

nalidad de la norma en cuestión, sea un enjuiciamiento necesario para el proceso "a quo", ya que si en todo caso se estimase la inconstitucionalidad de la misma, conforme al citado principio, el Juez deberá de todas formas aplicarla.

La absoluta falta de vinculación que produce la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, en el supuesto de que la norma objeto del juicio de inconstitucionalidad sea norma que conlleve algún privilegio, provoca que ésta no sea susceptible de ser cuestionada a través de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que en todo caso la decisión del Tribunal Constitucional no puede incidir en el fallo.

El problema, tratado en Italia por Dogliani (462) y Zagrebelsky (463), es, en opinión del segundo, uno de los fallos que tiene el control de inconstitucionalidad en vía incidental.

las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, se extiende también al derecho administrativo de carácter sancionador como ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en su S. 18/81 de 8 de junio BOE 16-6-81 f.j.2
(462) DOGLIANI, Irrilevanza necessaria della questione relativa a norme penali di favore, en Giur.Cost. 1976, pp. 585 y ss.
(463) ZAGREBELSKY, Giustizia Costituzionale, op. cit., pp.105 y 106.

Aunque el Juez considere que una norma de privilegio es inconstitucional y eleve por tanto cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma -estima Zagrebelsky- que en caso de que el Tribunal Constitucional estimase la inconstitucionalidad de aquélla, la sentencia no produciría efecto alguno en la decisión del proceso principal, ya que ello supondría atentar contra el principio constitucional, en virtud del cuál las normas sancionadoras no favorables o las restrictivas de derechos individuales no pueden tener efecto retroactivo (art. 25 Constitución Italiana).

Según Zagrebelsky, el Tribunal Constitucional en este caso no debe estimar la inconstitucionalidad de la norma, lo que pondría el órgano judicial en una textura realmente difícil, (cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional supondría infringir el principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras) sino no entrar a conocer del fondo del asunto por falta de incidencia de la norma impugnada en el fallo.

La consecuencia lógica es que ésta clase de normas no podran ser nunca objeto de cuestión de inconstitucionalidad, dado que sean o no contrarias a la Constitución, lo que si atenta contra la misma es la anulación con efectos para el caso concreto de esta categoría de

actos normativos.

Pasemos ahora a analizar el segundo supuesto:

Aunque el objeto de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional -la norma presuntamente inconstitucional- suele ser un objeto diferenciado, del que lo es de la cuestión principal, existen ocasiones en que ambos objetos pueden ser casi idénticos:

En el supuesto de que el objeto de la cuestión principal verse sobre la impugnación de un acto de aplicación de una disposición normativa de carácter singular, fácilmente se puede apreciar que en el caso de que el órgano judicial eleve sobre la misma la respectiva cuestión de inconstitucionalidad, el mismo acto legislativo está siendo impugnado ante la jurisdicción ordinaria -en base a su ilegalidad- y ante la jurisdicción constitucional -por su presunta inconstitucionalidad- (464).

(464) La cuestión de inconstitucionalidad nº704/84 resuelta por STC 106/86 de 19 de diciembre BOE 3-1-87, es un claro ejemplo del supuesto a que aludimos. Con motivo de un proceso interdictal, donde la constitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la Ley 7/83 de 29 de junio fundamentarian la desestimación de la demanda, el órgano judicial que estaba conociendo de dicho asunto, promueve cuestión de inconstitucionalidad sobre los mismos. Obvio resulta, que el objeto del juicio interdictal y el del proceso constitucional que se siguió a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad, son similares. En el primero se estaba conociendo de la pretendida inconstitucionalidad por parte del demandante del acto de expropiación, en el segundo, de la inconstitucionalidad del decreto ley.

Evidentemente, si en el proceso ordinario se suscita la duda sobre la constitucionalidad de dicho acto, el objeto del proceso constitucional queda casi identificado con el del proceso principal.

Ahora bien, no obstante ser ésta la apariencia, como bien han puesto de manifiesto Gionfrida (465) y Capelletti (466), existen diferencias sustanciales.

Así, estima Gionfrida, poniendo el ejemplo de un acto legislativo por el cual se expropie un determinado bien por pública utilidad, que en caso de que se impugne dicho acto, de todas formas el objeto de ambos juicios -el principal y el del proceso constitucional- no serían iguales, ya que si hubiese lugar a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, la sentencia del proceso constitucional no desplegaría sus efectos sobre la situación jurídica subjetiva, cuya tutela en cambio constituye el objeto del proceso principal.

Como dice Capelletti (467), aunque la causa de pedir

(465) GIONFRIDA, Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale, pub en Studi in onore di E. Fula, Vol. II. Milano 1957, pp. 113 y ss.

(466) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., pp.16 a 18.

(467) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., p.18.

es la misma, lo pedido es diferente. En el proceso principal lo que se cuestiona es la relación jurídica derivada de la ley singular, en cambio en el proceso constitucional lo que se pide es la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma. Aunque, insistimos, la ley singular es el objeto de ambos juicios, el "petitum" es en cada uno de ellos diferente.

En definitiva, podemos decir que aunque algunas normas están sujetas a doble control, el control es diferente ya que -como hemos expuesto- aún siendo el objeto del juicio "a quo" la misma norma que el del proceso constitucional, la tutela que se recaba en cada una de esas jurisdicciones es diferente.

CAPITULO XI: EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.....	393
1).- Aspectos generales.....	393
2).- Clasificación de las causas de inconstitucionalidad.	394
II.- LA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL.....	401
1).- Diferentes supuestos de inconstitucionalidad material o sustancial.....	401
2).- La igualdad en la Ley y la igualdad ante la ley.....	405
3).- La problemática de las denominadas normas interpuestas. El artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	410
III.- LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL.....	417
1).- La gravedad de la sanción genérica de nulidad para todos los casos de inconstitucionalidad formal.....	417
2).- La distinción entre inconstitucionalidad formal y la inexistencia de la ley.....	423
3).- Inconstitucionalidad formal por falta de competencia del sujeto productor del acto normativo.....	425

CAPITULO XI- EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.

1).- ASPECTOS GENERALES.

Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad -según establece el art. 27 LOTC- "el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución, y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella, de las Leyes, disposiciones o actos impugnados".

Así el art 27, parece que la "inconstitucionalidad" es una cualidad o estado en que pueden incurrir las normas, y que toca apreciar al Tribunal Constitucional, para lo cual enjuiciará la conformidad o disconformidad de éstas con la Constitución (468).

Como quiera que cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma -conforme preceptúa el art. 39,1 LOTC- declarará asimismo nulo el precepto impug

(468) Sobre la oportunidad de los términos utilizados por los arts. 27 y 28 de la LOTC, vid. ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.116, donde valora positivamente la utilización de los términos "conformidad ó disconformidad empleados en la LOTC, ya que reflejan el concepto forense de no ser un acto conforme a derecho, recogido con referencia a los actos administrativos en la LJCA. Así el art. 83,1 de la LJCA prescribe que: "La sentencia desestimará el recurso contencioso-administrativo cuando se ajustare a Derecho el acto o disposición a que se refiera".

nado, hay que convenir que, el estado de inconstitucionalidad (469), es aquél en que puede estar una norma cuando sea disconforme a la Constitución, que conlleva mediante su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, su declaración de nulidad.

2).- CLASIFICACION DE LAS CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

En el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad de las normas, se ponen en confrontación no sólo dos normas, la ordinaria y la constitucional que se presume infringida, sino la ordinaria y la Constitución (470), a fin de enjuiciar si aquélla es compatible con ésta. En caso de que sea disconforme, será declarada inconstitucional.

No distingue la LOTC ni la Constitución, las causas por las cuáles deberá entenderse que una norma es contraria a la Constitución (471). La categoría general es la

(469) Respecto a la oportunidad de denominar a este vicio, inconstitucionalidad, en contraposición a ilegitimidad, vid. CALAMANDREI, la ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., pp.44 y 45, quien señala que la expresión "ilegitimidad" tiene, al asimilarse con la adoptada en el ámbito administrativo (ilegalidad), menos connotaciones políticas que la de inconstitucionalidad, y es por ello más acertada.

(470) Vid. STC 32/1983, de 28 de abril BOE 17-5-83 f.j.1 (5º pfo.), así como la STC 42/83 de 20 de mayo, BOE 17-6-83, f.j.4, donde se hace referencia respectivamente al "bloque de constitucionalidad".

inconstitucionalidad que además siempre produce los mismos efectos: la nulidad de la norma impugnada (472).

Si en cambio ha sido ya interpretado el término "inconstitucionalidad" por el Tribunal (473), habiendo declarado éste al respecto que, "inconstitucionalidad (es) simplemente, el juicio de contraste entre dos normas al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas, inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino simplemente la premisa de esa consecuencia".

Al no establecerse, como si ocurre en la dogmática de los vicios de los actos administrativos, una mayor o menor graduación de efectos, según el vicio específico en que incurra el acto, se comprende por qué el legislador no ha entrado en la regulación de esta temática:

dad" y al "bloque normativo constitucional", como textos normativos necesarios para llevar a cabo la confrontación entre la ley presuntamente inconstitucional y la Constitución.

(471) Si en cambio lo hacía la Ley del Tribunal de Garantías de la República de 24 de Junio de 1932 en su art. 29, donde preceptuaba que: "1. Será inconstitucional una ley en la totalidad o en parte de sus disposiciones: a) cuando infrinja un precepto de la Constitución; b) cuando no haya sido votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución. 2. Las leyes regionales serán inconstitucionales, no sólo cuando infrinjan un precepto de la Constitución, sino también cuando incidan en infracción de los preceptos constitucionales de sus respectivos Estatutos".

(472) STC 11/81 de 6 de abril BOE 23-4-81, fj.2.

(473) Vid. en este sentido ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitución-1, op. cit., p.115. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, La jurisdicción constitucional en España, Madrid 1984, p.99, donde afirma que, "no es extraño que las leyes o no contengan definiciones de la inconstitucionalidad, o las que establezcan sean meramente indicativas, pues las manifestaciones de la inconstitucionalidad pueden ser muy variadas".

- Es indiferente la causa por la que una norma sea contraria a la Constitución, ya que en cualquier caso, siempre que contradiga lo dispuesto en ésta será declarada inconstitucional.

No obstante, a pesar de la aparente sencillez, los problemas se plantean por el contenido heterogéneo de la Norma Constitucional.

Efectivamente, los modos en que una norma puede ser contraria a la Constitución son muy variados, ya que, en definitiva, son el producto del contenido complejo de la Constitución.

De aquí -pudiéramos decir- que las diferentes modalidades de disconformidad de las normas ordinarias con la Constitución, marcan las relaciones que deben existir entre Constitución y legalidad ordinaria, y en consecuencia, entre poder constituyente y poder legislativo.

Al fin de establecer la base desde la que poder realizar una distinción fructífera, en lo que respecta a las diferentes modalidades de contradicción de las normas ordinarias con la Constitución, debemos distinguir primero, dentro de ésta, dos clases diferentes de normas

constitucionales. A saber:

a).- normas que prescriben o excluyen específicos contenidos materiales de la ley, y

b).- normas que imponen determinadas reglas procedimentales para la producción de los actos normativos. Desde aquéllas que contemplan el sujeto que deberá emitir el acto, hasta las que regulan el procedimiento para la formación del mismo.

Un caso y otro, corresponden a las categorías ya clásicas de inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material (474), recayendo la oportunidad de ésta distinción, en el dato de que así como cuando una norma adolece de inconstitucionalidad formal, puede ser su contenido material coherente sin embargo con el de la Norma Constitucional, ésta circunstancia no tiene lugar cuando la norma es inconstitucional sustancialmente, supuesto en que el contenido material de la misma siempre choca con el de la Norma Fundamental.

Dependiendo de la norma constitucional que se conculque, se imponen unas diferencias cualitativas en el

(474) Vid. GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., pp.243 y 244.

grado de contradicción con la Constitución:

- En el primer caso, (inconstitucionalidad formal), la norma ordinaria puede que no atente contra los valores materiales contenidos en la Constitución.

- En el segundo, (inconstitucionalidad sustancial), siempre infringe algún valor material contenido en la misma.

Las diferencias son radicales. Como trataremos al estudiar los casos de inconstitucionalidad formal, la gravedad de la sanción, consistente en la nulidad del texto legislativo -aunque la norma enjuiciada no conculque ningún valor material- ha provocado que algunos Tribunales Constitucionales -como es el caso del italiano (475)- consideren que debe aminorarse en determinados casos la gravedad de la misma.

Dejando por el momento esta cuestión, digamos que en principio son iguales las consecuencias de la inconstitucionalidad previstas por la LOTC, tanto para la inconstitucionalidad formal como para la material: esto

(475) Vid. S. de la Corte Costituzionale nº9 de 1959.

es, la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Es precisamente esta unilateralidad de efectos la que lleva a Zagrebelsky (476) a opinar, que no tiene sentido en el ámbito constitucional, realizar la distinción propuesta en el orden administrativo respecto de los diferentes vicios de los actos, ya que al existir en aquél una configuración unitaria de la inconstitucionalidad, ello ocasiona siempre el mismo resultado, esto es, la declaración de inconstitucionalidad con la subsiguiente declaración de nulidad de la norma.

No obstante ser cierta esta aseveración, no deja de ser interesante y sugerente la aportación de Calamandrei (477), quien con el mérito de haber sido su obra una de las más tempranas sobre la inconstitucionalidad de las leyes, clasificó las causas de contradicción de las normas ordinarias con la Constitución, distinguiendo entre, "Incompetencia", vicio en que incurrirían las normas ordinarias que alterasen los criterios de reparto del ejercicio del poder legislativo entre los órganos que lo poseen, "Exceso de poder", que estaría integrado por la in

(476) ZAGREBELSKY, *Giustizia Costituzionale*, op. cit., p.23.

(477) CALAMANDREI, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, op. cit., pp 47 a 52.

curción por parte de un poder público en un cometido o quehacer que según la Constitución está reservada a otra clase de órganos, y, "Violación de ley constitucional", que a su vez comprendería tanto la violación de ley formal (ordo procedendi), como la de ley material.

II.- LA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL.

1).- DIFERENTES SUPUESTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL O SUSTANCIAL.

Siguiendo a Zagrebelsky (478), una norma puede ser inconstitucional materialmente por las siguientes causas:

a).- Cuando respecto a un mismo supuesto de hecho, las consecuencias dispuestas por la Constitución y la norma ordinaria, sean puntualmente incompatibles.

b).- Cuando la Constitución disponga para una categoría general de casos, una regla que quede contradicha por el caso singular regulado en la ley ordinaria.

Este último es el supuesto típico, ya que generalmente la Constitución contiene disposiciones de principio, mientras que la ley ordinaria disciplina supuestos particulares. Para la apreciación de esta causa de inconstitucionalidad, es necesario realizar una previa labor de concrección de la disciplina constitucional en relación al caso concreto previsto en la ley.

(478) ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, op. cit., pp. 22 a 42.

c).- Cuando las normas constitucionales no contienen ningún principio informador de la disciplina legislativa, pero prescriben la persecución de determinados objetivos por obra de la ley, que aparecen incompatibles con los fines de la misma.

Verdaderamente, al preceptuar el art. 9,2 que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones 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", ésta norma impone una pauta de conducta que, así como la omisión simple de la misma será difícil de apreciar, cuando exista, sin embargo, una ley que sea radicalmente incompatible con estos objetivos, por ejemplo, la que estableciese un número "clausus" de puestos escolares, que fuese ostensiblemente inferior al grupo de individuos en edad escolar, puede ser considerado el art. 9,2 CE., como parámetro a tener en cuenta, para realizar el juicio de constitucionalidad de la misma.

Esta causa ha sido denominada por la doctrina italiana, "irracionalidad de la ley" respecto de los

fines constitucionales (479).

d).- Inconstitucionalidad por violación de las denominadas normas interpuestas.

Según Zagrebelsky, la violación a la Constitución puede venir indirectamente a través de la violación de normas que, aunque no son constitucionales desde el punto de vista formal, dado que la Norma Constitucional impone su observancia al legislador ordinario, adquieren una tutela similar a ésta.

Son llamadas "interpuestas" porque se colocan a mitad de camino entre la ley ordinaria y la Norma Constitucional, y constituyen el trámite a través del que puede determinarse una inireca violación a la Constitución.

e)- Por último, la aplicación del principio de igualdad ha hecho que se consolide como causa de inconstitucionalidad, el agravio al principio de igualdad a través de la práctica legislativa:

(479) Vid. ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit. pp. 26 a 30.

Se trata de normas que si bien en si mismas no atentan contra la Constitución, si la vulneran si se las coteja con las demás normas ordinarias, en cuanto que imponen una diferencia de tratamiento entre situaciones que racionalmente deben de considerarse iguales, ó al revés, que establecen un mismo tratamiento para situaciones que racionalmente deben considerarse diversas.

Habida cuenta de la complejidad de éstas dos últimas causas, entraremos a continuación a hacer ciertas reflexiones sobre las mismas.

2).- LA IGUALDAD EN LA LEY Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

A los fines del control de la constitucionalidad, la utilización del criterio del principio de igualdad, opera en un doble sentido.

A veces el control de la constitucionalidad se realiza sobre la lógica interna que rige la ley, y que prohíbe al legislador diferenciar situaciones que él mismo ha considerado equivalentes, ó al contrario, igualar situaciones que él mismo ha considerado distintas.

En otras ocasiones el control incide sobre la lógica externa, y su confrontación se deduce a partir del tratamiento legislativo que han merecido situaciones de hecho similares (480).

Nos estamos refiriendo a las categorías de igualdad ante la ley e igualdad en la ley, perfectamente diferenciadas por el Tribunal Constitucional, aunque -como señala Rubio Llorente (481)- y pese a no estar distinguidas expresamente dentro del art. 14 de la CE, no son, sin embargo, una creación del Tribunal, ya que la

(480) Vid. sobre esta cuestión, ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, op. cit., p.28.

(481) RUBIO LLORENTE, Voto Particular a la sentencia 103/83 de 22 de noviembre BOE 14-12-83.

Constitución de 1931 hacía ya referencia a ellas como supuestos diferentes en sus arts. 2 y 25.

"La igualdad ante la ley -nos dice Rubio LLorente- hace referencia a su eficacia, es decir, a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquéllos que se encuentran en la situación descrita en el supuesto; la igualdad en la ley, apunta por el contrario a su contenido, es un límite a la libertad del legislador. Para respetarla éste no puede establecer distinciones entre supuestos de hecho que desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma debieran ser considerados iguales, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria y discriminatoria".

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta dualidad de perspectivas desde las que apreciar la conculcación del principio de igualdad, expresando al respecto lo siguiente :

"El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14, hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad ó conveniencia de diferenciar situaciones distintas, y de darles un tratamiento diverso, que incluso puede venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art.1), a cuyo efecto atribuye, además, a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea

real y efectiva (art.9,3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable" (482).

"La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas, que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente ó, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art.53,1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (artículo 9, números 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los Poderes Públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse como discriminatoria" (483).

"Las consideraciones anteriores, reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (484).

Exponiendo las circunstancias más características de este criterio, hemos de decir que su utilización no tiene una general aceptación. La objeción al mismo por el

(482) STC 34/81 de 10 de noviembre, BOE 19-11-81, f.j.3.b).

(483) STC 34/81 de 10 de noviembre BOE 19-11-81, f.j.3.b).

(484) STC 34/81 de 10 noviembre, BOE 19-11-81 f.j.3,c). Vid también STC 103/83 de 22 de noviembre, BOE 14-12-83, y 76/83 de 5 de agosto, BOE 19-8-83.

Magistrado Díez Picazo (485) ha sido terminante:

"Si los supuestos de hecho son razonablemente desiguales, no hay ninguna tacha constitucional, que oponer a la desigualdad de consecuencias jurídicas. Si lo que se quiere examinar en cada caso es el carácter razonable y justificado de cualquier consecuencia jurídica, que el legislador conecte con cualquier supuesto de hecho que pueda entrar en comparación con otro -cosa obviamente siempre posible- el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva, corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio, no es en puridad competencia del Tribunal.

La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes, a los que suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva, y significa que, a igualdad de hechos, hay igualdad de consecuencias jurídicas".

(485) DIEZ PICAZO, Voto particular a la STC 34/81 de 10 de noviembre, BOE 19-11-81.

El razonamiento de Díez Picazo determina la necesidad de establecer los supuestos de hecho que han de ser considerados razonablemente iguales.

"Deben considerarse iguales los supuestos de hecho -ha declarado el Tribunal Constitucional (486)- cuando la introducción en uno de ellos, de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional -y sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario, para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales, si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional".

Y añade, "según la jurisprudencia de este Tribunal, cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales, se produzca una impugnación fundada en el artículo 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia, que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad, en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos y, en su caso, propuestos por el legislador, a quien antes hemos hecho referencia".

(486) STC 103/83 de 22 de noviembre BOE 14-12-83, f.j.5. Vid la utilización del criterio de igualdad en la ley, en la STC 76/82 de 14 de diciembre, BOE 15-1-83 donde con motivo de la improcedencia de recurso de casación ante la Sala Segunda del Supremo, contra sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, a los condenados a penas de privación de libertad de hasta tres años de duración, habida cuenta que en cambio, tal recurso si puede interponerlo el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional señala, que si bien el Ministerio Fiscal no es una parte privada, esa diferente posición con respecto a los condenados, no puede justificar una desigualdad que implique disminuir los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública. El derecho a un proceso contra todas las garantías establecido en el art. 24,2 CE, exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurso. Por tanto el artículo 14 de la ley 9/1980 se opone a este precepto constitucional, aplicándose aquí el principio de igualdad en la ley.

3).- LA PROBLEMATICA DE LAS DENOMINADAS NORMAS INTERPUESTAS. EL ARTICULO 28 DE LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la LOTC, unicamente hace referencia expresa a las normas interpuestas el art. 28 LOTC. A su tenor:

1. "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución, de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará además de los preceptos constitucionales, las Leyes, que dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas, o para regular o armonizar el ejercicio de éstas".

2. "Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución, los preceptos de un Decreto-Ley, Decreto-Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, o norma legislativa de una Comunidad autónoma, en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido".

El art. 28 es poco afortunado, y ello, tanto en su párrafo 1, aunque no haya hasta ahora suscitado críticas, como en su párrafo 2 que si las ha tenido, y graves. Veamos cada supuesto separadamente.

Que el art. 28,1 unicamente refiera como normas que habran de utilizarse para realizar la confrontación entre la Constitución y las normas ordinarias, a aquéllas que se hayan dictado para -como dice el precepto- delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas, no implica que sólo sean éstas las que pueden

utilizarse como parámetros, al objeto de realizar el enjuiciamiento respecto de la inconstitucionalidad de una norma. Nuestra fundamentación está en el carácter jurídico de la Constitución:

- En cuanto que una norma vulnere la Constitución por medio de la incompatibilidad con otra, cuyo contenido sea estricto desarrollo de aquélla, incurre, obviamente, en el vicio de inconstitucionalidad.

Ejemplo de ello pudiera ser una norma ordinaria, que dilatase ó no proveyese de medios necesarios a los órganos jurisdiccionales para la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, supuesto que contrariaría, por ejemplo, los arts 87,1 y 92 de la LOTC. Mediante la disconformidad con los mismos, se estaría en definitiva negando eficacia al Tribunal Constitucional, y en consecuencia a la propia Constitución (art.9 CE) (487).

Así pues, no estimamos que el art.28 LOTC pueda ser

(487) Cfr. con ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional, op. cit., pp. 119 a 122, quien considera que una de las causas de contradicción con la Constitución es asimismo la violación de normas interpuestas, causa de inconstitucionalidad que estima de carácter sustancial, y en consecuencia íntegra, junto a la violación de precepto constitucional, aplicación indebida de precepto constitucional, inconstitucionalidad por irracionalidad de la norma e inconstitucionalidad por desviación de poder.

considerado como precepto que añade nuevos parámetros a tener en cuenta para realizar el juicio de constitucionalidad, ya que, en primer lugar, las normas que deben ser confrontadas para realizar el juicio de contraste no son únicamente las mencionadas en dicho artículo, en segundo lugar, tal precepto -a nuestro parecer- se limita a explicitar -poniéndonos un ejemplo de norma interpuesta- que al ser las normas relatadas en el mismo desarrollo directo de la Constitución, habrá de revisarse también la contradicción en que la norma ordinaria pudiera incurrir respecto de éstas.

El carácter de normas interpuestas de que gozan las mencionadas en el art. 28,1, no se debe a que dicho precepto les haya atribuido ésta cualidad, lo que sería inconstitucional, sino al mandato constitucional que a éste respecto existe. Al ser preceptivo el cumplimiento de la Constitución (art. 9,1CE), podrá utilizarse cualesquiera normas que ayuden a confrontar la norma presuntamente inconstitucional con la Norma Fundamental.

Que el art. 28 no ha sido bien entendido, aparte que, desde luego, es bastante desafortunado, lo demuestra la opinión de Alvarez Conde (488), quien considera que a través de éste precepto, se establece un correctivo al

sistema de reparto de competencias establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, opinión que, dado que los propios Estatutos de Autonomía, y las leyes Orgánicas que desarrollen éstos, son objeto en potencia del control de la constitucionalidad, no podemos compartir.

El art. 28 no puede elevar a categoría constitucional dichas normas, circunstancia que, no impide, sin embargo, que como normas que desarrollan la Constitución, sean utilizadas a su vez para realizar el juicio de contraste de constitucionalidad, siempre que la norma ordinaria afecte a materia autonómica.

Así parece entenderlo Sanchez Agesta (489), cuando dice que "nos encontramos así con un cuadro de leyes que tienen un rango especial, y aunque no justifican directamente un recurso de inconstitucionalidad, deben tenerse en cuenta al apreciar la conformidad ó discordancia con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley".

(488) ALVAREZ CONDE, El régimen político español, Madrid 1983, p.351.

(489) SANCHEZ AGESTA, El sistema político de la Constitución Española de 1978, op. cit., p.381.

Verdaderamente esta calificación de "normas con rango especial", creemos que coincide con lo que nosotros hemos denominado normas interpuestas.

Además, el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias utiliza para contrastar la norma presuntamente inconstitucional y la Constitución, no solamente ésta sino lo que ha denominado "bloque de constitucionalidad" (490), ó "bloque normativo constitucional" (491).

Mas, no quedan aqui las dudas que arroja el art.28. También su segundo y último párrafo ha sido objeto de polémica, ya que -como ha expuesto Arozamena Sierra- dos reglas diferentes podrían deducirse del mismo. Según el Magistrado serían las siguientes:

- "El Tribunal Constitucional podrá declarar inconstitucionales los preceptos de una ley ordinaria o de un decreto legislativo, o de un decreto ley o disposición de una Comunidad autónoma, que atenten al principio de reserva de Ley Orgánica que dice el artículo 81 de la Constitución" (492).

(490) STC 42/1983, de 20 de mayo BOE 17-6-83, f.j.3.

(491) STC 32/1983 de 28 de abril BOE 17-5-83, f.j.1. Vid también S. 42/83 cit., f.j.4.

- "El Tribunal Constitucional podrá declarar inconstitucionales las leyes o (equiparadas) que deroguen o modifiquen una Ley Orgánica cualquiera que sea su contenido" (493).

Así como la primera de las interpretaciones reitera el contenido del art. 81,2 de la Constitución (494), la segunda plantea graves problemas, ya que si se aceptara taxativamente dicha interpretación, "se estaría arbitrando -considera Arozamena- el cauce de inconstitucionalidad, para defender una jerarquía normativa, y para confrontar una eventual oposición entre ley ordinaria y ley aprobada como orgánica" (495).

