucionales que no poseen este rango pueden ser nulas porque no concuerdan con aquéllos.

... si el artículo 184 significa que el legislador está permanente y absolutamente libre de las obligaciones que le han sido impuestas por la Constitución y la justicia; si dispuso que los individuos afectados podrían colocarlos permanentemente fuera del límite de la Constitución y del Derecho, aquel artículo sería nulo porque choca con la misma idea de la justicia, con el principio del *Rechtsstaat*, con la norma de igualdad y los derechos fundamentales, que son reflejo de la persona humana.»

El Tribunal Constitucional de Baviera se ratificó en esta misma línea, en su sentencia del 14 de marzo de 1951, en los siguientes términos:

«En su decisión de 10 de junio de 1950, el Tribunal sólo expresó su convicción de que también el constituyente está obligado por lo que es justo, lo cual significa que tiene que observar los valores éticos y morales de la dignidad humana, de la justicia y de la libertad. Todo poder del Estado y, por lo tanto, el poder constituyente está limitado por la idea del Derecho desde el principio. Sólo si se infiere —como hace el positivismo jurídico extremo— de la premisa que dice que el constituyente es el único creador del Derecho en el sentido de orden coactivo, que puede tener un contenido cualquiera, se puede reprochar al Tribunal Constitucional, por usurpar el poder constituyente, su decisión de 10 de junio de 1950»³.

³ Citado por Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madrid, 1977, pág. 707.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán, siguiendo la línea trazada por el Tribunal Constitucional de Baviera, reconoció la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales en su decisión de 18 de diciembre de 1953, aunque consideró como altamente improbable la posibilidad de la declaración de invalidez de una norma constitucional inconstitucional.

El fundamento del recorrido doctrinal y jurisprudencial que hemos realizado hasta aquí está motivado por el deseo de intentar ver si en nuestra Constitución actual podrían existir también normas constitucionales inconstitucionales y, en este caso, cuál sería no sólo su planteamiento y el alcance del problema, sino también el órgano competente para declarar tal inconstitucionalidad y las consecuencias de ella.

Y, en este sentido, nuestro trabajo girará en torno a la posible vulneración del principio de igualdad contenido en la Constitución española de 6 de diciembre de 1978.

II. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL APARTADO PRIMERO DEL ART. 57 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

A) *Configuración conceptual del principio de igualdad*

Es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 la primera que recoge formalmente, en su artículo 1.º, el principio de igualdad, en los siguientes términos:

«Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...»

Fue con la Revolución francesa, pues, que el principio de igualdad adquiere carta de naturaleza, siendo su lema precisamente el de «Liberté, Egalité, Fraternité», aunque ya anteriormente habían sido abundantes los autores que se habían preocupado por el problema. Y fue en este momento histórico que a las ya existentes concepciones sobre la igualdad como «valor» se añade su configuración como «derecho». Así es recogido, como valor y como derecho, en los más importantes textos internacionales de este siglo, por ejemplo, en el artículo 1.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁴; en el artículo 3.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966⁵; en los artículos 2,2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966⁶; en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...»

⁴ «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.»

⁶ Art. 2,2: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o

y Libertades Fundamentales del Hombre de 4 de noviembre de 1950⁷, y en los artículos 1,1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 7 de abril de 1970⁸.

El principio de igualdad es consagrado, también, en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas como reflejo, sin duda, de su reconocimiento en los textos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, y en la evolución político-social.

Por su parte, la Constitución española de 1978 recoge el principio de igualdad en diversos puntos de su articulado y en dos fundamentales aspectos:

- a) Como valor superior de su ordenamiento jurídico, en su artículo 1,1⁹.
- b) Como derecho fundamental, artículo 14¹⁰.

Y, a nuestro juicio, la igualdad es, además, un principio superior, expresión de un Derecho que precede a la propia Constitución, es decir, un Derecho de carácter suprapositivo que puede incorporarse, por la acción del constituyente, al Derecho positivo, de tal forma que el propio constituyente se encuentra vinculado a esas normas suprapositivas.

La igualdad es asimismo parte del espíritu que informa el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), como reflejo de un ideal de justicia inherente a la dignidad de la persona humana.

Esta triple configuración del principio de igualdad, como derecho positivo (arts. 1,1 y 14 de la Constitución española) y como derecho suprapositivo (como informador de toda una organización política basada en la justicia), demuestra el rango superior de valores que, como el de igualdad, constituyen el basamento de todo nuestro ordenamiento jurídico.

Precisamente por ello extraña encontrar en nuestra Constitución un artículo como el 57,1, inserto en el título II, dedicado a la Corona, en el que se regula la sucesión en el trono español. A nuestro juicio, el apartado primero del artículo 57 contiene una clara discriminación por razón de sexo en cuanto a la línea de sucesión en la Corona, al establecer: «La Corona de España es

social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.» Art. 3: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título, a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.»

