

ESTUDIOS CRITICOS

SEXO DE DERECHO, ACOSO DE JUSTICIA (Comentario de *Jurisimprudencia*)

BARTOLOME CLAVERO

*¿Qué importa? Venga denodada, venga
la humilde plebe en irrupción y usurpe
lustre, nobleza, títulos y honores.
Sea todo infame behetría: no haya
clases ni estados. Si la virtud sola
les puede ser antemural y escudo,
todo sin ella acabe y se confunda.*

JOVELLANOS, *Sátiras a Arnesto*, II, final.

SUMARIO: I. AMPARO DE DERECHOS, INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, COMPETENCIA DE JURISDICCIONES.—II. ¿ARRANCAMOS? LA NUEVA CATEGORÍA DE LEY POR RESURRECCIÓN.—III. ¿PROCEDEMOS? HISTORIA Y NATURALEZA DE GENIO CONSTITUCIONAL INÉDITO.—IV. ¿ACABÁRAMOS! LA EXCEPCIÓN QUE NO CONFIRMA UNA REGLA CON EXCEPCIONES.—V. ¿CONCLUIMOS? HISTORIA Y NATURALEZA A DISPOSICIÓN DE LA CORTE.—VI. TÍTULOS DE CRÉDITO.

Soy ciudadano y me propongo comportarme en esta ocasión como tal. Quiero decir con la entrada un par de cosas bien sencillas: la primera, que no soy ciudadana; la segunda, que pretendo proceder no como científico, si esto es algo que existe en el mundo del Derecho, sino como partícipe de una ciudadanía, como alguien que, si se informa y debate, es por tomarse en serio su participación en una comunidad jurídica y política de calificativos merecidos al reconocer y consagrar derechos de libertad produciendo leyes y otras normas como sosteniendo jurisdicciones y otras administraciones por garantía y fomento de los mismos, los derechos. Por todo cuanto sigue, no creo que sean ad-

vertencias impertinentes. Si a la vista o al gusto del lector o la lectora de más disciplina jurídica o mayor destreza política, de ciencia y técnica putativas del Derecho, resulta ingenuidad, no tengo empacho en confesar mi candidez. No digo inocencia, pero no sólo porque se presume para todas y todos, sino porque al menos a todos, a los varones, va a hacernos falta la presunción.

Mi comentario ingenuo y sin malicia se ocupa de nuestra jurisprudencia constitucional acerca de la preferencia habitual de varón en la sucesión de título de nobleza y más en particular de la reciente sentencia de pleno de nuestro Tribunal Constitucional 126/1997 (*Boletín Oficial del Estado* de 18 de julio), aunque, por sus implicaciones imprudentes, no podré ceñirme estrictamente al asunto que le ha merecido una fama. Se la ha granjeado con creces al conceder a la primogenitura masculina de la nobleza titulada, sorpresivamente para la ciudadanía alerta, el apto constitucional, tampoco el sobresaliente o ni siquiera el notable. Roza el suspenso, mas un aprobado raspando basta para salvar de la descalificación que podía parecer cantada a partir y en virtud de la Constitución.

Ahorro resumen de un texto de fácil acceso en prensa oficial. Quiero pasar sin más trámite a los motivos y motivaciones de la calificación que puede llegar a trascender el objeto del examen, la sucesión nobiliaria, hasta unas implicaciones alarmantes para la ciudadanía de a pie. También advierto que no soy noble ni primogénito siquiera. Soy historiador curtido y constitucionalista bisoño, profesional lo uno y vocacional lo otro.

I. AMPARO DE DERECHOS, INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, COMPETENCIA DE JURISDICCIONES

Comienzo por una sensación de perplejidad que me permitiré expresar con toda franqueza ciudadana. ¿Cómo es que el Tribunal Constitucional, esta corte nada menos, viene a ocuparse de un asunto de prensa de corazón y de un modo además que no desentonaría en el medio? No es la primera vez que ocurre lo primero, que nuestro Tribunal se ocupa de la nobleza e incluso de la preferencia de varón en ella, pero tampoco es la segunda que sucede lo segundo, que la primacía masculina se aprueba. Esto es primicia constitucional. ¿Cómo se ha podido llegar a posición aparentemente tan contraria al tenor categórico de un artículo primordial, el decimocuarto, de la Constitución? Así dispone: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo...» y un etcétera que interesa al asunto de la nobleza específicamente menos que tales circunstancias de nacer antes, creerse superior y ser varón.

El caso anterior referente al mismo supuesto de preferencia de sexo masculino en sucesión nobiliaria es el de la Sentencia también de pleno del Tribunal Constitucional 114/1995 (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto). Un varón se entiende postergado en el título de nobleza por parte de la jurisprudencia que viene aplicando a la materia el Tribunal Supremo desde 1987 conforme explícitamente al susodicho artículo decimocuarto constitucional que ya llevaba casi una década en vigor, en conformidad a su principio de no discriminación por razón en particular de sexo. Es una jurisprudencia que se ha mantenido constante desde dicho giro de 1987. Frente a ella viene a interponerse entonces ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo, cuyo objeto se sabe que es la defensa de derechos fundamentales de cara a la justicia misma que haya fallado en función tan básica.

La alegación del recurso discute directamente el artículo decimocuarto de nuestra Constitución, el principio que contiene de no discriminación. Para la argumentación que expone, interesarían a la defensa de los derechos fundamentales no sólo los casos en los que se reclama su aplicación positiva a favor de la parte afectada por la discriminación, sino también aquellos en los que es la otra parte la que se entiende lesionada y pretende la inaplicación del propio artículo, una interpretación del mismo que considere concretamente inapropiada la regla de igualdad entre sexos en lo que respecta a la sucesión de los títulos nobiliarios. La nobleza estaría requiriendo como principio no la equivalencia de los iguales, sino el tratamiento disparate de los desiguales, esta otra forma por lo visto más refinada de igualdad. Al no aceptar ya, tras la Constitución, una preferencia de varón que así sería connatural a la nobleza, la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Supremo estaría vulnerando por exceso nuestro artículo constitucional, su principio de no discriminación.

La posición del Tribunal Constitucional es nítida. Hace valer que le corresponde el amparo de derechos fundamentales frente a vulneraciones como las discriminatorias no remediadas por la justicia y que todo el resto interesante a inteligencia de derecho para garantía de derechos constituye cometido de ésta, de la justicia ordinaria, con la última palabra entonces de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como expresa el Fundamento Jurídico segundo de tal Sentencia, la de 1995: «La jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos, sino vulneraciones de derechos (...). La infracción del precepto constitucional es, desde luego, condición necesaria, pero no condición suficiente. En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley» o ni siquiera de Constitución, sino en beneficio de derechos, de derechos que ella, la Constitución, reconoce y registra con tal calidad de fundamentales.

Con esto no cabe más que un pronunciamiento por razones procesales de

inexistencia de caso de amparo, pero con alcance efectivo de respaldo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. «En conclusión, y por lo que hace a la presente demanda, no cabe admitir que el recurso de amparo, tal y como lo configuran la Constitución y nuestra Ley Orgánica, y en contra de lo que entiende el recurrente, permita revisar lo que se expone como una *aplicación indebida* del artículo 14 CE por parte del Tribunal Supremo», dicho criterio de igualdad de sexos a efectos sucesorios de título entre nobles. Otra cosa sería suplantación de la justicia por esta jurisdicción obligadamente excepcional, la concentrada que se califica como constitucional. En la Constitución no hay nada que de pie a la competencia. Sobre la nobleza guarda silencio y sobre el sexo establece el principio de no discriminación.

Pedro Cruz Villalón, profesor constitucionalista, es el magistrado ponente que así expresa el parecer del Tribunal en 1995. Hubo de sustituir a José Galdón López, cuya posición había quedado en minoría. La expone en voto particular al que se suma otro de adhesión suscrito por Fernando García Mon y González Regueral. Entiende el fallido ponente que no se ha entrado en el fondo del asunto, pues éste sería el de la nobleza misma y no el de la igualdad o desigualdad entre sexos. El propio recurrente no habría intentado «combatir la aplicación del artículo 14 CE» pretendiendo un «derecho a la desigualdad». Lo estaría realmente reclamando «a no ser discriminado, pero por un efecto contrario al que ha sido estimado, es decir, el de que, como consecuencia de la preferencia otorgada a la mujer por entenderse discriminatoria la anteposición del varón, vino a reconocerse la preferencia de la primogenitura en todo caso, resultando así el varón discriminado por razón de edad o prioridad en el nacimiento». Es una *retorsión* entre discriminaciones con la que puede entenderse que está produciéndose una desvirtuación de la nobleza. Es la cuestión que se reputa principal: «La propia singularidad de los títulos nobiliarios», «el derecho propio de las sucesiones nobiliarias», «la sucesión en un título nobiliario que es reminiscencia histórica y tiene una naturaleza especial», una *naturaleza* que reclama primogenitura y una primogenitura masculina, no la femenina ni la indiferente al sexo tampoco.