"Por esta vía -nos dice- se convertiría en materia de ley orgánica, lo que no lo es según la Constitución, ya que regulada una específica materia por ley orgánica, sólo a través de una ley aprobada con las exigencias previstas para ésta modalidad de ley, podría modificarse o derogarse la regulación anterior. ¿Es acertado atribuir a la Ley elaborada como orgánica, una prevalencia, cualquiera que sea su contenido?".

(492) AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, op. cit., p.150.

(493) AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, op. cit., p.151.

(494) Art. 81,2: "La aprobación, modificación ó derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto

(495) AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, op. cit., p.151.

Si bien el nº 2 del art. 28, fue justificado en pro de consagrar el principio de jerarquía normativa (496), es evidente que no se debe interpretar así (497). Ello podría producir resultados inconstitucionales. Así además ha sido entendido por el Tribunal Constitucional, quien al respecto se ha pronunciado de la siguiente forma (498):

"La reserva de Ley Orgánica no puede interpretarse de forma tal, que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada, para su ulterior modificación (art. 81,2 de la CE), pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma ley orgánica, o por sentencias del Tribunal Constitucional, que declaren cuáles de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza.

Llevada a su extremo, la concepción formal de ley orgánica, podría producir en el Ordenamiento jurídico, una petrificación abusiva, en beneficio de quienes, en un momento dado, gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente. Nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales, una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello, si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art.81,1 de la CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a éstas materias, y que por tanto, sería disconforme con la Constitución, la ley orgánica que invadiera materias reservadas a ley ordinaria".

(496) Así lo entiende AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, op. cit., p.151, ya que argumenta que la actual dicción del art. 28,2 procede de la una enmienda realizada por el Senado justificada en tal principio.

(497) FERNANDEZ SEGADO, La jurisdicción constitucional, op. cit., p.103 comenta que "parece que el art. 28,2 LOTC debe interpretarse en el sentido de que no implica una afirmación del principio de jerarquía normativa, sino del principio de competencia, que es el consagrado por el art. 81 de la CE".

(498) STC 5/81 de 13 de febrero BOE 24-2-81, f.j.2.. Vid en el mismo sentido la STC 76/83 de 5 de agosto, BOE 18-8-83.

III.- LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL.

1).- LA GRAVEDAD DE LA SANCION GENERICA DE NULIDAD PARA TODOS LOS CASOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL.

Como se recordará, habíamos dicho que la inconstitucionalidad formal se diferenciaba de la inconstitucionalidad material, en que una norma que fuese inconstitucional formalmente, podría no contradecir ningún valor material de la Constitución, perspectiva desde la que afirmábamos que, desde luego, la gravedad de la infracción en el caso de que no se llevase a cabo ésta infracción, era mucho menor que cuando también incurriera en aquélla.

Dado que la norma inconstitucional por razones de forma es aquélla que no ha respetado alguna de las garantías previstas en la Constitución para la emisión y producción del acto normativo, la vulneración de éstas no implica de por sí con carácter general y automático la conculcación de las normas constitucionales de contenido material.

El que los autores que se han ocupado del tema (499) no hayan distinguido entre una y otra clase de vicios,

(499) Vid. GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional op. cit., p.243, y ALMAGRO NOSETE

en lo que se refiere a la sanción que debe aparejar su incidencia, se debe quizás a la creencia errónea de que las normas procedimentales son siempre normas de orden público, lo que provoca en este caso una asimilación de tratamiento entre las normas que contienen una garantía y las que son meramente procedimentales, que no conviene realizar.

Teniendo en cuenta que no existe en la Constitución -repetimos- ni en la LOTC, definición exacta de lo que sea la inconstitucionalidad, refiriendo únicamente el art 27 de la LOTC que es norma inconstitucional aquella que es disconforme con la Constitución, hay que profundizar en el contenido que debe darse al termino "disconforme", ya que pudiera ser -como ocurre con los vicios de forma de los actos administrativos- que no todos ellos provoquen el que se pueda considerar a una norma como "disconforme" con la Constitución, y en consecuencia deba de declararse inconstitucional.

Igual que en el procedimiento administrativo el vi

Justicia constitucional, op. cit., pp. 118 y 123 cita 2, quién aunque contempla la diferencia entre irregularidades del procedimiento, y vicios invalidantes situa las irregularidades no a nivel constitucional, sino a nivel de los reglamentos.

cio de forma -nos dice Tomas Ramon Fernández (500)- "solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y transcendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo, y alterando eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración", hay que investigar si ocurre lo propio en el control de la constitucionalidad de los actos normativos con fuerza de ley.

Los procedimientos para la elaboración del acto legislativo, jurisdiccional y administrativo, tema interesante pero en el que no podemos detenernos, se rigen por valores diferentes. Así como la recíproca interdependencia de los actos jurisdiccionales -cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad del siguiente, y condición de la eficacia del anterior (501)- provoca que la irregularidad (en sentido lato) o vicio de uno pueda afectar a los restantes, ello no ocurre en los restantes procedimientos de los que hablamos. No es correcto por ello la transposición mecánica de principios de un procedimiento a otro.

Si bien determinadas garantías no solamente tienen

(500) TOMAS RAMON FERNANDEZ, La doctrina de los vicios de orden público, Madrid 1970, p.132.
(501) Vid. en este sentido, GUASP, Derecho Procesal Civil, T.I. Madrid 1968, p.17.

éste carácter garante, sino que además son un derecho en sí mismas, e incluso un derecho fundamental otras en cambio son meramente procedimentales y no merecen esta sanción.

Aunque al no haber distinguido ni la Constitución ni la LOTC entre los vicios relativos al procedimiento para la formación de los actos normativos, parece que, en principio, cualquiera de ellos conlleva la nulidad de los mismos, estimamos que es una sanción desproporcionada, la invalidación del íntegro texto legislativo, precisamente teniendo en mente los propios valores constitucionales.

Habida cuenta que el Tribunal Constitucional tiene asumido como principio fundamental de su actuación, el de que una ley no debe ser declarada inconstitucional, salvo que no haya ninguna manera de interpretarla constitucionalmente, lógico parece que, dicha norma, en el caso de que no vulnere ningún valor material, quede convalidada, ya que ni siquiera es preciso realizar esa labor de interpretación constitucional aludida.

Como no puede darse el supuesto de una sentencia interpretativa (502) respecto de una norma que incurra en inconstitucionalidad formal, ya que dicho vicio afecta al

proceso de elaboración de la norma, quiere decir ello que cuando la norma incurra en éste vicio, parece un tanto desproporcionado que sea cuál fuere su causa la sanción sea siempre la declaración de inconstitucionalidad de la norma y subsiguiente nulidad del íntegro texto legislativo, puesto que será la totalidad de éste generalmente, la afectada por dicho vicio.

Dados los efectos tan graves que tiene la declaración de inconstitucionalidad, comenzando por el vacío normativo que genera, parece desmesurado que no se pueda atemperar la sanción de nulidad plena según los casos.

Un ejemplo en que se ve claramente el supuesto que exponemos, es la declaración de inconstitucionalidad de una ley por inconstitucionalidad formal, por haber carecido el proyecto de ley sobre la misma de la exposición de motivos que según el art.88 de la CE., es necesario para que pueda someterse dicho proyecto a la aprobación del Congreso.

(502) Vid. infra pp. 816 y ss.

Siguiendo a Zagrebelsky (503), como "las reglas a respetar en la producción de los actos normativos están dirigidas a la persecución de intereses sustanciales, consistentes en la garantía de la expresión de todos los grupos políticos, y particularmente los de la minoría, cuando la violación del procedimiento no ataque este valor de fondo, solo inoportuna y formalistamente se podrá proceder a la anulación de la ley".

A título ilustrativo cabe exponer que consideraciones de éste género han movido en la práctica jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana, a valorar la sanción a imponer en cada supuesto:

"Para los vicios más graves - señala Zagrebelsky - se determina la invalidez del acto y la intervención de la Corte. Para los considerados menos graves tal intervención ha precluido, no hay ninguna reacción del ordenamiento prevista. El respeto de las reglas procedimentales menos importantes, está, por así decir, a merced de la buena voluntad de los órganos legislativos" (504).

(503) ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., pp. 37 y 38.

(504) ZAGREBELSKY, *la Giustizia Costituzionale*, op. cit., p. 36. Vid también la S. ya citada nº9 de 1959 de la Corte Costituzionale.

2).- LA DISTINCION ENTRE INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL Y LA INEXISTENCIA DE LA LEY.

Por último, dado que hemos pretendido separar los vicios formales más graves de aquéllos que lo son menos, hay que entrar a considerar si pueden motivar la declaración de inconstitucionalidad los que son totalmente necesarios para que el acto normativo se tenga por emitido o existente.

Como expone Murillo de la Cueva (505), aunque "pudiera parecer a primera vista, que este tipo de control carece de razón de ser, pues si solamente pueden llamarse leyes aquellas decisiones del Parlamento que revisten las formalidades constitucionalmente exigidas, está claro que no existirá cuando éstas no se cumplan. No habrá por consiguiente ninguna ley cuya constitucionalidad se deba comprobar" el tema, no obstante, es más complejo.

Aunque la sanción que el Jefe del Estado debe realizar de las normas supone una garantía de la constitucionalidad formal de la ley, no obstante, lo que en ningún caso puede apreciar el Jefe del Estado es la acti

(505) MURILLO DE LA CUEVA, La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, op. cit., pp. 214 y 215.

vidad interna de las Camaras.

"En definitiva el problema que se plantea es si la inconstitucionalidad de una ley puede derivarse, desde el punto de vista formal, no solo de la inobservancia de los preceptos constitucionales, sino también de la inobservancia de los reglamentos parlamentarios, a los que la Constitución remite expresamente" (506).

A este respecto ya se pronunció Calamandrei, cuando saliendo al paso de lo sentado por Rannelletti (507), quien sostenía que "el juez antes de aplicar una ley conserva el poder de declarar si se han observado en su formación, promulgación y publicación, aquéllas condiciones sin las cuáles no se puede decir que exista una ley obligatoria", afirma que no pudiendo sostenerse que existan zonas separadas en el control de las leyes, dado que además el pronunciamiento del Juez ordinario sólo tiene eficacia "inter partes", también subsistiría en esos casos el interés en hacer declarar la invalidez de la ley con eficacia "erga omnes", lo que no podría obtenerse más que recurriendo a la Corte Costituzionale (508).

(506) Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria op. cit., p.215, donde expone el autor la reticencia de los Parlamentos a esta práctica.
(507) RANNELLETTI, Istituzioni di Diritto Pubblico, 13.ed. Vols.II-III, n.279, pp. 147-148 citado

3).- INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL POR FALTA DE COMPETENCIA DEL SUJETO PRODUCTOR DEL ACTO NORMATIVO.

Dentro del grupo genérico de causas de inconstitucionalidad formal, una de las categorías que merece ser tratada autónomamente es el vicio de incompetencia.

En primer lugar es necesario aclarar que cuando se habla de incompetencia, no se alude al ejercicio de poder por parte de un órgano de naturaleza diferente, ya que como indica Calamandrei (509), "el vicio de incompetencia, requiere "que el ejercicio de un mismo poder esté distribuido entre varios órganos; de modo que cada uno de éstos órganos, sea admitido a ejercitarlo validamente sólo dentro de unos límites funcionales, materiales o territoriales".

En este sentido, y apoyándonos además en la descripción que hace la LOTC de los conflictos constitucionales de competencia (art. 59), una norma podrá ser declarada inconstitucional por incurrir en incompetencia (510), cuando provenga de un sujeto que teniendo potestad legis

por CALAMANDREI, la ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.110.

(508) CALAMANDREI, la ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., pp. 110 y 111.

(509) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes, op. cit., p.48.

lativa según la Constitución, no tenga atribuida competencia para legislar sobre determinada materia.

La violación de las reglas constitucionales que operan una distribución del poder legislativo entre los diversos centros de poder político, determina el vicio de incompetencia de la ley. Dado que supone en consecuencia una alteración en el reparto de la potestad legislativa, un atentado flagrante contra la organización de los poderes del Estado, en este sentido podría decirse que es un vicio de inconstitucionalidad material.

Desde otra perspectiva -la utilizada aquí- la gravedad de su causa no obsta para que la denominemos formal, a no ser que se quiera ver en lo formal algo puramente procedimental.

(510) Vid. ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional op. cit., p.118, donde distingue entre vicios originarios al proceso de formación de la ley y vicios sobrevenidos durante el proceso de elaboración, siendo los primeros aquellos que, "se producen por inobservancia de las reglas de competencia legislativa que señalan las diversas áreas de actuación del legislador estatal o regional, o las limitaciones competenciales que el propio legislador o quien hace sus veces debe respetar", y los segundos las, "reglas para la válida elaboración de las leyes que se complementan con lo que dispongan los reglamentos de las Camaras, normas de caracter igualmente interpuesto que asumen contenido constitucional a estos efectos"

Vistas las causas de inconstitucionalidad formal, cabe apreciar que la problemática de la misma es realmente diversa. Ello provoca que debamos distinguir entre garantías meramente procedimentales, garantías que son un fin en si mismas, y por último incompetencia, vicio que como expone Zagrebelsky (511), es el resultado de la intersección de aspectos de la inconstitucionalidad material y la inconstitucionalidad formal.

(511) ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., p.39.

PARTE PRIMERA :
LA SUJECCION JURISDICCIONAL DE LOS PODERES PUBLICOS

CAPITULO I: LA SUJECCION JURISDICCIONAL DE LOS PODERES PUBLICOS.

I.- SOBERANIA POPULAR Y FUNCION JURISDICCIONAL.....	1
II.- LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LOS PODERES PUBLICOS	7
1).- La actividad jurisdiccional como actividad complementaria y fiscalizadora de la actividad legislativa: el control de la constitucionalidad.	7
2).- La sujeción jurisdiccional de los poderes públicos.....	15
A).- El control de los actos del poder judicial.....	15
B).- El control de los actos del poder ejecutivo.....	21
C).- El control de los actos del poder legislativo.....	24
D).- El recurso de casación, el recurso contencioso administrativo y el control de la constitucionalidad	29
E).- Un antecedente de singular valor: el control de la potestad reglamentaria. Analogías con el control de la constitucionalidad de las leyes.....	32

CAPITULO II: EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMO EXPRESION DE LA VINCULACION DE LOS PODERES PUBLICOS A LA CONSTITUCION.

I.- CONTENIDO Y NATURALEZA DE LA CONSTITUCION.....	40
II.- SUJECCION DEL PODER LEGISLATIVO A LA CONSTITUCION.....	48
1).-Crisis del principio de legalidad como instrumento garantizador de la soberanía popular.....	48
2).- Clases de control de la constitucionalidad de las leyes.....	54
A).- Control político y control jurídico. El sistema mixto configurado en España como consecuencia de la vinculación del poder legislativo y del poder judicial a la Constitución.....	54

B).- Control reparador y control preventivo. Control abstracto y control concreto. La función tuitiva de la cuestión de inconstitucionalidad.....	59
--	----

CAPITULO III: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

I.- CONFIGURACION NORMATIVA DE SUS COMPETENCIAS: LA AMBIGUEDAD DEL LEGISLADOR DE LA LOTC RESPECTO DE LA NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE SUSTANCIAN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	63
II.- PROCEDIMIENTOS CUYO FIN UNICO Y PRINCIPAL ES LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	69
1).- El recurso de inconstitucionalidad.....	69
2).- El control previo de inconstitucionalidad....	77
3).- La cuestión de inconstitucionalidad: rasgos diferenciales respecto de los anteriores instrumentos de control constitucional de las normas.....	80
III.- PROYECCION DE LA DUDA CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CUYO FIN PRINCIPAL NO ES LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD	86
1).- La autocuestión de inconstitucionalidad.....	86
2).- Los conflictos constitucionales de competencia.....	95
3).- Impugnaciones por parte del Gobierno de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades autónomas al amparo del Título V de la LOTC.....	101

CAPITULO IV: LA VINCULACION DEL PODER JUDICIAL A LA CONSTITUCION COMO GARANTIA DE SUJECCION A LA MISMA DE TODOS LOS SUJETOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

I.- LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION A TRAVES DEL PROCESO JURISDICCIONAL. SU GARANTIA: LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	109
II.- LA AMBIGUEDAD DEL ART. 117,1 DE LA CE., Y SU SUBSANACION A TRAVES DEL JUEGO INTERPRETATIVO DE LOS ARTS. 9,1; 163; 103,1 y 106,1 DE LA CE, Y 1 Y 5 DE LA LOPJ.....	119
III.- INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION EN LA APLICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO. SU CONSECUENCIA INMEDIATA: LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	123

IV.- SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO AL QUE ESTABA SOMETIDO EL PODER JUDICIAL EN LA LEGALIDAD ANTERIOR A LA CONSTITUCION DE 1978.....	130
--	-----

PARTE SEGUNDA

NATURALEZA JURIDICA DE LA INICIATIVA DEL ORGANO JURISDICCIONAL Y DE LAS PARTES DE PROMOVER LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

CAPITULO V.- NATURALEZA JURIDICA DE LA INICIATIVA DEL ORGANO JURISDICCIONAL AL ELEVAR LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- HIPOTESIS DE ESTUDIO: SITUACIONES JURIDICAS TUTELADAS A TRAVES DE LA INICIATIVA DEL ORGANO JURISDICCIONAL.....	139
II.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL ORGANO JURISDICCIONAL EN INTERES DE LA TUTELA O SALVAGUARDA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.....	144
III.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL ORGANO JURISDICCIONAL EN VIRTUD DEL DERECHO DE LAS PARTES A UN FALLO CONSTITUCIONAL	147
1).- Actuación del órgano jurisdiccional en el proceso constitucional a título de representante de la parte.....	149
2).- Actuación del órgano jurisdiccional en el proceso constitucional a título de sustituto de la parte.....	154
3).- Actuación del órgano jurisdiccional en el proceso constitucional en interés de la colectividad.....	158
IV.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO DERECHO-DEBER DEL ORGANO JURISDICCIONAL.....	163
1.- Derecho deber del órgano jurisdiccional.....	165
2.- Derecho de iniciativa del proceso constitucional.....	169
3.- Presupuesto absoluto de procedibilidad del proceso constitucional.....	171

V.- ANALOGIAS EXISTENTES ENTRE LA ACTIVIDAD DEL JUEZ INSTRUCTOR PENAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	174
---	-----

CAPITULO VI: NATURALEZA JURIDICA DE LA FACULTAD DE LAS PARTES DE INSTAR LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO PRINCIPAL.

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.....	179
II.- ANALISIS DEL PRESUNTO DERECHO DE LAS PARTES A PROMOVER ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	184
1).- La legitimación en el recurso de amparo y en la cuestión de inconstitucionalidad.....	184
2).- La legitimación en el recurso incidental de impugnación de reglamentos y en la cuestión de inconstitucionalidad.....	188
3).- Consecuencia directa del pretendido derecho de las partes del proceso "a quo" a promover ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad: la acción popular de inconstitucionalidad.....	194
III.- FUNDAMENTO DE LA INICIATIVA DE LA PARTE AL INSINUAR AL ORGANO JUDICIAL LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	201
1).- La facultad de insinuación como deber de las partes del proceso.....	201
2).- La facultad de insinuación como instrumento del derecho a la tutela efectiva.....	205
3).- La facultad de insinuación como instrumento auxiliar del derecho-deber del órgano jurisdiccional.....	217
IV.- LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA ANTE LA JURISDICCION CIVIL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA CONSTITUCIONAL.....	219

PARTE TERCERA :
EL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

SECCION I:
LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO CUESTION PREJUDICIAL.

CAPITULO VII: PREJUDICIALIDAD Y PROCESO CIVIL.

I.- NECESIDAD DE SU ESTUDIO DESPUES DE LA CREACION DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.....	223
II.- CONFIGURACION JURIDICO-TECNICA DEL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD.....	227
1).- Concurrencia de significados.....	227
2).- La aportación de Menestrina.	
A).- Prejudicialidad cronológica.....	232
B).- Prejudicialidad lógica.....	233
C).- Prejudicialidad jurídica. Causas prejudiciales y cuestiones prejudiciales jurídicas.....	233
III.- ANALISIS DIFERENCIAL DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES.....	245
1).- El concepto de cuestión incidental en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	245
2).- Cuestiones prejudiciales y cuestiones incidentales en el proceso civil.	

CAPITULO VIII: PROYECCION DE LA DUDA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO A QUO.

I.- LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ¿CUESTION PREJUDICIAL O CUESTION INCIDENTAL?.....	262
II.- RESOLUCIONES DENEGATORIAS de LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	269
1).- Por estimar manifiestamente infundada la duda respecto de la constitucionalidad de la norma objeto de examen.....	269
2).- Por considerar que la norma objeto de la duda cae bajo el ámbito de la cláusula derogatoria de la Constitución.....	273
3).- Por entender que la norma cuestionada no incide en el fallo.....	282
III.- CONCLUSIONES.....	285

CAPITULO IX: RASGOS DIFERENCIALES ENTRE LA PREJUDICIAL CONSTITUCIONAL Y LAS RESTANTES CUESTIONES PREJUDICIALES.

I.- EL CARACTER DEVOLUTIVO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD A PESAR DE LA FALTA DE HETEROGENEIDAD DE LA CONSTITUCION RESPECTO DE LAS NORMAS CIVILES.....	287
II.- CARENCIA DE AUTONOMIA INICIAL DE LA PREJUDICIAL CONSTITUCIONAL.....	293
III.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.....	297
IV.- SUJETOS DE LA CUESTION PREJUDICIAL CONSTITUCIONAL.....	312

SECCION SEGUNDA:

NORMAS SOBRE LAS QUE RECAE EL CONTROL. EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

CAPITULO X: NORMAS SOBRE LAS QUE RECAE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.

I.- ACTOS NORMATIVOS SUJETOS A CONTROL CONSTITUCIONAL.....	320
II.- DUALIDAD DEL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA DISPOSICION Y LA NORMA.....	333
III.- LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES.....	339
IV.- LAS NORMAS PROCESALES	354
1).- Significación de la norma procesal en la Constitución española.....	354
2).- La norma procesal como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.....	361
V.- LAS NORMAS ORDINARIAS CONTRARIAS AL DERECHO COMUNITARIO	372
VI.- LAS NORMAS LESORAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS.....	379
VII.- NORMAS EXCLUIDAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL Y NORMAS OBJETO DE DOBLE CONTROL.....	387

CAPITULO XI: EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.....	393
1).- Aspectos generales.....	393
2).- Clasificación de las causas de inconstitucionalidad.	394
II.- LA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL.....	401
1).- Diferentes supuestos de inconstitucionalidad material o sustancial.....	401
2).- La igualdad en la Ley y la igualdad ante la ley.....	405
3).- La problemática de las denominadas normas interpuestas. El artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	410
III.- LA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL.....	417
1).- La gravedad de la sanción genérica de nulidad para todos los casos de inconstitucionalidad formal.....	417
2).- La distinción entre inconstitucionalidad formal y la inexistencia de la ley.....	423
3).- Inconstitucionalidad formal por falta de competencia del sujeto productor del acto normativo.....	425

2

PARTE CUARTA :
LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD
EN EL ORDEN CIVIL.

CAPITULO XII: PROBLEMATICA GENERICA DE LA
ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- JUSTIFICACION DEL METODO.....	428
II.- DUALIDAD DE MOTIVOS DE INADMISION: CARENCIA DE REQUISITOS PROCESALES Y MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO.....	431
III.- PROYECCION DE LAS CONDICIONES DE LA ACCION TOMADAS COMO DEDUCIDAS O AFIRMADAS EN LA INADMISION POR MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO.....	438
1).- Descripción de sus causas.....	438
2).- Carencia de interes procesal en la declaración de inconstitucionalidad de la cuestión suscitada.....	447
A).- Falta de incidencia de la norma cuestionada en el fallo	447
B).- Enjuiciamiento anterior de la misma cuestión.....	454
IV.- INADMISION POR FALTA DE REQUISITOS PROCESALES.....	459
1).- Perspectiva normativa de los requisitos procesales.....	459
2).- Perspectiva jurisprudencial de los requisitos procesales.....	462
V.- EFECTOS DEL AUTO DE INADMISION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	477

CAPITULO XII: PROBLEMATICA GENERICA DE LA ELEVACION
DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

I.- JUSTIFICACION METODOLOGICA.

La promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en el orden civil es un tema complejo, ya que, como ha señalado Pizzorusso (512) su funcionamiento práctico queda frecuentemente influido por la sede procesal en donde se promueve.

Como ya apuntábamos, es sobre todo la posible inconstitucionalidad de la norma procesal, la que mayores problemas aporta al control constitucional incidental objeto de nuestro estudio. Así sucede por ejemplo, con la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de la adopción de una medida cautelar, como asimismo también, en la segunda instancia, y en ciertos recursos que, como veremos, quedan o pueden quedar profundamente marcados, por la elevación y sustanciación de la prejudicial constitucional.

En otras ocasiones -y ya recayendo sobre la norma

(512) PIZZORUSSO, Lecciones de Derecho Constitucional, Vol.II. Trad. Jizenez Campo, Madrid 1984, p.33.

sustantiva la duda constitucional- la problemática del control deviene, o bien del sujeto que conoce del proceso, como es el caso del arbitraje, ó bien de la falta de carácter contencioso de la actuación del órgano judicial, esto es, los asuntos de jurisdicción voluntaria, ya que en principio son requisitos de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, tanto que el sujeto proponente de la misma sea un órgano jurisdiccional, como que exista un proceso pendiente.

Así las cosas, trataremos en este primer capítulo de la problemática genérica que suscita la elevación por el órgano judicial de la cuestión de inconstitucionalidad, revisando para ello las circunstancias exigibles conforme a la LOTC y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Los problemas que ello implica en cada uno de los grados, recursos, y modalidades, serán tratados en su mayoría al hilo de su tratamiento específico en capítulos posteriores, de los que no debe extrañar -advertimos- sus diferentes proporciones. Ello se debe a las desiguales dificultades que conlleva la proyección de la cuestión prejudicial constitucional en el orden jurisdiccional que estudiamos.

En este sentido, así como la segunda instancia, la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares y el arbitraje, como también el recurso en interés de ley -aunque éste por otros motivos- se ven tratados cada uno de ellos en un capítulo, si bien con profundas diferencias de volumen, el proceso de ejecución en cambio, quedará tratado en éste. No revistiendo por otra parte problemas especiales el recurso de casación y el recurso de revisión, el estudio genérico que realizaremos en este capítulo, así como parte del realizado cuando tratábamos de la norma procesal como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, bastará para el análisis de los mismos.

II.- DUALIDAD DE MOTIVOS DE INADMISION: CARENCIA DE REQUISITOS PROCESALES Y MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO.

Como el estudio de los requisitos para la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, naturalmente se ha de acompañar de las causas de inadmisión de la misma, ya que éstas son el reflejo de aquéllos, analizaremos los mismos desde su vertiente negativa, es decir, a partir del estudio de los motivos de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Integran la regulación de ésta materia, los arts. 35 a 37 de la LOTC. Los dos primeros, contemplan los presupuestos, condiciones y requisitos, de la elevación de la cuestión. El último completa a los anteriores relatando los casos de inadmisión de la misma.

Antes de entrar en la pormenorización de éstos, habida cuenta que el art. 37 LOTC (513) prevé que el Tribunal Constitucional pueda rechazar en trámite de admi

(513) Art.37,1: "Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada".

sión la cuestión de inconstitucionalidad, tanto por falta de requisitos procesales, como porque la cuestión sea manifiestamente infundada, haremos ciertas precisiones sobre el significado de ésta dualidad de motivos de inadmisión.