⁷ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, a fortuna, el nacimiento o cualquiera otra situación.»

⁸ Art. 1,1: «Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.» Art. 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.»

⁹ «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

¹⁰ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el *varón a la mujer*, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.»

B) *La preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono: discriminación o excepción al principio de igualdad*

Aunque nuestra opinión es clara al respecto y consideramos que la preferencia establecida en el artículo 57,1 de la Constitución, a favor del varón respecto de la mujer en la sucesión en el trono es una discriminación, debemos considerar, previamente a una profundización mayor y exposición de los argumentos que nos han llevado a adoptar dicha conclusión, que en lugar de tal discriminación existiera una excepción al principio de igualdad.

En primer lugar, para poder aceptar que un principio como el de igualdad pueda tener excepciones es imprescindible encontrar a esas excepciones un fundamento válido. Veamos si es posible obtener algún fundamento aceptable para considerar que la preferencia establecida en el artículo 57,1 acerca de la sucesión en el trono pueda considerarse una excepción y no una discriminación al principio de igualdad.

¿Qué fundamentos se podrían enunciar como aval para establecer la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono?

a) Un lugar preferente entre estos fundamentos posibles viene ocupado por la tradición.

A pesar de que la fórmula que se contiene en el artículo 57,1 de la Constitución de 1978 en cuanto a la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono, viene avalada por una línea de continuidad histórica en nuestras Constituciones monárquicas¹¹, lo cual supone una carga de tradición innegable, consideramos que su mantenimiento en una Constitución moderna como la española de 1978 supone un grave retroceso en relación a la evolución que se ha operado en la institución monárquica en su conjunto, supondría, en suma, más que una tradición, lo que, con cierta licencia, podríamos llamar «atrasadición». Y es que la tradición nunca debe considerarse como un elemento inmutable que impida a una institución adaptarse a las nuevas necesidades de los tiempos. Porque en ese caso, y si consideráramos que la tradición es una carga demasiado fuerte como para prescindir de ella e idear cómo debe ser la Monarquía del futuro, habremos «perdido el sentido de la modernidad; se habrá perdido el sentido del signo de los tiempos; habremos vuelto a anclar la Corona en la Historia, y no es en la Historia donde la Corona debe estar, sino proyectada hacia el futuro...»¹².

¹¹ Así, el art. 174 y 176 de la Constitución de 1812; la vigencia de la Pragmática sancionada por Fernando VII, por la cual la sucesión en el trono se regía por Las Partidas: preferencia del varón sobre la mujer, durante el período de vigencia de la Constitución de 1834; el art. 51 de la Constitución de 1837; el art. 50 del texto de 1845; el art. 77 de la Constitución de 1869, y el art. 60 del texto de 1876.

¹² Senador Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, de 31-VIII-78, pág. 2144.

En esta misma línea de innovación necesaria de la institución monárquica entendemos que la tradición «... es como la Historia, como la Biblia, ... una tradición que tiene una vigencia, unos valores argumentales cuando se acotan unos determinados espacios históricos... No nos sirven (como argumento) las Constituciones del siglo pasado, porque en el contexto social del siglo pasado era evidente que no se podía admitir la figura de una mujer interviniendo en los asuntos públicos...»¹³.

Creemos, por otro lado, que la tesis que mantenemos está avalada por el mismo sentido de modernidad que ha hecho posible la modificación de tradiciones multiseculares, como es el caso de las Monarquías nórdicas: por ejemplo, las producidas en las leyes de sucesión en el trono de Suecia y Dinamarca.

b) El segundo de los argumentos posibles para considerar que la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono es una excepción al principio de igualdad y no una verdadera discriminación, como nosotros sostenemos, podríamos encontrarlo en el poder de autonomía de la Corona para configurarse de una u otra forma. Poder que le permitiría determinar los criterios y fijar las normas por las que regir aspectos concretos de su organización y funcionamiento, como podría ser la sucesión en el trono. En esta línea se encuentra el artículo 3.º de la Constitución del Principado de Liechtenstein de 5 de octubre de 1921, que dice:

«Se regirá por las leyes de la Casa Real la sucesión al Trono en la familia real de Liechtenstein, la mayoría de edad del Príncipe y la del príncipe heredero y, en su caso, la tutela.»

