

CONSTRUCCION DE LA FASE DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD ESPAÑOLA*¹

Ernesto Pedraz Penalva

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid (España)

RESUMEN

Se sintetizan los sistemas de control jurisdiccional de las leyes, revisándose después el régimen español, especialmente en ligamen con el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. El análisis se concentra en las relaciones del proceso y tramitación, por una parte, y el planteamiento de cuestiones al Tribunal Constitucional que conllevan la suspensión de aquél con las secuelas de tal situación.

I. SISTEMAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS LEYES

A efectos introductorios y delimitadores del objeto central de esta exposición, examinaré esquemática y brevemente los distintos sistemas de control jurisdiccional de las leyes, acudiendo para ello a dos criterios: a) Subjetivo: que permite diferenciar el sistema difuso y el concentrado, y b) Formal: que da lugar a distinguirlos, atendiendo a cómo puede suscitarse y resolverse la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, en abstracto y en concreto.

* He de advertir que el trabajo del que traen origen estas reflexiones constaba de más de 160 págs. y que, por exigencias de la publicación, he tenido que reducirlo; a tal objeto he suprimido numerosas citas bibliográficas y jurisprudenciales como también esquematizado algunas partes. Deseo que, no obstante, sea útil a los lectores.

¹ Abreviaturas utilizadas: A (auto: resolución judicial motivada); art. (artículo); BverfG (Bundesverfassungsgericht: Tribunal Constitucional Alemán); CC (Código Civil español); CE (Constitución española de 1978); CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950); CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1969); GG (Grundgesetz: Ley Fun-

Prescindo de otros criterios, en todo caso y al objeto de nuestro tema menos trascendentes, como por ejemplo el de la eficacia de la decisión constitucional (así Cappelletti).

a) Dentro del *subjetivo* tal diferenciación obedece a la atribución o no a los diversos órganos jurisdiccionales del poder de control. El difuso, denominado americano o de la *judicial review*, implica que tal facultad de control [en verdad poder-deber] corresponde a todos los órganos jurisdiccionales, quienes, partiendo de una concepción iusnaturalista, de la Norma Fundamental entendida como Ley superior, y estando obligados a aplicar la ley para resolver las controversias ante ellos suscitadas, deberán desapplicar la norma que con-

damental de Bonn: Constitución alemana); LEC (ley española de Enjuiciamiento civil, de 2000); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal); LJCA (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); LOPJ (Ley Orgánica del poder Judicial, española, de 1985); LOTC (Ley Orgánica del tribunal Constitucional, español); MF/MP (Ministerio Fiscal/Ministerio Público); PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 1966); S (sentencia); SS (sentencias); TC (Tribunal Constitucional español); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea).

sideren contraria a la Constitución. El concentrado o austríaco supone la atribución exclusiva a un órgano *ad hoc* de la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, en clara armonía con un enfoque iuspositivista del Estado de derecho.

El sistema de la *judicial review* se completa adecuadamente con el *stare decisis*, de modo que la incertidumbre que pudiere surgir de divergentes decisiones que hubieran recaído sobre la constitucionalidad o no de un determinado precepto normativo se suprime a través del mecanismo impugnatorio que permite que la constitucionalidad de la norma pueda ser resuelta por los órganos judiciales superiores y, particularmente, por la “Court supreme” cuya decisión será, desde ese momento, obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales, de tal modo que asume eficacia *erga omnes* más allá del simple y puro efecto de la desaplicación de la ley a un caso concreto y específico.

El sistema concentrado o austríaco connota el monopolio de un órgano para controlar la constitucionalidad de las leyes y la consecuente prohibición a los jueces ordinarios –aun *incidenter tantum* (o sea con eficacia limitada al caso concreto)–, lo que en modo alguno excluye el “Prüfungsrecht” (o derecho deber del juez común para proceder a examinar la validez de toda norma que hayan de aplicar): coimplica una presunción operante para todos los jueces ordinarios de la validez-constitucionalidad de la ley.

b) Formal: el control que subjetivamente se presenta como difuso, formalmente se caracteriza por ejercitarse en vía incidental, a diferencia del concentrado que se lleva a cabo en vía principal. No existe pues en el primero un proceso constitucional específico y autónomo sino que la constitucionalidad puede sólo suscitarse y resolverse cuando, siendo pertinente para la decisión de la *litis*, surja en un proceso común, correspondiendo en general al propio órgano de la controversia conocer y decidir de la cuestión de inconstitucionalidad. No obstante estas características no excluyen la posibilidad de que ciertas autoridades públicas –como terceros interesados– puedan expresar su opinión al Tribunal

Constitucional surgida en un caso concreto (*Amicus curiae brief*).

El sistema concentrado austríaco se desenvolvía a través de un proceso autónomo y específico ante un órgano *ad hoc* (*Verfassungsgerichtshof*: Tribunal Constitucional), estando legitimados únicamente para instar tal control determinados órganos políticos señalados en la Norma fundamental. Este sistema, con la reforma de 1929 fue modificado, entre otros aspectos, permitiendo a los órganos jurisdiccionales superiores plantear en vía incidental –por tanto con ocasión de un proceso pendiente– la cuestión de inconstitucionalidad para su conocimiento y decisión por el Tribunal Constitucional. Con la mencionada reforma de 1929 la pureza inicial del sistema austríaco de jurisdicción concentrada se va perdiendo, sentando las bases para la posterior regulación que, con un marcado carácter híbrido (subjetivo y formal), va a concretarse en los Tribunales constitucionales alemán, italiano y español.

En estos países, aun cuando subsiste el monopolio del control de la constitucionalidad en favor del Tribunal Constitucional –respecto a las normas postconstitucionales en cualquier caso–, todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales tienen la facultad y el deber, en el proceso concreto ante una norma que estimen aplicable para la resolución de la contienda litigioso, de someter la cuestión de inconstitucionalidad a ese órgano *ad hoc*, suspendiendo el curso del juicio hasta la resolución del mismo.

En esta línea, genéricamente expuesta, con sus propios matices, se ubica la denominada “cuestión prejudicial” prevista en los arts. 41 del Tratado de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), 234 del de la Comunidad Europea, 150 del de la CEEA (Comunidad Europea de Energía Atómica) y art. 35 TUE (Tratado de la Unión Europea), para los supuestos en los que, siendo aplicable una norma comunitaria y dudándose de su validez o interpretación, ha de suspenderse el proceso por el juez nacional sometiéndose al Tribunal europeo de las Comunidades –sito, como es sabido, en Luxemburgo–, órgano que tiene en este punto como misión la de asegurar la aplicación uniforme del Derecho comu-

nitario y, más exactamente, que en todas las circunstancias ese Derecho tendrá el mismo efecto en todos los Estados miembros.

En los países citados, Alemania Federal, Italia y España, puede hablarse pues de un sistema de jurisdicción concentrada especial, en el que el monopolio del Tribunal constitucional responde no sólo a exigencias de certeza sino también de sensibilidad político-constitucional del juez de las leyes (así, destacan la necesidad de tal órgano Leibholz y Ruprecht).

La especialidad es fruto de la propia evolución del sistema austríaco originario y de la influencia en el continente de la *judicial review* en cada uno de ellos en proporciones matizadamente distintas, y supone:

– Coexistencia de un control abstracto de normas, por tanto en vía principal y a instancia de determinados órganos políticos, con un control concreto, o sea, trayendo origen de un proceso pendiente, estando reconocido el poder-deber de promoverlo a todos los jueces y magistrados; ello sin olvidar además que, en España y en la República Federal de Alemania, se regula un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) que en último extremo supone consagrar un recurso directo del particular o particulares ante el Tribunal Constitucional frente a cualquier violación de los poderes públicos contra sus derechos y libertades cívico-constitucionales previstos en los artículos 14 a 29 CE más la objeción de conciencia.

– El sistema de control español de constitucionalidad de las leyes se caracteriza, entre otros aspectos, por los siguientes:

1) La Constitución española, a diferencia de la austríaca de 1920, aparece como Norma que vincula a todos los poderes y autoridades públicas de modo directo e inmediato (art. 9 CE²) y, particularmente en nuestro caso, a los

² Artículo 9 CE: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condicio-

Jueces y Magistrados, quienes, como dice el art. 5 de la LOPJ, deberán aplicarla en todos los procesos de que conozcan, convirtiéndose asimismo por su carácter supremo en el “parámetro” referencial preferente a que han de acudir los órganos jurisdiccionales en el desarrollo de su potestad. En este sentido el TC.S.80/82 anuló una de la Sala 2ª del TS que había declarado que la CE contenía “... meras enunciaciones de principios encaminadas a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles, salvo que éstos se desarrollen por leyes posteriores...”, afirmando en su lugar el Tribunal Constitucional que “...la CE es precisamente nuestra Norma suprema y no una declaración programática” (con este mismo problema ya se enfrentó la “Corte Costituzionale” italiana en su conocida sentencia N° 1 de 1956, rechazando la distinción, gravemente peligrosa, entre normas constitucionales “preceptivas” y “programáticas”).

Este punto es importante porque en consecuencia el Tribunal constitucional no tiene el monopolio de aplicación de la Carta Magna, aunque sí el de declaración –con eficacia *erga omnes*– de la inconstitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley. El órgano judicial ordinario conoce por ende de la constitucionalidad de las normas en los siguientes supuestos:

a) En cuanto a las preconstitucionales en todo caso, aunque limitándose a su desaplicación por derogación, según dispone la Disposición Derogatoria de la Ley Fundamental española. A diferencia del BVerfG (*Bundesverfassungsgericht*) que a tenor de la cláusula

nes para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

sula derogatoria del art. 123 GG (*Grundgesetz*) no conoce de las leyes preconstitucionales, salvo a través del recurso directo y, en el “Konkrete Normenkontrolle”, cuando la norma preconstitucional hubiere sido asumida por el legislador postconstitucional, el TC español, en reiterada jurisprudencia, ha proclamado el carácter excepcional del enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la CE por el juez ordinario, afirmando, por causa del interés general concurrente en la eliminación de una vez para siempre y *erga omnes* de la duda constitucional, su competencia coexistente pues con la reconocida incluso” (se dice en la S.17/81) a los jueces comunes en la Sentencia 141/1981 se dice que la intervención del TC se produce en aquellos supuestos de interpretaciones contrarias a la Constitución o de dispersión de criterios, lo que reclama una resolución de alcance general con los efectos que disponen los arts. 38.1, 39.1 y 40.2 LOTC) –en este mismo sentido se recoge en la S.TS 20.12.1983 (3ª) al aludir a “...esa facultad... que los jueces y Tribunales tienen, a título excepcional, para enjuiciar la inconstitucionalidad de leyes preconstitucionales”.

Con elevado pragmatismo ha acudido el TC español, para fundamentar tal control preconstitucional, a admitir de modo simultáneo los conceptos de “derogación” y de “inconstitucionalidad sobrevenida” a fin de valorar los efectos jurídicos de las leyes preconstitucionales. Esta solución ha sido criticada por García de Enterría por cuanto consagra una doble vía susceptible de originar una grave inseguridad jurídica. En primer lugar, por cuanto la CE contiene conceptos abiertos y con frecuencia imprecisos (ejemplo, “la igualdad del Art.14, la autonomía del 137, etc.), y por tanto también imprecisos en su eficacia normativa directa... cuya eficacia es de difícil delimitación frente a leyes ordinarias precedentes que en general contienen regulaciones específicas. En segundo lugar, porque la conversión en norma eficaz de los preceptos constitucionales de esa amplitud hasta desplazar la vigencia de leyes anteriores implica una interpretación de la CE entera, cuyo rigor sólo un órgano especializado como el TC puede cumplir; el riesgo de que no se compruebe una derogación como de lo contrario,

de que pueda verse siempre un contraste entre los principios constitucionalmente abiertos y una norma específica cualquiera, es un riesgo notorio si se deja el problema en manos de cualquier Tribunal, riesgo que afecta a la certeza del Derecho y a la regularidad, por un lado, y a la concreción normativa de la propia CE, por otro. Se llega así a un efecto contrario al que con su monopolio de rechazo el TC quiere cumplir. Téngase además en cuenta que en nuestro sistema, a diferencia del alemán federal en el que hay una disponibilidad indefinida e imprescriptible del recurso directo de inconstitucionalidad, hay un límite temporal, limitación que no es sustituible –en contra de lo que dice Rubio Llorente en su voto particular a la S.8.4.81– tanto por la posibilidad del amparo (que únicamente cubre una décima parte de los 169 artículos de la CE) como por las dificultades de dirigir una protección de amparo contra una sentencia judicial (según el art. 44 de la LOTC³). Podría añadirse asimismo que cuestionar el carácter residual del control ordinario de la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Primera Norma implica defender la competencia del juez común en este tema con apoyo en la presunción de constitucionalidad de la legislación preconstitucional, abogando por

³ Art. 44 LOTC: “Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieren su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

una reinterpretación ajustada a la Primera Norma de la misma⁴.

b) Conocen también los jueces ordinarios del enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley –exigido por los arts. 163 CE y 35.1 LOTC– en cuanto que el juez común, promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, ha de “especificar y justificar” la duda sobre la “relevancia”⁵ de la cuestión de inconstitucionalidad. Al igual por consiguiente que en el Derecho alemán federal corresponde al órgano *a quo* un *Prüfungsrecht* o potestad de enjuiciamiento previo sobre la constitucionalidad de la norma.

⁴ Cfr. Las alegaciones del Fiscal general del Estado a la cuestión resulta por S.178/1985, relativa a la constitucionalidad del art. 1335 LEC (“arresto del quebrado”), por las cuales dice “podría discutirse la necesidad en que se encontraba el juez promotor de plantear la cuestión de inconstitucionalidad para abstenerse de aplicar la norma o normas cuestionadas y en que pueden los Jueces ordinarios resolver por sí solos el tema de la derogación del Derecho preconstitucional”. Según ello, tenía el juez de Lorca devuelto dentro del ámbito de su competencia, la opción e incluso la obligación de inapelar el art.1335 LEC, si su juicio sobre la contradicción entre dicho precepto y el art. 24.2 CE era tan firme y seguro como su informe deja traslucir. Con todo, no se le puede negar la posibilidad de elevar la cuestión al Tribunal porque el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas anteriores es previo al de su vigencia o derogación, por lo que el juicio de inconstitucionalidad ha de ser considerado premisa del juicio de derogación. Y porque la diferencia de efectos entre el pronunciamiento del TC y las decisiones de los órganos jurisdiccionales hace aconsejable, en ocasiones, en razón de la uniformidad de la jurisprudencia constitucional y de la seguridad jurídica, someter y definir el órgano instituido como intérprete supremo de la Constitución un juicio de contraste entre dos normas, la legal anterior y la constitucional.