Evidentemente, el primer género de causas, "falta de requisitos procesales", conlleva algún defecto, ó la ausencia, de las circunstancias prescritas en los arts. 35 y 36 LOTC, que son los que describen aquéllas en las que el órgano judicial deberá promover la cuestión, ordenando las actuaciones necesarias para ello. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por manifiesta falta de fundamento?.

Sin diferenciar entre lo que son condiciones de la acción y presupuestos procesales es imposible diferenciar las causas de inadmisión aludidas.

Siguiendo a Chiovenda (514), se denominan presupuestos procesales, las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda, es decir, son las condiciones de una resolución cualquiera sobre el fondo.

(514) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., pp. 71 a 74. En

En contraposición, las condiciones de la acción -nos dice el mismo autor- "son las necesarias para que el Juez tenga que declarar existente, y actuar la voluntad concreta de la ley invocada por el actor, es decir, son las condiciones necesarias para obtener una resolución favorable" (515).

De la comparación de los conceptos expuestos fácilmente se sigue, que dándose los presupuestos procesales habrá lugar a un pronunciamiento sobre el fondo, ya sea favorable o desfavorable, y que la falta de éstos, impedirá que se entre a juzgar sobre el fondo de la cuestión, no enjuiciando en consecuencia la existencia de las condiciones de la acción, que quedará imprejuzada.

En frase de Calamandrei (516), "mientras que los requisitos de ésta segunda categoría (procesales), atinentes a la constitución del proceso, son indispensables a fin de que el Juez pueda entrar a examinar el fondo de la demanda, los requisitos de la primera categoría (de la acción), son indispensables a fin de que el Juez pueda acoger la demanda, y pronunciar una providencia de mérito

especial, p.71.

(515) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., p.70. Cfr. CALAMANDREI, Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., pp.256 a 275.

(516) CALAMANDREI, Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., p.258.

favorable al solicitante".

Así pues, para que pueda haber un pronunciamiento sobre el fondo es necesaria la existencia de los presupuestos procesales y no la existencia real de la acción, ya que si existe ésta, es decir, si efectivamente el actor tiene derecho a que el órgano jurisdiccional pronuncie una determinada resolución prestándole la tutela jurídica solicitada, es algo que resolverá la sentencia, puesto que precisamente para ello -para averiguar si el actor tiene derecho a lo que pide en su demanda- es para lo que se sigue el proceso.

Ahora bien, así como hemos dicho que no es necesaria la existencia real de la acción para crear en el Juez la obligación de tener que entrar en el fondo del asunto, si es necesario que ésta aparezca como afirmada, como deducida (517), y ello por una razón muy sencilla:

"Si -como dice Fairén Guillen (518)- la demanda ha de cumplir como uno de sus objetivos, el de llegarse me

(517) Vid. sobre el tema de la acción como deducida o afirmada, GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, Vol.I. op. cit., pp. 225 a 236. DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, op. cit., pp. 38 y ss. GONZALEZ MONTES, El Derecho Procesal y sus conceptos básicos, A.E.S.J.Gr. 1982, p.113.

(518) FAIREN GUILLEN, Estudios de Derecho Procesal, Madrid 1955, p.448.

diante ella a obtener la petición que se ha hecho al Tribunal, sobre el problema de fondo que la motiva", tendrá que contener dentro de su razonamiento circunstancias que sean susceptibles por sí mismas de basar la prestación de tutela jurídica que se recaba del órgano jurisdiccional. Deberá en consecuencia aparecer fundamentada, conteniendo un esquema lógico del que pueda devenir con arreglo a derecho la tutela solicitada.

Resumiendo para que pueda haber un pronunciamiento sobre el fondo es preceptivo no sólo que se den los presupuestos procesales, sino también "cierta presencia" de los condicionantes de la acción tomados como afirmados ó deducidos, no como existentes, lo que hace que su régimen jurídico a estos efectos sea similar al de los presupuestos procesales.

Después de lo dicho, el paso siguiente que debemos dar es examinar cuáles son las circunstancias que tienen que producirse para que podamos afirmar que una demanda está fundamentada, que no fundada, ya que la diferencia entre la primera y la segunda, (demanda fundamentada y demanda fundada), es que la segunda contiene efectivamente los elementos de la acción, y la primera parece formalmente, en principio, que los contiene (519).

Estas circunstancias no pueden ser otras, sino los condicionantes de la acción, esto es: la relación específica entre hecho y norma -fundamentos de hecho y de derecho- la legitimación, y el interés procesal. Expresado con otras palabras, que haya base legal para pedir lo que se pide, que el sujeto que lo pida se encuentre en posición tal, según el Ordenamiento jurídico, que pueda solicitarlo, y que no haya otro medio que el proceso para la satisfacción de la concreta tutela jurídica que se recaba.

Como es obvio, el examen que el órgano jurisdiccional realizará de éstas condiciones es un examen superficial, puesto que para examinarlos a fondo, se abre el proceso.

Siguiendo a Redenti (520), la carencia de éstas condiciones podría denominarse -para diferenciarla de la producida por la falta de presupuestos procesales- improponibilidad objetiva, ya que el órgano judicial deberá "ad limine litis" inadmitir la demanda por falta de presu

(519) Vid. sobre ésta distinción, FAIREN GUILLEN, Estudios de Derecho Procesal, op. cit., p.450.
(520) REDENTI, Diritto Processuale Civile, Vol.I, Milano 1949, p.185.

supuestos que son relativos al fondo.

Ahora bien, esta exigibilidad de los condicionantes de la acción tomados como deducidos o afirmados, ¿qué tratamiento recibe en nuestro Ordenamiento procesal civil?.

En la teoría general del proceso civil el tema de la carencia o defecto de los presupuestos procesales se trata de manera asistemática, oscilando desde la suspensión de la admisión, (hasta que el requisito se complete (521)), hasta la inadmisión de la demanda (522). No obstante, también se recogen supuestos en que el enjuiciamiento de las condiciones de la acción motiva la inadmisión de la demanda, como es el caso del art. 127,2 del C.c (523).

(521) Vid. los arts. 3,2 pfo., 21, 518, 1618, y 1324 de la LEC, así como los arts. 34, 35 y 36 del RD 22-11-52.

(522) Vid. los arts. 74, 491, 518 3.pfo, 1130, 1157, y 1610 de la LEC, así como los arts. 32, y 36,2 del RD. de 22-11-52.

(523) Vid. los arts. 42 y 1798,1 Cc., y 5,2 de la L.O. 2/1984 de 26 de marzo.

III.- PROYECCION DE LAS CONDICIONES DE LA ACCION TOMADAS COMO DEDUCIDAS O AFIRMADAS EN LA INADMISION POR MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- DESCRIPCION DE SUS CAUSAS.

Cual sea el tratamiento en el proceso civil, en el proceso constitucional -a tenor del art. 37,2 LOTC- la cuestión de inconstitucionalidad podra ser inadmitida en trámite de admisión, por ser manifiestamente infundada.

Proyectando lo expuesto sobre este tema en particular, creemos que cuando la cuestión de inconstitucionalidad sea inadmitida por ser manifiestamente infundada, estamos en presencia de enjuiciamientos que se producen por carecer aquélla de presupuestos relativos al fondo, tomados como deducidos o afirmados, no como existentes -insistimos- puesto que para eso, existe el proceso constitucional.

Desde esta perspectiva serían causas de inadmisión por manifiesta falta de fundamento, aquellas condiciones que darían lugar de ser existentes a la estimacion de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, a excepción de la falta de legitimación, ya que la especial aptitud que debe tener el sujeto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad, no es -como expusimos (524)- tema de le-

gitimación, sino de competencia. Salvada esta excepción, las causas de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por ser manifiestamente infundada son las siguientes:

-a). No tener fundamento jurídico alguno la duda de inconstitucionalidad propuesta, es decir, que del examen de contraste entre la Constitución y la norma ordinaria cuestionada, no pueda deducirse en absoluto que la segunda pudiera ser inconstitucional.

-b). Carecer de interés respecto del proceso "a quo" la declaración de inconstitucionalidad de la cuestión suscitada, pudiendo existir ésta carencia por varias circunstancias:

En primer lugar, por no ser vigente la norma que se cuestiona, lo que trae consigo que no pueda ser constitucional o inconstitucional, ya que al no ser vigente no es aplicable, y en consecuencia no puede incidir en el fallo del proceso "a quo".

Tengase en cuenta que la falta de vigencia de la norma, para que pueda ser considerada como una circunstan

(524) Vid. supra, pp.165 a 168.

cia impeditiva de la admisión de la cuestión, hay que ponerla en relación al asunto "sub iudice", al momento histórico de la relación jurídica objeto del proceso "a quo", ya que aún estando la norma derogada puede ser necesario que se dictamine si en un determinado momento histórico anterior a su derogación la norma era conforme a la Constitución, dado que los efectos de la inconstitucionalidad son unos efectos más amplios que los de la derogación.

Así además lo ha considerado el Tribunal Constitucional, quien aunque reconociendo que cuando la norma cuestionada no es actualmente vigente, la función principal de los procesos de constitucionalidad -cuál es la defensa objetiva de la Constitución excluyendo del Ordenamiento a las disconformes con la misma- desaparece, no obstante, no por ello queda privado absolutamente de interés el proceso constitucional, ya que puede ser objeto del mismo, determinar en qué momento se produjo el efecto anulatorio de la Constitución, respecto de la norma en cuestión, a fin de fijar la regulación de las relaciones jurídicas pendientes al tiempo de vigencia de la misma (525).

De otra parte, las normas preconstitucionales -tratadas ya en éste trabajo (526)- gozan de un régimen

peculiar, por el que -a pesar de la cláusula derogatoria de la Constitución- podrán ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad siempre que el órgano jurisdiccional dude respecto de la incompatibilidad de aquéllas con la Constitución.

En segundo lugar, también será causa de inadmisión por manifiesta falta de fundamento, la falta de incidencia de la norma que se cuestiona en la resolución judicial que haya de dictar el órgano que la eleva.

Efectivamente, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad es un control concreto, y que debe jugar en el proceso "a quo" como prejudicial, de no existir esta especial ligazón entre la norma cuestionada y el proceso "a quo", el control constitucional carece ma

(525) STC 14/81 de 29 de abril BOE 21-5-81 a cuyo tenor: "Pero la derogación de la norma impugnada caso de su vigencia después de la Constitución no priva de su razón de ser al proceso constitucional ni por la vía del efecto directo en éste proceso ni por la vía de la desaparición del objeto litigioso pendiente ante la Sala de Sevilla porque la sustitución de la norma del art. 365,1 por la del art. 8 del R.D.ley 3/1981 deja en pie el efecto derogatorio que respecto de aquél precepto pudo producir la promulgación de la Constitución. las situaciones anteriores surgidas de la aplicación del art. 365,1 a las que no alcance la retroactividad definida en la transitoria quinta del Decreto-ley, reclaman el juicio de confrontación entre ley y Constitución para inferir si aquella quedó privada de vigencia por la entrada en vigor de ésta según lo que establece su disposición derogatoria tercera. En términos más generales, que no son los de éste caso, el tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad varían porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución, conlleva la sanción de nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respecto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los artículos 39,1 y 40,1 de la LOTC".

(526) Vid. supra, pp. 339 a 353.

nifiestamente de fundamento.

Ultima causa, y no menos problemática, será la falta de interés por haber dictaminado ya el Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada.

Veamos a continuación cuál ha sido la postura de la doctrina así como la del Tribunal Constitucional.

Almagro Nosete (527), considera que cuando se inadmita la cuestión por ser manifiestamente infundada, en ese caso, "la razón de inadmisión afecta al fondo, en cuanto que la cuestión carece de la mínima fundabilidad".

Igual opinión -en cuanto a que son razones de fondo las que motivaran la inadmisión por manifiesta falta de fundamento- sostiene González Pérez, quien afirma que, "si para declarar la inadmisibilidad por algún defecto procesal, no se exige que el defecto sea manifiesto (basta que falte algún requisito), para declarar no haber lugar al incidente en este trámite por razones de fondo, es necesario que exista notoriedad en la falta de fundamento" (528).

(527) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.165.

(528) GONZALEZ PEREZ, Derecho procesal Constitucional, op. cit., p.266.

Por su parte, Pérez Gordo (529) lamentado la introducción de este motivo de inadmisión, que a su parecer es copia de su homólogo italiano, sin hacer en cambio diferencia alguna entre lo que son conceptos diferentes tales como "infondatezza" e "irrilevanza" (530)- considera que habida cuenta que es un enjuiciamiento sobre razones de fondo, no debiera realizarse en trámite de admisión, ya que "podrían convertirse lo que son causas de desestimación, en motivos de inadmisibilidad", circunstancia que además puede provocar graves tensiones entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional (531).

La solución que ofrece el autor a fin de salvar el peligro apuntado, es que el Tribunal Constitucional sólo inadmita la cuestión de inconstitucionalidad por ser manifiestamente infundada cuando exista falta absoluta y notoria de motivación, ó bien ésta sea vana, ó la cuestión propuesta haya sido ya resuelta por el mismo Tribunal mediante sentencia (532).

Como puede constatarse, todos los citados coinciden

(529) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., pp.197 a 205. En concreto p.202.

(530) Vid. LAVAGNA, Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza, Milano 1957. Vid. también, PIZZORUSSO, La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentales, Milano 1965.

en que se trata de cuestiones de fondo, y que la notoriedad de su inexistencia debe ser manifiesta.

La postura del Tribunal Constitucional en relación con las que integran las causas de inadmisión por manifiesta falta de fundamento, es asimismo concordante con la aquí expuesta. El citado Tribunal ha declarado que, aparte de las condiciones procesales, son requisitos de la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo en caso de que falten dictarse un auto de inadmisión por ser manifiestamente infundada la cuestión suscitada, las siguientes:

"1) que la ley, cuya constitucionalidad se cuestione, sea aplicable al caso que deba decidir el Juez o Tribunal proponente de la cuestión; 2) que el fallo que haya de dictarse en el proceso a quo, dependa de la validez o falta de validez de la norma cuestionada, o lo que es lo mismo, que exista una directa relación entre validez o invalidez de la norma y fallo a dictar; 3) que al plantearse o proponerse la cuestión, se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo, fundamentación que no ha de estar constituida por una exposición exhaustiva de la totalidad de las razones que en el asunto puedan jugar, sino por aquéllos argumentos que deban considerarse racionalmente suficientes, para que la cuestión pueda ser tomada en cuenta, o como en otra sede dice la Ley de este Tribunal, que se justifique una decisión del Tribunal por poseer la materia un contenido constitucional" (533).

(531) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p.200.

(532) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p.204. Vid. en el mismo sentido SAAVEDRA GALLO, La duda de inconstitucionalidad, op. cit., p.231, quien también considera que tratándose de enjuiciar razones de fondo, ello puede llevar a que en el trámite de admisión pueda ser enjuiciada la cuestión de inconstitucionalidad sin todas las garantías procesales.

(533) STC 103/83 de 22 de noviembre BOE 14-12 83 f.j.1.

Así el estado de la cuestión y teniendo en cuenta que nunca la inadmisión por manifiesta falta de fundamento afectará a las garantías del enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de la norma, ya que este examen -como hemos visto- es preliminar y superficial, (sólo se examinará, como diría Redenti, su proponibilidad objetiva), esta causa de inadmisión que regula el art. 37,1 LOTC evitará que en muchas ocasiones la actividad del Tribunal Constitucional sea "inuliter data".

Piénsese, por ejemplo, en la textura que se encontraría el Tribunal Constitucional cuando enjuiciado que la norma cuestionada es inconstitucional, no hubiese base alguna en la motivación del órgano judicial que indujese a pensar que dicha norma debería recibir aplicación en el proceso "a quo". ¿Qué haría entonces?. ¿La declarararía inconstitucional pese a no tener incidencia alguna?. De obrar así, la cuestión de inconstitucionalidad habría perdido su carácter concreto.

Por otra parte, si la cuestión propuesta es notoriamente vana, ó no es vigente la norma en relación al asunto "sub iudice", ¿no podrá el Tribunal Constitucional inadmitirla?.

Con acertado criterio el Tribunal Constitucional ha declarado (534) que:

"Los requisitos que la Ley orgánica del Tribunal impone al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, tienen su evidente razón de ser, precisamente en la necesidad de asegurar, que aquéllas sirven estrictamente a su finalidad, y el control de admisibilidad que éste Tribunal ha de ejercer, es el medio indispensable para verificar la existencia de esos requisitos. Como es obvio, la intensidad de dicho control es diferente respecto de los distintos requisitos que la ley impone".

En conformidad a la sentencia citada podemos aseverar pues, que el fin que tiene este enjuiciamiento en trámite de admisión no es el enjuiciar la constitucionalidad de la norma, sino los requisitos propios del control constitucional en vía incidental, evitando la sustanciación de procedimientos innecesarios en ocasiones, ó desvirtualizadores, en otras, del que debe ser el objeto de este proceso constitucional.

Estudiado ya al hilo de esta exposición general la mayoría de los motivos por los que podrá dictarse un auto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad en base a su manifiesta falta de fundamento, pasamos al análisis de dos de las circunstancias aludidas, dado el mayor desarrollo del que se encuentran aún necesitadas.

(534) Vid. STC 17/81 de 1 de junio BOE 16-6-1981 f.j.1.

2).- CARENCIA DE INTERES PROCESAL EN LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CUESTION SUSCITADA.

Como ya anunciamos, varias causas podía tener esta falta de interés en la declaración de inconstitucionalidad. Como ya fué estudiado el problema de las normas preconstitucionales, y que la posibilidad de que el objeto de la cuestión pueda serlo una norma derogada, aunque aplicable en el asunto que se ventila ante el organo judicial, también ha quedado expuesto en páginas anteriores, pasamos al análisis de las restantes causas que bajo éste motivo de la falta de interés procesal, pueden originar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por ser manifiestamente infundada.

A).- FALTA DE INCIDENCIA DE LA NORMA CUESTIONADA EN EL FALLO.

Dado que el proceso constitucional en via incidental se plantea como prejudicial al proceso "a quo", siendo un control concreto de la constitucionalidad, hay que examinar en primer lugar, si el órgano jurisdiccional antes de decidir si la norma pueda ser contraria a la Constitución, tiene que llegar al convencimiento de que su fallo depende de la validez de dicha norma, es decir, "si el Juez -como expone Sala Arquer (535)- debe llegar a una

necesaria convicción, acerca de la necesaria aplicación de la ley, ó basta con una convicción acerca de la posibilidad de aplicación de la norma" ya que como añade, "esa dependencia puede ser contemplada por el Juez con un grado muy variado de certeza: puede ser una previsión acerca de una norma, que presumiblemente va a influir en el juicio principal, ó bien una decisión acerca de la necesaria aplicación de la misma, como norma decidendi".

El art. 35 LOTC exige que la norma cuestionada incida en el fallo, término que, como ya expusimos, ha de ser entendido -según ha declarado el Tribunal Constitucional- como cualquier resolución que tenga el órgano jurisdiccional que emitir dentro del proceso. Ahora bien, ¿quiere ello decir que el Tribunal Constitucional examinará si la norma cuestionada incide efectivamente en la resolución judicial?.

La gravedad de la interrogante es obvia. Si el Tribunal Constitucional puede apreciar, es más, debe enjuiciar, la falta de incidencia en el fallo del proceso "a

(535) SALA ARQUER, Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.III. op. cit., p.2456.

quo" de la norma presuntamente inconstitucional en este trámite de admisión, (e igualmente después), ello conlleva que entre a conocer de la materia objeto del proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad y, en relación con éste tema, surgen las siguientes dudas:

- ¿Tiene competencia el Tribunal Constitucional, en materia civil, penal, administrativa, laboral y procesal?.

- ¿Puede el Tribunal Constitucional controlar la relevancia de la norma en la decisión del proceso "a quo"?.
¿Podrá inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por falta de incidencia de la norma cuestionada en el fallo estimando la defectuosa constitución de la litis, cuando la norma cuestionada afecte al fondo del asunto?.

- ¿Tiene libertad el Juez "a quo" para decidir el proceso con plena autonomía, ó la pierde por el hecho de haber insinuado la cuestión?. En el caso de que el Tribunal Constitucional decida que la norma no incide en el proceso "a quo", ¿el órgano judicial puede aplicarla?. Si el Tribunal Constitucional dicta un auto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de

dependencia del fallo respecto de la norma cuestionada, ¿ello implica que el órgano judicial no puede aplicar la norma que según su criterio incidía en el fallo?

Si la jurisdicción -como expresara Gomez Orbaneja (536)- "es una actividad ejercida por órganos independientes no sometidos en su función a ningún otro poder de derecho ni de hecho del propio Estado", independencia que además esta garantizada constitucionalmente (537), el órgano jurisdiccional no puede quedar vinculado por la decisión del Tribunal Constitucional, en lo que respecta al ámbito de su decisión para aplicar una determinada norma, a unos supuestos de hecho y de derecho que él valora, y ello tanto en el caso de que éste no admita la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que la norma cuestionada no incide en el fallo, ni cuando por el contrario, admitiéndola a trámite, y llegando a dictar una sentencia de fondo, considera implícitamente la incidencia de la misma en el fallo del proceso.

Si el Tribunal Constitucional estima que la norma no incide en el fallo, el órgano judicial, pese a ello, puede basar su fallo en la norma considerada por el Tribu

(536) GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, Vol.I. op. cit., p.51

(537) AGUNDEZ FERNANDEZ, Garantías constitucionales de la independencia judicial, R.D.P. 1981 pp.335 y ss.

nal como irrelevante. De igual forma, cuando el Tribunal Constitucional entre a conocer del fondo del asunto, por estimar que la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es una norma aplicable en el juicio "a quo", también puede el órgano judicial, en virtud de lo alegado y probado en el proceso, cambiar de parecer, y no aplicar la norma que elevó al Tribunal Constitucional, precisamente en función de que tenía que aplicarla (538).

Ahora bien, lo expuesto pone de relieve que si el Tribunal pudiera pronunciarse sobre la incidencia de la norma que se cuestiona en el proceso "a quo", podrían producirse decisiones contradictorias respecto de la relevancia de la norma en el proceso no constitucional.

Según Sala Arquer (539), el rechazo de la cuestión por irrelevancia de la norma en el proceso, aún cuando tal situación carezca de efectos vinculantes, puede determinar para el Juez "a quo" una auténtica situación

(538) Vid. en éste sentido SALA ARQUER, Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad, op. cit., p. 2457, quien se pronuncia en el mismo sentido afirmando que "Parece claro ante todo que el Juez ordinario no se autovincula a aplicar la norma por el hecho de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Hay unanimidad doctrinal en el sentido de respetar la autonomía del órgano judicial que tras el planteamiento de la cuestión e incluso tras la sentencia del Tribunal Constitucional que declarase la inconstitucionalidad de la ley, podría teóricamente cambiar de criterio respecto a la aplicabilidad de la misma".

(539) SALA ARQUER, Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad, op. cit., p. 2459.

de "non liquet", ya que al margen de consideraciones formales, resulta claro que la libertad y autonomía del Juez ordinario quedarán afectadas de hecho ante un auto del Tribunal Constitucional que declare irrelevante la norma para el fallo.

Así las cosas, como el Tribunal no puede controlar la relevancia de la norma para la decisión del fallo del Juez "a quo" y las consecuencias que devendrían de que el Tribunal Constitucional pudiera dictar un auto con este contenido, serían de todo punto contradictorias con el fenómeno jurisdiccional, se impone considerar que el art. 35,1 LOTC debe ser interpretado de manera restringida, esto es, estimando que como la LOTC no otorga competencia extraconstitucional al Tribunal Constitucional sino con motivo de cuestiones prejudiciales e incidentales, no puede estar exigiendo que el Tribunal examine la incidencia de la norma cuestionada respecto del proceso "a quo", sino -lo que es diferente- la motivación que de éste particular eleve el órgano jurisdiccional.

Así lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional, al dictar la siguientes resoluciones:

"El órgano judicial que plantea la cuestión, es así en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de

decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre éste primer requisito, ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias. Sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibles por ésta razón una cuestión de inconstitucionalidad. Correlativamente es también claro, que en ningún caso puede entenderse la admisión de una cuestión de éste género, como una corroboración que el Tribunal Constitucional hace del juicio de aplicabilidad, formulado por el órgano judicial proponente" (540).

"La norma seleccionada por el Juez de la cuál se cuestiona la constitucionalidad, ha de ser aplicable al caso, que ante dicho Juez pende y la estructura del razonamiento que conduce al fallo debe ser idónea con relación al caso enjuiciado. No se exige en cambio 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 aquéllos casos en que resulte notoriamente inadecuada en relación con lo que es generalmente admitido en derecho" (541).

Por ello, "Es indispensable por ello, que el Juez o Tribunal de la cuestión, exteriorice el juicio que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional y razone sobre la relevancia de la norma para decidir el litigio" (542), porque como también ha declarado el Tribunal Constitucional, "la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución" (543).

(540) STC 17/81 de 1 de junio BOE 16-6-1981 f.j.1, ratificada por la STC 63/1984 de 24 de julio f.j.2, BOE 24-8-1984, y 67/85 de 24 de mayo f.j.1., BOE 27-6-1985.

(541) STC 103/83 de 22 de noviembre BOE 14-12-83.

(542) STC 14/81 de 29 de abril BOE 21-5-81, f.j.1.

(543) STC 17/81 de 1 de junio, BOE 16-6-81, f.j.1.

B).- ENJUICIAMIENTO ANTERIOR DE LA MISMA CUESTION.

Deciamos que el Tribunal Constitucional podría dictar un auto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por ser la cuestión manifiestamente infundada, entre otras causas, por falta de vigencia de la norma cuestionada, ya que solamente puede ser norma aplicable la vigente.

Estudiado ya el problema de la norma derogada, resta ahora hacer lo propio con la norma declarada inconstitucional, y por tanto nula (art. 39,1 LOTC), por el Tribunal Constitucional.

Como estudiar este tema en profundidad, nos haría entrar en los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en este tipo de procesos, nos abstendremos ahora de realizarlo ya que ello modificaría profundamente el orden de nuestra exposición.

Cuando una norma ha sido declarada inconstitucional, ¿deberá ser inadmitida la cuestión de inconstitucionalidad que recaiga sobre la misma norma, por falta de vigencia -ya que la norma ha sido declarada nula- ó por haber recaído sobre la misma el efecto de cosa juzgada?.

Si bien una vez que la norma inconstitucional ha sido declarada nula, parece que al ser eliminada la norma del Ordenamiento jurídico, daría lo mismo apreciar una causa u otra, la diferencia sin embargo que hay entre las mismas es sustancial. El punto central de éste tema se haya en los efectos que produce la inconstitucionalidad, en contraste con los que produce la derogación.

El Tribunal Constitucional deberá inadmitir la cuestión basándose en la excepción de cosa juzgada, y no en la falta de vigencia (con causa en haber sido aquella declarada inconstitucional), porque si no lo hiciese así, la falta de vigencia se contaría naturalmente a partir de la fecha en que dicha sentencia de inconstitucionalidad pasó a producir sus efectos "erga omnes", es decir, según el art.86 LOTC, a partir del día siguiente de su publicación en el BOE. En cambio, si la inadmite en base a la excepción de cosa juzgada, ello expresa la vinculación del órgano judicial proponente de la posterior cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma norma, a inaplicarla a las relaciones que, como las que originaron el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional, habían nacido con anterioridad a la sentencia en que se declaró la inconstitucionalidad de la misma.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitu-

cional ya que cuando ha declarado la inconstitucionalidad de una norma, las posteriores cuestiones de inconstitucionalidad que le han planteado respecto de aquélla, las ha inadmitido por haber ya declarado con anterioridad, la inconstitucionalidad de la norma en una situación idéntica, es decir, basándose en la excepción de cosa juzgada (544).