La cuestión parece así resuelta en 1995 manteniéndose en pie la jurisprudencia del Tribunal Supremo al propósito, la de no discriminación por sexo en la sucesión de nobleza, sin necesidad de introducirse el Tribunal Constitucional en materia. Respeta jurisdicción. No procede un amparo que, planteándose realmente frente a dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo, resulta formularse definitivamente en contra y no a favor de derecho fundamental. El mismo intento de retorsión efectuado por el voto particular del ponente frustrado puede ponerlo en evidencia. ¿Cómo admitir amparos que, con toda la nobleza que se quiera, se dirigen a la neutralización del principio de no discriminación en el

capítulo además socialmente más sensible de la desigualdad entre sexos? A la lógica ciudadana que valora ante todo los derechos lo que puede extrañarle es que en un Tribunal Constitucional no se conformara una unanimidad al respecto. En todo caso, la resistencia minoritaria parece ella misma «reminiscencia histórica», doctrina declinante. Ni siquiera tiene mucho predicamento, ya no digo entre constitucionalistas, sino tampoco entre civilistas o en general entre juristas. La misma cuestión de la nobleza viene ignorándose comúnmente por la doctrina sin necesidad de haber esperado al propio silencio de la Constitución, a esta indiferencia. Una putativa ciencia jurídica no parece que haya presentado ni presente resistencia significativa.

El ambiente jurídico parecía acoger bien la resolución del asunto con indiscriminación por sexo. No podía ser menos. No sólo se trata de la existencia de nuestra Constitución. Consecuente con ella, España impulsa seriamente la integración en un orden internacional que también constituye derecho de derechos con compromiso antidiscriminatorio expreso entre sexos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, o incluso desde la Carta de Naciones Unidas de 1945, las cuales se dicen en su misma fundación resueltas a profesar «la igualdad de derechos de hombres y de mujeres». El compromiso se ha especificado y reforzado en 1979 por la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual ha sido suscrita diligentemente por España en 1983. Ha venido así desde 1987 una jurisprudencia tan conforme con la Constitución doméstica como en sintonía con un orden superior, internacional, de derechos humanos.

Mas salta ahora la sorpresa, nuestra primicia, la nueva sentencia, suscrita el día 3 de julio de 1997 por nueve de los doce magistrados constitucionales, habiendo sido ponente y siendo así exponente Julio Diego González Campos, de profesión básica internacionalista. Las cuestiones vuelven a ser las primarias. ¿Cómo ha podido el Tribunal Constitucional proceder de nuevas a consideración de una cuestión tal como la de no discriminación por sexo en la sucesión de título nobiliario y para producir además un cambio de posición? ¿Cómo es que ahora se adentra en materia para venir encima a adoptar una resolución adversa a la jurisprudencia establecida de igualdad entre sexos?

El Tribunal Constitucional viene a entender ahora del asunto no por impulso particular de un recurso de amparo, sino por instancia judicial de una cuestión de inconstitucionalidad. Es la misma regla de la preferencia de varón en los títulos de nobleza la que ahora se somete directamente a su consideración. Lo cual ya se sabe que ha de reunir sus propias condiciones definidas entre previsiones de la Constitución y especificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Contempla la primera la cuestión judicial de inconstitucionalidad respecto a «norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez de-

penda el fallo» (art. 163). Requiere la segunda a la justicia «concretar la Ley o norma con fuerza de ley» desde un inicio del cuestionamiento, desde una fase previa de audiencia y alegación de las partes del proceso cuya resolución habrá de quedar en suspenso hasta el pronunciamiento constitucional (art. 35.2). Si para recurso de amparo se precisa derecho, un derecho fundamental, para cuestión de inconstitucionalidad se necesita ley, una ley identificada. ¿Cuál es en el caso? Entre antecedentes, fundamentos y demás manifestaciones de la sentencia anterior no es que haya aparecido nada semejante a una ley que se ocupe del régimen de primogenitura masculina de los títulos nobiliarios. ¿Cómo es que cabe entonces una cuestión de inconstitucionalidad de ley, de una ley hasta el momento ignota?

Hay problemas para la identificación. Conforme a los antecedentes expuestos por la nueva sentencia, la que ya comento, el órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, que es la Audiencia Provincial de Madrid, parece tener dificultades. Cuando abre la fase previa preceptiva de alegación de las partes respecto a la posibilidad del planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, su providencia se refiere al «régimen de sucesión de títulos nobiliarios establecido como orden regular de sucesión, dispuesto por el derecho histórico preconstitucional, al imponer, en los casos de igualdad de línea y grado, la preferencia del varón sobre la mujer», sin mayor concreción, y esto pese al tenor terminante de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Y advirtamos, como ingenuos, que no se trata de previsiones caprichosas. Responden no sólo a unos requerimientos formales, sino también, por fortuna, a una lógica ciudadana de fondo.

Existiendo justicia, la justicia ordinaria, el escrutinio y depuración constitucionales de las normas no tiene por qué reservarse a una jurisdicción concentrada como la del Tribunal Constitucional. Respecto a la inferior a ley, se encuentra capacitada sin problema la justicia misma. Incluso para la legislación preconstitucional, toda la anterior a 1978, se ve también facultada en virtud directa del alcance derogatorio expreso de la Constitución para toda norma contraria sin exclusión de ley (Disposición Derogatoria tercera). Son supuestos en los que la justicia «sin dilaciones indebidas» a la que tenemos derecho «todos» (art. 24.2 CE), todos y todas, no habrá de diferirse por cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sólo las leyes postconstitucionales, leyes en rigor constitucionales pues responden a determinación parlamentaria con base de sufragio universal en régimen de libertades, solamente estas leyes más propiamente dichas, presentan una legitimidad por la que puede comprenderse que se sustraigan a la justicia también en rigor dicha, la ordinaria, confiándose su posible cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Pues interesa a nuestro caso, añadamos que existe la práctica admisiva por el Tribunal Constitucional de la cuestión a leyes preconstitucionales sobre cuya inconstitucionalidad la justicia no tenga certeza, sino dudas, con el efecto no sólo de suspensión temporal de la resolución sustancial, sino también de transferencia voluntaria de competencia judicial para pronunciamiento constitucional, de esta sustracción. Aparte la posibilidad por el tenor no taxativo de la Constitución al respecto, es práctica que responde menos a lógica ciudadana. En todo caso, ha de tratarse siempre de leyes. Y en la cuestión, se tiene derecho a identificación cumplida desde el primer momento para poderse presentar alegaciones sobre los términos del cuestionamiento y así sobre su eventual improcedencia. Mas es a «derecho histórico preconstitucional» a lo que se ha referido de entrada nuestra Audiencia Provincial.

Son requerimientos todos, los más y los menos lógicos, difíciles de satisfacer si no se tiene ley. En el momento de formalizar la cuestión ante el Tribunal Constitucional, pues no antes, nuestra Audiencia Provincial hace el intento. Dice interponerla «en relación con el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, el artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 1820, las Leyes 8 y 9 del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación, y la Ley 2 del Título XV de la *Partida II*». He aquí una abundancia producida por la carencia. Se mezclan normas heterogéneas, unas de muy dudoso carácter legislativo, otras que se tienen por leyes sin mayor problema aparente, pero ninguna que sea postconstitucional, ley en el sentido constitucional más propio. Y guarda otra cosa en común dicha retahíla de normas: ninguna de las que se dicen leyes contempla por sí y no remisivamente el régimen sucesorio de primogenitura masculina en los títulos de nobleza, en esto y no en el patrimonio. Ninguna es la clase de norma legislativa ni presenta el contenido específico del requerimiento constitucional. La que más podría acercarse es la pragmática de 1615 a la que conduce una de las citas hechas de la *Novísima Recopilación* (10, 17, 9), la cual, remitiéndose a *Partidas* 2, 15, 2, recoge el régimen sucesorio de primogenitura, mas como expresión de *costumbre* y no de ley en cuanto que general o generalizable y refiriéndose además como objeto a vinculaciones patrimoniales, no a títulos nobiliarios.

La conclusión que entonces se impone de que no hay exactamente *norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo*, no la hago yo. Es el propio Tribunal Constitucional quien, como sobradamente comprobaremos, viene a reconocerlo, dependiendo de ello toda la batería argumentativa que va a desplegar. Si ya puede ser problemática, para la ingenuidad de nuestra lógica ciudadana, la práctica habitual de extensión de competencia del Tribunal Constitucional mediante admisión de cuestiones referentes a leyes preconstitucionales sobre las que la justicia ordinaria presenta duda y no certe-

za de inconstitucionalidad, en vez de rechazarse entendiendo que en dicho caso, como en el de la certidumbre, tiene la misma justicia facultad y obligación de sentenciar, el problema más clamorosamente lo tenemos cuando no hay ni siquiera *ley*, ni siquiera esto.

Mas empeñado por lo que también se verá en admitir el asunto, el propio Tribunal Constitucional se enfrentará con tal problema de identificar *la ley* que se cuestiona y sin la cual no puede hacerse cargo. En otro caso, si no se tuviera, nos encontraríamos, como nuestra misma sentencia constitucional no deja de reconocer en su Fundamento Jurídico cuarto, con que la Audiencia Provincial de Madrid «pretende cuestionar ante este Tribunal la doctrina previamente sentada por el órgano jurisdiccional superior en similares supuestos, desvirtuando el sentido y la finalidad del proceso constitucional», esto es, con que se estaría intentando por parte de la susodicha Audiencia el planteamiento de una *cuestión de inconstitucionalidad de jurisprudencia* y no de ley, o con que estaría así convirtiéndose el Tribunal Constitucional en una instancia de *casación en interés de Constitución* por encima del Tribunal Supremo, todo lo cual sería inadmisibile, literalmente no admisible, para el diseño constitucional. Pero pechándose con los riesgos nuestro Tribunal, el Constitucional, se muestra tan empeñado en recibir el caso como nuestra Audiencia, la Provincial de Madrid, en entregárselo. En medio queda entonces sin voz ni voto el Tribunal Supremo.