⁵ El uso del término relevancia se ha generalizado en las resoluciones del TC español, manteniendo así en su Auto 163/1999 de 15.6 que no puede identificarse con una supuesta prejudicialidad constitucional; implica la relevancia una relación de dependencia lógica y directa entre el pronun-

En este tenor parece que carece de sentido cualquier intento del TC de controlar tal operación lógica que compete de modo exclusivo al órgano ordinario, perteneciendo al juicio *a quo* y cumpliendo con relación al proceso constitucional la función de presupuesto. Pizzorusso, negando cualquier control del TC sobre la valoración de la relevancia, dice además que es absurda la posición defendida por la “Corte Costituzionale”, por cuanto si tiene tal poder de controlarla carece de sentido que lo ejercite solamente bajo forma de control de la motivación de la “ordenanza de remisión”, o limitado a los casos de irrelevancia manifiesta.

Asimismo conocen los Tribunales ordinarios de la inconstitucionalidad de los Reglamentos y demás actos y disposiciones de rango inferior a ley (art. 6 LOPJ en relación con los arts. 106 y 9 CE, 1.2 código civil y art. 1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa). Respecto a este punto parece oportuno, aun sumariamente, acotar unas breves reflexiones sobre el concepto de “parámetro constitucional o de constitucionalidad” acuñado por la literatura italiana –entre otros expuesto por Crisafulli, Mortati, etc.–, en modo alguno equivalente, en cuanto a su extensión y consecuencias al denominado en un sector de la bibliografía

ciamiento sobre la validez de la Ley y el que ha de dictar el órgano judicial; relación referida a la propia resolución judicial y no tanto a la satisfacción o rechazo de la pretensión hecha valer en el pleito... Por la doctrina italiana se ha dicho, entre otros: Por PIZZORUSSO, *Ancora sulla...*, p. 1487, diciendo “... cuando se habla de relevancia de la cuestión de legitimidad constitucional se usa esta expresión... para indicar la relación entre la misma y las otras cuestiones que han de ser resueltas para definir el juicio...”; por Sgubbi, *Rilevanza, fondatezza...*, cit., p. 469-0, “...como fenómeno resultante de la combinación de dos heterogéneos pero concomitantes factores: la configuración legislativa del proceso constitucional, centrado en el nexo de exigida prejudicialidad del pronunciamiento del TC en relación al proceso *a quo*, y el principio garantizador de la no diferencia (*in malam partem*) entre el aserto legislativo existente en el momento de la comisión del hecho delictivo y aquel al que hace referencia para la valoración del hecho mismo...”.

española “bloque de constitucionalidad” (T. R. Fernández); tal “bloque de constitucionalidad” vendría esencialmente integrado por las normas del art. 28.1 LOTC, excluyéndose el contenido del 28.2 del mismo texto legal –cuya conformidad con la Primera Norma es, por cierto, puesta en duda por ese autor.

El parámetro de constitucionalidad o, mejor dicho, para el juicio de constitucionalidad, estaría integrado por normas formalmente constitucionales y además “...por las creadas por fuentes, que no son leyes constitucionales (leyes ordinarias o hechos normativos: normas interpuestas) e incluso ...reglas no jurídicas (máximas de experiencia, reglas lógicas, etc.), siempre y cuando –las unas y las otras– aparezcan reclamadas por disposiciones formalmente constitucionales como específicas condiciones de validez de determinadas leyes o de determinadas normas de rango de ley. Dentro de este concepto incluye Crisafulli, entre otras, las leyes de bases, que el TC podría utilizar para enjuiciar la constitucionalidad de los Decretos-legislativos que contrasten, por tanto, con el texto constitucional⁶ que subordina su validez al respeto de dichos límites. Punto importante, que me limito a citar aquí y ahora es el de la posibilidad desde este concepto de controlar incluso los *interna corporis actio*: por ej., los reglamentos parlamentarios.

Más concretamente, y refiriéndome a los reglamentos, el TC podría llegar a conocer indirectamente de su constitucionalidad, no en cuanto tales sino en lo que representan una deslegalización y consecuente violación de la reserva de ley constitucionalmente establecida. Naturalmente el TC no se pronuncia sobre la conformidad del reglamento con la Primera Norma, sino respecto a si el legislador ordinario ha infringido el texto constitucional, por ejemplo, cuando en una delegación

legislativa se contiene una habilitación genérica al Gobierno para reglamentar la materia facultándole para establecer con entera libertad la regulación y las limitaciones. Este es el supuesto concreto resuelto por nuestro TC en S.83/1984, resolución en la que lógicamente se reitera la competencia del juez ordinario para controlar todas las disposiciones de rango inferior a ley declarando inconstitucional la Ley de bases, o ese precepto de la misma, el TC ciertamente no entra –por ser incompetente para ello– ni a declarar la nulidad ni siquiera la pérdida de vigencia de las disposiciones “infralegales” dictadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, aunque se prohíbe expresamente que se dicten nuevos reglamentos en desarrollo del precepto declarado inconstitucional⁷.

⁷ Sobre la delegación de las Cortes (Parlamento estatal español) a favor del Gobierno de la potestad legislativa y su alcance, vid. de la CE sus arts. 82 y 83.

Artículo 82: 1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, y

⁶ Naturalmente, y en lo que superen los límites impuestos por las leyes de bases, superando la autorización en ellas contenida, los decretos legislativos tienen rango reglamentario y por tanto corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios del orden contencioso-administrativo conocer de su impugnación.

De este modo por tanto, y por ejemplo, la LOPJ forma parte del parámetro constitucional en cuanto ella misma supone el cumplimiento de un mandato constitucional y en los límites del mismo, pudiendo utilizarse, en cuanto norma “interpuesta” para controlar la validez de cualquier disposición a ella contraria, que, a través de la cuestión prejudicial se limita a exponer la interpretación de la concreta norma que se someta a conocimiento del Tribunal de Justicia.

Punto importante, pero que me limito a enunciar, es el concerniente a las normas de Derecho internacional que hayan sido asumidas por el Estado español. Existe una vía específica para las integrantes del Derecho comunitario a través del art. 234 Comunidad Europea, como ya indiqué y es sabido.

c) Por destacados autores españoles se parte asimismo de que el juez ordinario es competente para la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. De este modo, y prescindiendo de las leyes preconstitucionales, ya consideradas, sostienen en relación a las posteriores –y actos con fuerza de ley– que cabe la posibilidad de aplicación directa –con la consecuente desaplicación de la ley ordinaria que los infrinja– de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales, aunque circunscribiéndose a los prevenidos en el art. 53.2 CE⁸: es decir, a los contenidos en

Artículo 83: Las leyes de bases no podrán en ningún caso: a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases. b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

⁸ Art. 53 CE: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será apli-

los artículos 14 a 29 CE y objeción de conciencia, sin necesidad por tanto de suspender el proceso ordinario y promover la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

Empero ha de reconocerse que pese a lo prevenido en el art. 53.1 CE que supone una explícita voluntad de convertir la regulación constitucional de los derechos fundamentales en una norma de aplicación directa e inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), según el modelo germánico federal) el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por el TC no ha sido excepcionado en este caso.

En mi criterio es claro que el art. 53.2 y los procedimientos previstos para la tutela de los derechos fundamentales (en la LEC, LJCA, LPL y LECrim⁹), integrantes de un “amparo ordinario”, previo pues al amparo constitucional reconocido al TC (arts. 161.1.b, 162.1 b CE y 41 y siguientes LOTC), en modo alguno son aptos para suscitar y resolver en ellos “una cuestión de inconstitucionalidad” que dé lugar a una desaplicación por el juez ordinario de una norma con fuerza de ley. Contrariamente sí son tales procedimientos expresivos del principio de la subsidiariedad que caracteriza al sistema español, al igual que al austríaco y al alemán federal, constituyen-

cable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

⁹ En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en sus arts. 249. 2º, en relación con los arts. 52.1. 6º, 339 y concordantes, está previsto el amparo ordinario –ante el juez ordinario–; asimismo en la L.29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa está previsto dicho amparo en los arts. 114 a 122; también en la Ley de procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, arts. 175 y siguientes y, discutiblemente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su modificación de 1995 en relación con la subsistente Sección 1ª de la L.62/1978 de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales.

do “vía previa para acudir en amparo” al TC, como se explicita con los problemas que plantea¹⁰ en la Disposición transitoria segundados de la LOTC, encontrándonos por consiguiente con que la “vía previa” sería apta para un objeto: “llegar a tener” por contraria a la CE una norma y en consecuencia desaplicarla, sin que pueda declararse su inconstitucionalidad, lo que compete en exclusiva al TC a través de la “cuestión de inconstitucionalidad”. Así se ha proclamado reiteradamente por el Tribunal Supremo español al examinar los procedimientos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, acerca de los que¹¹ ha dicho que “...se han de circunscribir a la tutela de los ataques y perturbaciones con exclusión o como límite en principio del examen del control de legalidad de los actos de que se trate...” (STS. 12-3-1985. Sala 3ª), “...por cuanto entonces aparecería además desvirtuado el proceso de protección jurisdiccional, por cuanto se utilizaría para promover una acción de inconstitucionalidad inserta indebidamente en este (‘procedimiento’) contencioso-administrativo...” (en igual sentido, S.16-1-1985. Sala 3ª); en la S.de 3.3.1984 (Sala 3ª) se mantiene que “...el tema de la ilegalidad excede de este proceso ...de garantía de las libertades y derechos fundamentales...”. En caso de admitirse la pretensión parcial de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso de protección dice el TS (S. 15.11.1983, Sala 3ª) “...tendría ...un carácter de acción directa y abstracta que repudia el TC, y que es utilizado como medio para impugnar la validez de la ley...”.

Aprovecho para recordar que el amparo ordinario, atribuido pues a los jueces comunes, está previsto –al igual que el amparo constitucional– para restaurar o preservar un derecho fundamental constitucional. En ambos se excluye cualquiera otra pretensión incluyendo la de inconstitucionalidad. De este

modo, según se verá más adelante, el propio TC, a través de cualquiera de las dos Salas que lo componen, ha de autoplantear a tenor del art. 55.2 LOTC¹² al Pleno su duda de constitucionalidad acerca de un determinado precepto legal del que pudiese conocer al estimar un recurso de amparo, sustanciándose mediante el proceso de control concreto de normas regulado en los arts. 35 y siguientes LOTC. Así se dice por el TC, entre otras, en la S. 34/1981, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por su Sala 1ª que previamente, mediante la S. de 6.4.1981, había concedido el amparo solicitado, puesto que en éste, su conocimiento sobre la constitucionalidad de la ley “...es meramente instrumental y no produce los efectos generales previstos en el art. 38 LOTC”.

Estimo, por tanto, que el juez ordinario en esos supuestos sólo podrá y deberá llevar a cabo el enjuiciamiento previo de constitucionalidad defiriendo el conocimiento y resolución al TC, con suspensión del término para dictar Sentencia. No se olvide además, como ya destacó Carl Schmitt, que la atribución de tal posibilidad al juez ordinario implicaría no sólo una subsunción de hechos en una norma sino más aún una supresión autoritaria de la duda sobre el contenido de la Constitución, y por tanto no se trataría de jurisprudencia sino de interpretación auténtica.

2) Corresponde exclusivamente al TC el control abstracto y el concreto de normas postconstitucionales (arts. 161 CE y 29 y concordantes LOTC), compartiendo con los Tribunales ordinarios el control concreto de las preconstitucionales y también, a través del amparo, la tutela de los derechos fundamentales que hubieren sido desconocidos, nega-

¹⁰ Así, Vid. FAIREN, V, “Algunos problemas procesales que...”, *op. cit.*, pp. 1621 y siguientes.

¹¹ Siempre con referencia inmediata a la anterior normativa de la Ley 62/1978, pero de plena aplicabilidad a la vigente regulación.

¹² Art.55.2 LOTC: “Dos. En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes”.

dos o violados (art. 55.2 CE), como hemos visto.

3) El TC español, a diferencia del italiano y del alemán federal, no conoce de los delitos cometidos por las más altas autoridades del Estado.

El art. 57 LOPJ (en relación con el 71, 102 y demás concordantes de la CE) atribuye a la Sala 2ª del TS competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos por las más altas autoridades del Estado y, entre ellas, al Presidente y magistrados del TC. Tampoco conoce el TC español del contencioso-electoral ni, como el BVerfG por el contrario, interviene en el control de los partidos políticos (prohibición de partidos, etc.).

4) Es sabido que del proyecto constitucional se suprimió el control de la jurisprudencia —que parecía ilógico plasmar por cuanto, siendo fuente del Derecho que como tal habrá de adecuarse a la Carta Magna, al TC como supremo defensor de la misma correspondería controlarla—, entre otras razones por estimarlo contrario al principio constitucional de la independencia judicial¹³ y, consecuentemente, al de la división de poderes. En el Ordenamiento español, como en el alemán federal —con un significado y consecuencias relativamente distintos— y tal vez a efectos de evitar los problemas que se suscitaron en Italia en la llamada “guerra de las dos Cortes”¹⁴, por obra expresamente de los arts. 161.1. a) y 164 CE, 38.1 y 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ, se previene que las resoluciones del TC vinculan a los órganos jurisdiccionales, anulando por consiguiente la jurisprudencia contraria de los Tribunales ordinarios (subsistiendo naturalmente el valor de las sentencias recaídas con

anterioridad y dotadas de fuerza de cosa juzgada, con las excepciones referentes a los procesos penales y procedimientos contencioso-administrativos [atinentes a un procedimiento sancionador], en los términos del art. 40.1. LOTC¹⁵).