Mas, así como hemos visto que una norma derogada puede ser en ocasiones objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, ¿puede serlo también la norma ya declarada inconstitucional?.

Aunque en este caso, al igual que en el de la norma derogada, la función principal del proceso constitucional, cuál es la defensa de la Constitución, desaparece, ello no implica que no pueda en determinados circunstancias producirse tal enjuiciamiento:

En el caso de que el legislador establezca distinciones entre supuestos de hecho que desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma debieran

(544) Vid. ATC 85/1981 de 28-7-81; ATC 86/1981 de 28-7-81; ATC 266/83 de 7 de junio así como la STC 41/83 de 18 de mayo BOE 17-6-83.

ser considerados iguales, de manera que su diferenciación deba ser tenida por arbitraria y discriminatoria, debe apreciarse que como la inconstitucionalidad en que incurre tal norma es sobrevinida, en cuanto que viene dada no por el contenido en si mismo de la norma, sino por la concurrencia de ésta con otra, en este caso, como la nulidad de la norma declarada inconstitucional no coincide con el momento de la promulgación de la misma, puede ser necesario que el Tribunal Constitucional enjuicie si en un determinado momento histórico -anterior a su declaración de inconstitucionalidad- también gozaba de ese vicio. Esto, claro está, en el caso de que la relación jurídica "sub iudice" sea anterior en el tiempo y diferente a aquélla que provocó la declaración de inconstitucionalidad de la norma, ya que en caso contrario deberá inadmitirse la cuestión con base en la excepción de cosa juzgada.

Por último, si bien podría parecer que otra causa de iradmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, sería la apreciación de la excepción de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad sobre la misma norma, emitida bien con ocasión de un anterior recurso ó de una anterior cuestión de inconstitucionalidad, dado que las sentencias desestimatorias carecen de efecto de cosa juzgada (545), nunca tal causa (salvada la

excepción de que fuera el órgano proponente el mismo que elevó la cuestión de inconstitucionalidad que fue desestimada (546)) podrá provocar la inadmisión de la cuestión.

(545) Vid infra, pp.756 y ss.

(546) Vid infra, pp.792 y 793.

IV.- INADMISION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR FALTA DE REQUISITOS PROCESALES.

1).- PERSPECTIVA NORMATIVA DE LOS REQUISITOS PROCESALES.

Las llamadas por la LOTC condiciones procesales de la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, término fuertemente criticado por Pérez Gordo (547), ya que en todo caso -expone- no es apropiado utilizar el término "condiciones" (que son las circunstancias de las que depende la eficacia de un acto), sino el de presupuestos y requisitos, que son de las que depende su admisibilidad, se encuentran contenidas en los arts. 35 y 36 de la LOTC. A fin de recordar lo preceptuado en éstos, empecemos por su transcripción:

Art. 35: 1. "Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en ésta Ley.

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión, una vez concluido el procedimiento y dentro del pla

(547) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p.187. Vid. respecto de los requisitos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad, la clasificación que PEREZ GORDO realiza, en op. cit. pp.188 a 197, distinguiendo entre circunstancias de carácter procesal determinantes de la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, circunstancias de carácter procesal susceptibles de subsanación, y, circunstancias relativas al procedimiento. Si bien no compartimos íntegramente esta clasificación puesto que a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también existen causas que originarían la inadmisión por manifiesta falta de fundamento, y que, en cambio, también son susceptibles de subsanación, no reconociéndolo así el citado autor, si tiene la virtud en cambio, de haber intentado la diversa cualificación de dichos requisitos.

zo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de ley, cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante su auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme".

Art. 36: "El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior si las hubiere".

A tenor de los preceptos citados, sería conveniente precisar los requisitos procesales que se desprenden del contenido de los mismos. Si bien algunos de ellos han sufrido ciertas modificaciones en virtud de la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional, puede ser de todas formas interesante fijar cuáles eran los requisitos procesales que según la LOTC debía tener la cuestión de inconstitucionalidad. Son los siguientes:

- a)- Que haya un proceso jurisdiccional (art. 35,1).
- b)- Que sea promovida por un órgano jurisdiccional (art. 35,1).

c)- Que la norma presuntamente inconstitucional tenga rango legal (art. 35,1).

d)- Que esté concluso el procedimiento estando unicamente a falta de dictar sentencia (art. 35,2).

e)- Que en el auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad se concrete la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y el precepto constitucional que se supone infringido (art. 35,2) (548).

f).- Que el órgano judicial, antes de adoptar esta resolución, de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, para que puedan opinar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35,2).

g)- Que tras las alegaciones, dicte resolución con forma de Auto decidiendo sobre la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35,2).

(548) No incluimos aquí la dependencia del fallo respecto de la norma cuestionada, ya que este requisito queda integrado dentro de la manifiesta falta de fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad.

2).- PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS PROCESALES.

Tras aclarar que los dos primeros requisitos, esto es, que la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad tenga como sede un proceso jurisdiccional, así como que sea un órgano jurisdiccional el que la eleve, dado que parecen excluir la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad en los asuntos de jurisdicción voluntaria y en el arbitraje, serán objeto de estudio en capítulos aparte, y que el tercero -que la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad tenga rango legal- ya quedó estudiado (549), pasamos a analizar los restantes.

* Que esté concluso el procedimiento estando únicamente a falta de dictar sentencia.

Como ya pusimos de relieve, el legislador de la LOTC olvidó la posibilidad de que las normas procesales pudieran ser inconstitucionales. Efectivamente, si la cuestión de inconstitucionalidad únicamente podía ser elevada al Tribunal Constitucional, una vez concluido el procedimiento, ello implicaba la imposibilidad de promover la duda constitucional, respecto de normas que debie

(549) Vid. supra, pp. 322 a 332.

ran recibir aplicación durante el transcurso del mismo, ya que el momento en que hubieran debido aplicarse, habría sucedido ya en el tiempo, por lo que el órgano judicial, en una interpretación estricta de este requisito, habría tenido que aplicarlas.

Asimismo, igual sucede respecto de cualquier norma que deba aplicarse durante el proceso de ejecución, ya que si la cuestión debe elevarse antes de dictar sentencia, evidentemente, esta circunstancia excluye que pueda surgir una cuestión prejudicial constitucional, respecto de cualquier norma que reciba aplicación después de dictada la misma.

Dejando aparte el problema de la medida cautelar -que será objeto de tratamiento específico (550)- si el derecho a la tutela efectiva es un derecho recogido a nivel constitucional, toda norma que vulnere algunas de las garantías contenidas en el mismo, es obviamente inconstitucional, lo que además así ha sido entendido por el Tribunal Constitucional (551), al declarar que el art. 24 de la CE debe respetarse, "no solo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases".

(550) Vid. infra pp. 564 y ss.

(551) STC 13/81 de 22 abril BOE 21-5-81, f.j.6.

Estudiemos primero el juego de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso de ejecución.

Así como respecto de otros problemas la inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre el particular, provocará que, a fin de justificar la inclusión ó exclusión de la elevación de la cuestión en dicha sede, tengamos que entrar a fondo en la misma, no sucede sin embargo lo mismo en el proceso de ejecución.

Si como ha expresado el Tribunal Constitucional (552), "El derecho a la tutela efectiva ... exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a e

(552) STC 32/82 de 7 de junio BOE 28-6-82, f.j.2. En el mismo sentido se expresa la STC 26/1983 de 13 de abril BOE 17-5-1983, ff.jj. 2, y 3 respectivamente, a cuyo tenor: "El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos, y como precisa la Sentencia n.º 32/82, de este Tribunal, también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido" (f.j.2). "El derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución, con independencia de cuál sea el momento en el que las dicta. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando por el contrario se adoptan aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución, o que, aun siendo en principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas, pero sí, sin duda alguna, de una falta de tutela judicial efectiva" (f.j.3).

Vid. en el mismo sentido, la STC 58/83 de 29 de junio, BOE 15-7-83 f.j.2, y STC 109/84 de 25 de noviembre BOE 21-12-84, f.j.2.

llo por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones", las normas que, dentro del proceso de ejecución se opongan a este contenido que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva, obviamente, son inconstitucionales.

Así las cosas, ¿qué deberá hacer el órgano judicial cuando dentro del proceso de ejecución considere que la norma que tiene que aplicar pudiera ser inconstitucional?

Teniendo en cuenta que el art. 163 CE, sólo prescribe que la norma cuestionada sea aplicable al fallo, mas no exige que se tenga que elevar después de terminado el procedimiento, y antes de dictar sentencia -presupuestos agregados por la LOTC- realmente, de la interpretación que se haga del término "fallo". aludido en el art 163, depende el que la prejudicial constitucional pueda elevarse al Tribunal Constitucional en el proceso de ejecución.

Planteado así el problema, y teniendo en cuenta que la Constitución a la misma vez que norma jurídica es

criterio hermeneútico de la misma (553), realmente no cabe hacer otra interpretación que la que ha realizado el Tribunal Constitucional del término "fallo" (554):

"La utilización del vocablo sentencia en el art. 35,2 de la LOTC o la de fallo en el art. 35,1 también de la LOTC y en art. 163 de la CE, no debe llevarnos a entender que sólo tienen acceso a la cuestión de inconstitucionalidad aquéllos preceptos que se hacen valer para fundamentar la Sentencia entendida en su acepción formal. Cuando la cuestión de inconstitucionalidad surge respecto de una Ley de cuya validez depende la decisión, podrá plantearse independientemente de que ésta adopte la forma de sentencia, o se trate de una decisión bajo forma de auto; pues la razón es la misma en uno y otro supuesto, por cuanto siendo la ley cuestionada posterior a la Constitución, se da una prejudicialidad que sólo puede resolver este Tribunal. Cabe concluir que el vocablo "fallo" en el art. 163 de la CE. significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal."

Si la Constitución es una norma jurídica, también en consecuencia de obligado cumplimiento dentro del proceso de ejecución, cuando el órgano judicial considere que la norma ordinaria que tiene que aplicar pudiera ser inconstitucional, únicamente le caben dos actuaciones. Inaplicarla el mismo, ó bien remitir respecto de ella la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

(553) Vid. ATC 60/81 de 17 de junio ff.jj.2 y 3. Vid también STC 27/81 de 20 de julio, BOE 13-8-81, f.j.10.

(554) STC 76/1982 de 14 de Diciembre, BOE 15-1-83 f.j.1. Vid. también en el mismo sentido STC 54/1983 de 21 de Junio BOE 15-7-83, f.j.2.

Como la primera alternativa opta por otro sistema que el asumido por nuestra Constitución respecto del control constitucional de las normas, ya que provocaría un sistema de control difuso, el término fallo al que se refiere el art. 163 CE, debe ser interpretado como cualquier resolución judicial, por lo que siendo evidente -como dijera Alvarez de Linera (555)- la posibilidad de que las normas procesales puedan ser objeto de la tacha de inconstitucionalidad, en el supuesto de que lo sean las que regulan el llamado proceso de ejecución, deberá poderse promover la cuestión de inconstitucionalidad en dicha fase.

Así además lo ha considerado el Tribunal Constitucional (556) declarando que :

"Cuando a lo ejecución de lo resuelto se opone otra autoridad invocando unos preceptos legales, que el Juez estima contrarios a la Constitución, aquél puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, antes de reiterar su decisión y exigir su cumplimiento como lo ha hecho en el presente caso".

Hasta aquí hemos visto pues, que la cuestión de inconstitucionalidad puede elevarse después de haber dicta

(555) ALVAREZ DE LINERA, Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil, op. cit., p.127. Vid. en el mismo sentido, FERNANDEZ MONTALVO, La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional, en II Jornadas de Derecho Judicial op, cit., p.689.

(556) STC 54/83 de 21 de junio, ROE 15-7-83, f.j.3.

do sentencia, es decir en el proceso de ejecución, ahora bien, ¿puede promoverse antes de que esté concluso el procedimiento de declaración?

A solventar este problema viene la siguiente sentencia del Tribunal (557):

"Ciertamente se ha incumplido lo que, en este punto, dice el art. 35,2 de la LOTC, y por esto, pudo este Tribunal rechazar la cuestión, remitiendo el planteamiento de la misma para su momento. Ahora bien, siendo irrelevante desde el punto de vista de la cuestión constitucional toda la ulterior transmisión, porque el proceso civil tiene como motivo único o al menos preferente, el de la aplicación de la norma cuestionada, el diferir el juicio de constitucionalidad atentaría contra un principio de economía".

Con arreglo a la jurisprudencia aludida, tanto puede el órgano jurisdiccional elevar una cuestión de inconstitucionalidad en el proceso de ejecución, como en el proceso de declaración, mas, ¿cuál es el primer momento procesal en que el órgano judicial podrá elevar una cuestión de inconstitucionalidad?

"Resulta evidente -ha declarado el Tribunal (558)- que el planteamiento no puede tener lugar sin que se haya iniciado al menos el procedimiento, lo que no ha ocurrido en los presentes autos pues no ha tenido lugar ni la admisión de la demanda, ni el emplazamiento del demandado. Ello obliga a rechazar la cuestión".

(557) STC 8/1982 de 4 de Marzo BOE 22-3-82, f.j.1. Vid. también STC 25/1984 de 23 de Febrero, BOE 9-3-84.

(558) ATC 138/1981 de 16 de Diciembre f.j.2.

Aunque del auto transcrito claramente se deduce que la cuestión podrá promoverse siempre que se haya iniciado el procedimiento, también del mismo se colige, que para el Tribunal Constitucional el procedimiento se inicia con la admisión de la demanda, ó en todo caso con el emplazamiento del demandado, mas no con la interposición de la misma ante el órgano judicial. Ante ello nos preguntamos, ¿es que las normas que regulan la admisión de la demanda no pueden ser inconstitucionales?, ¿no puede haber normas sobre competencia o sobre presupuestos procesales que impidiendo la admisión de la demanda sean disconformes con la Constitución?.

Si una garantía constitucional es el juez ordinario predeterminado por la ley (art.24,2 CE), cuando, por ejemplo, esta garantía sea vulnerada por una norma ordinaria, ¿podrá promoverse la cuestión de inconstitucionalidad?.

Si nos ceñimos al auto transcrito parece que no. El Juez ordinario ante el que hubiese sido interpuesta la demanda, como en el supuesto que considerare inconstitucional la norma que le niega la competencia para conocer, no podría elevar respecto de la misma, la respectiva cuestión de inconstitucionalidad -puesto que según el

Tribunal no se ha iniciado el procedimiento- debería en su caso inadmitirla, obrando conforme a la ley ordinaria que precisamente considera inconstitucional.

Mas, acudamos a un supuesto real criticado ya por algunos autores (559), como es el caso de la pervivencia de la reclamación previa en vía administrativa al ejercicio de una acción civil.

El atentado contra el principio de igualdad de partes, y la dilación indebida que supone la pervivencia de la reclamación administrativa, es evidente. Si bien en el pasado se justificó la reclamación previa al ejercicio de la acción civil en su cualidad de sustitutivo del acto de conciliación, ahora, al haber desaparecido el carácter preceptivo del acto de conciliación con la reforma parcial de la LEC, carece de fundamento que, en cambio, haya permanecido la reclamación previa, que como la experiencia se ha encargado de demostrar, es un trámite inútil y superfluo, que sólo consigue dilatar el ejercicio del control de los actos de la Administración por los Tribunales.

(559) Vid. en este sentido, ALMAGRO NOSETE, Garantías constitucionales del proceso civil, en Constitución, Derecho y Proceso, op. cit., p.347; También, ALVAREZ DE LINERA, Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil, op. cit., p.129.

Si bien es cierto que al ser el fin de la Administración Pública el actuar el interés público, existen una serie de limitaciones que quien litigue con la Administración deberá aceptar en pro de lo que se podría denominar solidaridad social, "toda exigencia de requisitos o presupuestos -como afirma González Pérez (560)- que no respondan a la idea más estricta de encauzar debidamente el ejercicio del derecho de acceso a la Justicia, constituirá una medida más para garantizar la inmunidad de los entes públicos al control jurisdiccional", con lo que consiguientemente dicha medida estará vulnerando la Constitución.

Por ello, todas aquellas reglas del Fuero del Estado que tienen como único fin hacer más gravosa la posición del particular que litiga frente a la Administración (561), indudablemente atentan contra el derecho a la tutela efectiva.

El tema llega a su punto álgido, en las reclamaciones previas regidas por el principio "solve e repete",

(560) GARCIA DE ENTERRIA con T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.II. op. cit., pp. 587 y 588.

(561) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, op. cit., p.90.

ya que el litigante que carezca de capacidad económica, se verá privado en consecuencia del ejercicio del derecho de acción ante los Tribunales.

Así las cosas, dado, por otra parte, que el Tribunal Constitucional (562) ha declarado que, el art. 24,1 de la CE al proscribir la indefensión, es aplicable también "a los procedimientos que siendo preparatorios y previos de carácter obligatorio se insertan en el conjunto de actos precisos para la tutela de los derechos o intereses legítimos", creemos que debe considerarse que el órgano jurisdiccional -ante el que se interponga demanda frente a la Administración Pública sin haber reclamado previamente en vía administrativa- podrá a fin de prescindir de dicha reclamación para poder admitir la demanda, promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad sobre aquélla.

(562) STC 1/83 de 13 de enero, BOE 17-2-83 f.j.3.

* Que en el Auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad se concrete la ley ó norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y el precepto constitucional que se supone infringido..

En lo que respecta a este requisito, y aunque tales elementos no se encuentran expresados en el auto, el Tribunal Constitucional siguiendo una postura antiformalista (563), ha admitido cuestiones de inconstitucionalidad con ciertas carencias de estos particulares, siempre que de los datos expresado en el auto se pueda inferir cuál es el precepto ordinario cuestionado (564), así como el precepto constitucional infringido (565).

(563) Vid. STC de 54/83 de 21 de junio BOE 15-7-83 f.j.3, donde se hace mención expresa de la flexibilidad con que el Tribunal debe interpretar los requisitos de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad. Vid. también, el ATC 19/83 de 18 de enero, donde dicho Tribunal ofrece la posibilidad de subsanar ciertos carencias, en lo tocante a los requisitos procesales de la cuestión.

(564) Vid. la STC 25/1984 de 23 de Febrero BOE 9-3-84, a cuyo tenor, "a) La primera objeción que formula el Abogado del Estado consiste (antecedentes b,a) en que el auto del planteamiento de la cuestión al Tribunal a que refiere ésta a la Ley 10/1979 en bloque, sin concretar sus preceptos específicos eventualmente anticonstitucionales, siendo así que se trata de una ley de contenido complejo que rebasa el ámbito de lo penal. Es lo es literalmente cierto. No lo es menos que de la lectura del auto (y en particular de su tercer considerando, cuando alega que la ley "regula delitos monetarios y establece las penas correspondientes) se desprende que tal cuestión se refiere a los artículos 6 y 7 de la Ley, en cuya virtud fué condenado el recurrente en casación. Por otra parte, el escrito que acompaña dicho auto, por el que se plantea formalmente la cuestión y hemos indicado en el fundamento anterior, indica expresamente el objeto de la cuestión, con referencia a la tipificación de delictor en el art. 6 y al establecimiento de las penas correspondientes en el art. 7 de la Ley. Reconoce el Abogado del Estado esta inferencia, si bien estima que la concreción debiera darse en el auto de planteamiento. También el Fiscal General del Estado extrae de la lectura del escrito de planteamiento la conclusión de que la cuestión se refiere a los artículos 6 y 7 de la Ley que fueron aplicados en la sentencia recurrida. Al margen, pues (como en casos anteriores planteados ante este Tribunal), de un formalismo riguroso del conjunto del auto y del escrito que lo acompaña, resulta que los preceptos de la Ley 40/1979 cuya constitucionalidad se cuestiona son los arts. 6 y 7."

Lo que además resulta coherente con el contenido del art. 39,2 LOTC, a cuyo tenor:

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

* Que el órgano judicial antes de adoptar su resolución de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan opinar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

La exigencia transcrita ha sido considerada como causa de inadmisibilidad de la citada cuestión (566):

"Por otra parte, tampoco se ha tenido en cuenta el requisito establecido asimismo en el art. 35 de la LOTC, que exige audiencia previa del Ministerio Fiscal, con la

(565) Igual sucede en el ATC 69/83 de 17 de febrero f.j.2, aunque en ésta ocasión respecto del precepto constitucional, que era el que en el auto de la elevación de la cuestión no estaba plenamente identificado. Como el Tribunal Constitucional aprecia su identidad del conjunto de las alegaciones que se exponen, la cuestión es admitida. Concretamente declara el Tribunal: "Tenemos que recordar que el Juez o Tribunal que plantea la cuestión debe identificar o concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, señalar el precepto constitucional que se estima infringido y exteriorizar el juicio del que se infiera que la decisión que tiene que adoptar depende de la norma cuya inconstitucionalidad se plantea. Si atendiéramos al contenido literal del auto de planteamiento, faltaría, al menos, el segundo de los presupuestos, pues reputa el Magistrado de Trabajo que el artículo 211 de la Ley de procedimiento Laboral pudiera ser inconstitucional aunque no revela cuál es el precepto -o los preceptos- de la Constitución a los que se opone el indicado artículo. Una consideración no encerrada en literalismos que a nada conducen, permiten sin embargo inferir que la inconstitucionalidad que se quiere denunciar es la formal del exceso de delegación de un texto refundido, que, según la tesis de inconstitucionalidad, excede de la norma delegante, cuál es la disposición final sexta del Estatuto de los Trabajadores, que facultó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley de procedimiento Laboral. Propiamente lo que se sostiene es que el art. 211 no ha tomado en consideración lo que dispone el art. 55,4 de aquel Estatuto, respecto al despido nulo y su efecto de la readmisión, dando también a éste despido nulo, el tratamiento de la alternativa de la indemnización. Concretando así la norma (el art. 211 de la LPL) y el precepto constitucional (art. 82,5) y entendiéndose que en el juicio del Magistrado el art. 211 le obliga a la solución indemnizatoria, debe enjuiciarse si es admisible la cuestión".

(566) ATC 250/82 de 16 de julio f.j.3.

finalidad de que éste pueda alegar lo que considere conveniente acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia y de conformidad con el art. 37,1 de la LOTC, la sección acuerda que no procede admitir la cuestión de inconstitucionalidad ..."

Pero es más, no basta la audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes si después el órgano judicial ha elevado la cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma que no fuera objeto de aquélla (567):

"Pero es un supuesto lógico necesario en ambos aspectos, la previa identificación de la norma cuestionada y el posterior respeto por parte del Juez de ese límite objetivo en su eventual auto de planteamiento, que, en cuanto exceda del objeto normativo fijado en el trámite abierto a las partes, incurre en transgresión del art. 35,2 de la LOTC al impedir la alegación de las partes y del Ministerio Fiscal sobre este plus añadido, es decir, sobre la norma introducida extemporáneamente. En consecuencia, y por lo que concierne a la presente cuestión, hay que considerarla correctamente planteada por lo que respecta a la norma del 504 tres del C.de C. pero sólo respecto a tal norma, siendo improcedente la extensión del planteamiento a la norma del 504 dos segunda del mismo Código por lo que se tiene por no planteada respecto a ella y por no formuladas las consideraciones que a ella se refieren en el auto del Juzgado proponente".

* Que tras la audiencia indicada en el art, 35,2 LOTC, el órgano judicial dicte resolución con forma de auto, decidiendo sobre la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad.

La necesidad de que la resolución mediante la que se eleve la cuestión de inconstitucionalidad revista la forma de auto es tajante, ya que esta clase resoluciones la apropiada, dada la necesidad de motivar la incidencia de la norma que se cuestiona en el fallo.

A este respecto el Tribunal ha declarado que (568):

"En el presente caso se ha incumplido manifiestamente los requisitos mencionados, ya que la decisión definitiva de plantear la cuestión de inconstitucionalidad no se ha adoptado mediante auto, limitándose el Juez a dictar una providencia sin hacer referencia alguna en ella a la resolución que estima necesario dictar ni a la forma en que ésta viene condicionada por lo dispuesto en los artículos 707 y 709 del Código de Justicia Militar".

V.- EFECTOS DEL AUTO DE INADMISION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Compartiendo la opinión de la doctrina mayoritaria respecto a que el proceso constitucional en vía incidental, se inicia en el proceso no constitucional (569), no cabe duda que el primer efecto del auto de inadmisión es -conforme indica el art. 86,1 LOTC (570)- poner fin al proceso constitucional iniciado, lo que implica, al estar configurado el control constitucional como una cuestión prejudicial, la reanudación del del proceso principal que quedó en suspenso al elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, ¿dicho auto impide que pueda volver a ser reproducida la cuestión de inconstitucionalidad en el mismo grado del proceso? ¿puede volver a ser planteada la misma duda constitucional por otro órgano jurisdiccional distinto dentro del mismo proceso?.

El órgano judicial cuando dude de la inconstitucionalidad

(569) Vid. sobre esta cuestión .. .PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., pp.122 y 123 y 128. Vid también SAAVEDRA GALLO, La duda de inconstitucionalidad, op. cit, p.62.

(570) Art. 86,1: "La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad adoptaran la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la indole de su contenido".

lidad de una norma que incide en su fallo debe promover la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, ¿puede haber duda respecto de la inconstitucionalidad de una norma cuando sobre la misma se ha emitido un auto de inadmisión?

Dado el contenido que hemos visto posee el auto de inadmisión -contenido procesal- su naturaleza provoca que, al no enjuiciar la cuestión de fondo, sólo produzca un efecto de preclusión, ya que no puede ser recurrido o impugnado en el mismo proceso (571). Ahora bien, nada obsta a que la cuestión se pueda volver a reproducir "ex novo", ya que no tiene efectos de cosa juzgada material.

Efectivamente, aunque si bien, y así además ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (572), al haber, por supuesto, la posibilidad de subsanar ciertos defectos procesales, como serían la falta de claridad en la exposición de las causas, los defectos en los elementos identificatorios del asunto principal, o del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, la falta

(571) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal civil, Vol. I, op. cit., p. 410. Vid en conexión con este tema MUÑOZ ROJAS, Algunas notas sobre la sentencia judicial en el ámbito del proceso civil, A.E.S.J.Gr., 1981-82 p.154, donde el autor denomina cosa juzgada procesal al efecto que en determinadas circunstancias puede producir una resolución de contenido procesal en otro proceso.

(572) ATC 19/83 de 18 de enero.

de algún documento o la insuficiencia de su contenido, etc., podría entenderse que cuando pudiendo el órgano judicial utilizar esta facultad no lo hubiera hecho, no debería poder reproducir la cuestión de inconstitucionalidad, el carácter antiformalista que rige al proceso constitucional y la defensa del principio de rigidez de la Constitución impide, que la falta inicial de diligencia del órgano proponente de la cuestión, obstaculice al propio órgano volver a promover la cuestión.