La Audiencia se manifiesta notablemente convencida de que el asunto no admite ni siquiera duda, pues el «Derecho histórico preconstitucional» dicho le parece perfectamente constitucional. La reclamación del varón debería por lo tanto admitirse pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tan convincente se muestra la Audiencia en su argumentación que el Fiscal General del Estado puede entender en sus alegaciones que no hay caso porque no hay duda, sino certeza, y además sobre normas cuya cuestión no está reservada al Tribunal Constitucional. No habiendo ya no digo ley postconstitucional, esto es, ley con presunción legítima de constitucionalidad, que cuestionar, sino ni siquiera, concedida la extensión, legislación preconstitucional que suscite incertidumbre, pues es todo lo contrario para la posición de la Audiencia, su deber es sentenciar. Esto hubiera en el caso conducido a una casación ante el Tribunal Supremo de éxito seguro dada su jurisprudencia consolidada al propósito, pues tales son justamente los caminos de nuestra justicia.

No puede evitarse la impresión más bien turbadora y está por ver si perturbadora de que el caso intenta construirse para sortearse la instancia propia del Tribunal Supremo y de que así se procura el salto a la jurisdicción constitucional en un asunto que dificilmente admite amparo, pues no hay derecho fundamental frente a la jurisprudencia establecida, y que más embarazosamente todavía permite cuestión, pues no hay ley que cuestionar. Mas el caso prospera.

Y ya sabemos el resultado. Menos mal que la ingenuidad me libra de la malicia con más eficacia incluso que la presunción de inocencia.

II. ¿ARRANCAMOS? LA NUEVA CATEGORIA DE LEY POR RESURRECCION

Todavía estamos a la primera pregunta. ¿Cómo puede el Tribunal Constitucional admitir la cuestión faltando ley que cuestionar? Podría decirse que sencillamente haciéndolo, pero hay algo más desde luego. Ha de esmerarse en explicarlo, pues no viene dado. El referido Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia actual, la de 1997, afronta el extremo previo de la irregular identificación de *las normas con rango de ley aplicables al caso* por parte de la Audiencia Provincial de Madrid que formaliza la cuestión. Se trata del «Derecho histórico preconstitucional vigente» que constituye «nuestra legislación histórica» y así también viva respecto a la cual, bien que no precisándola debida y satisfactoriamente, dicha Audiencia interroga. Intenta concretar cuáles sean tales «leyes» en el auto de planteamiento de la cuestión como ya hemos visto. Con esto, según conclusión del susodicho fundamento de la sentencia constitucional, «no cuestiona con carácter general las resoluciones del Tribunal Supremo, sino ciertos preceptos del Derecho histórico», con mayúsculas ahora y en adelante. Lo primero, el recurso de instancia judicial ante el Tribunal Constitucional frente a la jurisprudencia del Supremo, la de igualdad de sexos en la nobleza, ya sabemos que resulta absolutamente inadmisibile, pero nuestro más alto Tribunal, el Constitucional, nos tranquiliza asegurándonos que ese no es el caso. Porque hayamos de volver a ello, no tengo de entrada comentario alguno. Ingenuidad, como nobleza, obliga.

El Fundamento Jurídico sexto de nuestra sentencia, la del Tribunal Constitucional, es el que finalmente se dedica a la dilucidación por cuenta propia del extremo primordial de la ley por cuestionar. No es fácil. Unas normas pretéritas se refieren a sucesión nobiliaria sin especificación del régimen de primogenitura masculina respecto a título. Puede sorprender de entrada, pero ya trataremos de explicarlo. La única norma histórica de carácter general con dicho contenido que puede identificarse por el Tribunal Constitucional es Partidas 2, 15, 2, sólo que la misma se refiere a sucesión en el reino, y no en la nobleza. Estima que es la norma que ha regido tradicionalmente por analogía extensiva también para el caso de los títulos nobiliarios. Extremo primordial resulta entonces el de la vigencia como Ley de las Partidas. La cuestión de inconstitucionalidad se estaría sustancialmente planteando respecto a este derecho medieval, «el Código de las Siete Partidas» como le dice, *código*, el Tribunal.

Dicho Fundamento sexto puede concluir sentando que los «preceptos con rango legal hoy vigentes y aplicables al caso» resultan no todos, sino algunos de los alegados por la Audiencia Provincial: «El artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 en cuanto declaran aplicable al Derecho histórico y, en particular, la Partida 2, 15, 2, de la que deriva por lo dispuesto en el inciso *que si fijo varón non oviesse, la fija mayor heredasse el Reyno*, la regla de preferencia cuya constitucionalidad se ha cuestionado por la Audiencia Provincial de Madrid», rematando: «Aunque el examen posterior habrá de centrarse en el últimamente citado dado que la eventual inconstitucionalidad de los dos primeros sólo se produciría *per relationem*, al remitirse éstos al precepto de la legislación histórica», a Partidas 2, 15, 2. Sobre ellas versa en definitiva la cuestión. Es el propio Tribunal Constitucional el que así se plantea algo tan curioso como la constitucionalidad de las Partidas medievales. Y nos ofrece toda una historia para prueba de su condición de *ley* susceptible del procedimiento.

«A partir de la tercera edición (de las Partidas), entre 1295 y 1312, se modificó tanto su contenido como su finalidad originaria de constituir una ley general para el Reino, por lo que el *Libro de las Leyes* dejó de ser aplicado incluso en el Tribunal de la Corte en beneficio del Fuero Real. Pero la duda se despeja, de un lado, por haber adquirido expresa vigencia los *libros de Partida* en virtud de la Ley 1, Título XXVIII, del Ordenamiento de Leyes dado por el Rey Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, en el orden de prelación de fuentes allí establecido y que se mantiene inalterado hasta el siglo XIX. De otro, por haber sido consideradas como Derecho en vigor a lo largo de este siglo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.» Es lección de Historia del Derecho que se sostiene mal, lo que importa poco. ¿Serviría, de ser cierta, para sustentar el carácter legislativo de las Partidas? No me parece. Ni siquiera lo último que pudiera ser más decisivo, el entendimiento del Tribunal Supremo durante el siglo XIX, abona. Desde la perspectiva constitucional hoy más obligada, crea más problemas que resuelve, pues, fallando la codificación, su jurisprudencia tendió efectivamente a tratar como ley española lo que no había sido con anterioridad precisamente *ley* ni menos *española*, sino sólo castellana. Sobre este punto tampoco es que sea muy sensible nuestra sentencia, pues se refiere sin ambages a las recopilaciones pretéritas de Castilla, la Nueva y la Novísima, como «legislación histórica de la Monarquía española».

Es un sinsentido plantearse la categoría legislativa de normas preconstitucionales en el significado de anteriores al tiempo constitucional. El sistema histórico era consuetudinario y jurisprudencial. Aun utilizándose profusamente el término de ley, no había entonces normas que puedan calificarse hoy como legales y menos si se hace con el mínimo rigor constitucional de la legiti-

midad parlamentaria, ya no digo con sufragio universal y régimen de libertades. Ya se sabe que las palabras no cambian porque las cosas cambien. No lo hace la de ley desde antiguo por mucho que se altere profundamente su sentido. Bizantinismos entonces aparte, ¿qué razón ciudadana habría para sustraer hoy el manejo eventual de dichas normas pretéritas a la justicia ordinaria o justicia sin más? Mas prosigamos con la historia.

El carácter no legislativo del sistema histórico también explica eso que tanto puede extrañar de la inexistencia de norma alguna general que se ocupe del régimen sucesorio del título de nobleza, estrictamente de esto. Las mencionadas se refieren o remiten a las reglas particulares de cada caso y, eventualmente, a la tradición común que podían venir conformando por costumbre. Lo obligado era lo primero, el régimen singular. Véase en el texto que puede resultar más significativo por situarse en el dintel de entrada del tiempo constitucional. Me refiero a la ley de desvinculación de 1820, a su artículo decimotercero en concreto: «Los títulos, prerrogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como anejas a ellas, subsistirán en el mismo pie, y seguirán el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia.» No sólo no había *ley*, sino tampoco otra norma general. Era un sistema formalmente de costumbre y jurisprudencia; sustantivamente de *status* y privilegio. El derecho era el singular de cada linaje. Partidas 2, 15, 2 podía serlo de una dinastía regia. Así, tan singularmente y con manipulaciones que no son ahora del caso, es como se producía la entrada en la historia de la misma primogenitura masculina.

Había más para el efecto de la singularidad de cada linaje que podía ser todavía tan evidente en el quicio del cambio al tiempo constitucional. Históricamente el título de nobleza ni siquiera respondía a un derecho sucesorio. No había propiamente sucesión. Puede que esto, cuando realmente se tenga con carácter general, sea en tiempo constitucional, tras la desvinculación, aun dándose alguna especie de anticipo en todo caso tan cercano como para no haber podido afectar a muchos supuestos (Novísima Recopilación, 6, 1, 25, de principios del siglo XIX), y aun existiendo también amagos al menos desde mediados del siglo XVII en tal sentido. A la llegada del constitucionalismo, unos títulos, seguramente los menos, y no otros, tenían la experiencia de un derecho, si no todavía sucesorio, el menos hereditario. Pues podía también ocurrir que en el patrimonio nobiliario, estando vinculado, no se sucedía entre generaciones, sino que se heredaba del cabeza primero o fundador del linaje, con una panoplia de efectos que tampoco son ahora del caso.