En la Constitución española de 1978, la Corona queda configurada como una institución del Estado, como un órgano constitucional, ostentando el Rey la Jefatura del Estado. El constituyente español, al instaurar la Monarquía, delimitó libremente sus competencias y funciones. La Corona es, por tanto, en la Constitución española, un órgano reglado, siendo la propia Constitución la que marca taxativamente los aspectos sucesorios y sin que sea imputable más que al propio constituyente todo lo referente a las normas por las que debe regirse la Corona. No hay, por tanto, en nuestra Constitución poder autónomo de la Corona en cuanto a regular aspectos concretos de su organización y funcionamiento, salvo en aspectos puramente domésticos, debiendo, por el contrario, acatar todo lo que el Texto fundamental español señala al respecto.

Se podría aceptar como una excepción al principio de igualdad la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono, si la Corona tuviera aún ese poder autónomo para normarse, lo que, por otra parte, supondría que no se habría conseguido que la Corona formara parte de la organización del Estado democrático y que sus miembros también se encuentren afectados por los principios, derechos y deberes que informan este sistema. No aceptando la existencia de tal poder, en estricta interpretación de nuestra Constitución, y como la competencia plena en cuanto a la redacción constitucional fue del mismo constituyente, tal excepción no es posible como tal, ya que éste se

¹³ Senador Cordero, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, de 29-IX-78, pág. 3092.

encuentra vinculado por el principio de igualdad ante la ley de todos los españoles, con lo que la posibilidad de excepción se transforma en una absoluta discriminación por razón de sexo.

c) En tercer lugar podríamos señalar como posible argumento la función de Rey como servicio.

La Monarquía parlamentaria tal y como está delimitada por nuestra Constitución actual no es un privilegio, sino un servicio. ¿Podríamos considerar que los varones están más capacitados para desempeñar este servicio que las mujeres? ¿En qué podríamos fundamentar una respuesta positiva? A pesar de que en el período constituyente hubo quien afirmó¹⁴ «que en caso de que existan varones pueden éstos desempeñar mejor este servicio», bajo nuestro punto de vista no es ni siquiera discutible tal posibilidad. Y es que la Constitución española lo que establece es una *preferencia* que «hace posible que reine una mujer, pero es una posibilidad de segundo grado... la mujer es apta a falta de varón»¹⁵, no hay, por tanto, consideración de incapacidad absoluta de la mujer para ejercer la Jefatura del Estado, sino sólo preferencia del varón, lo que acrecienta la incoherencia en tanto que se la considera una opción de segundo grado, como si las hijas del Rey de más edad que los hijos varones fueran pretendientes a la Corona de segunda categoría.

En esta misma línea de menosprecio de la mujer puede enclavarse la opinión del senador Satrústegui, durante el período constituyente, que afirmaba sin rubor alguno que¹⁶: «... a las dinastías cuando les falta un varón que encarne la Corona, el hecho les produce la natural desilusión. Ello entraña el que los futuros reyes tengan que tener distintos apellidos del que ostentaba la dinastía hasta ese momento. La posición de un Rey consorte es mucho más difícil que la de una Reina consorte... hay una tendencia general a que el Jefe del Estado sea un hombre...».

No podemos, por lo dicho hasta aquí, considerar que basar la posibilidad de excepción al principio de igualdad en la mejor aptitud del varón respecto de la mujer para el ejercicio de la Jefatura del Estado o en el cambio que se operaría en el apellido de la dinastía, sean fundamentos válidos, sino que consideramos que se trata, a pesar de la atención que le hemos prestado, de una actitud realmente inaceptable e impresentable.

Como conclusión a este apartado podemos afirmar que no existe base jurídica ni lógica para aceptar que la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono español, establecida en el artículo 57,1 de nuestra Constitución, constituya una excepción al principio de igualdad tan expresamente constitucionalizado en nuestro texto fundamental. Debemos, por tanto, aceptar que se trata de una verdadera discriminación por razón de sexo, que choca frontalmente no sólo con el espíritu del ordenamiento jurídico que se pretende crear a partir de la Constitución española vigente, sino, también, con el contenido expreso del artículo 14 de nuestro Texto fundamental.

¹⁴ Senador Pérez Maura, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, de 29-IX-78, página 3093.

¹⁵ Senador Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, de 31-VIII-78, pág. 2144.

¹⁶ Senador Satrústegui, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, de 31-VIII-78, página 2146.

C) *La elaboración del artículo 57,1 de la Constitución*

El problema del que venimos tratando, la preferencia del varón a la mujer en el orden sucesorio, no mereció especial atención durante los trabajos parlamentarios de las Cortes Constituyentes, aunque sí se pueden apreciar algunas opiniones que pusieron de manifiesto la importancia del problema.