Al igual que dice Pérez Gordo (573) -cuando se plantea si queda vinculado el órgano judicial que pase posteriormente a conocer del mismo asunto, por el al auto de inadmisión- que una contestación positiva a este respecto, supondría "el hecho impensable, de que un Juez o Tribunal se viera imposibilitado de plantear la cuestión, por el simple hecho de que otro órgano jurisdiccional de inferior jerarquía, y en una instancia anterior, planteara la cuestión de modo que deviniera inadmisibile", también es impensable que el propio órgano judicial que ha errado en su forma de plantear la cuestión, no pueda volver a elevarla, ya que la posibilidad de subsanar la carencia de requisitos procesales, no es

(573) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit. p 221.

una carga procesal sino que precisamente, y como el Tribunal Constitucional ha declarado (574), su función es la de permitir que dicho Tribunal pueda conocer -dado el interés objetivo en la depuración del Ordenamiento jurídico que en toda cuestión de inconstitucionalidad subyace- de la presunta inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Así la cuestión, si bien podría decirse que el auto de inadmisión produce efectos de cosa juzgada formal, preferimos no utilizar tal expresión, ya que aunque tanto la preclusión como el efecto de cosa juzgada formal, impiden lo mismo -la posibilidad de recurrir o atacar dicha resolución en el mismo proceso, al ir unidos normalmente los efectos de cosa juzgada formal y material, a no ser que expresamente se predique únicamente el primero, el utilizar el concepto de cosa juzgada para referirse a un estado causado por la preclusión, puede dar lugar -como expone Chiovenda (575)- "a errores peligrosos, porque de la impropiedad verbal, se pasa a la impropia aplicación de las normas y principios de la cosa juzgada comprendida como bien reconocido o negado". Como "la eficacia de la cosa juzgada es pues, por definición,

(574) ATC 19/83 de 18 de enero. f.j.2

(575) CHIOVENDA Instituciones de Derecho Procesal civil, Vol. I, op. cit., p. 415.

destinada a obrar para el futuro, con relación a los procesos futuros" (576), es más oportuno hablar de preclusión que de cosa juzgada formal.

Veamos a continuación cuál ha sido la postura del Tribunal Constitucional a este respecto:

"Ahora bien, y sin perjuicio de reiterar en el caso presente la doctrina que acaba de recogerse, este Tribunal considera oportuno manifestar que, dado el interés objetivo, que como antes hemos apuntado, ofrece toda cuestión de inconstitucionalidad, el hecho de no admitir una cuestión debido a la concurrencia de determinados efectos en el planteamiento de la misma, no emepece la posibilidad de un replanteamiento de aquélla por el propio Juez o Tribunal si se cumplen ulteriormente todos los requisitos de admisibilidad exigidos por la LOTC" (577).

Así la doctrina del Tribunal Constitucional, podemos concluir en que el auto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad tiene un efecto preclusivo por el cuál se extingue el proceso constitucional iniciado. Ello produce a su vez el consiguiente levantamiento de la suspensión del proceso principal, en que se promovió la cuestión.

Otra cuestión es, obviamente, el efecto de precedente persuasivo que conforme a los arts 40,2 LOTC y 5,1 de la LOPJ (578) produce dicho auto, y cuyo contenido será

(576) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal civil, Vol. I, op. cit., p.410

(577) ATC 17/1983 de 18 de enero. Vid. en el mismo sentido el ATC 19/83 de 18 de enero.

estudiado al hilo de los efectos de las sentencias desestimatorias (579), donde quedará ampliado asimismo el efectuado en esta sede.

(578) Art. 40 LCTC: "En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuicados 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.

Art.5,1: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos, que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal en todo tipo de procesos."

(579) Vid pp. 756 a 810.

CAPITULO XIII: ELEVACION DE LA CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

I.- INTRODUCCION.....	483
II.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL JUEZ AD QUEM.....	484
III.- INSINUACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LAS PARTES ANTE EL JUEZ "AD QUEM".....	487
IV.- INCIDENCIA EN EL AMBITO DEL ENJUICIAMIENTO DE LA SEGUNDA INSTANCIA DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ALTERACION DEL PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEIUS.....	496

CAPITULO XIII: ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

I.- INTRODUCCION.

La elevación de la cuestión de inconstitucionalidad cuando el enjuiciamiento jurisdiccional se encuentra en segunda instancia (580), dado que el proceso casi nunca termina después de haberse realizado la primera, (pareciendo -como pone de relieve Gutierrez-Alviz y Armario (581)- que ésta fuese en realidad un presupuesto de la segunda), provoca que debamos analizar el tratamiento y los efectos que produce la duda respecto de la constitucionalidad de una norma, en este grado del enjuiciamiento.

Como tantas veces hemos señalado, la duda respecto de la constitucionalidad de una norma podrá surgir en el proceso tanto a iniciativa del órgano jurisdiccional como de las partes, aunque ésta, no puedan en cambio promover la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Mas, ¿puede ésta "duda constitucional" surgir en la segunda instancia?, ¿las partes y el órgano judicial siguen teniendo las mismas facultades que tenían respecto de la cuestión de inconstitucionalidad en primera instancia?.

II.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL JUEZ AD QUEM.

Que el Juez "ad quem" puede promover la cuestión de inconstitucionalidad es un tema sobre el que no puede existir duda alguna: "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguit debemus", y desde luego, todos los preceptos que se refieren a este derecho-deber del órgano jurisdiccional de promover la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 C.E.; art. 35 LOTC, art. 5,2 LOTC), la única condición necesaria que establecen -para que se cree la obligación en el órgano judicial de promover la cuestión- es que incidiendo la norma en su fallo, considere que puede ser inconstitucional:

- Si un órgano judicial tiene que aplicar una norma, debe, al objeto de respetar la jerarquía normativa impues

(580) Sobre la polémica que ha surgido en otros países (Italia) sobre la posible inconstitucionalidad de la segunda instancia, en cuanto instrumento dilatador de la obtención de la justicia, vid. PIZZORUSSO, Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali, en Atti del XII Convegno Nazionale, Milano 1980, pp.133 y ss.

En nuestro país, en cambio, el problema se ha planteado justamente al revés, es decir, si no sería inconstitucional la carencia de la posibilidad de un segundo enjuiciamiento sobre una misma cuestión. Respecto del problema, el Tribunal Constitucional en su S. 61/83 de 11 de julio BDE 9-8-83, f.j.4. se ha pronunciado de la siguiente forma: "Este Tribunal ha reiterado en diversas ocasiones que el derecho a la tutela judicial no comprende el de obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de doble instancia de que ahora se trata, de forma que obligue a crear un sistema de recursos al legislador... "La existencia o inexistencia de doble instancia queda con carácter general confiada al legislador, sin que afecte al derecho fundamental del art. 24 de la C."

(581) GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Lagunas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Constitución, Derecho y Proceso, en Estudios en memoria de Herce Quemada y Duque Barraganes, Zaragoza 1983, p.419.

ta por la Constitución, constatar en todo caso la constitucionalidad de la misma.

Independientemente de que las partes aleguen al "Juez ad quem" la cuestión de inconstitucionalidad, como se encuentra obligado a cumplir la Constitución, de oficio deberá elevarla.

Y ello, tanto en el caso de que en primera instancia no se hubiese promovido cuestión alguna, (a nuestros efectos lo mismo da que se haya promovido sobre otra norma), como si se hubiese inadmitido ó desestimado en caso de que el Juez de primera Instancia la hubiese propuesto.

Realmente, pensar que el Juez "ad quem" no puede elevar la cuestión de inconstitucionalidad, a no ser que la duda respecto de la constitucionalidad de la norma hubiera sido suscitada en primera instancia, supondría vincular al Juez "ad quem" a la consideración que respecto de la concordancia con la Constitución, le mereciera al Juez "a quo" una específica norma, situación que vulneraría, además del art. 163 de la Constitución, la independencia judicial proclamada en el art. 117 de la misma.

Si los órganos jurisdiccionales son órganos independientes, no puede considerarse que un Juez o Tribunal pueda quedar vinculado por la opinión que respecto de la inconstitucionalidad de una norma tenga otro órgano jurisdiccional (582).

De otra parte, la posibilidad de elevación de dicha cuestión aunque ésta se haya inadmitido ó desestimado por el Tribunal Constitucional con ocasión de la primera instancia, responde a los peculiares efectos del auto de inadmisión, así como de las sentencias desestimatorias (583) que, como hemos visto respecto de los primeros, y estudiaremos respecto de las segundas, únicamente surten el efecto, respecto del Juez "ad quem", de precedente.

(582) Si como el Tribunal Constitucional ha declarado en su S. 3/83 de 25 de Enero, BOE 17-2-1983, f.j.3, el derecho procesal no es un conjunto de normas neutras y aisladas, sino que debe dirigirse a la satisfacción de los principios ordenadores del Ordenamiento, debiendo los obstáculos procesales adecuarse en todo caso al espíritu constitucional, realmente no cabe otra interpretación acorde con el carácter de la Constitución como norma jurídica que la realizada, ya que otra cualquiera ignora el principio de rigidez constitucional, en virtud del cuál, el órgano judicial antes de a cualquier poder constituido, está sometido al poder constituyente, es decir, a la Constitución.

(583) Vid. supra, pp. 477 a 482 y 756 a 810.

III.- INSINUACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LAS PARTES ANTE EL JUEZ "AD QUEM".

Conforme al art. 35,2 LOTC, aunque el auto mediante el cuál resuelve el órgano judicial la promoción de la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, no sea susceptible de recurso alguno, "no obstante -prosigue el citado precepto- la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme".

Aunque hubiera sido deseable que el legislador de la LOTC hubiera sido más explícito sobre la facultad de las partes de instar cuestiones de inconstitucionalidad a lo largo del proceso, la conjunción "no obstante" con que empieza el inciso final del art. 35,2, no puede sino significar que, el inciso último rectifica al anterior. Es decir, que aunque en principio parece que al no ser impugnado el auto por el que el órgano judicial resuelve sobre la pertinencia de elevar la cuestión, la parte no puede volver a reproducirla en dicho grado, la aclaración final de que "no obstante" se haya inadmitido, la parte podrá volverla a insinuar en las sucesivas instancias, en tanto -como dice el precepto- no llegue la sentencia a ser firme, indica, a nuestro parecer, que en segunda instancia las partes podrán desde luego, volver a insinuar

dicha cuestión.

El que contra dicho auto no se pueda recurrir separadamente, no quiere decir que dicha cuestión no pueda volver a ser objeto de enjuiciamiento. La imposibilidad de impugnar el auto que deniega la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, el único significado que tiene a éste respecto, es que las partes no pueden volver a alegar la cuestión en ese grado del proceso. Aunque no puedan recurrir contra dicho auto, si pueden recurrir en apelación la sentencia definitiva dictada en primera instancia, y en consecuencia, volver a insinuar la cuestión en ella.

A tenor del art. 35,2 LOTC, las partes podrán volver a insinuar la cuestión de inconstitucionalidad en segunda instancia, pese a que el órgano "a quo" haya denegado su promoción en primera. Ahora bien, ¿también podrán las partes insinuarla cuando en primera instancia no hayan hecho uso de ésta facultad?.

Como cabe observar, el precepto únicamente refiere la posibilidad de que la cuestión pueda ser insinuada en la segunda instancia, aún -repetimos- cuando hubiese sido alegada y denegada en primera, nada dice respecto de si podrá ser suscitada "ex novo".

Veamos las consecuencias que traería el optar por una consideración positiva, es decir, que con independencia de lo que hubiera ocurrido en primera instancia, las partes puedan siempre insinuar la cuestión de inconstitucionalidad en segunda instancia.

Dado que independientemente de que las partes traigan al proceso la duda respecto de la inconstitucionalidad de una norma, ésta deberá ser apreciada de oficio por el juzgador, resultando pues que sin el concurso de la voluntad de las partes, se crea en el órgano jurisdiccional la obligación de contrastar las normas que incidan en su fallo con la Constitución, no vemos en que puede alterar el objeto de enjuiciamiento, que las partes puedan insinuar en cualquier caso la cuestión de inconstitucionalidad en segunda instancia.

La simple interposición del recurso de apelación abriendo la misma, produce en el órgano judicial competente la obligación, en su caso, de promover la cuestión de inconstitucionalidad respecto de cualquier norma que incida en su fallo, si considera que puede ser inconstitucional.

De otra parte, dado que como quedó estudiado (584),

las partes pueden ser consideradas como colaboradoras del órgano judicial en la tarea de cumplir la Constitución, si el órgano judicial -como hemos visto- está obligado a promover la cuestión cuando se den las condiciones previstas por la LOTC, es coherente pensar que las partes también podrán suscitar en segunda instancia dicha cuestión, precisamente en aras de la realización de la función antes mencionada.

Mediante la atribución de esta facultad a las partes, se aprovecha el interés privado de las mismas, para defender la jerarquía normativa de la Constitución. La atribución a las partes de instar cuestiones de inconstitucionalidad, contribuirá -desde esta perspectiva- a impedir pues que se vulnere la Constitución.

Por último, si se tiene en cuenta además, que según el art. 5,4 de la LOPJ, será suficiente para fundamentar

(584) Así además ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su S. de 21/85 de 15 de febrero BOE 5-3-85 donde declara que: "el trámite del art. 35,2 de la LOTC está destinado a garantizar que no sólo las partes del proceso a quo, sino también el Ministerio Fiscal (quien como ocurre en este caso interviene en él sin haberlo hecho en el juicio previo) puedan contribuir a depurar el control de la constitucionalidad al alegar sobre la pertinencia de plantear la cuestión, alegaciones que fundamentalmente habrán de versar -por un lado- sobre la vinculación entre la norma citada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se den el caso, y de otro lado, sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución. En el primer sentido, las alegaciones servirán par comprobar si el Juez "a quo" propone un control concreto, esto es, ceñido al caso; en el segundo aspecto, las alegaciones podrán contribuir a que el órgano judicial vea disipadas ó confirmadas sus dudas respecto a la constitucionalidad.

el recurso de casación -respecto de las resoluciones judiciales que según la Ley proceda- la infracción de precepto constitucional, carece de lógica alguna pensar que las partes no pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad en segunda instancia -si no lo hicieron en primera- y en cambio si pueden recurrir en casación por infracción de la Constitución.

Si la cuestión de inconstitucionalidad pretende ser un instrumento eficaz para la protección del principio de jerarquía normativa que impone la Constitución, evitando la aplicación de normas inconstitucionales, esta función del instituto debe poder cumplirse con igual amplitud en segunda instancia que en primera.

Manteniendo pues éste parecer, discrepamos del planteamiento de Almagro Nosete (585), para quién "salvo cuando se planteen cuestiones nuevas que incidan sobre el derecho aplicable", ó "la cuestión surja porque se aplicó en la sentencia, en virtud del principio *iura novit curia*, una norma inconstitucional no invocada", fuera de éstos casos las partes no podrán promover en la segunda instancia la cuestión de inconstitucionalidad.

(585) ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional, op. cit. p.158.

Como puede apreciarse, la interpretación del citado autor parece concordar con el tratamiento procesal que reciben los "nova reperta", hechos nuevos, en segunda instancia. Veamos:

En nuestro Ordenamiento la segunda instancia ó segundo enjuiciamiento, "está -como dice Ramos Mendez (586)- a medio camino entre una apelación plena y una apelación limitada, inclinándose la balanza a favor de ésta última".

El enjuiciamiento en segunda instancia no pueda recaer sino sobre los hechos oportunamente traídos al proceso en la primera instancia, siendo las excepciones a éste principio general tan contadas que no sin razón, Prieto Castro (587) ha estimado que dado la restricción en el enjuiciamiento, en vez de segunda instancia debiera calificarse recurso de alzada.

Conforme al art 862 LEC, la posibilidad de introducir en la segunda instancia hechos nuevos queda circunscrita a las circunstancias taxativamente fijadas en sus números 3. y 4.. A saber:

(586) RAMOS MENDEZ, Derecho Procesal civil, T.II, Barcelona 1985, p.714.
(587) PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol.II, op. cit., p.435.

3.- "Cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo, de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia".

4.- "Cuando después de dicho término, hubiera llegado al conocimiento de la parte, algún hecho de influencia notoria en el pleito ignorado por la misma, si se jura que no tuvo antes conocimiento de tal hecho" (588).

A la vista de estos dos párrafos del art. 862, se colige por qué Almagro, solamente ha considerado dos casos excepcionales en los que las partes podrán promover la cuestión en segunda Instancia sin haberlo hecho en primera.

Evidentemente, el profesor mencionado atribuye a la alegación por las partes de la cuestión de inconstitucionalidad, el tratamiento procesal correspondiente a las cuestiones de hecho en la segunda instancia. Por ello, a no ser -como expresa- que en virtud del principio "iura novit curia", se aplique en primera instancia una norma respecto de la que las partes no hayan podido en primera instancia insinuar la cuestión, por no tener previo conocimiento de que se iba a aplicar la misma, ó que en segunda instancia surjan cuestiones nuevas, con lo que al ampliarse el material fáctico objeto de enjuiciamiento.

(588) Vid. sobre los requisitos que han de acompañar a tales hechos, RAMOS MENDEZ, Derecho Procesal civil, Vol.II, op. cit. p.717, nota 13, donde el autor transcribe una sentencia del T.S. muy oportuna a estos efectos.

podrán cambiar las normas que son aplicables al caso, y en consecuencia tampoco pudieron las partes en primera instancia insinuarla, Almagro considera que las partes no podrán alegar la cuestión de inconstitucionalidad en dicho grado del proceso.

Así explicada -a nuestro parecer- la restricción a la que somete Almagro la insinuación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes en la segunda instancia, no creemos sin embargo oportuno tal tratamiento.

En primer lugar, porque la cuestión de inconstitucionalidad no debe ser tratada, porque no lo es, como una cuestión de hecho. En segundo término, porque su insinuación nunca daría lugar al quebrantamiento de la congruencia (589) entre demanda y sentencia de la segunda instancia, fin al que tiende la prohibición de los "nova reper

(589) Vid. sobre la congruencia, PRIETO CASTRO, El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, p.354, donde el autor considera que la congruencia consiste, en que "no se admiten nuevas pretensiones en apelación" y ello, en virtud del "art. 359, que sujeta a los Tribunales, según el principio controversial y dispositivo, a las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, y son oportunas las formuladas en la demanda y en la contestación, o bien en el momento posterior (de réplica y duplica). En el mismo sentido vid. SERRA, Incongruencia civil y penal, en Estudios de Derecho Procesal, op. cit. p.397, quien considera que la "congruencia se resuelve en definitiva en una comparación entre dos extremos: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador".

ta". Por último, porque al no prever nada al respecto la LOTC, dado que la limitación que se opera en el enjuiciamiento de la segunda instancia, se debe -como ha sido dicho (590)- a razones de política legislativa, cabe entender que en éste caso, la "política legislativa", no puede ser la de obstaculizar el cumplimiento de la Constitución.

(590) DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Vol.II, op. cit., p.399.

IV.- INCIDENCIA EN EL AMBITO DEL ENJUICIAMIENTO DE LA SEGUNDA INSTANCIA DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ALTERACION DEL PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEIUS.

Como hemos dicho anteriormente, el enjuiciamiento que se lleva a cabo en la segunda instancia es un enjuiciamiento de carácter restringido. Sus características brevemente descritas serían las siguientes:

- La restricción del conocimiento a las peticiones contenidas en la pretensión impugnatoria.

- La imposibilidad de introducir hechos nuevos salvo las excepciones contenidas en el art. 862 LEC.

- El constreñimiento de la prueba a unos determinados requisitos que tienden a mantener el objeto del proceso casi en el mismo estado en que estaba cuando el Juez "a quo" conoció del mismo (art. 862, 1. y 2.).

Aunque tiene pues carácter restrictivo, no quiere ello decir que lo que sea objeto del enjuiciamiento no lo sea con plenamente.

El Juez o Tribunal "ad quem" vuelve a realizar un

nuevo juicio sobre el objeto jurídico sometido a su conocimiento. La diferencia respecto a la primera instancia, es que el objeto viene ya determinado por las peticiones y alegaciones de hechos que oportunamente se debieron aducir en aquélla, y que ahora no podrán ser modificadas.

Lo que sí podrán hacer las partes en segunda instancia, es reducir el objeto del enjuiciamiento, mas no ampliarlo. De otra parte, y como vimos, tampoco podrán alegar hechos nuevos salvo los casos excepcionales previstos en el art. 862.LEC (591).

El ámbito del enjuiciamiento pues de la segunda instancia, viene determinado por las peticiones y excepciones deducidas oportunamente en primera instancia, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria (592).

En consecuencia, el Juez "ad quem" deberá fallar sólo sobre las pretensiones contenidas en la pretensión impugnatoria, so pena de que la sentencia incurra en incongruencia (593). Esta afirmación tiene una doble perspectiva:

(591) Vid. sobre las características que han de tener los hechos nuevos y sus pruebas en la segunda instancia, PRIETO CASTRO, Limitaciones de la apelación, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, op. cit. pp.380 y 381. Vid. también ROBLES GARZÓN, LA apelación y segunda instancia (en el juicio de mayor cuantía), inédito, pp. 49 a 55.
(592) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, op. cit. p.472.

- De una parte, ello quiere decir que puesto que le han sido sometidas a su conocimiento, deberá pronunciarse sobre cada una de las mismas, conforme prescriben los arts. 361 LEC, y 1,7 C.c., que prohíbe el non liquet, expresándose ésta obligación, en el imperativo -como lo llama Prieto Castro (594)- del principio de la exhaustividad de la sentencia ("sententia debet esse conformis libello").

- De otra, que no debiéndose hacer otros pronunciamientos que los pedidos, se deberá respetar la situación jurídica creada al amparo de la sentencia de primera instancia en aquéllo que no esté incluido en la impugnación, ó dicho con otras palabras, que en virtud del principio dispositivo y de congruencia que rige el proceso civil (595), ó como otros han afirmado del principio de rogación (596), aquéllo que no es recurrido debe entenderse que queda consentido, y en consecuencia no debe enjuiciarse puesto que no se somete a enjuiciamiento. Es lo que se llama el principio de la "reformatio in peius".

(593) Vid. en general, SERRA DOMINGUEZ, Incongruencia civil y penal, op. cit. pp. 393 a 432. Vid. también, PRIETO CASTRO El principio de congruencia como limitación .. . op. cit. pp. 279 a 323.
 (594) PRIETO CASTRO, El principio de congruencia como limitación .. . op. cit. pp. 313 a 316.
 (595) PRIETO CASTRO, Limitaciones de la apelación, op. cit. p.354.
 (596) Vid. LORCA NAVARRETE, Sobre la prohibición de la reformatio in peius, en Constitución Derecho y proceso, en Estudios en memoria de los profs. Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barraques, op. cit. pp. 443 a 485.

Estas son pues, las peculiaridades que respecto al ámbito del enjuiciamiento se producen en la segunda instancia. Veamos a continuación cómo incide en el mismo la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Aunque la segunda instancia -como todo el proceso civil- se haya regido por el principio dispositivo y por el aportación de parte, la autonomía de la voluntad de éstas tiene sus límites. De un lado, en las normas de "ius cogens" que regulan la relación jurídico-procesal, y de otro, en las de derecho sustantivo de igual naturaleza.

Si convenimos en que aunque las partes no propongan en segunda instancia la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad ésta deberá ser apreciada de oficio, ello es una circunstancia que tiene ó puede tener repercusiones importantes en torno el derecho aplicable en segunda instancia.

Efectivamente, si la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez "ad quem", imaginemos, es estimada por el Tribunal Constitucional, en el caso de que con base a dicha norma se hubiera producido el fallo en primera instancia, y algunos de sus extremos no hubie-

ran sido impugnados quedando por tanto consentidos, ¿qué deberá hacer el Juez "ad quem"?

¿Deberá revocar la sentencia de primera instancia, aún en los puntos que estén consentidos?, ó ¿la sentencia del Tribunal Constitucional únicamente tendrá efectos, respecto de aquéllos puntos que le habían sido sometidos al enjuiciamiento del Juez "ad quem"?. Un ejemplo servirá para ilustrar lo que decimos:

- Si en virtud de la aplicación de una determinada norma, de las 100 que el demandante había pedido obtiene en primera instancia 80, reducción por la que sintiéndose gravado apela, puede suceder que si el Juez "ad quem" tuviese dudas respecto de la constitucionalidad de dicha norma, y conforme al art. 35 LOTC elevase al Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, en el caso de que ésta fuese estimada y declarada nula la misma, ¿qué incidencia tiene la sentencia del Tribunal Constitucional, respecto de la materia objeto del proceso en que dicha cuestión ha nacido?

Evidentemente, el Juez "ad quem" no podrá otorgar las 100, ya que ha dejado de existir la norma al amparo de la cuál podría declarar este efecto jurídico, mas, el problema es otro, ¿deberá entonces revocar la sentencia

de primera instancia?

Si la contestación fuera positiva, el resultado sería que en segunda instancia no sólo no se le concederían al apelante las 100 que pedía, sino que se revocaría la sentencia de primera instancia que le otorgaba las 80. Como puede apreciarse, quedaría infringida la regla de la "reformatio in peius".

Como la opción por la otra alternativa -que quede firme la sentencia de primera instancia respecto de aquellos extremos no impugnados- supone predicar el efecto de cosa juzgada formal respecto de la decisión ya recaída sobre éstos (597), hemos de analizar si la producción de dicho efecto jurídico podrá tener lugar en las circunstancias descritas.

Expone Serra Dominguez (598) -al tratar de la problemática de la incongruencia en segunda instancia- que no será causa de la misma la revocación de la sentencia de primera instancia, aún cuando existan extremos consentidos por las partes, cuando el Tribunal deba conocer de

(597) Vid. en este sentido, FAIREN GUILLEN, Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal, en R.D.P.1949, p.279. Vid. también, RAMOS MENDEZ, Derecho Procesal Civil, Vol.II, op. cit. p.715.

ellos de oficio, citando como paradigmas, la falta de jurisdicción, ó de competencia, así como aquéllas cuestiones en que esté interesado el orden público.

Pero, es que además, y -siguiendo al mismo autor- "no se incurre en incongruencia por exceso, cuando se falla sobre pretensiones o cuestiones no formuladas expresamente por las partes, pero cuya resolución es previa ó consecuencia de las propuestas por las partes", tales como, "las que resuelven cuestiones prejudiciales a las propuestas, o inherentes a ellas o consecuencia obligada de las primitivas pretensiones "(599).

Trasladando estas ideas al supuesto que estudiamos, no cabe duda que como la obligación de aplicar la Constitución es una cuestión de orden público, como lo demuestra el deber de los órganos jurisdiccionales de elevar de oficio dicha cuestión al Tribunal Constitucional, aplicando la argumentación de Serra habríamos resuelto el problema, de que en segunda instancia se conociese de una cuestión que no ha sido formulada por las partes -la cuestión de inconstitucionalidad- y que pudiese agravar

(598) SERRA DOMINGUEZ, Incongruencia civil y penal, op. cit. p.418.

(599) SERRA DOMINGUEZ, Incongruencia civil y penal, op. cit. p.409.

el contenido de la sentencia de primera instancia:

- Aunque el Juez "ad quem" deberá respetar los límites de la pretensión impugnatoria al fallar sobre la misma, al tener también la obligación de aplicar la Constitución, y de suspender el procedimiento para remitir al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad, cuando dude de la constitucionalidad de una norma que incida en su fallo, esta cuestión debe considerarse, porque lo es, como prejudicial al fallo que dicho órgano tiene que emitir.

En consecuencia, la opción que debemos tomar respecto de si el Juez "ad quem" deberá revocar lo consentido en primera instancia, es obvia:

- Se parta tanto del principio de rogación como del dispositivo, para fundamentar la regla de la reformatio in peius imperante en segunda instancia, ambos se respetan aún cuando el Juez "ad quem" revoque la sentencia emitida en Primera en aquéllos extremos no impugnados, ya que estamos en presencia de una cuestión prejudicial de orden público: el enjuiciamiento de la presunta inconstitucionalidad de una norma aplicable en el proceso.