De este modo, y como ha sido señalado por la bibliografía, resulta modificado el sistema de fuentes del art. 1 del código civil, por cuanto las resoluciones del juez constitucional se convierten, para autores como Rubio Llorente, en auténtica fuente del Derecho. Más aún, dice este autor, la ley como fuente privilegiada comparte este puesto con la decisión judicial constitucional, de modo que el sistema basado en la ley se transforma en *case law*. No es éste naturalmente ni el momento ni la ocasión para someter a examen esta cuestionada y cuestionable —entre otros para Starch, Schlaich, Vogel, etc.—, lectura que atribuye tal función nomotética al TC. Destacaré simplemente que *por mor* de estos preceptos la jurisprudencia constitucional vincula, y en su caso suprime, cualquier interpretación judicial ordinaria contraria a la afirmada por el TC.

Punto que también me limito a enunciar, pese a ser acreedor de mayor atención, es el atañente a si tal fuerza puede predicarse sólo de la decisión *stricto sensu* o también de la motivación.

¹³ Siempre en su recto sentido negativo, vid. ampliamente, PEDRAZ, *Derecho Procesal penal*, T.I., esp. p.192, 193 y 208 a 211, en las que defino y distingo independencia, imparcialidad y neutralidad

¹⁴ Especialmente sobre ella vid. a ASSINI, N., “L’Oggetto del giudizio di costituzionalità e la guerra delle due Corti”, Milano, 1973.

¹⁵ Art. 40 LOTC: “1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. 2. En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

II. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El legislador español, optando como he dicho por un sistema concentrado, regula dos procesos para la declaración de inconstitucionalidad, el denominado recurso de inconstitucionalidad (recurso directo o de control abstracto de normas) y la cuestión de inconstitucionalidad (incidental o de control concreto de normas).

Debo señalar que, por un sector de la doctrina (mayoritariamente italiano, así por Pizzetti, Zagrebelsky, Sgubbi, etc.), se ha puesto de manifiesto la falta de nitidez de la diferenciación entre control abstracto y control concreto de normas, por considerarla poco significativa, ya que no es siempre claro si se refiere al objeto de la cuestión en cuanto emana de un proceso –como dice Pierandrei– o bien al objeto del juicio ante el TC –como hace Onida, al calificar de abstracto el juicio sobre la ley–. Destacaré no obstante la fijación particular del TC español respecto a tal diferenciación a la que suele acudir para reiterar que “...no es control abstracto de normas el que se verifica en sede de cuestión...”, y a continuación exigir el cumplimiento estricto de la “relevancia-prejudicialidad”.

Me centraré en la cuestión de inconstitucionalidad, que está prevista en el art.163, siendo aplicable también el 164 –ambos de la CE–, desarrollado por la LOTC en los arts. 27 a 31 y 80 a 96, y especialmente en los arts. 35 a 41, estando consagrados los arts. 27 a 31 a disposiciones generales a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y los 80 a 96 a reglas comunes de procedimiento.

A tenor de su específica disciplina, cuando un juez o Tribunal –de oficio o a instancia de parte– considere en el curso de un proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la CE, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, planteará la cuestión ante el TC (destaquemos ya que la cuestión de inconstitucionalidad tiene un carácter subsidiario) ya que habrá de acudirse en primer lugar a la vía interpretativa para acomodar la ley a la Constitución y cuando ello no sea factible habrá lugar al planteamiento de

ella. Así, también para Alemania Federal, vid. Schlaich¹⁶.

Dicha promoción exige:

- previa audiencia de las partes y del MF por plazo común e improrrogable de 10 días, para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantearla o no, resolviendo el juez mediante auto, seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Tal resolución (“auto”) es irrecurrible (en la inimpugnabilidad del auto en el que el órgano *a quo* acuerda o no la cuestión de inconstitucionalidad –de lo que se deduce que no es criticable por nadie siendo por eso también inmediatamente ejecutivo–¹⁷).
- concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se supone infringido.
- especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

El órgano judicial elevará al TC la cuestión de inconstitucionalidad, con suspensión del proceso, junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones parciales del MF si las hubiere. Recibidas las actuaciones, el TC, sin otra audiencia que el Fiscal General del Estado, podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante auto cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

¹⁶ De donde surge la tendencia también defendida por la “*Corte costituzionale italiana*” “...más a conservar la Ley que a anularla, a anularla en parte más que a suprimirla totalmente... por cuanto la eliminación de una ley provoca un hueco, en el campo por ella disciplinado, y a menudo en los terrenos vecinos... un hueco que es en sí mismo un mal... Por ello a la exigencia de sanear el Ordenamiento de la escoria inconstitucional se une la exigencia de salvarlo de cortes demasiado audaces o generosos” (así, BRANCA, “*L’Illegittimità parziale nelle...*”, p. 71 y ss.).

¹⁷ Apoya asimismo PIZZORUSSO, “Ancora sulla...”, p. 1480, la incontrolabilidad del juicio de relevancia por la “Corte costituzionale”.

Admitida a trámite se dará traslado de la cuestión propuesta a los órganos legitimados previstos en el art. 37.2 LOTC¹⁸, para que puedan personarse y formular alegaciones en plazo común improrrogable de 15 días. Concluido éste el TC dictará sentencia en el de 15 días prorrogable a 30.

III. PROMOCIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A) *Introducción*: La importancia y justificación del estudio de esta fase de la cuestión de inconstitucionalidad radica, como se intenta demostrar, en que su conceptualización está en neta dependencia tanto de la finalidad y función del proceso de constitucionalidad como de la ubicación y consecuente papel del TC en la organización del Estado.

Con carácter previo apuntaré que una adecuada aprehensión del trámite de planteamiento de la cuestión exige tener presente la coexistencia de la misma con el recurso de amparo y el de inconstitucionalidad.

El recurso de amparo constitucional, que ha llegado a ser calificado de “última instancia”¹⁹, supone el reconocimiento a *quisque de populo* que estimare, agotadas las vías ordinarias de protección, haber sido lesionado en sus derechos objetivos e intereses legítimos constitucionalmente previstos en los

arts.14 a 29 CE –más la objeción de conciencia–, acudir al TC para recabar su tutela.

Si bien tal amparo está normativamente contemplado respecto a cualquier lesión en tales derechos padecida por el ciudadano *por mor* de acciones u omisiones de cualesquiera órganos o autoridades públicas, en verdad, según demuestra la práctica, la mayoría de los solicitados se fundan en afirmadas violaciones de los mismos en sede jurisdiccional ordinaria. En ningún caso, según indiqué más arriba, puede utilizarse el amparo para declarar inconstitucional una norma²⁰. La eficacia de la sentencia de amparo se circunscribe al supuesto concreto en el que tuvo lugar la lesión del derecho constitucionalmente protegido.

El recurso de inconstitucionalidad, con una legitimación circunscrita a órganos políticos taxativamente establecidos (arts. 162.1. a. CE y 32 LOTC) y con una limitación temporal de tres meses (art. 33 LOTC), persigue la supresión de aquéllas, con fuerza de ley, contrarias a la Primera Norma. Naturalmente con tales cortapisas no garantiza un saneamiento integral del Ordenamiento jurídico.

Con la cuestión de inconstitucionalidad se pretende la declaración de nulidad a través de la afirmación de inconstitucionalidad de aquellos preceptos legales estimados contrarios a la Constitución. No hay limitación temporal alguna para investir al TC con el conocimiento de la cuestión y se reconoce tal poder-deber a cualquier Juez o Tribunal que en el curso de un proceso considere que una norma aplicable al caso pueda ser disconforme con la CE.

El constituyente español, como el italiano y más claramente el alemán federal, atribuye tal poder-deber al juez ordinario considerando la estratégica posición que ocupa entre los distintos operadores jurídicos. Es precisamente el juez común, funcionalmente encargado de aplicar las normas de modo constitucionalmente correcto (así art. 5 LOPJ), el más apto para verificar, desde la resolución

¹⁸ Art. 37.2 LOTC: “Dos. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.

¹⁹ Sin olvidar la posibilidad existente de acudir tras el recurso de amparo constitucional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo.

²⁰ Sin perjuicio de que sea o no admisible, que para mí sí lo es, el amparo contra leyes.

del caso concreto, la verdad constitucional de la ley, amén de que por la formación, imparcialidad procesal e independencia orgánica e institucional que se le reconoce y exige, resulta el más adecuado para colaborar con el TC en el cumplimiento de la función a llevar a cabo en la cuestión de inconstitucionalidad.

La coexistencia de esta pluralidad de instrumentos previstos para la realización de la verdad de la CE, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, permite desde su consideración clarificar la específica finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad y, particularmente ciñéndome al objeto central de estas reflexiones, el significado que en relación a la misma puede y debe asumir el trámite de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido, autores como Zagrebelsky, Pizzetti, Esposito, Mortati, Modugno, Crisafulli, Drahp, Rupp, Scheuner, etc., han manifestado la estrecha dependencia que existe entre la construcción del mecanismo introductorio y los fines a perseguir a través de la cuestión de inconstitucionalidad e incluso con la ubicación y consecuente naturaleza del TC en el aparato del Estado.

B) *Posiciones explicativas del poder-deber del juez ordinario de planteamiento de la cuestión*: En el sistema español, al igual que en el alemán federal, carece de sentido la dicotomía centrada en considerar:

- de un lado, la iniciativa del juez restrictivamente, en cuanto prevista para encauzar o suplir la de las partes (Redenti, Satta), y,
- de otro, explicar la “legitimación” del juez, para promover la cuestión, no con miras a la tutela de las posiciones subjetivas garantizadas directa o indirectamente por la Ley Fundamental, sino en atención a permitir que todas las disposiciones legislativas tomadas en consideración en el curso del proceso y sobre las que se manifiesta una duda de constitucionalidad, sean sometidas al TC.

Examinaré no obstante tal dicotomía por cuanto un sector minoritario de la literatura

española ha sostenido, más o menos claramente, la primera posición.

Así García de Enterría estima que las partes –con apoyo en el artículo 35.1 LOTC– están legitimadas para plantear la cuestión, debiendo por tanto dárseles traslado de la misma a tenor de lo prevenido en el art. 37.2 LOTC, igual que al Estado, Comunidades Autónomas, etc., criticando a este respecto la que denomina “literal interpretación del TC”. Para González Pérez, pese a la normativa vigente, es injustificada la falta de legitimación de aquella persona que, en último extremo, ha de padecer la ley anticonstitucional, lo que además comporta negar el derecho fundamental de acceso a la Justicia.

Desde otras perspectivas, se ha dicho: a) que el juez no ejercita una acción, limitándose a ser tamiz de una pretensión de constitucionalidad directa ejercitada por las partes o suscitada en el proceso sin petición de las mismas... en último extremo el planteamiento de la cuestión no aparece desligado del derecho a la jurisdicción de las partes en el proceso *a quo* ni de la acción ejercitada por éstas; sería en todo caso una acción derivada de aquella sometida al filtro del juzgador cuya actuación es por ello meramente intermediadora o instrumental; b) atribuyendo a las partes *a quo* un interés en la controversia constitucional se ha llegado a defender que aun sin estar legitimadas sí que tienen en el proceso constitucional alguna intervención indirecta, en cierto modo similar a la del coadyuvante, como se deduce de que sus alegaciones, si las hubiere, a tenor del art. 36 LOTC deban remitirse al TC, y del art. 84 LOTC que permite comunicar a los comparecidos en el proceso la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, que tengan relevancia²¹ sobre la resolución del proceso. Se olvida en esta perspectiva que el art. 84 LOTC ha de conectarse con el 37.2 del mismo cuerpo legal, por un lado, y que la figura del coadyuvante no tiene aplicación en la cuestión, por otro.

Lógicamente la intervención en estas posturas se reconoce o pretende reconocerse

²¹ Sobre la relevancia vid. *supra* nota 4.

que en la cuestión de inconstitucionalidad late un interés de las partes, plasmación de un derecho subjetivo o libertad constitucionalmente garantizados.

En contra, un sector de la bibliografía española arguye que las partes ni pueden promover la cuestión ni tampoco tiene sentido que así fuere, entre otras razones por la existencia del amparo y por cuanto con ello se evita, como dijo Calamandrei, el más temible de los abusos: “El de la facilidad con que los litigantes se servirán de la cuestión de ilegitimidad constitucional con fines dilatorios”.

Niega legitimación a las partes del proceso *a quo* para promover la cuestión (y para intervenir en ella se deduce), el Tribunal Supremo español, en sus sentencias entre otras de 15.11.1983 (Sala 3ª) al hablar de que “es una prerrogativa que al órgano judicial le viene conferida para que por el Tribunal competente sea resuelta la duda que pueda surgirle en torno a la constitucionalidad de la ley que pueda tener decisiva influencia para dictar el fallo pertinente en el proceso en que tal incidencia surgiera...” (También de prerrogativa es calificado este “poder-deber” del juez *a quo* en la Sentencia de 12.3.1985 (Sala 3ª); en la S.20.12.1983 (Sala 3ª) se habla de “...facultad que el art. 35 LOTC otorga a la jurisdicción ordinaria para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la norma a aplicar...”; en la S. TS 12.2.1985 (Sala 3ª) de “...posibilidad concedida a los Tribunales de plantear la cuestión de inconstitucionalidad...”, etc.

a) En Italia, en un primer momento, aparece con Azzaritti, Calamandrei, Onida, etc., esa primera postura según la cual el tratamiento de la cuestión de inconstitucionalidad está en función de la tutela de los derechos subjetivos. En tal sentido se estima que lo determinante de la cuestión de inconstitucionalidad es que es una cuestión del proceso *a quo* que, como tal, es suscitada ante el TC. De este modo, en cuanto debe surgir durante su pendencia, sólo es admisible en la medida en que sea relevante, o, diríamos más técnicamente, prejudicial, con el ulterior efecto de la necesidad de suspender el juicio *a quo*.

La “prejudicialidad-relevancia”, por tanto, se presenta como requisito necesario de la

cuestión, de manera que el TC la inadmitirá cuando sea “infundada”, es decir, cuando no se acredite dicha prejudicialidad-relevancia. La actividad del TC en esta sede y desde esta perspectiva se concreta en la resolución de dudas de constitucionalidad del proceso *a quo*.

Concebido el proceso como el momento de resolución de controversias concretas relativas a situaciones subjetivas, el incidente de inconstitucionalidad es configurado como instrumento previsto para evitar que derechos e intereses constitucionalmente garantizados puedan ser lesionados por la aplicación de normas de ley inconstitucionales.