En el Anteproyecto de Constitución y en su artículo 49,1 (correspondiente al 57,1 actual) se establecía ya la preferencia de la que venimos hablando. No se presentó ninguna enmienda al texto del Anteproyecto, sobre el aspecto que comentamos, y así pasó al debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Constitución. En este debate no se discutió ninguna enmienda, por tanto, y a petición del diputado Peces-Barba se votó por separado cada uno de los apartados del entonces artículo 52 del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre el Anteproyecto de Constitución. El apartado primero de dicho artículo, al que nos estamos refiriendo, fue aprobado por 132 votos a favor, 15 en contra y 123 abstenciones (270 votos emitidos). Tras la aprobación de este apartado se pidió explicación de voto por el Grupo Parlamentario Comunista y por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. La explicación de voto es muy significativa en tanto que ambos Grupos representaban tendencias políticas tradicionalmente consideradas como defensoras de los derechos de la mujer.

1. Explicación de voto del Grupo Parlamentario Comunista del Congreso: «Nuestro voto negativo (mujeres del Grupo Parlamentario Comunista del Congreso) y nuestra abstención (hombres de este mismo Grupo Parlamentario) deben interpretarse solamente en el sentido de una actitud testimonial, porque consideramos que este apartado primero del artículo 52 es totalmente discriminatorio respecto a la mujer ... el único apartado en abierta contradicción con el artículo 13 (principio de igualdad), que reconoce la no discriminación en cuestión de sexo, es este mismo del artículo 52...»¹⁷.

2. Explicación de voto del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso: «Nuestra abstención en el párrafo primero es estricta y exclusivamente no en lo referente a los demás aspectos de este apartado primero, sino estrictamente porque este párrafo manifiesta preferencia del varón a la hembra. Nosotros consideramos que esto es una clara discriminación entre ambos sexos...»¹⁸.

Lo destacable de estas dos explicaciones de voto transcritas es que, con excepción de las mujeres del Grupo Parlamentario Comunista del Congreso, hubo un general conocimiento de la discriminación que se estaba cometiendo al aceptar esa redacción, pero se produjo una inhibición inexcusable por parte de los constituyentes del Congreso que toleraron que esa discriminación pasara, en principio, al Senado, y posteriormente, al Texto constitucional vigente.

Y fue precisamente en esta segunda Cámara donde se libró la verdadera batalla, aunque sin éxito, por parte del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes y por el Grupo de Entesa dels Catalans.

¹⁷ Diputada Calvet Puig, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 108, de 12-VII-78, pág. 4171.

¹⁸ Diputado Múgica Erzorg, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 108, de 12-VII-78, pág. 4171.

Por su parte, los Progresistas y Socialistas Independientes presentaron una enmienda al apartado primero del artículo 52 del Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados (enmienda núm. 41), según la cual la redacción de dicho artículo debía ser:

«La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón. La sucesión en el trono corresponderá, en primer lugar, al Príncipe de Asturias, Don Felipe de Borbón, y, en adelante, seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores, y en la misma línea el grado más próximo al más remoto y la persona de más edad a la de menos.»

En los mismos términos estaba redactada la enmienda núm. 784 del Grupo Entesa dels Catalans al apartado primero del artículo 52. En ambas, si bien se suprimían las preferencias en favor de los varones en el orden sucesorio, se respetaban y constitucionalizaban los supuestos derechos sucesorios del actual Príncipe de Asturias, de los que, por nuestra parte, hablaremos más adelante.

Dejemos claro que en el caso español no se ha producido una restauración monárquica, sino una verdadera instauración, y hay que considerar que todos los derechos inherentes a la Monarquía —como institución del Estado español— nacen a partir de la aprobación y ratificación por el pueblo español de la Constitución de 1978.

En esto nos apartamos de opiniones como la mantenida por Miguel Herrero R. de Miñón, que afirma que ni en 1978 ni en 1876 se hizo una Monarquía nueva, sino la ya existente, aunque intentando configurarlas de una u otra forma. Por el contrario, nos inclinamos por la tesis mantenida por el profesor Torres del Moral¹⁹ cuando afirma: «... puede argüirse que en la transición de 1975 a 1978 se partía, sí, de unos hechos y de un deseo indisimulado y general de consagrarlos como derecho, pero no adquirieron tal categoría de derecho, de legitimidad, hasta después de ser la Monarquía debatida, regulada, votada en Cortes y refrendada popularmente. De manera que si no es nueva como Monarquía, si lo es como Monarquía democrática, como Monarquía parlamentaria. Este carácter bifronte entre situación fáctica heredada y legitimación nueva se refleja en el texto constitucional, en el que se declara la Corona de España «hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica».