Por tiempos preconstitucionales, en un sistema de privilegio, el título se trataba como gracia monárquica que no se integraba en el patrimonio del lina-

je por hacerse anexa. Como graciosa, había de reproducirse para cada generación. El patrimonio vinculado del linaje podía heredarse del fundador del mismo y no suceder en él del titular precedente mientras que el título se recibía de la monarquía y no se sucedía del anterior titulado o tampoco se heredaba del primero. Eran cosas distintas y ninguna respondía a derecho que hoy podamos decir sucesorio. La cuestión de inconstitucionalidad y la sentencia constitucional las mezclan y confunden por imaginarse un régimen histórico de sucesión que pudiera sujetarse a alguna norma general, la norma que haya de fungir como ley o que sin más lo sea. Mas ni unas cosas ni otras existieron en rigor. Resultan presupuestos, invenciones y productos, todo ello, del propio procedimiento. Es resultante actual y no dato histórico. He ahí todo un poder que podría decirse legislativo o incluso constituyente: se hace ley de donde no la hay y el resultado sirve para asumirse la competencia de pronunciamiento constitucional.

No es evidentemente imaginación la ley de desvinculación de 1820 que el Tribunal Constitucional une a Partidas cual norma susceptible de cuestión de inconstitucionalidad, como tampoco la ley de 4 de mayo de 1948 que también se suma, una ley que procedía al restablecimiento formal de la nobleza abolida por la Constitución de la República (art. 25, precedente precisamente del 14 actual). El artículo primero, el cuestionado, de la ley de 1948 reza así: «Se restablecen, en cuanto que no se opongan a la presente Ley y Decretos que la complementen, las disposiciones vigentes hasta el 14 de abril de 1931 sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, ejercitándose por el Jefe del Estado la gracia y prerrogativas a que aquellas se refieren», por el general Franco entonces. Decreto complementario es el de 4 de junio del mismo año 1948 que también ha intentado cuestionarse y cuyo artículo quinto, el de referencia, dispone: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia», decreto y artículo cuya cuestión, con buen criterio, no ha aceptado el Tribunal Constitucional, como tampoco de «las leyes» de tiempo preconstitucional, salvo Partidas.

Ya se ve que entre leyes cuestionables y otras normas incuestionables no es que se añada nada respecto a la inexistencia de una norma general que cuestionar. Y las *leyes* que hay y se reconocen no es que merezcan la denominación desde una perspectiva ciudadana que justifique la sustracción a la competencia de la justicia. Mas el Tribunal Constitucional no ceja. Procede y falla: «Por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido: 1.º Declarar que el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, en cuanto declaran aplicable el Derecho

histórico y en particular la Partida 2, 15, 2, precepto del que deriva la regla de preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones *mortis causa* de títulos nobiliarios, no son contrarios al artículo 14 CE y, en consecuencia, 2.º Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad». Así se sienta la constitucionalidad.

A partir de ahora, tras nuestra sentencia, cabe identificar tres novedades para nuestro sistema jurídico y político. Primera y más particular, que existe *ley y ley* resistente al test de constitucionalidad estableciendo la primogenitura masculina en la sucesión de nobleza. Segunda y más general, que el principio de no discriminación de la Constitución permite excepciones imprevistas. Tercera y más trascendente, que el Tribunal Constitucional disponiendo de leyes acaba por disponer de Constitución. Resulta que vamos teniendo más de una primicia y más incluso de un par, hasta un trío. Tendrán que considerarse todas, también la segunda y la tercera, todo esto que parece de importancia mayor y creciente. Ya veremos si llegan a poner en cuestión los calificativos de nuestro sistema jurídico y político.

III. ¿PROCEDEMOS? HISTORIA Y NATURALEZA DE GENIO CONSTITUCIONAL INEDITO

Entre ley que se identifica y fallo que se ofrece, hay por supuesto razonamiento. Hay razones que no voy a tratar conforme a su secuencia y en su extensión, sino a beneficio de inventario. Es privilegio del comentario ingenuo, del que no pretende representar ni menos suplantar autoridad alguna. El argumento de la sentencia que entiendo principal y quiero confrontar viene a ser doble y de apariencia paradójica: el de la naturaleza inalterable por consistente y la realidad insustancial por simbólica, ambas cosas actuales y así a un tiempo, del título de nobleza. La actualidad se adoba continuamente de historia, pero sobre ésta creo haber dicho bastante. No me parece en general pertinente y en particular de recibo. Si vuelvo todavía algo o más que algo a ella, es porque la sentencia y no la nobleza obliga.

He aquí la vertiente primera del argumento doble y aun no sabemos si efectivamente paradójico. Se expresa desde el Fundamento Jurídico octavo: «La confrontación con el artículo 14 CE de la diferencia por razón de sexo que se imputa al precepto legal aquí cuestionado no puede llevarse a cabo en abstracto, sino en el concreto ámbito de la institución de los títulos de nobleza, para determinar si dicho principio es aplicable a este particular ámbito jurídico, dada la peculiar naturaleza de aquellos.» Ya no tratamos la inexistencia de dicho *precepto legal aquí cuestionado*, sino que entramos en *la peculiar naturaleza*

de los títulos nobiliarios, naturaleza que plantea por lo visto la posibilidad de exención respecto a principios constitucionales tan básicos y categóricos como los formulados en el artículo decimocuarto de nuestra Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional viene al terreno argumentativo del voto particular de 1995, a aquel paradigma de la peculiaridad nobiliaria que parecía realmente chocante con el canon constitucional. El choque ahora no se produce de modo tan frontal porque la conducción sabe eludirlo no faltándole habilidad.

Sabe hacer uso de la historia, llevándonos de nuevo a ella. Hace a mi entender siempre abuso. Ahora importan la jurisprudencia y la costumbre, las fuentes históricamente más constitutivas. Así puede explicarse el apartado segundo del Fundamento decimotercero: «En la Baja Edad Media, en efecto, la adopción del principio de primogenitura se justificó por los canonistas con base en una costumbre feudal y, por tanto, excepcional del Derecho común, cuyo fundamento doctrinal se halla en un texto reiterado por la doctrina en los siglos posteriores: el comentario del Abad Panormitano, donde se alude a una costumbre sobre la indivisión de la herencia *quae viget inter nobiles* y, por tanto, de la que estaban excluidos *laboratores* y *mercatores*», trabajadores y burgueses que no se traduce como si el latín estuviera entre las lenguas constitucionales. Como *privilegio* contrario al *Derecho común*, nos sigue explicando el fundamento que presentaba un carácter *odioso* mal sufrido y arriesgado para los mismos nobles. De ahí es que se produce durante dichos siglos posteriores una evolución doctrinal: «Apoyándose ahora en el Derecho común y, en concreto, en la institución de los fideicomisos ordenados *in favore descendantium* o *intuitu familiae*, se consideró que no constituían un privilegio odioso, sino favorable (*maioratus et primogenitura sunt favorabiles, non odiosae*). Solución que se justifica, además, por razón de utilidad pública (*in quorum conservacione favor publicus versatur*); lo que potenciaba la consolidación como unidad de un conjunto de bienes y rentas *in favore familiae*. Esto es en favor del linaje patrilineal del fundador del mayorazgo. Construcción que también era aplicable, y lo fue sin dificultad por la doctrina, a los títulos nobiliarios.»

Como historia, parece mejor que la de las Partidas, salvo lo último, lo esencial, pues aquí tratamos de títulos de linaje y no de sus patrimonios, no de los mayorazgos propiamente dichos que ya desaparecieron con la desvinculación. Pero es historia que ahí sustenta la presunción de una *naturaleza* del título nobiliario, no otra que la construida por aquellos tiempos pasados respecto al linaje *en favor de la familia* o incluso *en favor público*, todo lo cual así se proyecta en lo que hoy queda de aquella construcción histórica, en los títulos nobiliarios. Es también historia que me parece sumamente incompleta, y no digo deliberadamente parcial porque la ingenuidad me veda siempre la malicia.

Si se hubiera seguido ascendiendo en el curso de la historia, lo que pudiera

fácilmente haberse hecho con ayuda de las mismas fuentes historiográficas presumiblemente utilizadas, se habría visto que el citado abad canonista, el de Palermo, primer jurista en efecto que se ocupó del tema favorablemente para la regla de primogenitura, no encontraba base jurídica por lo que acabó recurriendo a una verdadera fantasía, al *beatum dicti o dicho de santo* que, a falta de mejor derecho, faltando una ley imposible, ha podido constituirla a lo ancho de Europa durante siglos. Se le atribuía a San Bernardo: «Mortuo patre, filii quaerunt divisionem. Si nobiles sunt, melior est saepe eurom per mundum dispersio quam haeredatis divisio, nam saepe est gravis eorum dissolutio huiusmodi haereditatis divisio. Si laboratores sunt, faciant quod volunt. Si mercatores sunt, tutior est eorum divisio quam communio, ne unius infortunium aliis imputetur.» Lo cual también rige por latitudes españolas: «Los hijos muerto el padre querrían partir. Si son fidalgos, mejos es el desparzimiento de ellos por el mundo que non la tal partiçión de la heredad, ca la partiçión muchas vegadas es desatamiento de linaje. Si son mercaderes, más segura es la partiçión que non averlo de común, que la deseventura del uno non seya contada a los otros. Si son labradores, fagan lo que quisieren.» Y esto sólo es la punta del iceberg de toda una doctrina histórica de carácter religioso sobre la primogenitura, comenzando por la del unigénito, Cristo, no menos importante a nuestros efectos porque escape a la observación del Tribunal Constitucional.