Si bien puede parecer que la alternativa adoptada vulnera el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia definitiva, respecto de aquellos extremos no impugnados, debe advertirse que tal efecto, precisamente por la interposición del recurso, aún no se ha producido, como además lo demuestra la configuración del instituto de la adhesión a la apelación.

Partiendo -como considera Prieto Castro (600)- de que "la primera y la segunda instancia son dos etapas de un juicio único" "rogado" y "pedido" por el recurrente al Juez "ad quem", para que conozca de una determinada pretensión, éste deberá también conocer de las prejudiciales a aquélla, y como quiera que el juicio, en virtud del recurso de apelación, no está cerrado, si la decisión de la prejudicial agrava el contenido de la sentencia de primera instancia respecto del recurrente, en todo caso, normas -la Constitución- respecto de cuya aplicación el recurrente no puede disponer, obligan a a ello.

En este supuesto, el recurrente lo que deberá hacer

(600) PRIETO CASTRO, Limitaciones de la apelación, op. cit. p.380.

-si no se quiere ver perjudicado por la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad, y siempre claro está, que no haya habido adhesión a la apelación, conducta que de parte del demandado, impide que quede consentido lo fallado en primera instancia (art. 849 LEC)- es, cuando el Juez "ad quem" suscite en el proceso la necesidad de tener que promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, renunciar al recurso ó desistir del mismo (arts. 409 y 846 a 848 de la LEC), con lo cuál, la sentencia de primera instancia habrá devenido firme, y por consiguiente, no se verá gravado aún más que ya lo estaba por el contenido de ésta.

CAPITULO XIV: LA TRANSFORMACION DEL CARACTER
CONCRETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD
A TRAVES DEL RECURSO EN INTERES DE LEY.

I.- INTRODUCCION.....507

II.- PROYECCION DE LA CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD EN EL RECURSO EN
INTERES DE LEY.....511

1).- Dualidad en el objeto de la cuestión
de inconstitucionalidad.....511

2).- La carencia de efectos de la promoción
de la cuestión de inconstitucionalidad respecto
de la situación jurídico particular objeto de
la resolución recurrida.....515

3).- La utilización del recurso en interés de
ley por parte de la Administración del Estado
como medio de revocar las sentencias firmes
dictadas en procedimientos de carácter
sancionador.....522

4).- La conversión de la cuestión de
inconstitucionalidad en un control de la
constitucionalidad de carácter sui generis.....526

III.- EL RECURSO EN INTERES DE LEY, LA
CONSTITUCION Y LA LEY ORGANICA DEL PODER
JUDICIAL.....531

CAPITULO XIV: LA TRANSFORMACION DEL CARACTER
CONCRETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD A TRAVES
DEL RECURSO EN INTERES DE LEY.

I.- INTRODUCCION.

Recorriendo todas aquellas posibles sedes en las cuáles la cuestión de inconstitucionalidad presenta especiales problemas, analizaremos ahora los que surgen cuando el conocimiento del Tribunal Constitucional respecto de la posible inconstitucionalidad de una norma, trae causa de la elevación de aquélla por el Tribunal Supremo, cuando éste conozca de un asunto en virtud del recurso en interés de ley.

Efectivamente, si a tenor de los arts. 163 CE, 35 LOTC, y 5,2 LOPJ, todo órgano judicial debe plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que dude de la constitucionalidad de la norma que incide en su fallo, dado que en virtud del recurso en interés ley el Tribunal Supremo deberá aplicar al caso concreto sometido a examen, la norma que conforme al Ordenamiento jurídico hubiera lugar, no cabe duda que a pesar de las peculiaridades que presenta el enjuiciamiento en este recurso -y que más adelante, tendremos ocasión de valorar- nos encontramos una vez más con otra

hipotética sede de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, que conviene estudiar a fin de llegar a la íntegra configuración de la misma en el orden civil.

Antes de adentrarnos en el desarrollo de éste tema, es oportuno aclarar que el fundamento en este caso de nuestro estudio, no está tanto en la utilidad del mismo a efectos prácticos -ya que como es sabido el recurso en interés de ley ha sido un instrumento poco utilizado en la práctica forense- sino en la quiebra que produce de los postulados constitucionales:

Aunque en principio parece que nos encontramos ante una situación en nada diferente a la que produce el ejercicio de la cotidiana función jurisdiccional, los problemas que comporta la promoción de la cuestión con ocasión del enjuiciamiento del recurso aludido son importantes. El juego de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad en el recurso en interés de ley, pone en entredicho no sólo ya la funcionalidad de la cuestión de inconstitucionalidad como control concreto y preventivo de la aplicación de normas inconstitucionales en el proceso, sino, lo que es más importante, el carácter de la Constitución Española como norma jurídica y suprema del Ordenamiento.

Si ya el recurso en interés de ley provocaba graves problemas, la incidencia en él de la cuestión de inconstitucionalidad, puede suponer quizás un ataque frontal y directo contra nuestro Ordenamiento constitucional.

Así las cosas, los temas que recabaran principalmente nuestra atención en este capítulo serán los siguientes:

En primer lugar, los efectos que para la Constitución tiene que el recurso en interés de ley no surta efectos respecto de la situación jurídica particular objeto de la resolución recurrida (601), aún cuando en ésta se haya aplicado una norma inconstitucional.

En segundo lugar, dado que el recurso en interés de ley es un recurso de casación, la dualidad de normas que influyen en él como enjuiciamiento que auna en sí mismo dos clases de juicios diferentes, también contribuirá a problematizar el control constitucional, que dependiendo

(601) Art. 1718 LEC: "Podrá igualmente el Ministerio Fiscal, en interés de la Ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por el motivo 5º del art. 1692 en los pleitos en que no haya sido parte. En éste caso serán emplazadas las partes que intervinieron en el litigio para que, si lo tienen por conveniente, se presenten ante la Sala Primera del Tribunal Supremo en el plazo de veinte días.

Las sentencias que se dicten en éstos recursos tendrán eficacia únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida."

que surja en el juicio rescindente ó en el juicio rescisorio, asumirá un fin diferente.

De aquí que tengamos que analizar no sólo el supuesto indicado anteriormente, sino también aquél que puede surgir cuando la infracción exigida para la interposición del recurso en interés de ley lo hubiera sido de una norma ordinaria, y el Tribunal Supremo estime que la norma que subsume el supuesto de hecho concreto -y que no fue aplicada por el Tribunal de instancia- pudiera ser inconstitucional.

Por último, también será interesante dilucidar la posible contradicción que éste enjuiciamiento puede suponer en la configuración que de las funciones del poder judicial realiza la Constitución, ya que al ser en definitiva el único fin de éste recurso la producción de jurisprudencia, si ya con anterioridad a la vigencia de la Constitución se podía dudar de la compatibilidad de éste con el art 7 de la antigua LOPJ, que prohibía a los Jueces y Tribunales dictar reglas generales sobre la interpretación y aplicación de las leyes, ahora es necesario volver sobre éste tema, a fin de hacer las observaciones pertinentes.

II- PROYECCION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL RECURSO EN INTERES DE LEY.

1).- DUALIDAD EN EL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Entrando directamente en materia, la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo cuando éste conozca de un asunto en virtud del recurso en interés de ley (art. 1718 LEC), puede deberse -como hemos dicho- a dos motivos: bien a que el Tribunal Supremo tenga dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicada por el Tribunal de instancia, ó bien a que éstas dudas recaigan sobre la norma que considera incide en su fallo, una vez -claro está- que apreciando la infracción requerida para que proceda el recurso en interés de ley, se disponga a dictar sentencia.

Puesto que el recurso en interés de ley podrá ser interpuesto por el Ministerio Fiscal, cuando éste aprecie la infracción por una sentencia firme, de una norma del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, la posibilidad de que la norma infringida por el Tribunal de instancia sea la Constitución, entra dentro de la casuística a establecer entre los motivos del recurso.

De otra parte también puede suceder que, no habiéndose vulnerado la Norma Constitucional por la sentencia del Tribunal de instancia, pero si una norma ordinaria ó la jurisprudencia, considere el Tribunal Supremo que la norma ordinaria que incide en su fallo, y que es la que subsume el supuesto de hecho concreto, puede ser inconstitucional. Como puede apreciarse, los supuestos son absolutamente diferentes.

En el primer caso, la infracción de la Constitución ya se ha realizado. En el segundo, en cambio, puesto que aún no se ha aplicado en el proceso la norma que la infringe, la Constitución no se ha conculcado por el poder judicial.

Bajo la óptica de la Constitución, los controles constitucionales que mediante la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad se pueden llevar a cabo, con ocasión del recurso en interés de ley, varían sustancialmente según que la duda respecto de la constitucionalidad recaiga sobre la norma aplicada por el Tribunal de instancia, ó sobre la norma que considera aplicable al caso el Tribunal Supremo.

- Si la cuestión de inconstitucionalidad recae sobre la norma aplicada por el Tribunal de instancia, el

control constitucional pierde, desde luego, su carácter preventivo. No impedirá la aplicación de normas inconstitucionales en el proceso, ya que la resolución recurrida permanece inalterable.

- Si la cuestión de inconstitucionalidad recae sobre la norma que según el Tribunal Supremo debía de haber aplicado el Tribunal de instancia, pero que por haber sido desconocida por éste, procede precisamente el recurso en interés de ley, puesto que el control de la constitucionalidad se va a operar sobre una norma que aún no ha recibido aplicación en el proceso, en éste supuesto si tiene la cuestión de inconstitucionalidad carácter preventivo.

En ambos casos, el resultado del proceso constitucional no se proyectará sobre ninguna situación jurídica específica, ahora bien en el último supuesto, en cuanto que la norma objeto del control constitucional ni siquiera ha recibido aplicación en sede jurisdiccional, la transformación de la cuestión de inconstitucionalidad en un control abstracto se deja apreciar aún con mayor claridad: la norma cuya inconstitucionalidad se va a enjuiciar mediante la cuestión de inconstitucionalidad, si bien incide en el fallo del Tribunal Supremo, no repercute en una situación jurídica particular.

Aunque en éste caso la elevación de la cuestión no produce consecuencias negativas, ya que el motivo del recurso en interés de ley no fué la vulneración de la Constitución sino de la de una norma de carácter ordinario, no obstante, también en este supuesto la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad se altera profundamente.

2).- LA CARENCIA DE EFECTOS DE LA PROMOCION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA SITUACION JURIDICO PARTICULAR OBJETO DE LA RESOLUCION RECURRIDA.

Cuando el Tribunal Supremo considere que la sentencia de instancia infringe el Ordenamiento jurídico, porque duda de la constitucionalidad de la norma aplicada en la misma, deberá en el caso de que dicha norma fuese postconstitucional -dado que respecto de éstas no tiene poder para desaplicarlas directamente- ó preconstitucional si duda de su oposición a la Constitución, promover sobre ella cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, a fin de que éste dictamine si está en concordancia con la Constitución, ó por el contrario vulnera lo en ella establecido.

Como la norma de cuya constitucionalidad se duda ya fué aplicada al justiciable, en el supuesto de que ésta sea declarada inconstitucional, dado que la sentencia que resuelve el recurso en interés de ley no tiene efectos respecto de la situación jurídica particular de la que trae causa, el control constitucional no servirá para impedir la infracción que de la Constitución ha realizado la sentencia firme objeto del recurso.

Dado que la sentencia resolutoria del recurso en

interés de ley, únicamente sirve -como dice el art.1718- para crear jurisprudencia, en el caso del que tratamos, aparte de la valoración que hagamos del fin que cumple la cuestión de inconstitucionalidad -y que ya anticipamos, se convierte en otro del hasta ahora observado- es indudable que dicha sentencia servirá indirectamente para restar eficacia a la Constitución:

Como según el art.1718 LEC., dicho recurso únicamente procede contra sentencias firmes por el motivo 5º del art.1692, a saber, infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, y el enjuiciamiento que a causa de él se produce, deja "intactas" -en palabras de la ley- las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida", parece en principio que tampoco tendrá influencia alguna en dicha resolución, el resultado de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, cuyos efectos, en el caso de que se dicte una sentencia estimatoria de la misma, varían de los que normalmente tienen dichas resoluciones, las cuáles, naturalmente, siempre afectan -a no ser que el proceso "a quo" se haya extinguido mientras se resolvía la cuestión- a una situación jurídica específica.

En este caso, el control constitucional que se lleva a cabo mediante la cuestión de inconstitucionalidad, se

convierte en un control "sui generis", ya que aunque naciendo, como control concreto, carece sin embargo de efectos respecto de la situación jurídica particular, en base a la cuál se juzga la conformidad de la norma ordinaria con la Constitución.

La sentencia que resuelve dicho recurso y que en este caso casará la sentencia recurrida, habiendo sido declarada inconstitucional la norma en que se fundamentaba, ya que dicha sentencia infringía el Ordenamiento jurídico, unicamente tendrá eficacia, "para-conforme al art.1718 LEC- formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito".

Deteniéndonos en el contenido del enjuiciamiento realizado por el Tribunal Constitucional, dado que el juicio de contraste que el Tribunal Constitucional realiza de la norma ordinaria en relación a la constitucional es un juicio de carácter concreto -ya que sólo examinará la concordancia de la norma cuestionada con la Constitución, en base al supuesto de hecho en donde se plantea su aplicación- si el Tribunal estima la contradicción de la misma con la Constitución, ello equivale a reconocer que la norma aplicada por el Tribunal de instancia era inconstitucional.

Pasando a valorar el contenido del juicio del Tribunal Supremo, dado que éste queda vinculado a la sentencia del Tribunal Constitucional -conforme preceptúan los art. 164 CE, 38,3 LOTC y 5,1 LOPJ- la sentencia del mismo reconocerá la infracción que de la Constitución realizaba la sentencia del Tribunal de instancia, y procederá a dictar la sentencia que conforme al Ordenamiento jurídico haya lugar.

Así las cosas, parece que no llegan al justiciable ni los efectos del enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, ni los del Tribunal Supremo, ni en consecuencia los efectos de la Constitución en cuya virtud se han emitido dichos pronunciamientos con un contenido específico.

Si se piensa que aún cuando en el ámbito civil este recurso se puede plantear "sine die", tanto en el ámbito laboral como en el administrativo está sujeto en cambio al plazo de tres meses (arts. 185-187 de la LPL y 101 de la LJCA), puede colegirse que -al menos con seguridad en estos últimos- la parte que vió desestimada su pretensión por el Tribunal de instancia, de triunfar el recurso en interés de ley por infracción de norma constitucional, tendrá la sensación -si su relación jurídica tal como

quedó conformada por la sentencia firme no puede ser modificada- que la Constitución no es una norma de obligado cumplimiento, puesto que el órgano judicial que dictó la sentencia firme, aplicó a la relación jurídica sometida a examen una norma que le era contraria.

Utilizando el argumento de De Castro (602), con pensar en la opinión que merecerá al ciudadano, parte en el litigio cuya resolución se ha recurrido por el Ministerio Fiscal en interés de la Ley, el hecho de que ni la sentencia del Tribunal Constitucional -declarando la inconstitucionalidad de la norma y en consecuencia, la nulidad de la misma- ni la del Tribunal Supremo -declarando la infracción por el Tribunal de instancia de la Constitución, y aplicando otra norma a dicha relación jurídica- puedan evitar que la norma inconstitucional siga desplegando sus efectos respecto de su situación jurídica, hay bastante para constatar los perjuicios que provoca el recurso en interés de ley.

(602) DE CASTRO, El recurso en interés de ley y el valor de la jurisprudencia, en A.D.C. 1970, pp. 613 - 624. En concreto p.615, donde el autor hacia el siguiente comentario, "Piénsese -exponía el citado- en el efecto que ha de producir en las personas sin prejuicios, el que después que el Tribunal Mas Alto del Estado, (En la fecha en que el autor realiza éste comentario, no existía todavía el Tribunal Constitucional), ha declarado solemnemente que una sentencia ha sido dictada contra la Ley, que es fundamentalmente injusta, no sólo no se remedia tal entuerto sino que por el contrario, el fallo declarado ilícito, se imponga "vi militari" y se le invista de la santidad de la cosa juzgada".

Ahora bien, la causa que ello sea así no está en la regulación del control constitucional, sino en que mediante el recurso en interés de ley se enjuicie una situación jurídica sobre la que ya ha recaído sentencia firme.

Aunque en el Ordenamiento preconstitucional los motivos por los cuáles una sentencia firme podía ser rescindida, eran solamente los motivos integrados en los recursos de revisión existentes en los distintos ámbitos jurisdiccionales, dado que como afirma Muñoz Rojas (603), "el grado en que el interés de la seguridad deba prevalecer sobre los postulados de la justicia, o viceversa, es una cuestión de política legislativa que puede variar, y de hecho ha variado, históricamente", es conveniente ahora a la luz de la Constitución, revisar si en el caso de infracción de Norma constitucional, aún cuando la específica regulación del recurso en interés de ley no permite la modificación de la sentencia firme, la Constitución o la LOTC, en cambio, prevén otra consecuencia distinta. A este respecto el art.40 LOTC es tajante:

"Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante senten

(603) MUÑOZ ROJAS, Estudio sobre la revisión penal, R.D.P., II 1968, p.49.

cia 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 contenciosos 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 ó limitación de la responsabilidad".

Así el contenido del precepto citado, que no es por otra parte sino la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo (604), parece que en nada puede incidir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, sobre una situación jurídica establecida mediante sentencia firme en el orden civil, si ésta se dictó con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la norma aplicada por aquélla.

604) Vid. STC 18/81 de 8 de junio BOE 16-6-81, f. j. 2.

3).- LA UTILIZACION DEL RECURSO EN INTERES DE LEY POR PARTE DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO, COMO MEDIO DE REVOCAR LAS SENTENCIAS FIRMES DICTADAS EN PROCEDIMIENTOS DE CARACTER SANCIONADOR.

Como el art.40 citado, introduce como criterio para establecer la retroactividad de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, el que la norma declarada inconstitucional afecte a un procedimiento sancionador, aunque nuestro trabajo se circunscribe al ámbito civil, oportuno nos parece hacer un breve comentario, sobre los efectos de la cuestión de inconstitucionalidad en el recurso en interés de ley en el ámbito administrativo, ya que el tratamiento procesal que en éste recibe, nos será de gran utilidad para fundamentar la tesis que sostendremos respecto del instituto en general. A tenor del art.101 de la LJCA:

"1.Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales que no sean susceptibles de apelación ordinaria podrán, sin embargo, ser impugnadas en interés de la Ley, por la Abogacía del Estado, aunque no hubiera intervenido en el procedimiento, mediante un recurso de apelación extraordinario, cuando estime gravemente dañosa y errónea la resolución dictada.

2. El recurso se interpondrá en el plazo de tres meses.

3. A la tramitación y vista de estos recursos extraordinarios se dará carácter preferente.

4. La sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre y fijará la doctrina legal".

- Habida cuenta que el art.40 LOTC reconoce carácter retroactivo a las sentencias que afectaren a procedimien-

tos de carácter sancionador, y carácter sancionador puede tener, desde luego, un proceso contencioso-administrativo, desde la entrada en vigor de la Constitución y la LOTC, y en virtud del art 40 citado, debe entenderse modificado el art.101 de la LJCA, ya que cuando el recurso en interés de ley -denominado por la LJCA de apelación extraordinaria- se interponga respecto de una sentencia que se haya dictado en un procedimiento contencioso-administrativo de carácter sancionador, si el resultado de la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad es estimatorio, la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, se verá afectada -conforme preceptúa el art.40 de la LOTC- por la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Pero no es ésta la única consecuencia que cabe deducir de ésta modificación.

Dado que el recurso en interés de ley únicamente está en manos de la Administración, lo que lleva a decir a González Pérez (605), que "el recurso de apelación extraordinario, no se da propiamente en interés de la Ley, sino en interés de la Administración",

(605) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, op. cit., p.1159.

cuando el Abogado del Estado considere que la norma aplicada por la Audiencia Territorial es inconstitucional, aparte, como cualquier otro litigante, de poder recurrir en amparo si ello supusiera la infracción de un derecho fundamental, gozará además de la facultad de poder interponer un recurso en interés de ley, por el que si el procedimiento en el cuál se hubiese dictado la resolución recurrida fuese sancionador, logrará, si es declarada inconstitucional la norma, que la sentencia que se dictó conforme a la misma se sustituya por la sentencia del Tribunal Supremo dictada con ocasión de dicho recurso.

Si como bien decía Cremades (606), el recurso en interés de ley en el ámbito administrativo, parecía tener como fin "evitar el daño que en el futuro puedan ocasionarle (a la Administración) la doctrina de las Audiencias Territoriales, en decisiones no susceptibles de apelación ordinaria", ahora, en virtud de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Administración no sólo podrá utilizar el recurso para evitar un daño futuro, si

(606) CREMADES, El recurso en interés de ley, Zaragoza 1969, p.28.

no también para sustraerse a un daño presente: la sentencia firme.

Consecuencia directa de este estado de cosas, es la quiebra del principio de igualdad proclamado en la Constitución (art.14):

- Si ya el que la Administración -por medio del Abogado del Estado- sea el único sujeto legitimado para interponer el recurso en interés de la Ley, es un grave atentado contra el principio de igualdad de partes en el proceso contencioso-administrativo (607), la agregación ahora de un nuevo motivo, pudiéramos llamar, de revisión respecto de las sentencias firmes de carácter sancionador que perjudiquen a la Administración, mediante los efectos de la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en dicho recurso, hace devenir flagrantemente inconstitucional éste privilegio de la Administración respecto del administrado, que al no poder interponer el recurso en interés de ley, no se podrá beneficiar del juego de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

(607) Vid GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción op. cit. p.1153.

4).- LA CONVERSION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN UN CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE CARACTER SUI GENERIS.

Teniendo en cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad en esta ocasión -aún estando configurada como un control concreto- no puede afectar a la situación jurídica particular de la que trae causa dado que ya ha recaído sentencia firme sobre la misma, surgen dos interrogantes. En primer lugar, si puede promoverse una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma cuya aplicación por el órgano judicial no va a repercutir en una situación jurídica particular; en segundo, el fin que cumple en este supuesto la elevación de la cuestión, y ello, tanto respecto de la situación jurídica mencionada, como del Ordenamiento jurídico.

El que la declaración de inconstitucionalidad carezca de efectos sobre la situación jurídica particular de la que en definitiva trae causa el control constitucional, convierte a la cuestión de inconstitucionalidad en un procedimiento de depuración del Ordenamiento jurídico de carácter "sui generis", ya que aunque con causa en un acto concreto -la necesidad de aplicar por el Tribunal Supremo una norma a un supuesto de hecho específico- al no estar configurado el recurso en interés

de ley como una demanda de revisión, y recaer no obstante sobre una sentencia firme, ello repercute sin lugar a dudas sobre el ámbito de influencia de la sentencia del Tribunal Constitucional al resolver la cuestión de inconstitucionalidad, que en este caso no tendrá, respecto de la situación jurídica particular en base a la cuál se enjuicia, efecto alguno; ni reparador ni preventivo, y no porque el litigio se haya extinguido mientras que se sustanciaba el proceso constitucional, ó porque la norma no reciba aplicación en dicha proceso, sino porque desde el inicio de éste no tenía repercusión alguna.

Los efectos de la sentencia del recurso en interés de ley, influyen en tal grado sobre los efectos de la sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad, que el fin que tenía la misma se ve a su vez influenciado por el que tiene el recurso en interés de ley.

Como los efectos del enjuiciamiento del Tribunal Supremo son unicamente para formar jurisprudencia, quiere decir ello que indirectamente la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad y posterior sustanciación, unicamente servirá para eliminar la norma inconstitucional.

Verdaderamente, la cuestión de inconstitucionalidad en el recurso en interés de ley, parece que se convierte

en un control muy similar al que respecto de la ley y de la jurisprudencia lleva a cabo el aludido recurso, ya que acoge como único fin, en virtud de los efectos del recurso en interés de ley, la anulación de la norma inconstitucional, y no el impedir la producción de efectos inconstitucionales en el proceso.

En cuanto a la primera interrogante, es decir, si podría promoverse una cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma que no va a tener efectos respecto de la situación jurídica particular sobre la cuál se enjuicia la constitucionalidad de la misma, no podemos dar una contestación tajante.

Aunque según los arts.35 LOTC, 163 CE y 5,3 LOPJ, todo órgano judicial cuando considere que la norma que incide en su fallo pudiera ser inconstitucional, debe remitir cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que tal expediente tiene como fin que los órganos judiciales puedan actuar en el respeto a la Constitución en su función de administrar justicia, dado en cambio que la sentencia resolutoria del recurso en interés de ley tiene como único efecto el de formar jurisprudencia, el único fin que tiene la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, en esta sede, es el impedir que el Tribunal Supremo -Tribunal instituido en la cúspide del poder ju-

dicial por la Constitución (art. 123), (salvo en materia de garantías constitucionales)- se vea en la tesitura de tener que fundamentar su fallo en una norma inconstitucional.

Por otra parte, y como cabe observar, dado que el Ministerio Fiscal es el único sujeto legitimado para interponer el recurso en interés de ley, podemos considerar que la cuestión de inconstitucionalidad con las cualidades que hemos visto adquiere, queda en gran parte bajo el control de dicho sujeto, que podrá utilizar el recurso en interés de ley a modo de "fictio litis", para conseguir la declaración de inconstitucionalidad de una norma:

- Si al Ministerio Fiscal interesa que el Tribunal Constitucional entre a conocer de la constitucionalidad de una determinada norma, le bastará interponer un recurso en interés de ley en el que la resolución impugnada hubiere hecho aplicación de la norma inconstitucional, para que suscitando luego -como parte- al Tribunal Supremo la cuestión de inconstitucionalidad, éste, en su caso, eleve la misma al citado Tribunal.

Así el resultado de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad que se produce con ocasión del

enjuiciamiento del recurso en interés de ley, debemos reflexionar sobre si ello altera sustancialmente el fin que según la Constitución debe cumplir la misma, ya que -si como hemos podido apreciar- el recurso en interés de la ley supone el desprestigio del Derecho y de los Tribunales de Justicia, si la elevación en él de la cuestión de inconstitucionalidad puede incluir ahora en ese descrédito al Tribunal Constitucional y a la Constitución, se impone considerar que ó bien el citado recurso posee un objetivo de gran magnitud -por supuesto conforme a la Constitución- en aras del cuál su existencia queda justificada, a pesar de los efectos nefastos que conlleva, ó bien debe propugnarse su supresión, dado el ataque que representa contra la certeza del Derecho el reconocimiento del incumplimiento de la Constitución, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, y a pesar de ello la inalteración de la sentencia de instancia que la infringe.

III.- EL RECURSO EN INTERES DE LEY LA CONSTITUCION Y LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.

Llegados aquí hemos de preguntarnos cuál es realmente el fin del recurso en interés de ley.

La prescripción del art.1718 a este respecto es radical. El fin del recurso en interés de ley es crear jurisprudencia. En este punto pues, difiere totalmente del recurso de casación, que por el contrario tiene por fin primordial la defensa del derecho objetivo, lo que se demuestra en la anulación de la sentencia casada:

- Verdaderamente, si la casación tiene como fin la defensa de la ley, es precisamente porque anula la sentencia, porque la deja sin efectos jurídicos, ya que, ¿se puede llamar defensa del derecho objetivo lo que hace el recurso en interés de ley, cuando declarando que la sentencia ha infringido una norma del Ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, ésta permanece inalterada?. ¿No provoca el efecto inverso?.

Similares interrogantes formula Jaeger (608). "Se la

(608) JAEGER, Nozioni, caratteri, autorità della Giurisdizione consultiva, en Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei, Padova 1958, p.385.

sentenza casata -nos dice- nell'interésse della legge conserva tutta la sua efficacia nei confronti delle parti, entro quali limiti ed in che senso se ne pronuncia l'annullamento?, quale parte di essa viene posta nel nulla?, quali effetti si fanno venir meno?.