¿Se encontraba el poder constituyente, en 1978, mediatizado por la situación fáctica y jurídica anterior? No cabe negar que durante el período constituyente existía un clima generalizado de aceptación de la Monarquía, ya que no se trataba tanto de una opción entre Monarquía o República como de dictadura o democracia, y ésta había tenido ya su mejor representante en la persona de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón. Jurídicamente, la Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se designaba sucesor a la Jefatura del Estado, en su

¹⁹ Antonio Torres del Moral, en el libro colectivo *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983, pág. 51.

artículo 1.º decía: «Al producirse la vacante en la Jefatura del Estado se instaurará la Corona en la persona del Príncipe Don Juan Carlos de Borbón y Borbón, que la transmitirá según el orden regular de sucesión establecido en el artículo 11 de la Ley Fundamental de 26 de julio de 1947, modificada por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

El citado artículo 11 de la Ley Fundamental de 1947 decía textualmente:

«Instaurada la Corona en la persona de un Rey, el orden regular de sucesión será el de primogenitura y representación, con preferencia de la línea anterior a las posteriores; en la misma línea del grado más próximo al remoto; en el mismo grado del varón a la hembra, la cual no podrá reinar, pero sí, en su caso, transmitir a sus herederos el derecho, y, dentro del mismo sexo, de la persona de más edad a la de menos...»

En este artículo, y contrariamente a lo que hoy acoge nuestra Constitución en su artículo 57,1 —preferencia del varón a la mujer— se establecía la imposibilidad de que la mujer pudiera reinar, aunque sí podía transmitir derechos.

Entendemos que el poder constituyente, en 1978, no se encontraba en absoluto mediatizado ni, mucho menos, vinculado a respetar las normas franquistas, y como muestra de ello baste señalar, como hemos dicho, que se apartó del mandato de la Ley Fundamental de 1947, en su artículo 11, que excluía del trono a las mujeres. Efectivamente, y como afirma el profesor Torres del Moral, «las Cortes Constituyentes se sienten habilitadas para dilucidar sobre derechos históricos presentes o futuros. Por eso establecen un orden de sucesión. Bien es verdad que transcriben el orden tradicional de Las Partidas, pero también pudo ser otro. Del texto constitucional no se deduce que el constituyente se sintiera jurídicamente compelido a dar por bueno uno u otro orden sucesorio. Ha optado con plenitud de poder...»²⁰. En este sentido, aceptar que existían unos derechos preconstitucionales, en concreto, los adquiridos por Don Felipe de Borbón tras su proclamación como Príncipe de Asturias, en Covadonga el 1 de noviembre de 1977, supondría admitir que el poder constituyente español se encontraba vinculado a respetar la preferencia del varón a la mujer, al menos en el caso de los descendientes legítimos de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, lo que es absolutamente impensable en términos jurídicos, dado su carácter originario.

Por todo lo dicho hay que entender que la preferencia del varón a la mujer, introducida en el apartado primero del artículo 57 de la Constitución, es una verdadera discriminación, sin que puedan encontrarse motivos fundados para considerarla una excepción al principio de igualdad, como hemos pretendido poner de manifiesto con lo dicho hasta aquí. Esta discriminación es exclusivamente imputable a los constituyentes, aunque es preciso hacer justicia a un grupo de senadores que durante el debate del Proyecto de Constitución pusieron de manifiesto que aceptar la redacción que constitucionalizaba la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono significaba cometer una

²⁰ Antonio Torres del Moral, *ob. cit.*, pág. 52.

grave discriminación contra ésta. Así, por ejemplo, el senador Villar Arregui²¹ decía: «... en 1978, a través de sus legítimos representantes, el pueblo español ha puesto particular énfasis en romper cualquier clase de discriminación, singularmente las discriminaciones atinentes al sexo (...) si hace muchos siglos la Ley Sálica impedía a la mujer gobernar, hace ya mucho tiempo que, aunque la mujer no pudiera reinar, podía transmitir derechos. Posteriormente se dio preferencia al varón sobre la mujer. La alternativa ante la que la Comisión se encuentra ahora es la de ser o no ser coherente con el principio de no discriminación por razón de sexo a la hora de determinar si la mujer es apta para asumir la suprema magistratura del Estado... o si esa aptitud, en virtud no se sabe de qué carismas, queda reservada exclusivamente en favor de los varones...». En esta misma línea de denuncia de la discriminación que se cometía contra la mujer, el senador Cordero²² afirmaba: «... este artículo establece una discriminación, sin duda, para la mujer... hay artículos... en los que se indica que, de ningún modo, el sexo puede ser motivo de descalificación para ningún tipo de actividad...». Esta es también nuestra opinión; no hay ningún motivo ni jurídico ni lógico para situar a la mujer en una posición de supeditación a la existencia o no de varón, para ocupar la Jefatura del Estado.