¿Qué significa todo esto? Sencilla y llanamente, para no perdernos nosotros también por los berenjenales de la historia, quiere decir que nuestro paradigma, el del voto particular de 1995 que hace ahora suyo el Tribunal, era consustancial a una sociedad que discriminaba entre nobles, burgueses y trabajadores, los *nobiles, mercatores y laboratores*, y en la que además los primeros tenían que recurrir en nuestro asunto de sucesión a cosas como la religión, pues les fallaba incluso entonces el derecho. Por mucho que la sentencia no lo presuma así, ni siquiera por aquellos tiempos tan nada constitucionales cabía una construcción propiamente jurídica del privilegio de linaje. La *naturaleza* de la nobleza hubo de construirse del modo dicho, con religión y a la ofensiva, no haciendo tampoco ascos a otros motivos como el de la raza. Esto, que me parece no menos esencial, parece el Tribunal Constitucional ignorarlo, pero no porque no se le haya apuntado. Lo hace en este mismo procedimiento la Abogacía del Estado: «Toda la antropología nobiliarista tradicional, que pretende justificar la preferencia de varones y primogénitos sobre la base de interpretaciones bíblicas o sobre mitos biológicos de una supuesta *mejor sangre*, es palmariamente inconciliable con el artículo 14 CE, como lo es, en definitiva, la existencia de reglas con contenido material discriminatorio en el ciego sentido biológico.» Y no se olvide cómo en dicho mismo artículo constitucional aparece a unos mismos efectos proscriptivos de discriminación la *raza* entre el *nacimiento* y el *sexo*.

Los argumentos históricos, si no caen por su propio peso, es porque no se elevan o porque no pueden incluso hacerlo. Faltos de cimientos, de unos cimientos constitucionales, prefieren quedarse ordinariamente a ras de suelo o no llegar a cubrir nunca aguas. Si hubiera seguido el propio curso histórico de su argumentación doctrinal, el Tribunal Constitucional tendría que haber buscado la forma de sentar el carácter legislativo del *dicho del santo*, que fue al fin y al cabo históricamente *la norma aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo* más que las propias Partidas 2, 15, 2, y habría tenido que hacerlo a fin de poder admitir respecto al mismo la cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión que realmente versa más en el fondo sobre religión o sobre raza que sobre derecho o sobre ley. La sentencia creo que no tiene más remedio que quedarse dialécticamente a medio camino en su excursión por la historia porque ésta es una vía que no conduce para nuestras cuestiones constitucionales realmente a ninguna parte, salvo a poner o quedar en evidencia.

Nuestro argumento, el de nuestra sentencia, presenta el aspecto doble de paradoja aparente, el del carácter simultáneamente consistente e insustancial de su objeto. La cara de la insustancialidad nos hace retornar al presente. Actualmente el título nobiliario sería de un *carácter simbólico*, como explica en particular el Fundamento Jurídico duodécimo: «Por simbolizar el título de nobleza una institución que sólo fue relevante social y jurídicamente en el pasado, el símbolo elegido se halla desprovisto hoy de cualquier contenido jurídico-material en nuestro ordenamiento, más allá del derecho a usar un *nomen honoris* que viene a identificar, junto al nombre, el linaje al que pertenece quien ostenta tal prerrogativa de honor.» En esta caracterización actual de la nobleza como mero *símbolo* realmente se abunda, pero no por ello se incide. Quiero decir que para la propia sentencia constituye un predicado presumido, nunca un hecho probado. En ningún momento se hace el más mínimo intento de verificación. Se cede a esa tentación tan propia de las más altas magistraturas de convertir la ecuación procesal entre realidad y actas en identificación sustantiva cuando de las propias suposiciones se trata. El *símbolo* es realidad y una realidad entonces irreal.

En el propio procedimiento no han dejado de plantearse dudas. Lo hace también quien se refería al sustrato racista de la antropología nobiliaria, la Abogacía del Estado. Alude a la nobleza cual «título de preeminencia o de dignidad —además de otorgar notorias ventajas sociales— a casi doscientos años de haber terminado el Antiguo Régimen». Ahí tenemos interrogantes no sólo sociológicos, sino también jurídicos, éstos que podrían pensarse más importantes a nuestros efectos. Mas no creo que interese adentrarse en ese tópico que es hoy para la sociología el de la existencia de *capital simbólico* con verdadero rendimiento incluso económico, con toda una *microfísica* de poderes e intere-

ses. ¿Cómo se entiende de otro modo en nuestro propio caso de los títulos de nobleza su misma litigiosidad y además de mayor cuantía? Pero la vertiente sociológica con lo que tiene de económica no me parece algo esencial para nuestra cuestión. Y porque el Tribunal Constitucional también las ignore, tampoco pienso que al caso importen prácticas jurídicas como las sucesorias de mejora del varón que sucede en el título. Ya no son vinculadas, sino libres dentro de los menores o mayores márgenes, según derechos forales, de la libertad de testar entre nosotros. Existen actualmente títulos de nobleza *aforados* con el propósito nada *simbólico* de la mayor retención de patrimonio familiar en linajes de primogenitura masculina.

Lo que aquí importa no creo que sea el ejercicio de las libertades privadas y sus efectos sociales ni incluso cuando pudiera entenderse que rozan el fraude de ley allí donde, como en el caso, la misma ley precisamente no parte de un principio de libertad, de una libertad testamentaria, sino de la sucesión forzosa o legitimaria. Lo que aquí interesa pienso que es el ejercicio de los poderes públicos y sus efectos sociales, estas responsabilidades determinadas. Aquí se encuentran los interrogantes jurídicos que importan. En España, instituciones como el Ministerio de Justicia, el Consejo de Estado y la misma Justicia toda o poco menos emplean trabajo y gastan recursos, comenzando por el costo de tiempo del personal, ante la existencia y a favor de dicho *símbolo*, la titulación de nobleza ¿Tan insustancial resulta? ¿No es ya un beneficio particular sustancioso el de dicho mismo gasto público a instancia interesada y usualmente además no gravada en correspondencia con el coste del servicio? No ha tenido que pagar nada, ni siquiera abogacía, por el procedimiento constitucional. Aunque sólo fuera por consideración al contribuyente común, que no es noble precisamente, parece que la cuestión, si se toma en consideración, debiera tomarse en serio. Me permito decirlo así de francamente y sin pedir disculpas por llaneza ciudadana.

El motivo del *símbolo* parece realmente neurálgico para la sentencia. Lo es. Puede decirse que despeja la paradoja. Evita su puesta en evidencia. Logra que no exista. Es congruencia dentro del propio discurso. Constituye el complemento indispensable al argumento de la *naturaleza*. De ésta no oculta nunca el Tribunal Constitucional que resulta discriminatoria entre sexos. Es una característica histórica que, si la nobleza se conserva, habría de mantenerse. No cabría alterarla, pues formaría parte de la naturaleza misma del linaje. La única manera de salvar entonces la contradicción palmaria con la Constitución, con su principio fundamental de no discriminación, resulta dicha presunción de la insustancialidad material del título de nobleza. No habría contrariedad porque no hay nada, salvo *símbolo*, sobre lo que discriminar. Se descubren las cartas de una titulación tan autista que sólo es título de sí misma y de una dis-

criminación tan enajenada que no lo sería en absoluto. He aquí la soportable levedad de la carencia de ser. El *símbolo* no puede ser nada para que pueda representar tanto. No cabe que sea algo constitutivo para que no quepa lo que sería inconstitucional, la discriminación por nacimiento, raza y sexo.

Es la presunción clave que se prueba por pura postulación, por palabra de honor no sólo ahora noble, sino también jurisprudencial. Viene a darse en el Fundamento Jurídico decimoquinto: «La diferencia por razón de sexo que el mencionado precepto (Partidas 2, 15, 2) establece sólo posee hoy un valor meramente simbólico dado que el fundamento de la diferenciación que incorpora ya no se halla vigente en nuestro ordenamiento. Mientras que, por el contrario, los valores sociales y jurídicos contenidos en la Constitución y, por tanto, con plena vigencia en el momento actual, necesariamente han de proyectar sus efectos si estuviésemos ante una diferencia legal que tuviera un contenido material. Lo que ciertamente no ocurre en el presente caso, en atención a las razones que se han expuesto partiendo de las premisas sentadas en los fundamentos precedentes.» Es palabra.

La paradoja despejada es clave porque cubre y justifica la flagrante contradicción no entre motivos de la argumentación, sino del conjunto de la misma con respecto a la Constitución. La duplicación, no digo duplicidad ni doblez, cumple su función dialéctica en el interior de un argumento que no deriva de la Constitución precisamente. En ella ya se sabe y el Tribunal Constitucional no deja por supuesto de reconocer que la nobleza ni se menciona. También le consta que es consustancialmente discriminatoria. Para que no lo resulte, es por lo que se le quiere insustancial predicándosele simbólica. Con esto se desaira no sólo sociología, sino también derecho. Llegamos al corazón.

IV. ¡ACABARAMOS! LA EXCEPCION QUE NO CONFIRMA UNA REGLA CON EXCEPCIONES

La nobleza no figura en la Constitución, pero podría entenderse que lo hacen los títulos. Lo harían en virtud de un inciso referente a la Monarquía: «Corresponde al Rey: (...) f) (...) conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes» (art. 62). La mención no merece ni siquiera un párrafo exento, pues éste de la letra sexta, la efe, lo comparte, bajo la misma cláusula final de sujeción expresa a las leyes, con «expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros» y «conferir los empleos civiles y militares», siguiendo lo dicho respecto a *honores* y *distinciones* que pudieran ser títulos nobiliarios, pues no se excluyen. En nuestro procedimiento se entiende que la nobleza cuenta con esta cobertura constitucional sin que nadie parezca ponerlo en duda. De ella tam-

poco se produce mención alguna por parte de la Constitución a efectos abolicionarios como a ningún otro. La posible alusión del referido inciso ya es en todo caso un recordatorio de que el asunto debemos comprenderlo en el seno de la Constitución misma y no de un presunto derecho histórico y menos éste con mayúsculas, menos en el coseno del *Derecho histórico*, de esta invención.