Aparece de este modo el juicio de inconstitucionalidad como un proceso de derechos subjetivos aplicándose en esta línea preceptos y principios procesales civiles, entre otros, “*ne procedat iudex ex officio*”, “*ne eat iudex ultra petita partium*”, etc.^{22, 23}.

Podría mantenerse, por ende, que la condición de la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, que expresa la vinculación funcional entre juicio constitucional y proceso *a quo* llega desde esa óptica procesal civilista a ser la traducción de lo que se denomina “interés en actuar” (así, Catalano). El papel del juez no va ser por tanto el de un

²² Se olvida pues esa finalidad ya destacada en Alemania Federal por GEIGER, *Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen* (parágrafo 31.BVerfGG), en NJW, p. 1058, de que el TC con sus resoluciones pone fin a cualquier reiteración posterior de idénticas controversias, sin olvidar, como han destacado MAUNZ / SCHMIDT-BLEIBTREU / KLEIN / ULSAMER, *Bundesverfassungsgesetz*, München, 1979, y MAUNZ, *Deutsches Staatsrechts*, cit., p. 285, protección de la Constitución y desarrollo interpretativo del Derecho constitucional (también, HESSE, K, *Gründzüge...*, 1978, p. 226).

²³ No se tiene en cuenta que en el proceso constitucional no rigen rigurosamente los principios procesales civiles teniendo el TC un ámbito de libertad en la interpretación de su Ley Orgánica. vid. Auto 205/1983, como, entre otros, la acumulación –art. 83 LOTC– que en lo civil es siempre a instancia de parte legítima; ampliación de los motivos: art. 84 y 39. 2 LOTC; el mismo concepto de partes –así, CALAMANDREI, P., La ilegitimidad constitucional de... cit., p. 78–, etc.

sujeto titular del poder-deber de suscitar de oficio la cuestión, sino sólo el de inspector (controlador o filtro) de la cuestión no manifiestamente infundada, expresa o tácitamente suscitada por las partes.

Es cierto no obstante que aún los que defienden que por surgir en un proceso concreto y requerirse que la norma cuestionada sea relevante para la decisión de la “litis”, el trámite de promoción de la cuestión está basado en el presupuesto de un interés en suscitar la prejudicialidad constitucional por su eficacia para la resolución de la causa, en modo alguno desconocen la posibilidad de su planteamiento *ex officio* por el juez para otros fines: eliminación del ordenamiento de normas inconstitucionales. De esta forma, distinguiendo entre legitimación del juez y de las partes, se llega a admitir el carácter híbrido de la fase de planteamiento del juicio incidental de inconstitucionalidad, en la que coexisten aspectos de oficialidad vinculados a intereses generales a tutelar, junto con rasgos más próximos a la acción ligados a la tutela de los intereses individuales.

En todo caso importa destacar ahora que la fase de promoción del juicio incidental, como punto de unión entre dos procesos, explica cómo ha resultado natural el estudio de la materia desde tal óptica procesal civil, haciendo uso del aparato conceptual relativo a los problemas de prejudicialidad, que son precisamente problemas de relación entre juicios distintos²⁴.

La utilización de categorías procesales civiles sirvió en alguna medida en Italia en una primera época para cubrir la polivalencia

del instituto enmascarando ciertos contrastes que parecían exclusivamente de naturaleza dogmática y clasificatoria, aunque en verdad susceptibles de importantes consecuencias en el plano sustancial. Así, y por ejemplo, la controversia sobre la calificación del acto de plan-

esp., pp. 24 y ss. y 33 y ss., este mismo autor evidencia la especialidad del Derecho Procesal constitucional en su trabajo “Die Eigenstaendigkeit des Verfassungsprozess”, JZ, 1973, p. 451 y ss.

No hay que olvidar además que la supletoriedad de la normativa procesal civil consagrada en el art. 80 LOTC se circunscribe a materias muy concretas.

La especialidad del Derecho Procesal constitucional se ha suscitado incluso en torno al instituto de la cosa juzgada, ya que estimarla como imposibilidad de que el TC pueda replantearse sus propias decisiones podría dar lugar a graves consecuencias en todo el sistema, conspirando contra la propia flexibilidad de la Primera Norma y la posibilidad de adecuarla a las nuevas circunstancias (así, VOGEL, Rechtskraft..., p. 575 y ss., ZEUNER, Ueber die Geltungsdauer der Entscheidungen des BVerfG und..., cit. p. 339 y SS., RUPP, Zur Bindungswirkung der..., p. 421 y ss., KRUEGER, *Allgemeine Staatslehre*, p. 293). No obstante tal necesidad de flexibilización ha de concordarse en la práctica, como dice HESSE, K., *Grundzüge...*, p. 28 y ss., con la de que el TC resuelva de una vez para siempre las controversias constitucionales, exigencia que alcanza pleno significado en la vinculación de sus pronunciamientos plasmada en el sistema español en los arts. 38 y 40 LOTC y 5.1 LOPJ.

Por autores como KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, p. 294 y ss., se afirma que en todo caso la fuerza de cosa juzgada no sería predicable de aquellos procesos constitucionales en los que las partes no son personas físicas “individuales” —como sucede en la española cuestión de inconstitucionalidad—, lo que sí podría predicarse del *Verfassungsbeschwerde*, en cuanto que con ello se originaría una petrificación de la Ley Fundamental imposibilitando los cambios en la jurisprudencia constitucional. Carece de sentido hablar de cosa juzgada cuando el objeto sobre el que recae el pronunciamiento no son hechos sino normas. Negar o cuestionar tal eficacia implicaría sostener que en la jurisdicción constitucional no cabe subsunción de unas normas en otras, lo que podría llevar a defender que la jurisdicción constitucional no es verdadera jurisdicción en cuanto que el objeto de su enjuiciamiento son leyes y no hechos; ello explica por qué sus sentencias exceden en su eficacia al caso concreto vinculando *erga omnes*.

²⁴ Se olvida así, como ha recogido el BVerfG, de este modo vid. LEIBHOLZ y RUPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 46 y ss., “que los principios de otras ramas procesales no pueden ser directamente trasplantados a la jurisdicción constitucional, por su especificidad y especialidad”. También, VOGEL, “Rechtskraft und Gesetzeskraft des Bundesverfassungsgericht”, p. 576. Además que el TC puede salirse de los límites de su Ley orgánica en orden a una adecuada configuración del proceso constitucional recurriendo incluso a la aplicación analógica de cualquier norma procesal (así, MAUNZ, *Deutsches Staatsrechts*, p. 287; HAEBERLE, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*,

teamiento como acción o denuncia, que en principio puede estimarse intrascendente, en realidad connota distintas concepciones generales de las relaciones entre los dos procesos, siendo determinantes para llevar a cabo diferentes reconstrucciones de la fase de insauración del juicio ante el TC.

Calificar el acto de promoción como denuncia implica una concepción global que sitúa en un primer plano el interés general a la eliminación de leyes inconstitucionales del ordenamiento. Son partidarios de esta posición, entre otros, Calamandrei, Andrioli y, en la bibliografía española y entre otros, Pérez Gordo.

Configurar el acto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como acción supondría, en general, valorar la cuestión como instrumento para la tutela de intereses individuales; digo en general porque, si bien Azzaritti utiliza tal calificación aludiendo a posiciones subjetivas parciales, Cappelletti por el contrario lo emplea para referirse al interés del juez *a quo* en sustraerse a la sujeción a la ley inconstitucional. No obstante la postura de Cappelletti debe examinarse a la luz de su peculiar configuración del proceso constitucional, en el que si ciertamente ve un proceso en sentido estricto por cuanto se dan sus requisitos característicos (*Nemo iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio, wo kein klaeger da ist kein Richter, ne eat iudex ultra petita partium*, etc.), sostiene que se refiere a un tipo bastante anómalo de *case and controversy*, que se evidencia en la eficacia *erga omnes* de sus resoluciones, lo que ha dado lugar a ver al juez constitucional como un "Gesetzgeber" (legislador) más que un juez verdadero o propio –tesis esta última ya generalmente abandonada en pro de la que afirma su semejanza fuera del ámbito de la jurisdicción constitucional con el fenómeno de la jurisdicción sobre intereses generales o colectivos.

También tiene importantes consecuencias, respecto a la posibilidad de calificar a la cuestión de inconstitucionalidad como prejudicial en sentido técnico, por algunos sostenida, por otros como Cappelletti matizada y, por otros, como Abbamonte, negada atendien-

do a la consideración de su falta de autonomía respecto al proceso *a quo*. Lo mismo es reiterable respecto de la concepción de la eficacia de la sentencia declarativa que, para un sector, operaría como acto jurídico con eficacia *inter partes*, por cuanto afecta a la resolución de la duda de inconstitucionalidad surgida en el proceso, mientras tendría efecto ulterior y externo *erga omnes* sólo en cuanto asumida como hecho jurídico por la Constitución, para otro. Téngase además en cuenta que si se atribuye eficacia retroactiva al pronunciamiento constitucional, capaz de influir en la decisión del juicio *a quo*, ello conllevaría un papel del TC de control de la aplicación de las leyes por el órgano ordinario (así, vid. STC.17/1981); mientras que rechazar tal eficacia retroactiva considerando por ende que la función básica del TC en la cuestión de inconstitucionalidad es la de tutelar la Primera Norma, sin estar condicionado por la existencia de intereses concretos e individuales a satisfacer en el proceso *a quo*, implicaría configurarlo primordialmente como órgano de control del legislador (sobre la eficacia de los pronunciamientos constitucionales (así. Boccanegra).

b) Antes de seguir adelante con estas reflexiones, y aun a riesgo de adelantar argumentos, debo no obstante refutar cualquier intento de pretender ver en la cuestión de inconstitucionalidad, tal y como aparece regulada en el Ordenamiento Jurídico español y es interpretada por la praxis del TC, un instrumento de tutela de derechos subjetivos e intereses constitucionalmente reconocidos:

1ª.– Porque, a diferencia del italiano, nuestro constituyente –al igual que el alemán federal– no ha previsto la intervención, ni siquiera como coadyuvantes de los sujetos del proceso *a quo*, incluyendo por tanto al promotor que es el juez. Así resulta confirmado en sus decisiones en las que razona el TC la exclusión de las partes y la inexistencia de indefensión de las mismas por tratarse de "un proceso estrictamente objetivo en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos".

2ª.– La decisión de planteamiento o no de la cuestión permanece totalmente en la esfera discrecional del juez. No está vinculado por la petición parcial, sin perjuicio de que deba oír a las partes y Ministerio Fiscal cuando considere que ha de promoverla. Contra su decisión no cabe recurso alguno, según previene el art. 35.2 LOTC y ha confirmado el TS en una jurisprudencia prácticamente uniforme (Así, en SS 8.4.1982, Sala 1ª; de 22.1.1985, Sala 3ª; etc.^{25, 26}). En este sentido

²⁵ En la S.22-1-1985, Sala 3ª, se llega a decir que no vincula la petición parcial, de planteamiento de la cuestión al Juez o Tribunal que "...será ineludible, sí, que cuando un juez o Tribunal decida plantear esa cuestión oiga a las partes y al MF, porque ese precepto –art. 35 LOTC– así lo establece, pero sólo cuando el órgano judicial lo estima procedente, ya que en los restantes casos, la petición de una de las partes en este sentido, es una más de los fundamentos de sus pretensiones, que podrá o no ser acogida por el Tribunal, sin que además, sea necesario rechazarla antes de la sentencia definitiva mediante una resolución motivada –en forma de Auto– pudiendo ser o bien desestimada en la sentencia definitiva, o no acogida, en cuyo caso debe entenderse desestimada, sin que ...".

En la S.TS.16.1.1985 (Sala 3ª), "... dicha cuestión sólo está obligado un Juez o Tribunal a plantearla si tiene al menos la duda razonable de la constitucionalidad de la norma que ha de servir de fundamento a su resolución...". En igual sentido, S.TS. 12.2. 1985, Sala 3ª "... el art. 35 LOTC concede a los Tribunales la posibilidad de plantear la cuestión de la posible inconstitucionalidad de una ley bien de oficio, bien a instancia de parte; pero esta posibilidad no equivale a que siempre y en todos los casos en los que una de las partes solicite del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, la petición vincule al juzgador, sino que ésta es una de las pretensiones de los recurrentes, que al igual que las demás, podrán ser estimadas o desestimadas...".

Obsérvese la diferencia entre la primera sentencia recogida en esta cita y la última, por ejemplo. Si es una pretensión más, el Tribunal deberá pronunciarse sobre ella, y carece de sentido –en el ámbito jurisdiccional al menos que no en el administrativo– aplicar el silencio como desestimación.

²⁶ Sobre la inimpugnabilidad del auto acordando la promoción o no de la cuestión de inconstitucionalidad, vid, entre otros, a PIZZORUSSO, Anco- ra..., cit., p. 1480 y nota 5.

es de destacar la interpretación que el TC ha dado de la exigencia de dar previa audiencia a las partes y al MF, entre otras, en S. 21/1985, 6/1984, etc., en las que dice que es suficiente para entender cumplido tal requisito –en todo caso inexcusable ATC 265/2000, 48/2001–, con que el juez determine el precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona, sin que sea imprescindible que ponga de manifiesto a las partes el precepto constitucional que se supone infringido ni especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma legal en cuestión.

En el A.18/1983 declara que ni las partes están legitimadas en el proceso ante este TC sobre la cuestión que plantea el juez ordinario, ni su derecho a obtener una decisión fundada en derecho sobre sus respectivas pretensiones incluye el de conocer el precepto constitucional que se supone infringido...