D) *La inconstitucionalidad del artículo 57,1 de la Constitución*

Tras este examen detenido del problema, nuestra conclusión al respecto es que el artículo 57,1 de la Constitución contiene una discriminación efectiva contra las mujeres de la Familia Real, con derechos sucesorios, en tanto que españolas con derecho a un trato igual ante la ley. Y es que esta discriminación concretizada en el orden sucesorio supone una clara vulneración del principio de igualdad. Principio que queda conculcado, además, en los tres aspectos de los que hablábamos al principio de este trabajo: 1) como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1,1 de la Constitución); 2) como derecho (art. 14 de la Constitución); 3) como principio de carácter suprapositivo que inspira el Estado social y democrático de Derecho constitucionalizado en el propio artículo 1,1 de nuestro Texto fundamental.

¿Es posible aceptar la constitucionalidad de una norma que, aun dentro del Texto constitucional, choca frontalmente con uno de los principios básicos —en este caso, el principio de igualdad— contenidos en él? A nuestro juicio y siguiendo a un sector de la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana, es perfectamente posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. En este sentido, el apartado primero del artículo 57 de la Constitución española contiene una norma que, aunque constitucional, adolece de un vicio de inconstitucionalidad en tanto que vulnera un principio de naturaleza tan fundamental como es el principio de igualdad.

Y es que, efectivamente, el hecho de que una norma constitucional forme parte de la Constitución escrita no supone necesariamente, como afirmaba el

²¹ Senador Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 47, de 31-VIII-78, pág. 2144.

²² Senador Cordero, *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, de 29-IX-78, pág. 3092.

Tribunal Constitucional bávaro, en su sentencia de 10 de junio de 1950, que, por definición, sea imposible una norma constitucional inconstitucional. Este es, precisamente, el caso del apartado primero del artículo 57 de nuestra Constitución.

Se nos podría argüir que todo lo ratificado por el pueblo es constitucional y que, por tanto, el Texto constitucional es unitario en su valor y nada de lo contenido en él puede «ser contrario a la propia Constitución». Pero, realmente, esta postura representa una dejación del problema fundamental de qué hacer con las incongruencias constitucionales. Sin entrar en la posible existencia o no de otros supuestos, es evidente, a nuestro juicio, que uno de estos supuestos está contenido en el mencionado artículo 57,1 de la Constitución española de 1978. Considerar que por la ratificación popular desaparece la conculcación o vulneración de un principio tan fundamental como el de igualdad es, como poco, ingenuo. Hay que aceptar que en la elaboración y posterior ratificación de un texto constitucional pueden introducirse solapadamente normas que choquen radicalmente con otros principios de rango superior, en tanto que imprescindibles para articular el orden democrático basado en la justicia. Hay, en estos casos, que aceptar sin falso pudor jurídico: 1) que existen verdaderamente normas constitucionales inconstitucionales, y 2) que, en este caso, hay que proveer un órgano competente para interpretar las normas que así entren en conflicto y determinar cuál debe prevalecer o, bien, optar por la reforma constitucional.

III. SOLUCION JURIDICA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57,1 DE LA CONSTITUCION

A) *La reforma constitucional*

La solución jurídicamente irreprochable es la reforma constitucional, posible, por otro lado, a tenor del artículo 168 de la Constitución española, que establece tal posibilidad, y en concreto, cuando se trate del título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Una vez aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

La iniciativa para la reforma le corresponde, según el artículo 166, en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 87, al Gobierno, al Congreso, al Senado y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

Es obligado, como consecuencia de lo que decimos, aportar una redacción alternativa al apartado primero del artículo 57 de la Constitución. Tal redacción alternativa bien podría ser la siguiente:

«La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La

sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores, y en la misma línea, el grado más próximo al más remoto y la persona de más edad a la de menos.»

Como es de todos conocido, la reforma de la Constitución puede revestir dos aspectos: uno formal, referido al procedimiento a seguir en cada caso, y otro material, relativo al contenido de dicha reforma. El caso del que tratamos debe enclavarse en el segundo aspecto de los mencionados, ya que de lo que se trata es del propio contenido del artículo 57,1 de la Constitución en relación al artículo 14 del mismo Texto fundamental. El procedimiento a seguir, por otra parte, no presenta problemas, puesto que se enuncia claramente en el artículo 168, del que ya hemos hablado anteriormente.

En el supuesto de que se llevara a cabo el referéndum, sometiendo al cuerpo electoral la redacción alternativa del artículo 57,1 de la Constitución que antes hemos expuesto, cabría preguntarse ¿qué ocurriría si el resultado mantuviera la discriminación?