Tras todo lo dicho, no extrañará que el Tribunal Constitucional tienda a lo último. El Fundamento Jurídico décimo de nuestra sentencia conecta dicho inciso constitucional del artículo 62 a los más o menos equivalentes de las Constituciones históricas: «Conceder honores y distinciones de toda clase, con arreglo a las leyes» en parágrafo exento y con dicha extensión *de toda clase* en la Constitución de 1812 (art. 171.7); compartiendo apartado con «nombrar todos los empleados públicos» y pluralizando la extensión, *de todas clases*, en las de 1837 (art. 47.9) y 1845 (art. 45.9); otra vez exento, pero eliminando la cláusula extensiva, en la de 1869 (art. 73.3); y de vuelta prácticamente a la fórmula de 1837 en la de 1876 (art. 54.8: «Conferir los empleos civiles, y conceder honores y distinciones de todas clases con arreglo a las Leyes»). De esta última «pasa al artículo final del artículo 62, apartado f), de la Constitución hoy vigente», concluye el Tribunal Constitucional sin hacer la advertencia de que en el tránsito desaparece dicha cláusula extensiva *de todas clases*. Menos, pues nada, le interesa el precedente más cercano y específico de la Constitución de la República, la de 1931, su artículo 25 que ya formula un principio de no discriminación, o de proscripción en su lenguaje de «privilegio jurídico», sin faltar la referencia explícita al sexo y añadiéndose precisamente como consecuencia la abolición de la nobleza o, dicho mejor, de un derecho nobiliario: «El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios.»

Resulta entonces que, si bien la Constitución actual no produce o al menos no contiene una abolición de la nobleza o del derecho nobiliario de Estado, se caracteriza la misma por no recoger la cláusula extensiva *de todas clases* y por singularizar además en menor medida que cualquier otra monárquica precedente la cláusula misma de los honores. Pero no es a este efecto que el Tribunal Constitucional efectúa la comparación, sino completamente al contrario, para situar la interpretación del inciso constitucional en el contexto, no de la Constitución actual, sino de un constitucionalismo histórico en el que tuvo acogida expresa la nobleza. Formaba parte como tal de las mismas instituciones políticas, principalmente del Senado. Que la comparecencia ya no ocurra, interesa menos. Que tengamos ahora un principio fundamental de no discriminación desconocido como tal para el constitucionalismo monárquico anterior, importa poco. La historia, el invento del *Derecho histórico*, demostraría que la nobleza tiene cabida en *nuestro* constitucionalismo.

A nuestra sentencia parece al menos constarle que en una Constitución par-

lamentaria como la actual el mismo contexto similar con otras Constituciones, como es un ejercicio de funciones conforme a ley y mediante refrendo, puede cobrar un valor superior y así distinto. Esto no deja de advertirlo, indicando que unos honores han dejado ya de ser «prerrogativa regia» aunque la expresión se mantenga jurisprudencialmente por inercia. Pero a la luz de nuestra misma sentencia el conservadurismo no sólo afecta al lenguaje. Tras tan acertada advertencia, que se contiene en su Fundamento décimo, pasa prácticamente ella misma a olvidarla. Para la época presente y no sólo para la historia, los *honores y distinciones* y así los títulos aparecen como «acto graciable del rey» y punto, sin el debido registro siempre del contexto constitucional. Así puede arrancar el Fundamento Jurídico undécimo: «En suma, los títulos nobiliarios han subsistido en la sociedad burguesa y en el régimen constitucional, sin duda por su directa vinculación con la Corona, *fons nobilitatis*.» La «voluntad regia» aparece finalmente como causa constitutiva del honor y así de su régimen, viniendo ahora precisamente su carácter singular, lo que no podía verse cuando de lo que se trataba era de identificar una *ley* que cuestionar. Ley ahora parece que resulta dicha *voluntad regia*.

Así puede concluir el Fundamento Jurídico decimosexto: «Admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —el régimen de su transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión. La voluntad regia que ésta expresa no puede alterarse sin desvirtuar el origen y la naturaleza histórica de la institución.» Son afirmaciones de valor aplicable a un tiempo tanto pretérito como presente para nuestro Tribunal. Cuido la cita literal por si se produce escepticismo respecto a lo que encuentro ingenuamente en sus pronunciamientos no sólo de historia, sino también de presente y así, con historia, de derecho, lo que importa.

La Monarquía puede aparecer comprometida no tan sólo por la asignación de una responsabilidad actual sin coordenadas constitucionales, sino también por ella misma. A ella y no a la nobleza se refiere Partidas 2, 15, 2, cuya constitucionalidad resulta que se plantea. Incluso la cuestión de los títulos nobiliarios puede alcanzarle. La Constitución contiene alusiones, aunque vagas, a que también le corresponden (arts. 56.2 y 57.2). Pero no hay caso. El Tribunal Constitucional no deja desde luego de explicarlo. Partidas 2, 15, 2, no rige hoy para la Monarquía o no lo hace tiempo ha, cerca de un par de siglos, desde que la primera Constitución se ocupara del asunto. Al reino solamente y no a la nobleza ya sabemos que se refiere. Pero es ahora a las Constituciones a quienes compete el asunto.

La actual cumple: «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» (art. 57.1). Esto y ningún *Derecho histórico* es lo que rige para su caso, sólo para él y para ningún otro. Su supuesto fue también el único del que se hizo formalmente salvedad al suscribirse por España en 1983 la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Sobre ella, sobre la Monarquía, no se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad que lo sería entonces de la propia Constitución, de su parte orgánica. Si su régimen sucesorio se exime del principio fundamental de no discriminación por nacimiento, raza ni sexo es gracias a dicha previsión de la Constitución misma y no a razón otra ninguna.

¿Es la única exención consignada y permitida por la Constitución? ¿Lo es una vez que la nobiliaria no se registra en nuestra norma constitucional, la actual y ninguna histórica? Suele darse por hecho, pero no estoy tan seguro. No sé si la mención prioritaria de las confesiones religiosas y específica de la Iglesia Católica por parte de la misma Constitución (art. 16.3) pudiera servir, de plantearse el caso, para excepcionar cosas como el régimen característico de masculinidad respecto al principio fundamental de no discriminación en una iglesia que, como esta católica, se financia o poco menos por el Estado. Cabría pensarse incluso que otras menciones no menos prioritarias o más incluso como la de las Fuerzas Armadas (art. 8) pudieran sustentar el mantenimiento de lo propio, de un servicio militar o el sucedáneo civil con discriminación del hombre, por imponérsele, o de la mujer, por privársele de esta participación ciudadana, según se mire. Piénsese de estos asuntos lo que se quiera, serían todas ellas entonces excepciones que, al hacerlas o poderse entender que las hace la propia Constitución, confirman la regla, el principio de no discriminación.

Aunque quizá esté elucubrando en vano, pues el sustento textual puede que ya resulte innecesario. A partir de ahora, con el precedente de nuestra sentencia, planteado problema de derecho fundamental en ámbitos como el militar o el eclesiástico, el Tribunal Constitucional podrá perfectamente argumentar por encima o al margen de la Constitución con el *Derecho histórico* o la *naturalaleza* de un ejército o con la *historia* o el *Derecho natural* de una iglesia. Si ha sido posible con la nobleza que no merece mención, ¿cómo no va a serlo con lo que figura en la Constitución? Uno en su ingenuidad creía que sólo los derechos fundamentales, por tales, pueden llegar a tener la capacidad de trascender texto, mientras que todo el resto, todo el conjunto de las instituciones por muy constitucionales que sean, se encuentra sometido a la determinación constitu-

yente que se encierra en el mismo, en el texto constitucional, y no cuenta con *historia* ni con *naturaleza* que impliquen derecho propio y puedan ponerle al abrigo de eventuales reformas en la Constitución.

Elucubremos más. La Constitución dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (art. 32.1), que «todos los españoles» lo tienen al trabajo con «remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo» (art. 35.1), y que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1). ¿Qué pensaríamos de haberse comenzado a prestar oídos a las alegaciones, que no faltaron, de *naturaleza* y de *historia* de la institución familiar para neutralizarse los efectos del principio de igualdad entre sexos en vez de procederse con cierta diligencia, desde 1981, a reformas para dar debida cuenta de rastros y restos de gobierno del varón y domesticación de la mujer en la familia? Y al contrario que la nobleza, está reconocida por la Constitución con ese compromiso expreso de protección jurídica.

A lo que ahora importa, lo que por ningún lado aparece en la Constitución es mención de la nobleza, ni alguna que pudiera ofrecer base para la salvedad ni ninguna otra. Discriminación no parece que haya manera de que pueda darse en su consideración. El artículo decimocuarto de la Constitución ahí rige sin posibilidad de reserva. No cabe otra. Mas el Tribunal Constitucional resulta que no está conforme con este valor del principio de no discriminación. Abre el resquicio. Hay por lo visto instituciones dotadas de una *naturaleza*, como de una *historia*, en cuya virtud pueden situarse por encima o al margen de las previsiones constitucionales, del ordenamiento con premisa de derechos, y no de otras naturalezas ni de otras historias, que creíamos ingenuamente que nos preside.