Partiendo de la aseveración de López de Oñate (609), y en consecuencia considerando que "la exigencia de la certeza de la norma, esto es, de la ley, y consiguientemente a través de ella de la certeza del derecho", es indispensable para la convivencia social ordenada, hay que reconocer que es un duro golpe para la certeza del Derecho, la impresión que el recurso en interés de ley puede causar en el ciudadano, al ver como la Norma Constitucional se revela incapaz para proyectarse en sus relaciones jurídicas, siendo sustituida por una arbitraria decisión judicial. So pretexto de aclarar el derecho, se le infringe al mismo un ataque frontal.

- Si la norma jurídica es fuente directa y primigenia del Ordenamiento jurídico, y si las resoluciones de los Tribunales inferiores al Tribunal Supremo no pueden ser consideradas como jurisprudencia, en el senti

(609) LOPEZ DE OÑATE, La certeza del Derecho, Buenos Aires 1953, p.73.

do de poder basar en ellas el recurso de casación, el que uno de estos Tribunales incumpla el derecho objetivo no es un hecho que le reste eficacia y publicidad al mismo.

Dado que las normas tienen una publicidad muy superior a la de las sentencias -abstracción hecha de las del Tribunal Supremo y las del Tribunal Constitucional- no creemos que sea tan grave el perjuicio que causan tales sentencias infractoras de la Legalidad, para que aún perjudiquen más a ésta permitiéndose que se promuevan sobre las mismas recursos en interés de ley, que si que provocan en el justiciable la total desconfianza en el Derecho.

Aunque como señala Jaeger (610), el recurso en interés de ley demuestra la configuración en el Ordenamiento de un procedimiento instituido con el fin de eliminar la autoridad de una sentencia, lo que nos debe de llevar a no pasar por alto -como suele suceder en lo sistemas continentales- el valor jurídico que produce una sentencia y su eficacia vinculante como precedente, nos parece que el precio, si éste fuese el fin único y exclusivo del recur

(610) JAEGER, Nozioni, caratteri, autorità della Giurisdizione consultiva, op. cit. p.385.

so en interés de ley, es abusivo, ya que por eliminar una sentencia contraria a la ley o a la jurisprudencia, se derivaran aun perjuicios superiores.

Dado que el recurso en interés de ley no tiene como fin la defensa de los litigantes, así como que, desde luego, no es una fórmula idónea para la defensa del derecho objetivo, el reconocimiento del incumplimiento de éste, y a pesar de ello el mantenimiento del acto infractor, el único fin que cabe atribuirsele y que cumple eficazmente este recurso, es el de asegurar la supremacía del Tribunal Supremo sobre el resto de los Tribunales:

- Habida cuenta que la multiplicidad de asuntos impone el reparto de ellos entre los órganos jurisdiccionales, y que en razón de la cuantía ó de la materia, muchos de los mismos esten privados del recurso de casación, indudablemente la única fórmula de mantener al Tribunal Supremo en la cúspide del poder judicial, es la creación de un recurso mediante el que todo órgano judicial sabe que su sentencia puede ser revisada por el Tribunal Supremo, razón que motiva que la jurisprudencia de éste, sea respetada en el enjuiciamiento de cualquier pleito, y no sólo en aquéllos que siendo susceptibles de casación, podrían verse recurridas las sentencias que los

resolviesen por infracción de la jurisprudencia.

Efectivamente, mas aunque no con el carácter tan principal que nosotros le damos, así es admitido por Cremades (611), cuando dice que "siendo cada vez más importantes los asuntos excluidos (de casación), cobra mayor relevancia la doctrina de los Tribunales inferiores. Y ello trae como consecuencia el fortalecimiento del recurso en interés de ley".

La relación que establece el citado autor entre el recurso en interés de ley y los asuntos excluidos de casación es absolutamente directa, ya que agrega, "si se cierra la recurribilidad en casación, se confiere a los Tribunales inferiores, la posibilidad de decidir en última instancia" (612).

Visto el fin del recurso, ¿es compatible el mismo con las funciones que tiene atribuidas el poder judicial según la Constitución?

Decía Alonso Olea (613), refiriéndose al recurso en

(611) CREMADES, El recurso en interés de la Ley, op. cit. p.21.

(612) CREMADES, El recurso en interés de ley, op. cit. p.72.

(613) ALONSO OLEA, Prólogo a la monografía de Cremades, El recurso en interés de ley, op. cit. p.9

interés de ley en el ámbito laboral, (aunque su comentario puede suscribirse respecto de cualquier rama del Derecho en la que opere el mencionado recurso), "que es obligada la conclusión de que nos hallamos ante una nueva fuente del Derecho de Trabajo, con todo lo que esto implica como excepción ex lege, ante todo al principio tradicional que la Ley Orgánica de 1870 expresara, prohibiendo a los Jueces y Tribunales, "dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación ó interpretación de las leyes".

Aunque Olea se refería a la Ley Orgánica de 1870 derogada en la actualidad por la de 1-7-1985, dado que respecto a ese tema la nueva Ley Orgánica del Poder judicial se pronuncia en idéntico sentido, las palabras del autor citado siguen siendo igual de actuales que cuando fueron pronunciadas.

A tenor del art. 12,2 de la nueva LOPJ: "No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerarquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan".

No deja pues lugar a dudas el precepto citado. En todo caso, la corrección deberá ser hecha con ocasión de administrar justicia.

Si a esto unimos el contenido de los párrafos 3 y 4 del art 117 de la CE en donde se contemplan las funciones que ejercerá el poder judicial, determinándose que aparte de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, las demás competencias deberán serles atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, desde luego la Ley Orgánica del Poder judicial parece prohibir de manera taxativa la formación de jurisprudencia, cuando no tenga por causa la administración de justicia.

De todas formas y, aun cuando se pudiera aducir que igual contenido que el actual art.12,2, tenía el art.7 de la antigua Ley, y su vigencia no supuso la derogación del recurso, la polémica a partir de la promulgación de la Constitución está ya fuera de lugar, y sobran discusiones sobre el rango formal de las leyes, Organica del Poder judicial y de Enjuiciamiento Civil.

Como el art. 117 CE recaba que las demás funciones que ejerza el poder judicial les sean atribuidas en garantía de cualquier derecho, dado -como ha quedado claro a lo largo de la exposición- que el recurso no tiene como fin sino el formar jurisprudencia para

asegurar al Tribunal Supremo la posición de cúspide del poder judicial, nuestra conclusión, después de haber analizado los efectos del mismo, y que no calificamos sino de perjudiciales, y en ocasiones hasta de flagrantemente inconstitucionales, no es sino la de que debiera entenderse derogado por la Constitución Española, circunstancia que además queda ratificada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Y es que -como dijera Guasp (614)- "el recurso en interés de la Ley obedece a finalidades completamente alejadas de las verdaderas preocupaciones de los mecanismos judiciales, y se explica sólo en función de una misión histórica que no tiene, por lo menos entre nosotros, justificación dogmática aprovechable".

(614) GUASP, Derecho procesal Civil, Vol.II, Madrid 1968, p.905.

CAPITULO XV: ELEVACION DE LA CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD CON OCASION DE LA ADOPCION
DE UNA MEDIDA CAUTELAR.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.....	539
II.- EL FIN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	543
III.- LA IMPOSIBLE ARTICULACION DEL PERICULUM IN MORA Y LAS CARACTERISTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.....	556
1).- La manifiesta contradicción entre el fin de las medidas cautelares y la suspensión del procedimiento en aras de promover la cuestión de inconstitucionalidad.....	556
2).- Situación de urgencia y tutela constitucional. La inidoneidad de la cuestión de inconstitucionalidad para responder a las situaciones de urgencia constitucionalmente garantizadas.....	564
3).- Proyección de la problemática de la cuestión de inconstitucionalidad en los arts. 1881 LEC Y 105 C.C.....	569
IV. - LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRACAUTELA.....	574
1).- Los artículos 14 Y 24 de la Constitución Española y la contracautela.....	574
2).- El derecho subjetivo a la cautela	580
A).- El derecho del demandado a la defensa. Su proyección sobre la contracautela.....	580
B).- La insuficiencia de capacidad económica y la contracautela.....	588

CAPITULO XV: ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD CON OCASION DE LA ADOPCION DE UNA MEDIDA CAUTELAR.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

La promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en sede cautelar nos mete de lleno en una enjundiosa problemática. Y es, que a la que surge en razón del carácter procesal de la norma objeto de impugnación -ya tratada en éste trabajo- hay que agregar la que se produce en virtud de la situación de urgencia, fin al que responde la tutela cautelar.

Remitiendonos a lo expuesto y en consecuencia partiendo de la susceptibilidad de las normas procesales para ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, analizar si el control constitucional en vía incidental puede promoverse respecto de este tipo de normas, pasa por determinar primero las notas propias de la tutela cautelar. Que así debamos obrar se debe a la siguiente causa:

- Si las medidas cautelares intentan evitar el perjuicio que la utilización fraudulenta del tiempo necesario para la sustanciación del proceso, podría causar

sobre el derecho a la tutela efectiva, haciéndolo devenir ineficaz por la imposibilidad de ejecutar la sentencia que recayere en su día, consecuencia lógica de este enunciado es la contradicción que supondría, que surgiendo una duda respecto de la constitucionalidad de una norma de este carácter -que lo que intenta evitar es el peligro que deriva del factor tiempo- no solamente ésta no se acuerde, sino que además se suspenda el proceso declarativo.

Como quiera que el proceso constitucional está configurado técnicamente con una cuestión prejudicial, parece en principio que si la duda constitucional recae sobre una norma de este tipo, si el procedimiento en donde surge debe quedar en suspenso mientras que el proceso constitucional se sustancia, la medida cautelar pierde por completo sentido. En vez de tutelar la duración del proceso, aún dilatará más la duración del mismo, aumentándose pues el peligro que la medida intentaba evitar.

Desde esta perspectiva, si como decía Carnelutti es mejor una puerta con cerrojo que una puerta, lo que indudablemente es absurdo es que por no tener cerrojo no se ponga la puerta (615):

- Si la medida cautelar se adopta para evitar el peligro que la tardanza en la sustanciación del proceso, supone para la ejecución de la sentencia que en su día recaiga, si por acordar la medida cautelar no va a poderse proseguir el proceso declarativo, mejor es que no se acuerde, ya que sin duda esto sí que supone entorpecer el proceso en donde dicha norma iba a recibir aplicación.

Mas, la problemática que vamos a exponer no solamente se circunscribe a las medidas cautelares. Cualquier actuación jurisdiccional que deba realizarse con urgencia se verá afectada casi en los mismos términos, por las circunstancias que iremos desarrollando en éste capítulo.

Así por ejemplo, aquéllos procesos declarativos de carácter urgente, como puedan ser el juicio de alimentos provisionales, ó los interdictos, así como alguna específica diligencia de prueba (el aseguramiento de prueba anticipada), y, en general todas aquéllas actuaciones jurisdiccionales que deben su carácter urgen

(615) CARNELUTTI, Derecho y proceso, en Derecho Procesal Civil y Penal, Vol. I, Buenos Aires 1971, p.338, donde el autor refiere este símil al derecho y su prueba, diciendo textualmente que "Un derecho desprovisto de prueba se asemeja a una puerta sin cerrojo; una puerta es siempre una puerta, pero si no se puede cerrar no es la misma cosa que si está provista de cerradura".

te al intento de evitar un posible perjuicio de carácter irreparable, se verán afectadas en similares términos a los que exponremos aquí, ya que la suspensión de una actuación jurisdiccional, cualquiera que ésta sea, que deba adoptarse urgentemente, equivale la mayoría de las veces a su denegación ó desestimación.

Dado que nuestras reflexiones se basaran en la relación entre el fin de las medidas cautelares, y las consecuencias que derivan de la proyección en él de la cuestión de inconstitucionalidad, pasamos a continuación a tratar del mismo.

II.- EL FIN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Dejando para tratarlo con posterioridad, el problema de si existe un derecho subjetivo a la cautela, a cuya tutela correpondería el proceso cautelar -ó como quiera que se denominan en nuestro Ordenamiento, las medidas cautelares- ó bien, inexistente tal derecho, serían por el contrario las medidas cautelares, una de las fórmulas a través de la que se protege el derecho a la tutela efectiva (616), pasamos primero a describir el fin que se pretende mediante la adopción de las mismas. Este punto aportará los datos necesarios, para abordar los que derivan de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad en aquéllas.

Prescindiendo pues ahora, de si existe un proceso cautelar como tercer género de procesos, ó por el contrario son las medidas cautelares una manifestación del derecho a la tutela (617), opina Carnelutti (618) que la diferencia entre este y los de declaración y ejecu

(616) Vid. infra pp 585 y 586.

(617) Algunos autores opinan que este término de "proceso", hay que entenderlo en sentido lato. Así, en Italia, CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, Buenos Aires 1945, Trad Sentis Melendo p.85, opina que no puede hablarse de un "tertium genus", contrapuesto a la tutela declarativa y a la ejecutiva. En la misma línea, en España, se manifiesta PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil Vol.II, Pamplona 1985, p.849, quien considera que sólo se puede aceptar "la existencia de un proceso cautelar, tomando el concepto de proceso en un sentido lato y siempre que se piense en medidas cautelares que exigen alegaciones y una cognición a la manera de las propias de un proceso en el sentido hasta ahora conocido por nosotros y no sean de las que se conceden sumariamente o de modo simple o casi automático". Quizás por ello ha llegado a decir FERNANDEZ LOPEZ en DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones

ción, estriba en que mientras éstos "sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar en cambio sirve para la tutela del proceso".

Esta idea de Carnelutti breve y concisa descubre la idiosincrasia de la medida cautelar.

Las medidas cautelares -como expone Carreras (619)- intentan evitar las situaciones de peligro que produce el proceso mismo, como productor de una dilación en el tiempo en el ejercicio inmediato de los derechos:

"Van enderezadas principalmente a prevenir un peligro y a evitar un daño injusto, que parece probable o posible; siempre que un derecho subjetivo, no pueda ser ejercitado inmediatamente cuando podría serlo dadas las circunstancias de hecho, se corre el peligro, de que éstas circunstancias, cambien en adelante, y que llegado el

de Derecho Procesal III, Barcelona 1985, p.336, que "la afirmación de que el proceso cautelar es un proceso autónomo es innecesario y perturbador".

Opinión contraria en cambio, sostiene CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit., p.413, "El proceso cautelar -considera- se introduce así, como "tertium genus" del proceso contencioso, junto al proceso de cognición y al de ejecución". De ésta opinión es también GUTIERREZ DE CABIEDES, Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares, en El sistema de Medidas cautelares, Pamplona 1974, p.11, quien además comenta que, "El sector procesalista mayoritario se pronuncia por la autonomía del proceso cautelar".

(618) CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit., p.414.

(619) CARRERAS, Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en Estudios Fenech-Carreras, op. cit., p.569.

momento en que el derecho subjetivo pueda ejercitarse por haber desaparecido los obstáculos jurídicos, devenga imposible tal ejercicio por obstáculos fácticos sobrevenidos".

Naturalmente, el obstáculo jurídico al que se refiere Carreras es al que deviene de la necesidad de seguir un proceso de declaración, para obtener en él el título -sentencia de condena- que mediante el proceso de ejecución traducirá la declaración del derecho en un hecho (620), actividad que espontáneamente tendría que haberse llevado a cabo por el demandado.

Como puede apreciarse, esta dilación en la satisfacción del derecho no es sino la consecuencia directa de la prohibición de la autotutela.

Tomando como base el pensamiento chiovendiano respecto de la actividad jurisdiccional (621) y en consecuencia considerándola -a salvo de ciertas actuaciones- como una actividad sustitutiva y secundaria, resulta lógi

(620) CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit. p.327.

(621) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho procesal Civil, Vol.1, op. cit., p.41.

co que ésta actividad que va a sustituir a la voluntad del obligado a realizar una prestación necesite de un tiempo determinado para desarrollarse, tiempo que podrá ser utilizado por el demandado para la realización de actos que conviertan en ineficaz la sentencia que en su día se dicte y, en consecuencia, el proceso de declaración cuyo fin era el preparar el título para poderlo ejecutar en el correspondiente proceso de ejecución.

Como decía Redenti (622), "Todo esto no sirve ya de nada si mientras tanto se han escapado los oueyes".

Lo ideal -comenta Carreras (623)- sería la realización inmediata del derecho, pero al ser esto imposible por la oposición del obligado a respetarlo, y al ser necesario un proceso contenedor de una serie de trámites que en definitiva, intentan la dación de tutela jurisdiccional a quién está en posesión de un derecho ó de un interés legítimo (art. 24.CE.), se hace necesario una actividad que cohesioneste un hacer bien con un hacer pronto (624), y es más, en todo caso -como dijo Calamandrei (625)- como

(622) REDENTI, cit, por HERCE QUEMADA (con GOMEZ ORBANEJA) en Derecho procesal Civil, Vol.II, Madrid 1976, p.229.

(623) CARRERAS, Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit. p.571.

al "hacer bien" ya tiende el proceso, "entre hacerlas cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva mas tarde".

Quede claro pues que el peligro que la medida cautelar intenta evitar, y al objeto del cuál se adopta, es al de asegurar la ejecución de la sentencia, ó mejor dicho, la efectividad del proceso de ejecución. Por ello, según Gutiérrez de Cabiedes (626), como "el peligro está sin más en la misma pendencia del proceso de declaración, solo es medida cautelar en sentido procesal, la que se preordena a evitar ese peligro haciendo posible la ejecución" (627).

La distinción de la medida cautelar de cualquier otra actuación jurisdiccional en la que se intente prever

(624) CARRERAS, Las medidas cautelares del art. 1428 ... op. cit., p.571. Es éste autor y no Calamandrei (aunque muchas veces se le haya atribuido a éste último la paternidad de ésta frase) el que dice textualmente, que las medidas cautelares tienen como fin "cohonestar un hacer bien con un hacer pronto".

(625) CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires Trad. Sentis Melendo p. 43.

(626) BUTIERREZ DE CABIEDES, Elementos esenciales ... op. cit. p.15.

(627) Vid en el mismo sentido CARRERAS, Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit. p. 571.

un daño (628), está en que el daño que intenta evitar aquélla no es un daño cualquiera, sino sólo y exclusivamente el que deviene del tiempo que tarda en transcurrir el proceso.

No son pues medidas cautelares -como expresa Miguel Angel Fernández (629)- aquéllas que proveen a evitar otros peligros. Así, los procesos especiales, las fianzas procesales en general, ciertos medios de aseguramiento de alguna etapa procesal, como por ejemplo la prueba anticipada, así como tampoco las medidas que se adoptan en el proceso de ejecución, para asegurar, no la propia ejecución sino, las sucesivas fases de una ejecución ya incoada. Tampoco la ejecución provisional de una sentencia definitiva".

(628) Vid sobre la tutela preventiva, CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático op. cit. pp. 40 a 45. Aunque el citado autor posee un concepto más amplio de tutela cautelar, no obstante es válido el estudio que realiza de la tutela preventiva, a la que únicamente habría que añadir algunos institutos que éste integra en la cautelar, y que según la doctrina española citada, no deben considerarse de esta naturaleza. Tengase en cuenta que, tanto Calamandrei como Carnelutti, poseen un concepto de tutela cautelar más amplio. Así, por ejemplo, el aseguramiento de prueba anticipada es un instituto considerado por ambos autores dentro de las medidas cautelares. Vid a este respecto, CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático op. cit., pp. 53 a 56 y CARNELUTTI, Derecho y proceso op. cit. n.º 421. Vid también sobre la tutela preventiva, FONT SERRA, Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva, en El sistema de medidas cautelares, op. cit. pp. 145 y 146, quien la define, como aquélla en que "ante la existencia de un peligro genérico razonable, los órganos jurisdiccionales actúen el derecho anticipadamente, porque su retraso ocasionaría la violación del derecho".

(629) FERNANDEZ LOPEZ, en DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal III, op. cit., p.335.

Por otra parte, una cualidad que en nuestra opinión coadyuva a diferenciar las medidas cautelares de otras actuaciones similares, es aquélla que expresa Carreras (630), cuando considera que no deben consistir las medidas cautelares en las mismas medidas ejecutivas, ya que en éste caso sería inútil el proceso de declaración, puesto que si fuesen idénticas, estaríamos -como opina Gutiérrez de Cabiedes (631)- ante una ejecución adelantada del derecho, y no ante una medida cautelar (632).

Si bien puede afirmarse con carácter general que la falta de identidad entre la medida cautelar y la medida ejecutiva, es una cualidad que acompaña a la medida cautelar, existen ciertas medidas en nuestro Ordenamiento -también denominadas cautelares- que ofrecen sin embargo ciertas peculiaridades en lo tocante a éste particular.

Hay ocasiones en que dada la especial naturaleza de la acción ejercitada en juicio, la única fórmula para ase

(630) CARRERAS, Las medidas cautelares del art. 1428 op. cit. p.573.

(631) GUTIERREZ DE CABIEDES, Elementos esenciales op. cit. p 16.

(632) No obstante, estamos de acuerdo con FERNANDEZ LOPEZ en DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal III, op. cit. p.336, cuando opina que "Una medida es tanto más eficaz cuanto más se parece a la correspondiente medida que integrará la futura ejecución".

gurar la efectividad de la futura sentencia, es precisamente adoptar como medida cautelar una actividad que coincide -en el caso de que se estime la pretensión- con el contenido de aquélla. Nos estamos refiriendo a las medidas cautelares de incapacitación que se adoptan, por ejemplo, en los procesos de éste nombre y en los de prodigalidad:

- El único modo de asegurar la ejecución de la sentencia en un proceso de prodigalidad, es el de proveer -cuando el caso lo requiera- mediante la adopción de una medida cautelar que sustraiga al presunto pródigo la capacidad de disposición sobre sus bienes. En caso de no acordarse esta medida podrá muy bien suceder, que la sentencia carezca de efectividad por el simple hecho de haber ya dilapidado el demandado -presunto pródigo- todos sus bienes.

No obstante, aunque éstas medidas cautelares tengan total identidad con las que serán en su día medidas ejecutivas, no nos parece que ello desvirtúe su carácter cautelar. En estos procesos la única fórmula de asegurar la ejecución de la sentencia futura es la anticipación de la ejecución. Si bien se podrá quizás decir que se trata de medidas de carácter híbrido, desde luego, hay que

reconocerles su naturaleza cautelar.

No ocurre sin embargo lo mismo con algunas de las medidas que se pueden adoptar con ocasión de la sustanciación de un proceso matrimonial, y que hasta ahora han sido también tratadas como medidas cautelares:

- Cuando en sede de un proceso matrimonial el órgano judicial determina en ausencia del acuerdo de los cónyuges al cuidado de cuál de ellos deberán quedar los hijos sujetos a patria potestad (art. 103,1 C.c.), así como el cónyuge que mientras se sustancia el proceso dispondrá del uso de de la vivienda familiar (art. 103,2 C.c.), no cabe duda que éstas medidas no tienen como fin hacer posible la ejecución impropia de la sentencia (633) que ponga fin a dicho proceso.

Independientemente de que la medida cautelar haya puesto a un determinado cónyuge en posesión transitoria de la vivienda familiar, la sentencia podría ser inejecutable. Vgr. por haberla enajenado -aún acordada la anterior medida- por el cónyuge que según la medida caute

(633) Denominado así por algunos autores ya que al provenir del ejercicio de una acción constitutiva, obviamente no puede haber ejecución en sentido estricto que como es sabido solamente procede respecto del ejercicio de acciones de condena.

lar quedaba desposeído de la vivienda y que -sigamos suponiendo- era el titular registral de la misma.

Para haber provisto a éste fin, habría de haberse acordado, por ejemplo, un embargo preventivo (634) y una anotación preventiva de demanda (635), medidas que, sin adelantar la tutela jurídica, si aseguran, sin embargo, la ejecución de la sentencia.

De otra parte, que el órgano judicial ponga al cuidado de uno de los cónyuges a los hijos sujetos a la patria potestad, de ninguna forma -creemos- afecta a la ejecución de la sentencia en el punto que recaiga sobre este extremo.

Lo que se intenta mediante esta medida, así como con la anterior, es proveer a una situación de crisis de la sociedad matrimonial, en definitiva, a una situación jurídica con origen, en este caso, en el derecho privado, (civil), y no por supuesto en el proceso.

Estas medidas tienden a la ejecución adelantada del derecho, ya que como el mismo Calamandrei expresa, "la

(634) Vid. RIFA SOLER, La anotación preventiva de demanda, Barcelona 1983.
(635) Vid. ORTELLS RAMOS, El embargo preventivo, Barcelona 1984.

providencia por la cual el Presidente del Tribunal, ordena a un cónyuge que pase alimentos al otro, mientras está pendiente el proceso de separación, tiene el mismo contenido que la sentencia de separación, que contiene la condena a tal pensión". En consecuencia, la medida que es adoptada como cautelar, es absolutamente idéntica a la que en su caso, de estimarse la pretensión, habrá de adoptarse como medida ejecutiva.

Como dice Calamandrei, tales medidas al anticipar los efectos de la sentencia, son como "una condena anticipada" (636).

Ahora bien, aunque estas medidas no se pueden considerar cautelares en el sentido que hemos expuesto, de todas formas, a los fines de nuestro estudio, poco importan éstas diferencias. Habida cuenta que el perjuicio que causa su no adopción es irreparable, y que su adopción es completamente necesaria, (dado que, por ejemplo, señalar los alimentos que deberán pasarse a los hijos, es una cuestión que no admite dilación), a nuestros efectos son indiferentes esas peculiaridades, ya que aún si cabe con mayor razón, se proyectarán en ellas las consecuencias de la contradicción entre el control prejudicial de la constitucionalidad, y el fin que tienen asignado por el Ordenamiento jurídico (637).

(636) CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático . . . op. cit. p.87.

(637) A que pensemos que no son medidas cautelares "strictu sensu" contribuyen los siguientes datos:

Primero, el contenido puntual del art. 103 del C.c., que prescribe la adopción de la medida anterior "en interés de los hijos" ó en función del "interés familiar", intereses que nada tienen que ver con el aseguramiento de la efectividad de la ejecución de la sentencia. De esta opinión parecen ser SERRA y RAMOS, Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona 1974, p.75, quienes consideran que "No se trata de medidas cautelares a pesar de la subordinación instrumental a un proceso principal, porque en definitiva no están preordenados en función de la futura ejecución de la sentencia que pueda dictarse. Constituyen una medida autónoma dentro de dicho procesc."

El segundo dato vendría dado por el hecho sumamente revelador de establecer también una serie de medidas de carácter real, precisamente en aras de proveer al fin que tantas veces estamos aludiendo, esto es, el aseguramiento de la efectividad de la ejecución de la sentencia.

Como puede observarse con facilidad, entre las medidas cautelares que pueden adoptarse con ocasión de procesos de incapacitación y la generalidad de las medidas cautelares de carácter real, existe, como hemos expuesto, una identidad total en cuanto a la naturaleza jurídica de las mismas. La diferencia entre ambas en cuanto a los efectos, es precisamente lo que iguala sin embargo a las primeras (medidas cautelares de incapacitación) con las que hemos traído a colación respecto de los procesos matrimoniales:

- En todos los casos expuestos la que se adopta como medida cautelar es uno de los contenidos probables de la sentencia, produciendo este tipo de medidas una ejecución inmediata, aunque provisional y dependiente de una ulterior resolución judicial, de la específica tutela jurídica que se recaba mediante el ejercicio de la acción.