Si tal hecho ocurriera, habría que dejar de creer en el pueblo español. En cualquier caso, el mantenimiento de la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono seguiría siendo una discriminación incompatible con el artículo 14 de la Constitución y volveríamos al principio de nuestro problema, es decir, a la existencia en nuestra Constitución de una norma que, aunque constitucional por encontrarse dentro de nuestro texto fundamental, es, también, inconstitucional desde el momento en que choca frontalmente con un valor superior del ordenamiento jurídico como es el principio de igualdad, sin el que no es pensable llevar a la práctica los postulados de justicia y libertad en que se basa el Estado social y democrático de Derecho. A partir de ese momento se produciría una traslación de la responsabilidad de los constituyentes del 78 al cuerpo electoral que hubiera votado ese hipotético referéndum, y, por qué no, habría que meditar muy seriamente la posibilidad de una reforma constitucional, esta vez relativa al contenido del artículo 14 —principio de igualdad— de nuestra Constitución.

B) *La extensión de las competencias del Tribunal Constitucional*

Otra solución, menos pulcra, quizá, jurídicamente, pero seguramente más viable políticamente, aunque la consecuencia final sería la misma, vendría dada por la posibilidad de hacer extensivas las competencias del Tribunal Constitucional. Veamos en qué forma.

En nuestra Constitución no está previsto el supuesto de normas constitucionales inconstitucionales y, como consecuencia de ello, no existe en aquella regulación alguna acerca de un órgano que fuera competente para fiscalizar la adecuación o no de normas constitucionales a los principios básicos del ordenamiento jurídico, ni se asigna al órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes y el respeto de los derechos fundamentales la competencia necesaria para conocer de estos asuntos. Sin embargo, y tal y como

apunta el profesor Lucas Verdú²³: «La posibilidad teórica de normas fundamentales inválidas ensancha el ámbito del examen de inconstitucionalidad en la medida en que los órganos encargados de dicho examen no sólo contrastan la concordancia de las leyes ordinarias con los preceptos constitucionales, sino que también controlan la constitucionalidad de los mismos preceptos fundamentales.»

En nuestro caso, y ante la ausencia de regulación expresa en nuestra Constitución respecto al órgano competente para determinar la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales, entendemos que sería el Tribunal Constitucional, por extensión, quien asumiría esta función. Claro es que podría decirse que si un órgano creado por la propia Constitución fiscaliza y determina qué normas, en su caso, podrían llegar a ser inconstitucionales, prácticamente, se realizaría un verdadero golpe de Estado; pero estimamos «que sólo una visión positivista estrecha puede considerar como golpe de Estado una actuación que se conforma a valores de justicia y que por esto mismo dignifica la función de los Tribunales Constitucionales, cuya misión consiste, precisamente, en realizar la justicia en el ámbito constitucional, fundamento de la convivencia política»²⁴.

Supuesta la posibilidad de la extensión de las competencias del Tribunal Constitucional de forma que pudiera conocer de los posibles conflictos entre normas integradas en el Texto constitucional, consideramos que el Tribunal Constitucional no podría actuar de oficio para declarar la posible inconstitucionalidad del artículo 57,1 de nuestra Constitución; en este caso, ¿quién estaría legitimado para interponer el recurso correspondiente de inconstitucionalidad?

Empleando el mismo criterio aplicado a las competencias del Tribunal Constitucional, podríamos entender que según el artículo 31,1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE*, núm. 239, de 5 de octubre), estarían legitimados:

- El presidente del Gobierno,
- El Defensor del Pueblo,
- 50 diputados y
- 50 senadores.

Debemos dejar bien sentado que la formulación que estamos haciendo es estrictamente teórica en cuanto a la organización y procedimiento adecuado en cada caso y que, por tanto, sería el propio Tribunal Constitucional y la práctica que se desarrollara con tal motivo los que determinarían los requisitos formales e, incluso, las matizaciones técnicas que fueran al caso respecto a la legitimación activa.

Pero, además, hay otra posibilidad: el recurso de amparo. Efectivamente, si, como estamos suponiendo, es posible extender las competencias del Tribunal Constitucional, también podrían ampliarse en lo relativo al recurso de amparo, aunque variaría, desde luego, la legitimación, el procedimiento y demás aspectos formales.

²³ Pablo Lucas Verdú, *ob. cit.*, pág. 708.

²⁴ Pablo Lucas Verdú, *ob. cit.*, pág. 709.

En este caso, estarían legitimados para interponer el recurso de amparo, según el artículo 46, b) en relación con el artículo 43 de la LOTC, las personas directamente afectadas por la violación de su derecho —en nuestro caso, las mujeres de la Casa Real con mejor derecho que los varones de menor edad— y el Defensor del Pueblo.