En todo caso el TC no entraba a investigar la efectividad del cumplimiento de tal requisito de audiencia a las partes, pese a que en algunos supuestos podría manifiestamente evidenciarse su incumplimiento, por ejemplo, al no haberse remitido alegación alguna parcial. En esta línea, el TC en S. 58/1985, advertida tal ausencia por el Fiscal General del Estado, respondió que "...como al pie de la providencia que mandó oír a las partes y al MF obra diligencia del Secretario en que se hace constar que 'seguidamente se cumple lo ordenado', tal declaración, dotada de fe pública judicial, debe admitirse como cierta". Desconoció el TC que esta diligencia de ordenación no conlleva la ejecución de lo acordado en la providencia, confundiendo, por consiguiente, diligencias de ordenación y diligencias de ejecución mediante las cuales sí se da fe de la realización material de lo acordado en la resolución llevada a efecto (art. 280 LOPJ). Esta postura se ha visto modificada en los últimos años hasta el punto de repeler aquellas cuestiones propuestas, en las que se haya omitido la audiencia a los interesados y/o al Ministerio Fiscal, lo que no es "...un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, al perseguir poner a disposición del juez 'un medio que le permite conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados'" (STC 166/1986,

AATC210/2000, 265/2000, 48/2001). Singular hincapié se ha hecho también de que las alegaciones de las partes en el incidente, previo al planteamiento judicial de la cuestión, deben incorporarse a la documentación remitida al TC (art. 36 LOTC), a fin de que puedan ser tenidas en cuenta por éste (ATC 48/2001).

3ª.- Porque el control de la relevancia por el TC se limita a verificar la concurrencia de los requisitos del art. 35 LOTC, pero circunscribiéndose a un examen *prima facie*, es decir, “basta para juzgar de la admisibilidad de la cuestión, con la apariencia de que tal fundamentación sea efectivamente procedente”, rechazándola sólo cuando “resulte notoriamente inadecuada en relación con lo que es generalmente admitido en Derecho” (S. 103/1983) o “... (no) se infiera del auto de promoción...” (S.25/1984)^{27, 28}.

4ª.- La prejudicialidad afirmada no empece para defender la autonomía del proceso de inconstitucionalidad en varios sentidos:

a) En cuanto que, concluso el proceso *a quo* por cualquiera de los modos anormales de terminación del proceso, no por ello sigue su misma suerte la cuestión (Téngase presente que desde la reinterpretación que el TC ha hecho del término “fallo” cabe el planteamiento de la cuestión en el período alegatorio, probatorio e incluso en la ejecución. Se ha llegado a admitir, incluso, aunque en el auto del juez de planteamiento no se especifique la resolución judicial para cuyo pronunciamiento sea necesario determinar la validez de las normas cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio (así S. 54/1983, A. 214/1982).

²⁷ En este sentido vid. PIERANDREI, Corte costituzionale..., cit., p. 962-3, SANDULLI, “Il giudizio sulle leggi...”, cit., p. 39-40, Cfr. CARLASSARE, L, “Le ‘questioni inammissibili’ e la loro...”, p. 737 y ss.

²⁸ Sigue el TC español, al utilizar los calificativos de “manifiesto” y su equivalente “notorio”, etc., en la línea jurídica que normativamente aparece en numerosas leyes; uso con el que se pretende romper el juego de las presunciones *iuris tantum* y, respecto a la labor juzgadora del órgano *a quo*, se pretenden orillar aquellos casos en los que el juez ha planteado la cuestión con “imprudencia temeraria”.

b) Goza el TC de facultades, a tenor del art. 39 LOTC para ir más allá de la duda suscitada en el auto de promoción –en el sentido de que no ha de pronunciarse dentro de los estrictos límites de la impugnación.

c) La decisión desestimatoria de la cuestión no supone obligatoriedad para el juez *a quo* de resolver el juicio aplicando la norma cuya constitucionalidad cuestionó, no estando de este modo el juez común en su función estricta juzgadora –por mor del *iura novit curia* amén de por cuanto el TC ha de limitarse al enjuiciamiento de leyes– vinculado por la resolución del TC.

5ª.- Al igual que en el sistema alemán con el *Verfassungsbeschwerde* –aunque éste con mayor amplitud–, el amparo, dentro de los límites del art. 53.2 CE está precisamente previsto para la protección de los derechos y libertades de las partes, etc.

A la luz de los arts. 163 CE y 35 y 37 y concordantes de la LOTC, adquiere pues pleno significado la postura del TC español al declarar que “...es un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la CE mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen estos límites. El objetivo de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad es la preservación de la constitucionalidad de las leyes... las partes del proceso ordinario NO están legitimadas para proponer la cuestión ante el TC...” (S.17/1981). Que “...es un instrumento puesto a disposición de los órganos jurisdiccionales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la CE” (A.250/1982 y en igual sentido S. 75/1983)²⁹.

²⁹ Como más adelante se tratará, tal inteligencia de la cuestión como instrumento puesto a disposición de los órganos jurisdiccionales para el mejor cumplimiento de su función jugadora –recogida en varias sentencias del TS, entre otras, en las de 15.11.1983 (S. 3ª); 20-12-1983 (S. 3ª); 12.3.1985 (S. 3ª)–, comporta, amén de una concepción determinada –lógicamente– de la cuestión de inconstitucionalidad, una serie de consecuencias importantes.

Que no es un medio para pretender la depuración abstracta del ordenamiento jurídico: instrumento procesal puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar su obligación de sometimiento a la ley y a la CE en los casos en que alberguen dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma con rango de ley que debieran aplicar (AATC 24/2000, 21/2001)).

En el A.132/1983 se desestima una solitud de coadyuvancia de las partes del proceso *a quo* por cuanto en el sistema español "...sólo están legitimados para comparecer en la cuestión de inconstitucionalidad los órganos taxativamente enumerados en el art. 37.2 LOTC... Es claro que no se crea así situación alguna de indefensión para las personas físicas o jurídicas cuyos intereses puedan ser afectados por la sentencia de este Tribunal, que es resultado... de un proceso estrictamente objetivo en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos” .

En el A 205/1983 "...es evidente que ni la aplicación supletoria de la LEC ni el ámbito de libertad de que este Tribunal goza en la interpretación de su propia Ley orgánica, permiten modificar los preceptos de esta última que de manera taxativa y rotunda establecen cuáles son las personas u órganos con capacidad para ser parte en los distintos procesos constitucionales y el art. 37.2 LOTC no deja margen alguno para atender a tal petición (de coadyuvancia) ..”.

Finalmente, y en el A. 26/1980 se afirma que “...la inconstitucionalidad de las leyes por vía directa podrá promoverle por los legitimados que dicen el art. 162.1.a) CE y el art. 32 LOTC. Los particulares podrán insertar, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad reservada al impulso del juez o Tribunal del litigio, cuando en un proceso en el que sean parte se cuestione la inconstitucionalidad de una ley...”.

De lo dicho hasta ahora sobre este punto, y de las resoluciones citadas del TC, se deduce:

1) Que sólo a los órganos jurisdiccionales está reservada la promoción de la cues-

tión de inconstitucionalidad, en cuanto instrumento puesto a su disposición.

2) Que las partes del proceso *a quo* y el MF no están facultados ni legitimados ni para plantearla ni tampoco para intervenir –ni siquiera como coadyuvantes, A.132/83, entre otros– en el proceso de inconstitucionalidad por carecer de interés para ello. Las partes simplemente pueden instar del juez del proceso su planteamiento, promoción que en todo caso será decidida libre y discrecionalmente por él.

3) Que las partes del proceso son extrañas al objeto de la cuestión, en cuanto la misma persigue un interés objetivo (así, AA. 132/1983, 17/1983, 18/1983, 19/1983, etc.): conformidad constitucional del ordenamiento, por lo que en la misma huelga cualquier posibilidad de hacer valer derechos subjetivos o intereses legítimos.

Eliminada cualquier posibilidad de intervención de las partes del proceso *a quo* y defendiendo la posición del juez como titular de un poder para promover de oficio la cuestión de inconstitucionalidad con vistas a la persecución de una finalidad de orden general que trasciende los intereses concretos que emergen del proceso *a quo*, es consecuente la afirmación de la obligatoriedad de tal facultad del juez –inherente a su función– cuando considere relevante y no infundado su planteamiento (Crisafulli, Cappelletti, Pierandrei, etc). Carece pues de sentido que el TS español haya calificado tal “poder-deber” nada menos que como “prerrogativa” (S. 12.3.1985.3ª y 15.11.1983.3ª), o como “facultad” (S. 20.12.1983.3ª) o “posibilidad” (S. 12.2.1985.3ª) desconociendo la otra cara del poder que se le reconoce en la LOTC y CE: su deber de promoverla³⁰.

³⁰ Es explicable, aunque no justificable, por tanto que el TS en su S. de 22.1.1985.3ª, soslayando lo prevenido en el art. 35 LOTC, afirme que cabe desestimar la petición parcial de planteamiento tácitamente y, además, de modo expreso, no sólo mediante auto con este objeto propio sino también en la misma sentencia definitiva.

De este modo –afirmando la obligatoriedad de su planteamiento cuando concurren los requisitos previstos en el art. 35 LOTC y 163 CE– el interés en recurrir, que desde la posición anteriormente desechada se identificaba con la relevancia de la cuestión, dirigida esencialmente a la tutela de los derechos e intereses parciales, asume un significado profundamente distinto, por cuanto lleva a ser un interés, por así decirlo, institucional, que subsiste siempre que al juez le parezca la cuestión relevante.

Subrayándose la función pública atribuida al juez y la obligatoriedad del ejercicio del poder que se le reconoce para promover la cuestión, una vez comprobado que concurren los requisitos del meritado artículo 35 LOTC (que sea norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo), la utilización del concepto “interés en actuar”³¹, referido al juez deviene totalmente inútil, en cuanto que el “interés en actuar” es sólo un modo abreviado pero equívoco de indicar la existencia de la relevancia y no es una condición dotada de autonomía. Tiene pleno significado en este tenor el uso por un importante sector de la bibliografía alemana (Schlaich, Dolzer, Scheuner, etc.) del término “Vorlageberechtigung”, es decir, carencia de legitimación en sentido estricto del juez, por cuanto en verdad su poder-deber es simplemente de “planteamiento o promoción” –siempre que la decisión del asunto dependa de la validez de la ley (*Entscheidungserheblichkeit*), comprendiendo, claro está, un *Priifungsrecht*.

C) 1. En esta línea se habla mayoritariamente de prejudicialidad constitucional (así A.167/1983), como función meramente descriptiva de una situación cuyo dato característico es la separación entre los dos momentos de comprobación de la existencia de prejudicialidad y resolución de la cuestión prejudicial, momentos distintos teóricamente más en el plano temporal que en el de la competencia. El TC español, pese a lo defendido

en Sentencias como la 75/1983, viene reiteradamente afirmando que no le corresponde entrar a juzgar de la relevancia –sustituyendo al órgano *a quo* en el razonamiento de la decisión (S. 76/1985)– sino solamente de la necesidad de su exteriorización (A. 250/1982)³². En bastantes ocasiones ha llegado a unir tales momentos, temporal y competencial, al declarar que la admisión no supone la estimación (SS. 17/1981, 21/1985, 26/1984, etc.) “...la posibilidad de decretar la inadmisibilidad en tramite previo no excluye en modo alguno la facultad del Tribunal para hacer mediante sentencia un pronunciamiento de la misma naturaleza cuando las razones que impiden entrar a resolver sobre la validez de la norma cuestionada no son aparentes *prima facie*...”.

Del uso del concepto de prejudicialidad dimana la concentración en el juez del poder de promoción, del mismo modo que sucede en cualquier otro caso de prejudicialidad que implica la intervención de un órgano jurisdiccional diferente, siendo el propio juez de la causa prejuzgada el único que puede relevarla con eficacia externa al proceso. El papel de las partes y del Ministerio Fiscal en orden al planteamiento de la cuestión se reconduce al ámbito del proceso *a quo*, y viene concebido como instrumento de petición al juez de la causa para provocar su actividad (no fungible) a fin de investir al TC con el conocimiento de la cuestión. Es el juez el único que ostenta el poder de promoción. El interés perseguido entra en la esfera pública, dando lugar a la indisponibilidad del poder de suscitar la cuestión. La persecución del interés público general a la anulación de leyes inconstitucionales con eficacia *erga omnes*, es atribuido al órgano jurisdiccional frente al TC, ante el que solamente la cuestión de inconstitucionalidad adquiere un significado general por la eficacia propia de la sentencia.

En esta perspectiva de la fase de instauración de la cuestión desde la prejudicialidad se comprende otro punto fundamental: la separación de ambos juicios. Las relaciones

³¹ Cfr. CALAMANDREI, P, La ilegitimidad constitucional de..., cit., p. 74 y ss.

³² A este tenor vid. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., p. 962-3., SANDULLI, A-M, *Il giudizio sulle leggi...*, cit., pp. 39 y 40.

entre ellos son configuradas a través de esquemas procesales, haciéndose hincapié en el instituto de la prejudicialidad –sustraída a una eventual decisión incidental del órgano jurisdiccional del proceso principal– y en la suspensión necesaria del proceso *a quo*.

Destacar la separación entre ambos procesos –matizando para ello, con base en el interés objetivo del segundo, la prejudicialidad procesal, como hace, por ejemplo, Cappelletti– supone desvincular al constitucional de las exigencias del proceso *a quo*. Ello aunque se siga concibiendo el control de constitucionalidad como concreto [distinción que a efectos analíticos puede valer, pero que en verdad carece de significado en sí. Vid. empero la “fijación” del TC español a tal delimitación entre otras en la S. 17/1981, A. 250/1982, etc.] como consecuencia de que el objeto del juicio constitucional es la cuestión prejudicial surgida en el proceso *a quo*, aunque en el sistema español a tenor del art. 39 de la LOTC³³, pueda el TC ir más allá de la misma (genéricamente confirmado en el art. 84 del mismo texto legal³⁴). A este respecto en las Sentencias 54/1983 y 27/1985 se lleva a cabo, en expresión del propio TC, una “anulación pro-conexión” de preceptos distintos de los invocados, con un voto en contra en las dos resoluciones. Debe destacarse no obstante que,

³³ Art. 30 LOTC “Uno. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Dos. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

³⁴ Art. 84 LOTC: “El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere”.

lamentablemente en ocasiones, no ha sido ésta ni es la tendencia habitual en el TC, como puede verse, por ejemplo, en la S. 150/1985, entre otras muchas.

Por consiguiente podría llegar a decirse que el vínculo entre los dos procesos se reduce a un nexo genético.