Puede haber más. Podemos estar ante una sentencia de doctrina virtual por argumento interrupto. Cabe que no solamente se trate de que así comience a admitirse una suerte de excepciones que no confirman regla respecto a un principio además tan sensible como el de no discriminación por nacimiento, por raza, por sexo y el etcétera. También podría ocurrir que de esa forma se esté condicionando, hipotecando, obstaculizando o incluso obstruyendo posibilidades constitucionales respecto a la misma realidad dada de la nobleza. El silencio de la Constitución no tiene por qué significar inhibición. No debe seguramente hacerlo tras el uso clamoroso de la palabra por el Tribunal Constitucional.

La referencia constitucional manifiesta que *hones y distinciones* serán concedidos *con arreglo a las leyes*. He aquí una competencia legislativa del Parlamento, de nuestras Cortes, de la que no se ha hecho uso ninguno todavía. Desde la Constitución las normas de mayor rango sobre nobleza, aparte juris-

prudencia, son decretos que además no es que respondan muy escrupulosamente al nuevo contexto de derechos. He ahí entonces una inhibición parlamentaria que pudiera rectificarse en un futuro. De momento, en nuestro procedimiento, el Congreso de los Diputados declinó personarse y el Senado lo hizo, pero sin proceder a actuación ninguna. Si es que cambia la actitud parlamentaria quizá por reacción ante nuestra misma sentencia, la ley se encontrará por virtud de ella con una jurisprudencia constitucional que no sólo aprueba la nobleza, aunque sea raspando, sino que la dota de una *naturaleza* en la que se contendría la discriminación misma, así entonces insalvable. La falta de sobresaliente no impide esta matrícula de honor. Pero el suspenso pende. No olvidemos nosotros, porque la sentencia lo olvide, que en el inciso constitucional se ha eliminado la cláusula extensiva *de todas clases*. Para el tracto de unas Constituciones monárquicas, esto puede ser más elocuente que otra supresión ya también indicada: la del corolario del artículo 25 de la Constitución de 1931 aboliendo la nobleza o, dicho mejor, el derecho nobiliario de Estado. Porque a nuestro Tribunal Constitucional parezca no gustarle, pues lo elude, el Parlamento no tendría por qué hacer lo propio.

Porque la sentencia también lo olvide, tampoco nosotros olvidemos que nuestra actual Constitución contiene otra mención del *honor* y de mucho mayor relieve. Para ella existe no sólo el aparejado a la *distinción* sino también el *derecho al honor* como general y además fundamental (art. 18.1). No son conceptos desligados porque el término se desdoble. Existe un fondo común semántico en la coincidencia de vocablo. El honor como *distinción* precede históricamente al honor como *derecho*, siendo éste también una novedad de nuestra Constitución. Tampoco para esto contamos con un constitucionalismo histórico que tomar en consideración. Lo que tenemos actualmente es un honor de distinción y otro de indistinción, esto es, de dignidad igual entre todas y todos. Y ante el doble sentido constitucional de la palabra, no creo que se dude sobre cuál deba ceder caso de encuentro.

No cabe honor ni dignidad de nobleza frente a honor o dignidad de persona, al honor o dignidad que pudiera también lesionarse por discriminación *simbólica* si esto se diera. Nuestro mismo *símbolo*, aunque no fuera más, se bastaría por sí solo para faltar a la dignidad de media humanidad, la femenina, y de mucho más de la mitad de todo el resto, la no primogénita y la que entonces resulta plebeya. Y no sobran especificaciones. Cuando vengo diciendo que el sujeto constitucional de derecho fundamental ha de ser no sólo *todos*, sino también *todos y todas*, todas y todos, no creo cometer reiteración ni siquiera respecto al género masculino. Entre la fealdad gramatical y la bondad jurídica del desglosamiento, no se vacile. Dada la historia en realidad no sólo del Derecho, sino también de un lenguaje igualmente conformado sobre realidades dis-

criminatorias, conviene amarrar más en corto. El sujeto universal de derecho igual solamente basta a quien más fácilmente se identifica.

Ahí tenemos pesando todavía un sujeto tradicional de privilegio, el varón de linaje, no sólo con sustento de derecho eventualmente discriminatorio, sino también con transfondo de antropología radicalmente desigualitaria. Imagine-mos que aún se intentara mantener o resucitar otras cláusulas igualmente habituales en el régimen tradicional de primogenitura en Castilla como la de exclusión de casado con quien no fuera cristiana de descendencia, sino de «mala raza» o «raíz infecta». Hay sentencia constitucional admensiva de condición nobiliaria para contraerse matrimonio honorable conservándose el título (STC 27/1982). ¿Mas qué nobleza ni qué honor suyo, con la contrapartida solapada de innobleza, cabe hoy? Que no parece haber ahora mucha cabida lo acusa el propio Tribunal Constitucional con su cuidado de no considerar en nuestra sentencia el otro *honor*, o el uno constitucionalmente por primero. En ella se trata de honor y dignidad como si fueran exclusivas de la nobleza y no distintivos de todas y todos como *derecho* precisamente y además fundamental.

Habiendo un derecho fundamental al *honor* en singular por general y habiéndose consiguientemente eliminado la cláusula *de todas clases* para la distinción de *honores* en plural por particulares, estos otros habrán de entenderse lo más restrictivamente. No parece que esté clara la extensión que se da por pacífica del inciso constitucional de los *honores y distinciones* a la nobleza de linaje. Una vez más por fortuna nuestra lógica ciudadana sintoniza con la Constitución. Podemos extraer conclusiones de puro sentido común sin necesidad de la asistencia de ninguna ciencia ni técnica putativas del Derecho. Sólo si los *honores y distinciones* del artículo 62, los únicos que caben procedentes de la Monarquía, son personales, motivados e intransferibles, solamente entonces, no hay problema con el artículo decimocuarto constitucional, con el principio fundamental de no discriminación.

Aunque a nuestra sentencia no parezca que le resulte concebible la duda, puede que definitivamente los títulos históricos de la nobleza no deban entenderse comprendidos entre los *honores y distinciones* contemplados por la Constitución. La cobertura constitucional del artículo 62, inciso *f*), quizá falle finalmente. ¿Cómo iban a incluirse dichos títulos compartiendo apartado con la expedición de decretos y con los nombramientos de la función pública bajo una idéntica cláusula además de requerimiento de legalidad? Tal como había una lógica ciudadana de base constitucional, con esta feliz coincidencia, para hacer la distinción entre ley preconstitucional y ley más propiamente dicha, la postconstitucional, razón mayor, incomparablemente mayor, la hay para no confundir, porque nuestra sentencia confunda, entre títulos tradicionales y honores constitucionales. Y dejad toda esperanza. No nos metamos a indagar ni

los poderes de las normas preconstitucionales ni los méritos de los linajes titulados. La cancelación de vergüenza histórica es también virtud de la Constitución.

Conforme a la misma Constitución, es la ley la que tendría que plantearse ahora todo esto. Convendría que lo hiciera sin el blindaje de *historia, naturaleza* y *partidas* atávicas de nuestra sentencia. La Constitución dice *con arreglo a las leyes* constitucionales y no *con arreglo a la jurisprudencia constitucional*, a una jurisprudencia que dispone de leyes sin causa siempre estrictamente tal, la de derechos fundamentales. Acaba operando como si unas normas preconstitucionales pudieran homologarse con *leyes* postconstitucionales, las leyes más propiamente tales para la lógica ciudadana. No es que las tenga todas consigo. Pone en guardia el propio amago de argumentos interrumpidos. Flaco servicio puede que a la postre le haya hecho a la nobleza de título y herencia al empeñarse en hacerse cargo de su cuestión, de una cuestión que había parecido tan ricamente resuelta en 1995. Ha abierto una caja de truenos de la que, si algo escapa, no es relámpago de inspiración, sino rayo de provocación. Y si no digo más, no es por contención de la prudencia, mas por timidez de la ingenuidad, de esta forma de inocencia presunta que también a todas y todos nos asiste.

V. ¿CONCLUIMOS? HISTORIA Y NATURALEZA A DISPOSICION DE LA CORTE

Digo en suma que el Tribunal Constitucional, por no tomar en cuenta, no deja de estar al tanto de que la nobleza resulta en sí misma discriminatoria. Bien está que le conste, pero sobra entonces el resto y falta bastante. Echo como ciudadano de menos que, dejándose tan alto Tribunal llevar de ocurrencias de *historia y naturaleza*, acabe olvidando un contexto constitucional, tanto el sustantivo de un *derecho al honor* incompatible con la nobleza como el institucional de unas competencias para el reajuste entonces pendiente. No hay registro de responsabilidades del Parlamento, de nuestras Cortes, que guardan silencio, o del Gobierno y la Administración, que siguen ocupándose de intereses de titulación de la nobleza, en lo que importa a derechos fundamentales, como si la Constitución no existiera. Echo también en falta consideración del derecho internacional, de ese derecho hoy de derechos con fuerte concernimiento antidiscriminatorio que también ahora constituye ordenamiento de valor constitucional en España (art. 10.2 de la Constitución y los propios términos de unos compromisos en este orden supraestatal que se dice internacional).

Aun ciñéndose también, de la posición tanto procesal como sustantiva dis-

crepa una minoría de un cuarto del Tribunal, tres sobre doce, todos varones. Son dos votos particulares y un trío de magistrados. El tándem lo forman Tomás Vives Antón y Carles Viver Pi-Sunyer. El pronunciamiento individual pertenece a Pedro Cruz Villalón, a quien expresara la posición del Tribunal en 1995. Sentencia anterior le obliga a él más desde luego que nobleza actual. Toma el testigo de una lógica que, por constitucional, por jurisdiccional y también por ciudadana, se defiende justamente del ataque. Para este voto disidente, pues es más que discrepante, no se le hubiera debido dar ni siquiera oportunidad de existir a nuestra criatura: «Con el máximo respeto a la opinión sustentada en la precedente Sentencia, entiendo que la cuestión de inconstitucionalidad en ella resuelta debió haber sido inadmitida a trámite». Que nunca se hubiera dado ocasión tan arbitraria a sentencia tan aciaga. Comparto el respeto a unos Tribunales, al Constitucional como al Supremo, y también la convicción de que la mayor gravedad se cifra en el arbitrio procesal.