C) *Efectos de la reforma del artículo 57,1 de la Constitución o de su posible declaración de nulidad o inconstitucionalidad*

El efecto fundamental sería que a partir de ese momento —el de la reforma o el de la declaración de nulidad o inconstitucionalidad— se suprimiría la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono y quedaría eliminada la discriminación por razón de sexo que contiene el artículo 57,1 de nuestra Constitución. Pero el problema que nos plantea uno y otro caso es el de saber si una norma inconstitucional puede generar derechos que sean merecedores de respeto aun después de que la norma haya sido invalidada o sustituida. Asimilamos el caso de la reforma al de la nulidad o invalidez en tanto que tal reforma tendría como fin único eliminar la discriminación actual en la sucesión en el trono, por ser absolutamente incompatible con el principio de igualdad. No entramos, desde luego, en los casos de reforma constitucional por variación de las circunstancias sociopolíticas, en las que la norma sustituida no adoleciera, en absoluto, de vicio de inconstitucionalidad alguno.

Ya hemos dicho anteriormente que, en nuestra opinión, no existen derechos preconstitucionales, por lo tanto, los derechos del actual Príncipe de Asturias derivarían, en principio, de la propia Constitución y por la vigencia que ésta ha tenido. Pero como la supresión, por cualquiera de los motivos señalados, del artículo 57,1 de la Constitución estaría originada por atentar contra un valor superior, como es el principio de igualdad, debemos entender que su vicio de inconstitucionalidad era originario y, por tanto, esa norma no ha podido generar derechos. Y además, los derechos nunca pueden ser adquiridos contra un valor superior del ordenamiento jurídico ni contra terceros de mejor derecho.

¿Supondría ésto que el Príncipe de Asturias debería renunciar a sus derechos sucesorios? La realidad jurídica sería que no tendría que «renunciar» a unos derechos que realmente no habrían llegado a adquirirse, a pesar de la apariencia de ello. Bastaría la notificación de la reforma o de la declaración de nulidad o inconstitucionalidad del artículo 57,1 de la Constitución y la correspondiente proclamación como Princesa de Asturias de la mujer de mejor derecho, suponiendo, claro es, que se diera, en ese momento histórico, tal supuesto; en caso contrario, la discusión sobre los posibles derechos adquiridos del actual Príncipe de Asturias sería innecesaria.

IV. CONCLUSIONES

Bien, ha llegado la hora de concluir.

El Estado social y democrático de Derecho —recogido por nuestro Texto constitucional en su artículo 1,1— adquiere su especial significación al hacer que los principios de igualdad y libertad sean reales y efectivos, y es que éste es el delta, la desembocadura de la igualdad y la justicia entendidos como basamento imprescindible para hacer realidad este tipo de Estado; de ahí las negativas consecuencias de minimizar el problema de la discriminación, por ejemplo, la contenida en el artículo 57,1 de la Constitución española en lo referente a la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono. Durante estos seis años de vigencia de nuestra Constitución se ha percibido, desafortunadamente, una clara inhibición en general en la doctrina jurídica y política en lo atinente a este aspecto, olvidándose que en un Estado social y democrático de Derecho la igualdad comporta su verdadera definición.

Junto a esta inhibición que denunciamos también podemos constatar una opinión comúnmente aceptada que considera que es éste un problema exclusivamente doméstico de la Corona, cuando, en realidad, no puede tener este carácter un aspecto de tanta trascendencia para la más alta magistratura del Estado, de un Estado, además, que pretende, como ya hemos dicho, basarse fundamentalmente en la igualdad.

Y todavía se nos podría argüir que la preferencia del varón a la mujer en la sucesión en el trono es una más de las excepciones que ordena la configuración de la Monarquía parlamentaria, como, por ejemplo, la sucesión hereditaria en el trono; pero a esto debemos contestar que tal preferencia no es un elemento intrínseco de la Monarquía, no forma parte de su naturaleza.

Podemos concluir, en definitiva, y como hemos intentado poner de manifiesto en estas breves páginas, que la preferencia del varón a la mujer contenida en el apartado primero del artículo 57 de nuestro Texto fundamental es una verdadera discriminación que conlleva la conculcación del principio-valor-derecho de igualdad.

Querríamos terminar este trabajo con unas breves palabras del senador Villar Arregui pronunciadas durante el período constituyente y que consideramos un atinado reflejo de nuestro propio sentir:

«Mantener el precepto (art. 57,1 de la Constitución) en los términos en que está concebido supone... una vejación a todas las mujeres de España, que no entenderán que los hombres que están elaborando esta Constitución les dediquen bellas palabras no discriminatorias a la hora de proclamar valores, pero que discriminen radicalmente a la hora de organizar instituciones...» (DSS, núm. 47, pág. 2144).