Tal separación no impide que el pronunciamiento constitucional esté estrechamente vinculado a la justicia, en el sentido de individualizar la función del Tribunal Constitucional en lo que se ha llegado a denominar por autores como Lechner, Ossensbuehl, Pizzetti, etc., “hacer justicia a los jueces”, de los que podría decirse que aparecen como titulares de una acción *ex iure publico*, o sea, no disponible. Esto supone, de otro lado, configurar al TC como órgano jurisdiccional y su función en sede de control de constitucionalidad de las leyes, como actividad jurisdiccional (Cappelletti, Leibholz, Kriele, etc).

2. De lo que antecede interesa destacar:

Unificación y concentración en el juez *a quo* del poder de promoción; preeminencia en la fase instaurativa del juicio de inconstitucionalidad de un interés público sobre un eventual interés concurrente de los particulares –partes en el proceso *a quo*–; separación y autonomía del proceso de inconstitucionalidad, suponiendo la acentuación de un distinto orden de intereses públicos de carácter general, y, por tanto, cualitativamente distintos de aquellos otros, también públicos pero inherentes al proceso concreto, que mueven al órgano jurisdiccional común en su actividad promotora.

Llegado este punto resulta importante evidenciar cómo la utilización del instituto de la prejudicialidad –delimitador del concepto de relevancia–, forzando al máximo su capacidad expansiva, ha posibilitado el reconocimiento del deber de planteamiento por el juez de la cuestión, no únicamente cuando sea necesaria para resolver definitivamente la controversia (o, como dice el art. 35.2 LOTC, “para dictar sentencia”), sino también cuando afecte a la concreción normativa de todas las subsunciones a través de las que se desenvuelve la actividad del juez hasta la decisión

de la causa o de una fase o etapa de ella. Y esta es la postura que ha asumido el TC como se deduce de algunas sentencias que parcialmente transcribo a continuación:

Suavizando la rigidez evidenciada en la Sentencia 17/1981, ha sostenido el TC español que "...no se exige que la norma cuestionada sea la única posible para resolver el caso, ni tampoco que el caso no pudiera resolverse por otras vías, con otras normas o con otros razonamientos, porque no compete a este Tribunal enjuiciar la fundamentación que el juez *a quo* haya hecho más que en aquellos casos en que resulte notoriamente inadecuada en relación con lo que es generalmente admitido en Derecho"³⁵.

Consiguientemente, y saliéndose –en expresión del propio TC– de un "literalismo excesivo" del art. 35.2 LOTC (en lo que afecta a la exigencia de la promoción "dentro del plazo para dictar sentencia"), ha permitido el planteamiento de la cuestión en cualquier momento del proceso "siempre que se haya iniciado el procedimiento" (A. 138/1981). Así, por ejemplo, en la S. 8/1982, que trae origen de un juicio de desahucio, no la inadmite aunque se planteó antes de la celebración del juicio del art. 1591 LEC; en la S. 169/1985 no repele la cuestión propuesta después de dictada la sentencia en el juicio *a quo*, por lo que su eficacia va a depender de la validez de la norma en cuestión, etc.

Asimismo la lectura amplia de este art. 35.2 LOTC ha permitido el TC el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad a resultados de actuaciones no integrantes de un proceso *stricto sensu*: de esta manera acerca de la inviolabilidad del domicilio del ejecutado en un procedimiento administrativo, recon-

duciendo el TC la posibilidad de promoverla al curso de actuaciones, independientemente de su naturaleza y forma de desarrollo, en las que deba aplicarse una ley por los órganos jurisdiccionales ejerciendo un poder de decisión (STC. 76/1992)³⁶.

Naturalmente tal capacidad expansiva es contemplada siempre desde una visión tendente a impedir que el mecanismo de promoción fuere utilizado para provocar una saturación funcional del TC. En alguna medida subyace aquí una cierta implicación de la polémica, suscitada en Italia principalmente y raramente en Alemania Federal, respecto al control de los actos normativos preconstitucionales y, sobre todo, del trabajo de un sector de la literatura en orden a la determinación, que sustancialmente ha conducido a una ampliación, de la noción de jurisdicción, actividad jurisdiccional y proceso.

Recuérdese a este tenor el problema relativo al reconocimiento o no de tal poder-deber de promoción a los árbitros de derecho, estudiado por Cappelletti, Mortati, Pérez Gordo, etc.; a los jueces en sede de jurisdicción voluntaria, etc., hipótesis a mi juicio dispares pues no es predicable la legitimación de planteamiento a los árbitros y sí a los jueces en sede de jurisdicción voluntaria (criterio que puede estimarse compartido en el A. 261/1998, concerniente a la esterilización de un incapaz).

Creo que ya es posible destacar en este momento que se ha venido tomando conciencia del hecho de que la configuración de la fase de planteamiento no es un problema cerrado en sí mismo (así lo han manifestado, entre otros, Zagrebelsky, Sgubbi, Modugno, Pizzetti, etc.), sino que es interdependiente de la configuración del control de la constitucionalidad. De aquí que se proyecten en el estudio del mecanismo de instauración del juicio incidental de inconstitucionalidad las posiciones que con más o menos claridad se asumen en orden a la configuración del con-

³⁵ (S. 103/1983, en conexión además con la amplia interpretación del término "fallo" del art. 35. 1 LOTC: SS 51/1982, 54/1983, 76/1982, Autos 172/1982, 214/1982, S.151/1985, etc., al que se llega a definir (S.76/1982) "...como pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal". En este último sentido vid. S. 178/1985, en la que se enjuició la constitucionalidad del art. 1335 de la vieja LEC y se admitió, respecto a una decisión incidental, cuál es la del arresto del quebrado.)

³⁶ Contrariamente ha rechazado una cuestión de inconstitucionalidad planteada con ocasión de una sanción impuesta por incomparecer a la selección de un Tribunal de jurado, entendiendo que la sanción tenía carácter gubernativo (ATC. 140/1997).

trol de constitucionalidad, y, más todavía, en orden a la ubicación del TC en el sistema constitucional, con la consecuencia de que en algunos estudiosos no llega ser posible diferenciar los intereses individualizados en los dos niveles: fase de planteamiento y proceso constitucional en sentido propio.

Quizás en los autores en que con mayor nitidez puede evidenciarse tal interrelación, aunque en alguna medida adelantemos el proceso discursivo, sean García de Enterría y Rubio Llorente.

Para el primero, el proceso constitucional debe satisfacer derechos subjetivos e intereses legítimos parciales, por lo que ha de reconocerse a las partes y al Ministerio Público legitimación para plantear y actuar en la cuestión de inconstitucionalidad.

Rubio Llorente, en el otro extremo, llega a atribuir al TC una función nomotética (no ya sólo es por tanto *negative Gesetzgeber* sino *positive Gesetzgeber*³⁷), sus resoluciones trastocan el sistema de fuentes del código civil ubicándose junto a la ley como fuente privilegiada del Derecho. En su voto particular con Díez Picazo a la S. 14/1981, dice que: "...hay que dejar claro el sentido y alcance que posee la cuestión de inconstitucionalidad que contempla y organiza el art. 35 LOTC... Nuestra opinión es que el proceso no tiene en modo alguno por objeto asegurar la colaboración de este TC con los órganos del Poder Judicial, y en particular con los de la Administración de Justicia, con el fin de que sus resoluciones sean mejores o más perfectas, o más conformes con el orden constitucional desvaneciéndoles sus dudas. Menos todavía se trata de que este Tribunal participe en la solución que haya de darse al caso concreto. Más bien ocurre lo contrario. El art. 35 ofrece a los jueces y Tribunales ordinarios una vía para colaborar con la Justicia constitucional abriendo a ésta un camino para cumplir con su función que consiste básicamente en la depuración del Ordenamiento jurídico expulsando de él aquellas normas que contravenían lo dispuesto en la CE...". En igual senti-

do está redactado el voto particular de Rubio Llorente a la S. 34/1981.

Ya dentro del TC, por ejemplo, puede verse el contrario concepto sostenido por Arozamena, en los votos particulares emitidos en las Sentencias 27/1985 y 76/1982.

3. Particular consideración del art. 39 LOTC³⁸:

Debo, aun someramente, aludir a la compleja lectura del art. 39 LOTC que en estos últimos años ha venido/tenido que hacer el juez de las leyes español. Ese precepto alude, en primer lugar, al valor de la declaración de inconstitucionalidad. Este tema ya fue afrontado por Kelsen³⁹, quien restringió su valor, en aras de la seguridad jurídica, salvo en hipótesis excepcionales en que gozan de eficacia retroactiva. La idea de legislador negativo fue un significativo punto de partida no plenamente aceptado ni en Alemania ni en España, de modo que por muy diversas razones se ha sobrepasado la visión del TC como órgano jurisdiccional cuyas sentencias tienen mero valor declarativo⁴⁰, rompiendo además el nexo entre inconstitucionalidad, nulidad y retroactividad⁴¹.

Inicialmente mantuvo el TC (SSTC 14/1981, 83/1984, 60/1986, 19/1987, etc.) que en su tarea de defensor de la Primera Norma

³⁸ Art. 39 LOTC: "Uno. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

Dos. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso".

³⁹ KELSEN, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", in Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer", 1929.

⁴⁰ Las sentencias del TC no son constitutivas pues la nulidad del acto con valor de ley surge de la propia norma.

⁴¹ De indispensable manejo es la obra de BLASCO SOTO, C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, 1995.

³⁷ "Legislador negativo" o "legislador positivo".

priva de efecto a las leyes contrarias a ella y las excluye, *ex nunc*, del Ordenamiento Jurídico. No obstante pronto recurrió a las sentencias interpretativas –que en cierto modo implicaban inconstitucionalidad sin nulidad⁴²– focalizando sus efectos y retrotrayéndolos *ex tunc*. Acaso desde la STC 116/1987 en la que entendió que la ley discutida era únicamente inconstitucional en tanto en cuanto excluía, de los beneficios de amnistía plena reconocida a los militares de la II República, a aquellos que ingresaron tras el 18.7.1936, y, más rotundamente, desde la STC 45/1989 relativa a la dudosa constitucionalidad de la Ley del impuesto sobre las rentas de las personas físicas en lo atinente a la tributación conjunta de los matrimonios, fuere donde examinó la disociación entre inconstitucionalidad y nulidad, retrotrayendo los efectos de la nulidad a los actos administrativos firmes. A partir de tales decisiones son numerosos los fallos de inconstitucionalidad sin nulidad, pronunciamientos limitando el alcance de la norma, algunos supuestos de sentencias aditivas, con mayor frecuencia decisiones que reducen cronológicamente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad, y nulidades diferidas en hipótesis en que la inconstitucionalidad provenía de la incompetencia territorial (STC 235/1999). De este modo se ha institucionalizado en las sentencias del TC un apartado concreto (un fundamento jurídico) en el que se determina el ámbito o alcance⁴³.

Significativa trascendencia tiene el último inciso de este art. 39.1 LOTC: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la de... así como, en su caso, la de *aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*”. Estamos ante la denominada inconstitucionalidad por conexión o consecuencia, integrante de una excepción al principio de

congruencia y fruto de la objetividad del control que asume el TC y que le obliga a ir más allá del objeto procesal fijado por las partes. Obviando la indeterminación de los vocablos “conexión” y “consecuencia”, se ha intentado definirlos conduciendo la conexión a las hipótesis en que, con la impugnada, coexisten otras normas asimismo integrantes del régimen jurídico de una determinada institución, pero también (STC 3/1983) a los preceptos reguladores de otra materia cuya inconstitucionalidad obedece al mismo motivo⁴⁴.

El apartado segundo de este art. 39 LOTC reconoce al TC la facultad de soslayar la exigida fundamentación de la cuestión (y del recurso) de inconstitucionalidad –que implica fijar los preceptos constitucionales que se consideran infringidos (arts. 33.1 y 35.2 LOTC)–, pudiendo motivar la inconstitucionalidad en otros distintos. Late la objetividad del control constitucional que realiza el TC y, derivadamente, el interés que prima de defensa constitucional. Rotundamente la LOTC residencia tal facultad en el propio TC, dentro del margen esbozado en la STC. 113/1989, y no autoriza al MF a ampliar el canon de la cuestión de inconstitucionalidad (STC. 46/2000).

D) Con respecto al interés general que caracteriza al proceso constitucional y que se predica asimismo de los caracteres configuradores de ese poder-deber de promoción del juez *a quo*, no hay unanimidad en la literatura respecto a su individualización.

1. Según una *Primera orientación*: el interés general perseguido por el TC se identifica con el particular del juez *a quo*, pero considerado éste no como juez concreto promotor de la cuestión sino en cuanto órgano jurisdiccional actuando como tal. De este modo, de un lado, la actividad del TC sirve a intereses generales y, por esta vía, al mismo interés del juez *a*

⁴² Sobre ello vid. la *op. cit.*, BLASCO, La sentencia en la..., pp. 320 y siguientes.

⁴³ Con amplitud GÓMEZ MONTORO, en *Comentarios a la LOTC*, coordinados por Requejo Pagés.

⁴⁴ Pero, también con base en la conexión, el TC en su S. 214/1989, declaró nulas todas las remisiones al art. 5 de la ley de Bases de Régimen Local que había sido declarado inconstitucional.

quo, y, de otro, la actividad del órgano jurisdiccional al promoverla sirve para permitir que el TC alcance aquel interés general en el que se comprende el suyo propio.

Esta orientación encontraría apoyatura en esa eficacia *erga omnes* que se atribuye a las sentencias del TC en los arts. 38.1 y 40.2 LOTC y 5 LOPJ, pudiendo expresarse en el sentido de estimar a la autoridad judicial en general como destinataria del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

No parece difícil evidenciar su clara dependencia de la configuración que del mecanismo de planteamiento se haga, primordialmente en lo relativo a la indisponibilidad y consiguiente obligación por los jueces de promoverla cuando la duda de constitucionalidad sea fundada, por cuanto están obligados a desarrollar la actividad jurisdiccional conformándola a la Primera Norma. Puede decirse pues que el poder-deber atribuido a los jueces concretos de suscitar la cuestión está dirigido a evitar que sus resoluciones se funden en leyes inconstitucionales.

El monopolio de tal poder reconocido a los órganos jurisdiccionales, de investir al TC, en armonía con la prohibición al mismo tiempo de desaplicar pura y simplemente las leyes disconformes con la Carta Magna, sería correlativo a la particular estabilidad que asumen en el ordenamiento jurídico las resoluciones jurisdiccionales, estabilidad que se expresa en la cosa juzgada, a tenor de la cual se presentan como los actos que crean estado y son idóneos para declarar definitivamente el derecho en el caso concreto.