El voto tándem no es menos tajante: «El razonamiento en virtud del que se pretende excluirlos (los títulos de nobleza) de la aplicación del artículo 14 no es sino un sofisma.» Lo resulta tanto que ni siquiera él mismo a mi entender escapa. Sienta que la nobleza debe plegarse a la Constitución igual que lo han hecho otras instituciones, «desde la familia y el matrimonio en el ámbito más privado, hasta, por ejemplo, los derechos históricos a los que se refiere la Disposición Adicional primera de la Constitución», esto es, los fueros vascos. ¿Pero cabe parangonar lo que figura en el texto constitucional con lo que no lo hace? De la familia y el matrimonio ya he dicho. He ahí otro caso, el del *Derecho Histórico* vasco, un Derecho registrado por la Constitución al contrario que alguno nobiliario. Sus historias no pueden ser analogables. Tampoco debiera ser asimilable el ajuste que haya de producirse en cada caso, pese esto a la propia jurisprudencia constitucional que viene efectivamente tratando el *derecho histórico* vasco mencionado por Constitución sin consideración por la posibilidad de un título así preconstitucional concedida en cambio ahora a favor de la nobleza ignorada por Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional, esta corte, no viene formándose un criterio de discernimiento entre el valor o la impertinencia de la historia para el derecho. Y el caso es que, como dispone de ley, puede hacerlo de Constitución e incluso de historia, de una historia constituyente de derecho. Fuerza competencia por lograrlo.

Todos ya nos hemos pronunciado o tenido ocasión de hacerlo, salvo uno. Voz ofrece la *cuestión de inconstitucionalidad de ley* al Congreso de los Diputados, al Senado, al Fiscal General del Estado y al Gobierno, a la Abogacía del Estado, además de la primera que ha tenido la Audiencia Provincial de Madrid y de la última que corresponde al Tribunal Constitucional. A quien no se le concede es al Supremo ni siquiera por la razón de que lo que está cuestionán-

dose no sea ley, sino su jurisprudencia. También es verdad que esto no está previsto ni por ende cabe. No hay posibilidad de alegaciones del Tribunal Supremo por no haber *cuestión de inconstitucionalidad de jurisprudencia*, aunque la haya, aunque pueda estar aplicándose con resultado de casación de jurisprudencia causada por Constitución. El Tribunal Supremo no tiene medio para poner a la misma Audiencia Provincial de Madrid y al mismísimo Tribunal Constitucional ante el compromiso de identificar la «parte relevante de la doctrina científica» en la que aseguran inspirarse. Para el contraste no sólo jurídico, sino también ciudadano, ya es mala práctica la de tales alegaciones genéricas. Lo es abusiva cuando por la posición constitucional no cabe contraste jurisprudencial. Pero la cuestión concreta no está solventada no digo ya en el ámbito doctrinal sino ni siquiera en el jurisprudencial aun faltando todavía, como falta, intervención más directamente normativa.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo aún podrá tener voz y la voz última. El Tribunal Constitucional no lo dirime ni puede. La cuestión de inconstitucionalidad juzga norma, no caso. Si se interpone en su momento recurso frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, bastará con apreciarse por el Tribunal Supremo que el título no es sólo símbolo para poder aplicar artículo decimocuarto constitucional manteniendo de hecho su jurisprudencia. Podrá hacerlo en este caso o en otros futuros de tal modo, si no incluso por las buenas, pese esto a la autoridad jurisprudencial del Tribunal Constitucional tan reforzada por una legislación orgánica a cuyo propio pesar él mismo también actúa. ¿Qué hará entonces nuestro Tribunal con sus ocurrencias de *derecho histórico* y de *naturaleza*? ¿De qué valdría su invento de tradición de un *constitucionalismo español* construido con materiales de derribo? Ni siquiera podrá intervenir, sin forzar aún más el régimen constitucional de competencias jurisdiccionales, pues no habrá base para recurso de amparo del varón postergado que sigue sin poder alegar derecho fundamental por mucha tutela judicial que invocare, ni tampoco habrá posibilidad de cuestión de inconstitucionalidad, pues faltará órgano judicial que la plantee.

Mas el caso trasciende. Se trata no sólo de sentencia particular, sino también y sobre todo de tendencia general. El Tribunal Constitucional tiende a invadir justicia sin acreditar así siempre mayor garantía de constitucionalidad de derechos por contar con jurisdicción sobre leyes, sobre las leyes más en rigor dichas y no sólo sobre las preconstitucionales. Tenemos novedad, la primicia definitiva. Una historia jurisprudencial que conduce a nuestra sentencia arranca con la práctica admisiva de cuestión de inconstitucionalidad respecto a leyes preconstitucionales y la sustracción consiguiente a instancias judiciales, a lo cual se animó resueltamente desde un inicio por el Tribunal Constitucional (STC 4/1981), pero hay un largo trecho entre tal supuesto y el nuestro de cruda

carencia de ley cuestionada y pura arbitrariedad de actuación jurisdiccional. Para recorrerlo ha de traspasarse no sólo el lindero de alguna lógica ciudadana, sino también el rubicón del texto constitucional. He ahí resultas y operativos, secuelas y manejos, consecuencias y posibilidades que no se agotan en el caso. Si llueve sobre mojado, habrá riesgo de inundación. El destino ha querido que la sentencia se publique un dieciocho de julio. El Tribunal Constitucional falta a la cualificación que le define. Comete imprudencia, pero tiene método. Esta verdadera *jurisimprudencia* no deja de encerrar su propia lógica, la que trasciende al caso. No creo haber sido quien se ha pasado. La turbación personal resulta que acusa perturbación constitucional.

Discúlpenme mujeres, segundones o cadetes y la plebe, esa inmensa mayoría a la que pertenezco por dos de los tres conceptos, pero la cuestión principal no me parece la sustantiva, la de sexo, edad y raza que cabe todavía que aqueje al derecho y no sólo a su sociología, sino la procesal, la de incontinencia y albedrío tentando en especial a una instancia cual la constitucional con procedimientos desahogados y lenitivos dotados de vis expansiva como los gases destructivos. No sé si sería ingenuidad o quizá malicia pensar que desahogo y lenidad podrían contagiarse y contaminar a nuestro sistema jurídico y político desmereciendo finalmente los calificativos. Mas porque no ofrezca buen ejemplo nuestro Tribunal Constitucional, no dejemos de contenernos. Seamos ingenuos por no exponernos a riesgos. Queden ocurrencias en el tintero. No brindemos coartadas a unos Parlamentos, a unos Gobiernos, a unos Tribunales o a otros poderes para que se hagan y valgan de *historia* y *naturaleza* subversivas y nugatorias de Constitución. Sin otra cortapisa entonces que la virtud, que una virtud ya burlada, todo sería infame behetría y la humilde plebe irrumpiría.

VI. TITULOS DE CREDITO

Porque no vaya a ser que se tome lo de la ingenuidad en serio, helos. La *sátira* de GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS, más irónica hoy que ayer, ahora en el primer volumen de sus *Obras Completas*, edición de JOSÉ MIGUEL CASO, Oviedo, Centro de Estudios del Siglo XVIII, 1984. Para el sinsentido de plantearse el carácter legislativo de fuentes normativas de tiempo histórico y esto además por razón de forma antes que de fondo, por conformación del ordenamiento antes que por contenido de discriminaciones, PAOLO GROSSI: *El orden jurídico medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Alvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996, y JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, autor que cuenta con insinuación ulterior al caso de

Castilla, pues no de España. Para la gracia regia en la primera, que tampoco en la segunda, y para mejores entradas que la que pueda ofrecer la nobleza ni siquiera genuina por pretérita, INMACULADA RODRÍGUEZ FLORES: *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad, Salamanca, 1971, y SALUSTIANO DE DIOS: *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Para extremos como la cabida de la nobleza, la degradación de la mujer y otras discriminaciones propias del constitucionalismo histórico por sí mismo y no por inercia, BARTOLOMÉ CLAVERO: *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997. Respecto en fin al extremo más específico del derecho hereditario, pues no sucesorio, en una historia que ya no es definitivamente castellana, pero tampoco española, sino europea o más bien, para tiempo preconstitucional, cristiana, también obra propia, *Mayorazgo y Beati Dictum*, esto es, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Siglo XXI, Madrid, 1989, en especial págs. 435-473: *La institución del mayorazgo entre Castilla y Europa*, anexo destinado a HELMUT COING y KNUT WOLFGANG NÖRR (eds.): *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, vol. 10, Lloyd Bonfield (ed.), *Marriage, Property, and Succession*, Duncker und Humblot, Berlín, 1992, págs. 215-254, con otros capítulos de diversos autores ilustrativos a nuestros propósitos, y «*Beati Dictum*. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, págs. 7-148, 66, 1996, págs. 927-931, apostilla estas últimas, 1996, con promesa firme tan pronto rota de no reincidir. *Feati Dictum*, 1993-1994, para datos sobre doctrina jurídica o ciencia putativa pretérita, los datos precisamente que nuestra sentencia criba por no reconocer que lo admitido a trámite resulta no ser ni siquiera *cuestión de inconstitucionalidad de jurisprudencia*, sino que lo es *de constitucionalidad de dicho de santo* y encima apócrifo.