En éste sentido podría decirse que casi todas las medidas cautelares de carácter personal en el proceso civil son medidas de derecho material y no de carácter procesal, siendo raros los casos en que, como por ejemplo el arresto del quebrado, medida que como indica GONZALEZ MONTES, en Las medidas cautelares personales en nuestro Ordenamiento, en El sistema de medidas cautelares, op. civ., p.160, únicamente persigue "el aseguramiento de su persona (el quebrado) "por si a resultas de la calificación de la quiebra -que precisamente realiza el Juez civil- tiene que responder criminalmente ante los órganos de la jurisdicción penal", y las ya citadas de los procesos de incapacitación.

Por el contrario, nunca la realización de un embargo preventivo ó un secuestro judicial podrá coincidir con el contenido de la sentencia que se dicte en el proceso en que se adoptó dicha medida, ya que en todo caso, la similitud será respecto de una de las actividades necesarias para la realización de la ejecución jurisdiccional, que es cuestión bien distinta. Veámoslo más detenidamente:

- La medida cautelar de secuestro judicial (art. 499,2 Lec) se diferencia de la sentencia que estimase en dicho proceso, imaginemos, el ejercicio de una acción de condena en la que se reivindicase la entrega de una cosa específica, de manera tajante.

El secuestro judicial priva al demandado de la posesión de la cosa secuestrada, pero no otorga el dominio de la cosa litigiosa a quién la reivindica, ni siquiera transitoriamente. La sentencia estimatoria de la acción reivindicatoria, no solamente lleva a cabo esta sustracción del poder de disposición que produce la medida cautelar de secuestro judicial, sino que atribuye el dominio sobre la cosa al vencedor en juicio.

Con éste ejemplo, como con otros que pudiéramos poner, queremos poner de manifiesto, que no pudiendo ser nunca éstas medidas el contenido posible de la sentencia, ello determina que en el

caso de ser estimada la pretensión jurídica del favorecido por la medida cautelar, siempre sería necesario para la ejecución de la sentencia, determinados actos materiales -ejecutivos- que traducirían la cautela en ejecución.

De la misma forma, y como es lógico, las medidas cautelares cuyo contenido puede coincidir con el de la sentencia, en el caso de que ésta se oriente en el mismo sentido que la medida cautelar, no necesitarán obviamente de actos de ejecución material alguno puesto que ya están realizados. Lo único que será necesario es que la resolución que ponga fin al proceso se pronuncie en el mismo sentido, y entonces la cautela queda transformada en ejecución sin necesidad de actos materiales, tan sólo mediante la emisión de la sentencia. Debe advertirse que los términos empleados son los de "no se necesitará de acto material alguno", cosa realmente diferente a decir, que el auto adoptando la medida cautelar queda convalidado por la resolución firme siempre que ésta se pronuncie en el mismo sentido, ya que compartimos la opinión de CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático . . . op. cit., p.78, cuando expresa que "la providencia cautelar es por su naturaleza hipotética y cuando la hipótesis se resuelve en la certeza, es señal de que la providencia cautelar ha agotado definitivamente su función. Sería por tanto absolutamente erróneo considerar la providencia principal, por lo que se refiere a la declaración de certeza del derecho, como una convalidación de la providencia cautelar; declarar de un modo definitivo la existencia del derecho quiere decir, mas bien, que convalidar la providencia principal, declarar cerrado su ciclo."

- Cuando, excepcionalmente, la única fórmula para asegurar el riesgo indicado sea la anticipación de la tutela jurídica, no por ello perderá la medida su carácter cautelar, siendo éste, precisamente, lo que sucede con las medidas cautelares de incapacitación.

- Por último, existen otras medidas que medidas hasta ahora en el cajón de sastre de las medidas cautelares, no responden a los principios informadores de éstas, ya que en primer lugar, no tienen como fin el asegurar la ejecución de la sentencia, y en segundo, no tienen los mismos efectos. Al ser un contenido posible de la sentencia, otorgan la tutela jurisdiccional del derecho anticipadamente.

Ello se puede apreciar perfectamente si comparamos el tratamiento jurídico que recibe el acreedor de una deuda dineraria, del que puede recibir el cónyuge en un proceso de separación matrimonial.

- El acreedor que lo es de una deuda de dinero, mientras pende el proceso no podrá mediante resolución judicial alguna ver cumplida la obligación. Podrá desde luego, y sujeto a las condiciones que fijan los arts. 1397 y ss. de la LEC, acordarse un embargo preventivo para asegurar la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, pero hasta que el proceso termine no podrá lograr la satisfacción de su pretensión, que solamente logrará ese estado cuando se dicte sentencia firme. Así pues, mediante el embargo preventivo lo único que conseguirá el acreedor, será afectar determinados bienes del deudor al pago de dicha obligación, mas nunca la ejecución anticipada de la misma.

En cambio, en un proceso matrimonial, el cónyuge al que provisionalmente se le confie el cuidado de los hijos, el uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia, habrá obtenido -en caso de que la sentencia le sea favorable- mientras pende el proceso (o incluso antes), la tutela jurídica que precisamente, recaba con su demanda. La sociedad matrimonial está en estos procesos en trance de extinguirse, por tanto es necesario regular jurídicamente, la situación transitoria por la que dicha sociedad, desde que comienza su crisis, manifestada a efectos legales, a través de la demanda de nulidad, separación, ó divorcio, atraviesa

III.- LA IMPOSIBLE ARTICULACION DEL PERICULUM IN MORA Y LAS CARACTERISTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.

1).- LA MANIFIESTA CONTRADICCION ENTRE EL FIN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, Y LA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO EN ARAS DE PROMOVER LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Si como hemos expuesto, las medidas cautelares son medidas de tutela preventiva que intentan evitar los perjuicios que se siguen de la duración del proceso, en cuanto que éste pudiera hacer devenir imposible la ejecución de la sentencia, cabe advertir que la sustanciación de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma que reciba aplicación en ésta sede, transforma el fin de la misma, ya que, en vez de "cautelar" la duración del proceso, habrá coadyuvado a retrasar aún más la conclusión del mismo:

- Si el demandante solicita del órgano jurisdiccional la traba de un embargo sobre los bienes del demandado, a fin de asegurar que mientras pende el proceso no sobrevendrá ningún obstáculo que imposibilite el cumplimiento de la futura sentencia, si lo que consigue es que el órgano jurisdiccional en vez de adoptar la medida solicitada, suspenda el procedimiento porque la norma que debe aplicar para basar su adopción o

denegación pudiera ser inconstitucional, y ni se adopta la medida cautelar, ni se prosigue el proceso declarativo, el resultado que ha tenido la petición del embargo preventivo por el demandante, no puede ser más absurdo.

El solicitante de la medida cautelar no sólo no ha logrado cautelar la futura ejecución, sino que por solicitar tal "cautela, aún el proceso se dilatará más, aumentando los riesgos que precisamente la medida intentaba evitar.

Es más. Aún en el caso de que el órgano judicial no promueva la cuestión de inconstitucionalidad, si dudando inicialmente de la constitucionalidad de la norma que debe aplicar para adoptar dicha medida, da traslado de ésta duda al demandado -a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 35 LOTC- éste, naturalmente, avisado ya de la intención del demandante, a buen seguro procurará ocultar ó hacer desaparecer los bienes sobre los que recaería la misma.

La medida cautelar sólo tiene un preciso momento para poder ser acordada, después quizás no pueda lograr su fin. Por ello, si ya el trámite de la audiencia prevista por la LOTC, para que tanto el Ministerio Fiscal

como las partes pueden alegar lo que consideren sobre la pertinencia de promover la cuestión de inconstitucionalidad, privará a la medida cautelar de aquellas características que fijaba Carnelutti (638) como propias de las mismas, a saber, la urgencia y la sorpresa; sobran comentarios respecto d, cómo estas cualidades desapareceran por completo, si la cuestión de inconstitucionalidad es elevada al Tribunal Constitucional.

Si como decía Carnelutti (639), "a menudo, por ejemplo, para que el secuestro conservativo llegue a encontrar bienes muebles, que están por emprender el vuelo, es cuestión de horas", se puede colegir que, suspensa la adopción de la medida cautelar, mientras tanto se sustancia la cuestión de inconstitucionalidad, será muy probable, por no decir, seguro, que advertido el demandado de que se piensa adoptar dicha medida cautelar, realice precisamente la conducta que intentaba evitar la adopción de dicha medida.

Ello, partiendo del supuesto de que la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad suspenda también el procedimiento declarativo en que dicha medida se iba a a

(638) CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit., p.441.

(639) CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit., p.441.

doptar, que de no partir de esta suspensión, podrá darse hasta la circunstancia que dicho proceso haya concluido. Veámoslo más detenidamente:

Como la cuestión de inconstitucionalidad está configurada como una cuestión prejudicial, parece que a fin de que el control constitucional juegue como prejudicial a la resolución del órgano judicial, éste deberá suspender no sólo la adopción de la medida cautelar, sino también el proceso declarativo pendiente. Si este último prosigue, para cuando el Tribunal Constitucional haya sustanciado la cuestión de inconstitucionalidad, podría hasta haberse dictado sentencia en el proceso "a quo", con lo que obviamente dicha norma no sería prejudicial al fallo del órgano judicial, exigencia del control constitucional en vía incidental.

Aunque a éste argumento se le podría objetar que como el proceso constitucional goza de una total autonomía respecto de las vicisitudes del proceso principal, en nada le afecta que su resolución no tenga ninguna operatividad respecto del proceso "a quo", no obstante, lo que sí afecta al proceso constitucional es que "ab initio" la norma sobre la que se va a operar el control no incida en el fallo, circunstancia que previsiblemente ocurrirá, en cuanto que el demandado

tenga noticias de la medida cautelar que se piensa adoptar.

Ahora bien -y ésta es una de las notas típicas del control constitucional respecto de éstas normas- como lo propio de la medida cautelar es la urgencia y la sorpresa, aunque se suspenda el proceso tampoco se logrará que juegue como prejudicial, ya que cuando el Tribunal Constitucional dictamine sobre la norma reguladora de la medida cautelar, ésta no podrá recibir aplicación en dicho proceso porque su adopción será seguramente imposible.

Vistas así las cosas, ya se plantee suspender solamente la adopción de la medida, ó también el proceso declarativo -alternativa que, pese a sus inconvenientes, es menos perjudicial- de todas formas, difícilmente podrá ser el control constitucional, prejudicial al fallo del órgano jurisdiccional.

Consecuencia directa de ello, es la falta de idoneidad de la medida cautelar, para poder esperar su aplicación en el lapso de tiempo comprendido, entre la suspensión del acuerdo de la medida, y el momento en que el Tribunal Constitucional decida sobre la constitucionalidad de la norma que recae sobre ella. Aunque el pro-

ceso declarativo se suspenda, aunque la medida cautelar no se acuerde, el carácter prejudicial es muy factible que se pierda, ya que el objeto de la medida cautelar desaparecerá al no haberse adoptado a tiempo aquélla. Lo mismo sucederá en todas aquéllas actuaciones judiciales que poseen carácter urgente.

Si el asegurar la tutela efectiva mediante la adopción de una medida cautelar, puede suponer que aún se dé mas tarde la "tutela", y que mientras tanto no se pueda "cautelar" la efectiva obtención de la misma, el resultado de la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser más funesto.

En último caso podría suceder que, no fuera inconstitucional la norma en la que reposa la adopción de la medida cautelar, pero que habiendo desaparecido los bienes sobre los que adoptarla, ello fuera imposible.

En este caso, en aras de "cohenestar un hacer pronto con un hacer bien" (640), se habría posibilitado un no hacer nunca.

Si el fin de las medidas cautelares es tutelar el

(640) Vid nota, nº. 624.

proceso y no el derecho, en cuanto que no tutelen el transcurso del mismo su fundamento deja de existir; y es más, si no solamente no lo tutelan sino que además aún hacen más larga su duración (ya que hay que añadir a la duración del proceso, la de la sustanciación de la cuestión de inconstitucionalidad), las medidas cautelares dejan de tener sentido alguno.

La idea que late bajo los argumentos que estamos exponiendo es la siguiente: ¿es coherente que por proveer a un riesgo (641) -que mientras dure el proceso pueda devenir ineficaz la sentencia que pusiera fin al mismo- se aumente el riesgo que se intenta evitar, no ya por la adopción de la medida cautelar, sino por la imposibilidad de que se prosiga la marcha del proceso?.

Y, otra cuestión. En el caso de que la medida cautelar se adelantase a la interposición de la demanda, ¿qué ocurriría?, ¿se admitiría la demanda y se suspendería el procedimiento?, ¿puede promoverse una cuestión de inconstitucionalidad cuando aún no se ha iniciado un proceso?, ¿no sería en este caso la suspensión provocada por la

(641) Vid. sobre las notas de provisionalidad e instrumentalidad, CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático ... op. cit. p.77, quien expone que las medidas cautelares se basan en un juicio de probabilidad, que no de certeza precisamente a fin de poder realizar una "prevención urgente" de la situación jurídica que se intenta cauzar". Vid también, CARNELUTTI, Derecho y proceso, op. cit., p.436.

promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, un flagrante atentado contra el derecho a la tutela efectiva?. Si la medida cautelar no existe por sí sino en relación a tutelar un proceso, mal se conecta éste fin con la cuestión de inconstitucionalidad que suspende el mismo proceso.

Si la medida cautelar se adopta en base a la urgencia, si el proceso cautelar existe en base a ella, ¿qué sentido tiene que precisamente su adopción dilate la duración del proceso?. No tiene una solución fácil el problema que planteamos. Lo que si es evidente es que en todo caso no debe suspender el curso del proceso declarativo.

De todas formas, teniendo en cuenta que estas medidas dependen para que sean adoptadas, de que el demandante así lo pida, queda pues en manos de éste, el que el órgano jurisdiccional pueda promover la cuestión de inconstitucionalidad. Si la parte considera que no le conviene, podrá, en la audiencia prevista por el art. 35 LOTC, manifestar su renuncia a la adopción de la medida cautelar, y con ello habrá sustituido la posibilidad de promoción de la correspondiente cuestión, ya que el Juez no tendrá que aplicar esa específica norma en el proceso.

2).- SITUACION DE URGENCIA Y TUTELA CONSTITUCIONAL.
LA INIDONEIDAD DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD PA-
RA RESPONDER A LAS SITUACIONES DE URGENCIA CONSTITUCIO-
NALMENTE GARANTIZADAS.

¿Qué debe hacer el órgano jurisdiccional que con-
sidere que una norma que recibe aplicación con ocasión de
la adopción de una medida cautelar es inconstitucional?.

- Si aún dudando de su constitucionalidad la aplica,
infringiría no sólo el art. 163 CE, y concordantes de la
LOTC, y de la LOPJ, que establecen la obligación del
órgano judicial de promover cuestiones de inconstitucio-
nalidad al Tribunal Constitucional, cuando dude de la
constitucionalidad de la norma que va a incidir en su
fallo, sino posiblemente, también la específica Norma
Constitucional vulnerada por la norma ordinaria.

- Si no la aplica, como el momento que exige la
aplicación de la medida cautelar es ése y no otro, se
puede decir que indirectamente la está denegando.

Partiendo de que no la no adopción en el momento
oportuno de la medida cautelar, puede equivaler a
denegarla, la consecuencia, no puede ser más clara: a los
efectos del proceso, la simple duda ha impedido la

aplicación de la norma.

¿Cuando hay que actuar urgentemente, qué tratamiento deberán recibir las normas ordinarias que vulneren situaciones constitucionalmente garantizadas?

El problema de los procedimientos de urgencia, y la promoción en los mismos de la cuestión de inconstitucionalidad, es un tema de gran actualidad en Italia (642).

El nudo central de la polémica en torno al mismo, se ha desenvuelto entre la consideración de la imposibilidad de suspensión del proceso de urgencia, la necesidad de proveer a la tutelar cautelar solicitada, y el obstáculo que para ello representa la presencia de una norma de dudosa constitucionalidad.

Habida cuenta -como señala Giovanna Campanile (643)- que, "ó la tutela llega de inmediato o de otro modo es del todo inútil", ya que estas situaciones están domima

(642) Vid. CAMPANILE, procedimiento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale, Riv. Dir. Proc. 1985, p.124 y ss. Vid también BORRE, Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza, en I processi speciali, Napoli 1979, pp.115 y ss.; PROTO PISANI, I provvedimenti d'urgenza ex artt. 700 c.p.c. en Apunti sulla giustizia civile, Bari 1982, pp 335 y ss.; DINI, Questione di costituzionalità in sede di ricorso ex art. 700 cd.proc.civ. in Nuovo Diritto, 1980, pp. 273 y ss.; VERDE, Considerazioni sul procedimento d'urgenza, in I processi speciali, Napoli 1979, pp. 407 y ss.

(643) CAMPANILE, procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale, op. cit., p.134.

das por la presencia de un inminente perjuicio irreparable, y en consecuencia, suspender la tutela significaría una denegación de justicia, la antinomia que deriva de la exigencia del control constitucional concentrado, es difícilmente sanable (644).

Si la función de los órganos jurisdiccionales no es la depuración del Ordenamiento jurídico, sino el proveer, como dice el art. 24 CE, a la tutela efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, la carencia de regulación normativa respecto de las medidas que el órgano judicial podrá adoptar en el proceso "a quo", mientras tanto se sustancia una cuestión de inconstitucionalidad, así como las especialidades que en virtud de situaciones de urgencia puede requerir la aplicación de la Norma Constitucional, es verdaderamente importante, ya que sería paradójico que en virtud de la realización del control constitucional, se vulnerara el derecho a la tutela efectiva.

Este problema se muestra en toda su extensión, sobre todo en aquellas situaciones en que la actuación jurisdic

(644) CAMPANILE, *procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, op. cit. pp. 140 a 143.

cional viene provocada por una situación de urgencia, situación base de las medidas cautelares, que como señalara Calamandrei (645), son precisamente juicios de probabilidad recabados por una situación de ésta índole.

Partiendo de la base de que el peso de que las normas sean inconstitucionales -que no debe olvidarse es imputable al poder legislativo- no deben soportarlo por entero sobre sus espaldas los justiciables, debemos señalar que como afirma Campanile (646), la tutela efectiva pasa en estas ocasiones, porque el Juez ordinario controle la constitucionalidad de la norma, y provea al enjuiciamiento de la misma, anulando en su caso la norma con efectos "inter partes", y en consecuencia, aplicando directamente la Constitución.

En conclusión pues, parece que las situaciones de urgencia requieren una tutela de la constitucionalidad de las normas de carácter difuso (647), ya que la suspensión que necesita el control prejudicial constitucional, es incompatible con las condiciones temporales en que ha de otorgarse la tutela jurisdiccional.

(645) CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático op. cit. pp 77 y 78.

(646) CAMPANILE, procedimiento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale, op. cit., pp. 147 a 149.

El carácter rígido de la Constitución únicamente podrá defenderse frente a la norma ordinaria que la infringe, mediante la actuación inmediata del Juez ordinario, que, en éste caso, tendrá competencia para conocer de la constitucionalidad de la norma, sin necesidad de promover la cuestión al Tribunal Constitucional.

Por lo demás, habida cuenta de las reiterada jurisprudencia existente en torno a la necesidad de interpretar la Constitución como un "todo", y no como una serie de preceptos aislados, fácil se vuelve fundamentar esta opción, precisamente en el art. 9,1 de nuestra Constitución.

A continuación, y precisamente al objeto de poner de manifiesto el contrasentido que puede tener la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en ésta sede, estudiaremos dos supuestos específicos en los que se podrán constatar algunas de las reflexiones realizadas.

(647) Vid. STC 178/85 de 19 de diciembre BOE 15-1-86, donde con objeto del enjuiciamiento sobre la presunta inconstitucionalidad del arresto del quebrado, el Tribunal Constitucional desaprovecha esta situación para pronunciarse sobre si es necesario tener que suspender el proceso, de ejecución en este caso, hasta que se decida sobre la constitucionalidad de la norma, o bien basta con suspender la adopción de la medida.

3).- PROYECCION DE LA PROBLEMÁTICA DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS ARTICULOS 1881 LEC Y 105 DEL C.C.

A tenor del art. 1881 LEC, reformado por la ley 34/84 de 6 de Agosto, cuando la mujer pretenda interponer demanda de divorcio, nulidad o separación, el Juez podrá, como medida provisionalísima, poner bajo la custodia de ésta a los hijos menores de siete años.

Aunque el art. 104 del C.c. (reformado por la ley 30/81 de 7 de Mayo), prescribe que cualquiera de los conyuges que se proponga demandar la nulidad separación ó divorcio de su matrimonio, puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos arts. anteriores (648), si bien antes de la reforma aludida del art. 1881 LEC, había que entender que éste último quedaba modificado por el art.104 C.c., y que en consecuencia también el cónyuge varon podía solicitar medidas provisionalísimas, ahora, habida cuenta que se ha reformado el anterior, y que se sigue sin prever la posi

(649) Art. 103,1: "Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos, y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en éste Código, y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos, podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos, y tenerlos en su compañía".

bilidad de que las pida el marido, existe un supuesto problemático:

- Que ambos cónyuges soliciten antes de interponer la demanda, p.e. de separación, que sean puestos bajo su custodia los hijos menores de siete años, ya que en éste caso, ¿qué deberá hacer el Juez?.

A tenor del art. 14 de la CE., nadie puede ser discriminado en razón de su sexo, en cambio, el reformado art. 1881, seguramente por olvido ó descuido, ha ignorado la posibilidad aludida, y así como antes de la reforma del mismo era posible aplicando el art. 104 del C.c., que el Juez decidiese bajo la custodia de cuál de los cónyuges pondría a los hijos -en el supuesto claro está, que ambos solicitasen la adopción de medidas provisionales- ahora, conforme al art. 1881 vigente -al que no se le puede aplicar ni la derogación por el C.c., puesto que su redacción es de fecha posterior, ni la de la cláusula derogatoria de la Constitución, por iguales causas- los hijos menores de siete años se pondrán siempre bajo la custodia de la mujer.

Así el art. 1881, si el Juez considera que puede ser inconstitucional (649) ¿qué debe hacer?.

- Si suspende la adopción de la medida provisionalísima y eleva la cuestión al Tribunal Constitucional, ello trae aparejado la imposibilidad de que cuando se interponga la demanda se le dé curso?.

- Si no se suspende la continuación del proceso, como ya en la demanda si el cónyuge varón solicita la custodia de tales hijos el órgano judicial podrá conferirsela transitoriamente en virtud del art.1888 LEC, que no hace distinción al sexo del cónyuge que podrá tener la custodia de los mismos, para cuando quedara resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, la norma ya no tendría aplicación en dicho proceso. Perdería, en consecuencia, su carácter de prejudicial.

Por otro lado, la opción aludida, es decir, suspender el proceso mientras que el Tribunal Constitucional conoce de la cuestión, es evidente que aún perjudica más al solicitante de la medida provisionalísima, en éste caso, el cónyuge varón, ya que, aún cuando antes de interponer la demanda no puede obtener la custodia de sus hijos, como el problema se obvia al inter

(649) Vid. a este respecto CORTES DOMINGUEZ, (VARIOS) Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 1985, p.984, quien la considera inconstitucional.

ponerla (art. 1888), será más conveniente para él interponer la misma, y solicitar entonces la custodia de sus hijos.

Por otra parte, -y ello pone de manifiesto la especial naturaleza de estas medidas- con independencia de lo que pueda opinarse, respecto de si el órgano judicial debe suspender sólo la adopción de la medida cautelar, ó también el proceso que estaría por iniciarse, suspendiendo la tramitación de la demanda el Juez tendrá que determinar bajo la custodia de cuál de los cónyuges permanecieran los hijos mientras el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión, tanto si suspende sólo la adopción de la medida, ó también el proceso.

Como puede apreciarse, la urgencia de la situación necesitada de tutela no admite la suspensión de la norma a la espera de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

Con arreglo a lo expuesto en páginas anteriores, el órgano judicial deberá asumir en este caso un control difuso de la constitucionalidad. En todo caso, promover la cuestión al Tribunal Constitucional, lo que nunca deberá implicar, la inadmisión de la demanda que se interponga en su día mientras se sustancia el correspon-

diente proceso constitucional.

IV. - LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRA-CAUTELA.

1).- LOS ARTICULOS 14 Y 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA CONTRACAUTELA.

Dado que la medida cautelar está basada en un juicio probable sobre la existencia del derecho que se discute en juicio, puede suceder que la sentencia resuelva que, el derecho que la medida cautelar indirectamente tutelaba, (pues que estaba tutelando que la duración del proceso sobre el mismo no le afectase), no existe.

Entonces, evidentemente, como "la aplicación de la medida cautelar ha sido inútil y acaso hasta ha perjudicado inútilmente al pretendido deudor, éste tendrá derecho al resarcimiento de los daños, no ya porque la providencia provisoria haya sido emanada ilegítimamente a favor de quien estaba desprovisto de acción cautelar, sino porque toda acción cautelar, que tiene entre sus condiciones la apariencia, no la existencia, del derecho, lleva consigo un cierto margen de error que constituye por decirlo así, el precio de la rapidez y que debe naturalmente recaer sobre quien quede favorecido por ésta rapidez" (650).

Para velar por los derechos del demandado existe la institución de la contracautela, que funciona en calidad de "cautela de la cautela", ya que "mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto en vistas de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar, sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte, por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de éste modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes" (651).

Como quiera que en nuestro Ordenamiento existen bastantes preceptos en los que se exige para la adopción de una medida cautelar, el "afianzamiento" del acuerdo y adopción de ésta (arts. 1428, 1402 de la LEC) por aquél que se viera favorecido por dicha medida, se impone el estudio de las repercusiones de ésta exigencia, en los litigantes que carezcan de capacidad económica.

El supuesto objeto de estudio viene dado por la conexión de los arts. 24 CE (derecho a la tutela efectiva

(650) CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático op. cit., p.84.

(651) CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático op. cit. p.64.

y 14 CE (principio de igualdad ante la ley y en la ley), y los preceptos donde la LEC hace depender la adopción de la medida cautelar de una contracautela, supuesto que alcanza su máximo interés en el beneficiario de justicia gratuita, ya que a éste también le alcanza dicha exigencia (652).

- A tenor del art. 1402 LEC, si el solicitante de un embargo preventivo "no tuviere responsabilidad conocida", y el título del que resulte la existencia de la deuda no se encuentra incluido en los dos primeros párrafos del art. 1401 de la LEC (653), deberá prestar "fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionarse".

Partiendo de la afirmación de Fernandez López, en lo tocante a lo poco frecuente "que el acreedor, que puede incoar directamente la ejecución (y si no puede, el títu

(652) Comprende el beneficio de justicia gratuita según el art. 20 de la LEC, los beneficios siguientes: "1.Exención del pago de toda clase de derechos o tasas judiciales y de la necesidad de reintegrar el pape lque usen para su defensa. 2.Insercción gratuita en los periódicos oficiales de los anuncios y edictos que deben publicarse a su instancia. 3.Exención de hacer los depósitos que sean necesarios para la intrerposición de cualesquiera recursos. 4.Que se les nombre Abogado y Procurador sin obligación de pagarles honorarios y derechos."

(653) Art. 1401: "Si el título presentado fuere ejecutivo, podrá, desde luego, decretarse el embargo preventivo.

Cuando el título de que resulte la deuda sea alguno de los comprendidos en los números 1, 4, 5, y 6 del artículo 1429, y no exceda de 50.000 pesetas, se decretará el embargo preventivo, sin necesidad de que concurren los requisitos del número 2 del artículo 1400.