Desde esta óptica adquiere total significado el no reconocimiento de tal poder-deber a sujetos distintos de los órganos jurisdiccionales en sentido estricto: partes y MF, así como a los propios jueces en el ejercicio de actividades no jurisdiccionales.

En buena lógica esta hermeneusis, amén del vínculo en general entre actividad del TC y función jurisdiccional, destaca la configuración de la fase instaurativa del juicio incidental con límites más estrechos, en dependencia comprensiblemente del concepto de Jurisdicción, acción y proceso que se sosten-

ga⁴⁵, que otras visiones que estimaban preeminente el interés en que el TC pudiere pronunciarse sobre el mayor número posible de cuestiones⁴⁶.

Dicha restricción que, teóricamente, viene operada a través de la búsqueda del criterio cualificador de la jurisdicción encontrado –por autores como Allorio en Italia y, en España, por Serra Domínguez– en la cosa juzgada⁴⁷, origina una vinculación más estricta entre Tribunal Constitucional y función jurisdiccional. La restricción que de ello derive habría de compensarse con el reconocimiento al juez, en caso de mera duda de inconstitucionalidad –es decir, y como plantean en Alemania Hamann, Ipsen, Mueller, etc.– de la posibilidad de llevar a cabo una interpretación adecuada de la ley ordinaria.

En esta tesis puede detectarse un cierto distanciamiento entre la configuración del mecanismo introductorio del juicio incidental considerado en sí mismo y la concepción

⁴⁵ Sobre mi concepto de la Justicia y de los institutos que analíticamente la integran, vid. PEDRAZ, E., *Derecho Procesal penal*, I. *Principios de Derecho Procesal penal*, Madrid, 2000, esp. pp. 21 y siguientes.

⁴⁶ Tal dependencia respecto al concepto de jurisdicción y de proceso ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, cit., p.1383 y ss, quien destaca la interpretación extensiva que de los mismos ha sido realizada por la Corte Constitucional italiana, admitiendo las cuestiones propuestas en negocios de jurisdicción voluntaria y las surgidas en procedimientos desenvueltos ante las Comisiones Tributarias y Consejeros comunales en sede “contencioso-electoral”. Afirma no obstante la incertidumbre acerca de los criterios utilizados por ese órgano y, en concreto, si ha tomado el proceso en sentido formal o sustancial.

⁴⁷ De todo punto insuficiente como he demostrado en mi *Derecho Procesal penal*. T.I. *Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000, esp. pp. 24 y siguientes y en los trabajos: “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, “La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu” y “Sobre el ‘Poder Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial’”, los tres en mi libro: *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990.

del proceso ante el Tribunal Constitucional como un juicio abstracto, que prescinde de él, y trasciende la posibilidad aplicativa de la ley en el proceso *a quo*.

2. Pero yendo más allá puede destacarse una *Segunda orientación* (representada en Italia, entre otros, por Modugno) que, tras pasando el interés a la definición constitucionalmente correcta del proceso, ha hecho prevalecer un interés público general sito en un plano distinto, llegando a coincidir con el fin último del mismo sistema de control de la constitucionalidad de las leyes: supresión del ordenamiento jurídico de normas legales incompatibles con la Primera Norma.

De este modo, el juicio *a quo* no sería más que el instrumento previsto por motivos de funcionalidad del Tribunal Constitucional para evitar su saturación con cuestiones dilatorias y pseudocuestiones.

Empero cabe objetar a esta postura que, sí es este el interés que subyace en el juicio incidental de inconstitucionalidad, resulta incomprensible e incorrecta toda limitación al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, apoyable en cualquier otra *ratio*, fundamentalmente en exigencias propias del proceso *a quo*.

Concebido el juicio *a quo* como mera ocasión del proceso de inconstitucionalidad⁴⁸ justificada por la necesidad de individualizar un sujeto: el juez, éste aparece para garantizar una primera selección de las cuestiones, precisamente por la estratégica posición que ocupa entre los diversos operadores jurídicos. En este sentido podría llegar a utilizarse la expresión alemana *Vorlageberechtigung*⁴⁹ (así, Haerberle, quien además evidencia la peculiaridad del Derecho Procesal constitucional).

⁴⁸ Tal posición no fue acogida por la jurisprudencia constitucional italiana. Así, vid. PIZZO-RUSSO, A, *Lecciones de Derecho constitucional*, II, Madrid, 1984, p. 25 y ss., ni tampoco mayoritariamente por la doctrina, en este sentido, del mismo autor, Ancora sulla..., cit., p. 1488 y ss.

⁴⁹ Habría que aludir pues a una mera legitimación *para plantear la cuestión*.

Tal concepción del juicio *a quo* supone infravalorar la relación entre ambos procesos acentuando sobre todo la autonomía del constitucional, por cuanto sirviendo en éste la decisión para suprimir normas contrarias a la Carta Magna, aparece indiferente que valga o no para resolver también la duda en el proceso *a quo*⁵⁰.

De aquí deriva una amplísima concepción de la relevancia que no implica la necesaria utilización en el proceso *a quo* del pronunciamiento constitucional. Es suficiente, pues, con una mera duda, con una simple intuición para que el juez deba promover la cuestión. El problema es que tal formulación de la relevancia es: difícilmente armonizable con la exigencia normativa del artículo 35. 2 LOTC de motivación de la relevancia (se habla en este precepto de “especificar y justificar” y con la redacción del art. 5.3. LOPJ⁵¹ no se aviene, asimismo, con la obligación de suspender el juicio *a quo*, obligación que connota un nexo probado y no sólo intuido de la prejudicialidad de la cuestión y, finalmente, denota un claro intento de atribuir al TC toda valoración en orden a la constitucionalidad de las leyes.

Indudablemente esta postura, en alguna medida—como la pescadilla que se muerde la cola—, contacta con la concepción de Calamandrei⁵² del juez/portero/filtro, descono-

⁵⁰ En alguna medida puede decirse que esta interpretación encontraría algún apoyo en la postura adoptada por el TC español, quien, desde una hermeneusis que trasciende los términos literales del art. 35.2 LOTC, ha estimado la admisibilidad de planteamiento de la cuestión fuera del momento preclusivo en él establecido “...dentro del plazo para dictar sentencia...”. De este modo ha admitido no sólo las propuestas con anterioridad al período definitivo sino también las planteadas después de dictar sentencia. En este tenor, vid. S. 8/1982 y 54/1983, cfr. CARNEVALE, P., *Irrilevanza di fatto...* cit., p. 2392-4.

⁵¹ Precepto de la LOPJ según el cual sólo proceder el planteamiento de la cuestión cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

⁵² CALAMANDREI, P., “La ilegitimidad constitucional de...”, cit., p. 64 y del mismo, “Corte constitucional y autoridad judicial”, cit., p. 123.

ciendo que el poder de abrir la puerta del TC no se asigna a un sujeto prescindiendo de la función al mismo atribuida sino al juez que en cuanto tal está conociendo de un proceso concreto y que por ello debe tener presentes sus exigencias.

Ampliando al máximo las posibilidades controladoras del TC, se reducen al mínimo las de control de selección del juez común, y por tanto, la posibilidad objetiva del TC de influir con la propia jurisprudencia interpretativa sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Es coherente la tesis examinada de reducir el proceso *a quo* a mera ocasión de inicio del proceso constitucional, con la proyección de la actividad del TC en el plano de las relaciones entre fuentes del derecho (así, Rubio Llorente y Aragón Reyes⁵³) aunque cada uno de ellos ubica y valora la eficacia de la jurisprudencia constitucional de modo distinto: para el primero ocupa un lugar parejo al de la propia ley, para el segundo sería encajable dentro de la jurisprudencia y, por tanto, en el N° 6 del art. 1 código civil⁵⁴.

De lo inmediatamente dicho podría derivarse una plena autonomía interpretativa de los jueces, aun en presencia de sentencias del TC, lo que tampoco sería aceptable a la luz

de lo prevenido en el art. 40.2 LOTC y 5.1. LOPJ.

Esta visión lleva a desconocer lo que ha sido centro de preocupación normativa y doctrinal: comprensión de la actividad del TC como regulador de la aplicación constitucionalmente correcta de las leyes en los juicios comunes. O sea, minusvalora la vinculación inicial entre proceso *a quo* y proceso constitucional y, por tanto, entre pronunciamiento del TC y aplicación judicial de la ley.

La función del TC no sería reconducible a ninguna otra del Estado, particularmente ni legislativa ni judicial, con lo que, y habida cuenta de las demás atribuciones que se le reconocen en el art. 161 de la CE, aparecería configurado el TC como poder autónomo, como cuarto poder del Estado e incluso como superpoder (Massing, Drahp, Doehring, Krueger, etc.). Desde esta configuración de la fase de planteamiento y entendiendo que basta con la mera intuición de inconstitucionalidad para basar el deber de promoverla, se convierte en abstracta y por tanto en no controlable dado que el acto intuitivo que está en la base del planteamiento no permitiría cotejo o comparación con parámetros suficientemente objetivados.

E) Tras esta exposición, parece conveniente *reasumiendo la fundamental* realizada, esquematizar las repercusiones derivables de cada una de las dos concepciones sobre la fase de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad. Decimos únicamente dado que la preliminar descrita: concorde con la visión del juicio incidental de constitucionalidad como instrumento concedido a las partes, expresa o tácitamente o, mejor dicho, inmediata o mediatamente, para tutelar sus derechos e intereses constitucionalmente garantizados, la rechacé por su inaplicabilidad a la vigente normativa así como por su abandono en países como Italia; fruto tal abandono de la evolución-publicitación de los intereses tenidos en cuenta.

La primera postura se caracteriza por lo siguiente:

⁵³ RUBIO LLORENTE, "Sobre la relación entre TC y Poder Judicial..." cit. p. 57., ARAGÓN, M., "Dos cuestiones interesantes...", cit., p. 570 y ss.

⁵⁴ El art. 1 del código civil español dice:

1. Las fuentes del Ordenamiento Jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en...

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en...

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales...

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

– estrecha vinculación del juicio constitucional con el proceso *a quo* en el que surge la cuestión, tendiendo a concebir el sistema de planteamiento del juicio incidental en función de la decisión del proceso ordinario y en la formulación de autores como Onida, Esposito y Cappelletti, sobre todo, en función de la aplicación judicial de las leyes. El papel del TC es identificado, tanto en el control de constitucionalidad de la legislación en *si y per se* como en la verificación de la constitucionalidad de la aplicación de la ley en sede jurisdiccional, sea por el juez *a quo* sea por los órganos jurisdiccionales en su conjunto;

– su fundamento puede encontrarse en la decisión del constituyente de crear un órgano de justicia constitucional (jurisdicción concentrada), en aras a lograr la certeza constitucional, rechazando el sistema norteamericano de la *judicial review* (control difuso) no reconociendo a todo juez el poder de desaplicar la ley considerada disconforme con la Primera Norma, lo que hubiera carecido además de sentido en España por la no vigencia del *stare decisis*. Lo dicho sin olvidar además la evidente exigencia de una cierta sensibilidad político-social dadas las consecuencias de sus decisiones que se reconoce al TC pero no a los órganos jurisdiccionales ordinarios (como han destacado Leibholz y Rupperecht⁵⁵).

Todo ello sin perjuicio del reconocimiento al juez ordinario de un *Prüfungsrecht* o control previo y/o selector de constitucionalidad a fin de evitar, de un lado, la formulación de cuestiones arbitrarias y meramente dilatorias, que desvirtuaran la propia función jurisdiccional en sentido estricto y, de otro lado, la saturación del TC impidiéndole el cumplimiento de la totalidad de sus atribuciones. El punto ha sido trazado por el TC español, no del todo uniformemente, excluyendo la admisibilidad de cuestiones notoria o manifiestamente infundadas y exigiendo al juez común “especificar y justificar” la necesidad (relevancia-prejudicialidad) del pronunciamiento, lo que puede significar el recono-

cimiento a los jueces de un papel bastante limitado en orden al control de constitucionalidad y en armonía con la oportunidad –que debe ser más amplia para la promoción del juicio incidental.

– finalmente y asimismo podrían suscitarse, partiendo de esa configuración de la prejudicialidad-relevancia (llevada a sus últimas consecuencias), los siguientes problemas:

- a) Si el TC emitiera un pronunciamiento desestimatorio sobre la cuestión planteada, el órgano *a quo* tendría que aplicar la norma cuya inconstitucionalidad suscitó; si fuere estimatorio, tendrá entonces que aplicar obligatoriamente el juez promotor la norma que sustituya a la declarada inconstitucional. Ello precisamente porque el precepto con rango de ley sobre el que recayó la duda de constitucionalidad ha sido objeto de consideración por el TC, únicamente en la medida en que era “prejudicial”, o sea, decisivo para la resolución de la controversia. Pertenece consiguientemente al TC el control del juicio de relevancia explicitado por el órgano ordinario en el auto de planteamiento. Esto supone en último extremo la vinculación del órgano de instancia en su función estrictamente jugadora (que implica el pronunciamiento sobre “hechos”) a la resolución del TC (que sólo recae sobre leyes o normas con fuerza de ley).
- b) Si se estima que no es vinculante para el juez la sentencia del TC –en el sentido de que rige el *iura novit curia* y de que son diversos los objetos sobre los que recae la actividad juzgadora común y la del TC– y sin embargo se sigue la interpretación de que la relevancia significa: necesaria y esencial aplicabilidad de la norma, con fuerza de ley, cuestionada en el proceso *a quo*, en el momento en que el juez ordinario actúe una norma distinta a la impugnada habrá que concluir que la cuestión no era relevante y, por tanto, la sentencia del TC ha de considerarse como inexistente. Lo que está en evidente contradicción con los arts. 164

⁵⁵ LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgesetz*, op. cit., p. 5 y ss.; LEIBHOLZ, G, *Der Status des...*, cit., p. 72.

CE, 38 y concordantes de la LOTC y 5 LOPJ.

La segunda concepción interpretativa de la fase de planteamiento tiende a reconstruirla, minimizando el significado del ligamen entre juicio *a quo* y de inconstitucionalidad, en atención a la que es considerada función propia y esencial de la jurisdicción constitucional sobre las leyes: o sea, supresión de toda norma legislativa opuesta a la Primera Norma.

El TC es concebido pues como poder en sí, caracterizado por la especificidad e irreducibilidad de las connotaciones propias de la función que se le asigna, la cual viene claramente diferenciada de la jurisdiccional propia de los jueces comunes; el control sobre la legislación tiende pues a configurarse como control abstracto; el interés en la aplicación judicial de la ley de manera constitucionalmente correcta no se elimina totalmente, pero pasa a un segundo plano y, lo que es más importante para nuestro tema, no es hecho valer en orden a la reconstrucción de la fase de promoción del juicio de inconstitucionalidad que viene modelada sobre tal interés general, de por sí extraño a la *litis* objeto del proceso *a quo*.

Concebida la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento para lograr el control de la correspondencia en abstracto de la legislación con la Suprema Ley, todas las normas de rango legislativo son tendencial o potencialmente susceptibles de ser sometidas al control del TC, lo que puede no suceder para todas las cuestiones posibles, si se sigue la afirmación que rígidamente vincula el proceso constitucional a la exigencia de definición de los procesos pendientes, y la preeminencia de aquella *ratio* sobre cualesquiera otras permitiría sostener que las normas legales sobre cuya conformidad surjan dudas deben ser sometidas al control del TC, incluso si de tal control no dimanaran consecuencias apreciables para la definición del proceso ordinario.

El control sobre la legislación no está limitado a lo que resulta funcional a la resolución de los juicios pendientes, sino que puede extenderse por tanto hasta dar lugar a pronunciamientos no influyentes sobre los mismos;

lo que conllevaría consentir al TC pronunciarse no sobre lo que la ley significa y vale para el proceso *a quo*, sino sobre lo que significa y vale en abstracto, prescindiendo de las eventuales consecuencias en el proceso en que la cuestión emergió.

Cierto es que adoptar la posición de un juez de derecho objetivo puede conducir a que el TC —mediante un abstracto control— se enfrente con el legislativo, aunque en verdad el papel que juegue no sea el de legislador positivo sino el de “sustituto del legislador” como se ha llegado a afirmar por Henke y, para Italia, por Occhicupo.

Desde esta segunda concepción caben además las siguientes derivaciones:

a) que la cuestión de inconstitucionalidad se transforme en control abstracto de normas confundiendo con el recurso de inconstitucionalidad en este sentido.

b) peligro de utilización de la cuestión de inconstitucionalidad con fines dilatorios por el órgano *a quo*, lesionando el derecho de las partes a un proceso sin dilaciones indebidas (arts. 24.2 CE y 6 de CEDH)⁵⁶. Se refuerza tal peligro en cuanto que: al juez promotor, a diferencia de lo que sucede con quienes formularan recursos de inconstitucionalidad o de amparo con temeridad o abuso de derecho (art. 95.3 LOTC), no se le podrán imponer sanciones pecuniarias ni tampoco —art. 95.2 LOTC— las costas derivadas de la tramitación del proceso (precisamente por cuanto no es parte); al constituir también un deber el planteamiento de la cuestión, su omisión podría dar lugar a un delito de prevaricación.

c) si el proceso es la exigencia constitucionalmente establecida para la satisfacción

⁵⁶ Con lo que implica este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable (arts. 24.2 CE, 6 CEDH, 14 PIDCP, 8 CADH, sobre él vid PEDRAZ, E., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *La reforma de la Justicia penal (Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedemann)*, pp. 383 y ss., también del mismo, *Derecho procesal penal*, T.I, cit., esp. pp. 291 y ss.

de los derechos e intereses legítimos⁵⁷, su utilización de manera indiscriminada e inconexa, como mera ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad, conllevaría lesionar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: se vería desvirtuado el proceso como imperativo constitucionalmente previsto para satisfacer pretensiones.

En resumen, las dos perspectivas en que puede ser ubicado el sistema de promoción del juicio incidental de inconstitucionalidad son por tanto:

1ª.- La que concibe la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento para resolver la duda que surge en un proceso en orden a la constitucionalidad de la ley a aplicar.

2ª.- La que configura a la cuestión como instrumento para permitir al TC eliminar del Ordenamiento jurídico las normas con fuerza de ley inconstitucionales.

F) Indudablemente las ventajas y desventajas de ambas construcciones hacen deseable una concepción mixta, que se echa a faltar en la praxis del TC español. Examinando los supuestos que dieron lugar a las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (A 250/1982, SS 54/1983, 50/1985 y 151/1985, 169/1985, 171/1985, autos con N° de registro y fecha 253/1984 de 24-E, 282/1985 de 19.7, 546/1985 de 23.7, etc. En todos ellos se suscitó la inconstitucionalidad de los arts. 707, 709 y 710 Código de Justicia Militar por estimarlos contrarios a los arts. 14 (sobre la igualdad ante la ley), 24 y concordantes de la CE. Tales preceptos del CJM consagraban en materia de embargo de sueldos o haberes personales de los militares un privilegio en evidente contradicción con la Primera Norma.

⁵⁷ O también podría ser definido el proceso como: “La exigencia constitucionalmente prevista para el desarrollo imparcial de la potestad jurisdiccional por predeterminados órganos jurisdiccionales, independientes, a fin de satisfacer los intereses jurídicos socialmente relevantes”. Con mayor amplitud, en conexión con Jurisdicción y acción, vid. mi *Derecho Procesal penal*, T.I., *Principios de Derecho Procesal penal*, Madrid, 2000, esp. pp. 24 y ss.

Planteadas la cuestión, en unos casos a consecuencia de la obligación de prestar alimentos y en otros en relación a “responsabilidades civiles” el TC, inaplicando el art. 39 LOTC y con base en un concepto de relevancia-prejudicialidad excesiva e inexplicablemente rígido, ha originado la promoción de todas estas cuestiones en lugar de tener en cuenta, ya desde la primera sentencia, que “la jurisdicción militar de acuerdo con el art. 118 CE (y 3.2 LOPJ) únicamente puede operar en el ámbito estrictamente castrense –a salvo el supuesto de estado de sitio del art. 117.5 CE– por lo que las situaciones ajenas a tal ámbito –relaciones familiares y sus repercusiones económicas como también responsabilidad civil en general– quedan sometidas a la jurisdicción ordinaria y a las normas que regulan su actividad procesal... Sin embargo, sólo en la última de las sentencias citadas, la 151/1985, llega a aceptar que “la oposición del art. 710 CJM a los mandatos constitucionales resultaría así declarada no sólo en los casos de resoluciones judiciales atinentes a alimentos, sino también en todos los demás supuestos en él previstos que queden fuera del ámbito estrictamente castrense, al remitirse el art. 710 CJM a las precisiones del art. 709 del mismo cuerpo legal (CJM), referidas únicamente a actuaciones de Juzgados o Tribunales ordinarios”.

Pero, mientras se ha llegado por fin a tan lógica solución, piénsese en la serie de perjuicios que, con la consiguiente suspensión de los procesos al plantear las cuestiones, se han producido a las partes; en el coste que ha requerido llegar a tal resolución; en la pérdida de tiempo para el propio TC que ha tenido que pronunciarse tantas veces sobre un tema que podría haber dejado resuelto desde la primera sentencia. Y todo ello pese a que, por ejemplo, el TC ya en la S. 54/1983, *Fundamento Jurídico 2*, hable de “interpretación flexible”, “carácter no formalista”, etc.

Debe armonizarse por consiguiente una relevancia/prejudicialidad que conlleva la suspensión del juicio *a quo*, con la posibilidad de plantear cuestiones y de que sean resueltas por el TC, sin exigir un nexo rígido con el proceso ordinario que delimite tan estrictamente el ámbito material del pronunciamien-

to, obligando al juez común –suspendiendo el proceso y por tanto dilatándose aún más la impartición de justicia– a plantear una cuestión claramente conexa. Ciertamente el TC se ha salido en ocasiones de tan estrecha visión, así en las citadas SS 76/1982 y 27/1985 –aunque en ambos casos con un voto particular por estimarse infringido el principio de congruencia–. La necesidad de una construcción mixta es menester para lograr una cooperación activa entre TC y jueces ordinarios –ya reclamada por Calamandrei–, superadora de cualquier conflicto entre ellos y posibilitadora de la realización de la Primera Norma, supliendo, ora la inercia del legislador, ora cualquier desviación con la que éste pueda, “restaurando viejos ordenamientos, implantar un régimen distinto del plasmado en la Constitución” (Calamandrei). Esquemáticamente podría delinearse tal concepción mixta desde los siguientes criterios:

1. La expresión “...norma con rango de ley aplicable...”, del art. 35 LOTC (y también del 163 CE y 5.2 LOPJ) expresa –además de la limitación de la *cognitio* del TC a normas de rango determinado: leyes o “normas con rango de ley” (163 CE y 5,2 LCPJ)– una idea de vinculación entre proceso constitucional y proceso ordinario; hay que rechazar por lo tanto en esta sede cualquier postura que lleve a una desconexión absoluta entre ambos procesos.

2. Hablar de “...cuya validez dependa el fallo...” (art. 163 CE, 35.1 LOTC y 5.2 LOPJ) no limita la interpretación a la norma directamente aplicable en el momento de dictar sentencia como en este sentido tiene declarado en reiterada jurisprudencia el TC español, sino que ha de referirse a cualquiera cuya aplicabilidad al proceso (en el sentido de posibilidad, considerada por el juez, de ser utilizada aunque en último término éste, en aras del *tura novit curia*, no llegue a hacerlo por estimar que existe otra en el Ordenamiento jurídico en la que son más exactamente subsumibles los hechos objeto de la *litis* pueda llegar a suponer un cambio en el sentido de la decisión de la controversia; también cuando la eficacia de la resolución definitiva depende

de la validez de la norma en cuestión. De este modo se dejan fuera –declarándose su inadmisibilidad– todas las cuestiones planteadas que sean absoluta, notoria o manifiestamente irrelevantes para el proceso *a quo* y que pudieren suscitarse por motivos espurios.

De lo dicho puede deducirse:

a) que únicamente corresponde al TC el enjuiciamiento de leyes y en ningún caso de hechos (lo que pertenece al ámbito de la jurisdicción “común”).

b) que el órgano *a quo*, al plantear la cuestión devuelve al TC el conocimiento de la posible inconstitucionalidad de aquel precepto de una norma legal que estima aplicable al caso.

c) que en modo alguno el Tribunal constitucional, en cuanto juez de las leyes, ha de circunscribirse en su examen y consecuente pronunciamiento a la declaración de constitucionalidad, inconstitucionalidad o interpretación del precepto específico que se le somete por el juez común, sino que ha de extenderse –por virtud de lo prevenido en el art. 39.1 LOPC– a “...aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto de fuerza de Ley...” conexos o consecuentes.

Tiene pleno sentido el mencionado art. 39.1 LOTC, por cuanto el órgano constitucional, en su función saneadora del Ordenamiento Jurídico, ha de ir más allá de las exigencias del juez común (concretables en resolver jurídicamente la contienda de modo constitucionalmente correcto). Es decir, los ejemplos del Código de Justicia Militar muestran que, ya se trate de la obligación específica de prestar alimentos, ya de satisfacer los créditos contraídos con terceros por causas jurídicas diversas, ambos tienen una raíz común: suponen una discriminación injustificada del personal militar que entraña una protección de privilegio respecto de cualesquiera “personas que no ostentando tal condición, se encuentran sujetas a responsabilidades civiles de posible efectividad sobre su sueldo, salario o jornal” (STC. 169/1985).

En cuanto los arts. 707, 709 y 710 CJM consagraban tal especial situación contraria a la igualdad acogida en el art.14 CE, así como que la actuación de las autoridades militares

basada en tales normas del CJM implicaba la lesión de los arts. 118 y 117.5 CE⁵⁸, puede afirmarse la inconstitucionalidad de todos ellos dado que se alimentan de una misma y única norma, y por tanto son también relevantes. Estimo que en este sentido, tal vez fuere más correcto decir que se anulan por provenir todos de una misma norma que en sí misma lesiona un precepto constitucional que, por el contrario, manifestar que se lleve a cabo su anulación por conexión. De este modo habría que llevar a cabo la “declaración genérica de inconstitucionalidad”.

d) Con apoyo en el punto anterior podría objetarse que, dentro de tan amplios límites, la labor del TC con cada cuestión planteada sería interminable si tuviera que examinar todas las situaciones contempladas en el ordenamiento jurídico susceptibles, por ejemplo, de plasmar una situación de privilegio, contraria al art. 14 CE. Este punto está resuelto en el propio art. 39.1 LOTC al decir “...aquellos otros *de la misma Ley*, disposición o acto con fuerza de Ley ...”; por tanto, el TC no puede extender la declaración de inconstitucionalidad –en su caso– a preceptos no contenidos en la misma ley cuestionada a la que pertenece el denunciado por el órgano *a quo*, aunque supusieran desarrollo del mismo principio jurídico.

Según expongo más arriba, regula el 39.1 LOTC un concepto normativo de lo que debe entenderse por precepto conexo o consecuente, estableciendo como límite infranqueable la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley en el que se integra el precepto cuestionado.

G) Autocuestión: A tenor del art. 55 LOTC cualquiera de las dos salas que forman el TC puede plantear al Pleno su duda de constitucionalidad acerca de un determinado precepto legal del que pudiere conocer al estimar un recurso de amparo. Su razón de ser estriba, en primer lugar, en que a través del recurso de amparo constitucional únicamente es factible tutelar un derecho fundamental que ha sido desconocido, negado o violado, pero no es de recibo el control del acto con fuerza de ley perjudicial o dañoso, lo que corresponde a través de la cuestión de inconstitucionalidad. En segundo lugar, generalmente el recurso de amparo compete a las Salas mientras que en todo caso la cuestión se atribuye al Pleno del TC.

La vinculación al proceso previo no es igual que en los otros casos en que es el juez *a quo* el que formula la cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta de que el pronunciamiento del Pleno sobre el precepto discutido es siempre ulterior a la decisión del proceso previo (STC. 31/2000 de 3.2).

⁵⁸ Art. 117 CE: “5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de Estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

Art. 118 CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.